

**LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL NUEVO CODIGO PENAL**  
**ESPAÑOL DE 1995**

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**

**Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid**

Bibliografía: L. ARROYO ZAPATERO, Los delitos societarios en el Proyecto de 1992, en Estudios de Derecho penal económico, Castilla-La Mancha, 1994; E. BACIGALUPO ZAPATER, La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español, en Homenaje al prof. K. Tiedemann; J. DIAZ MAROTO, Los delitos societarios en la reforma penal, en Homenaje al Prof. K. Tiedemann, Madrid, 1995; L. FERNANDEZ DE LA GANDARA/M.M. SANCHEZ ALVAREZ, Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos, en Actualidad jurídica Aranzadi, 1996; J. GARCIA DE ENTERRIA, Los delitos societarios, Madrid, 1996; J.M. GOMEZ BENITEZ, Administradores de hecho y de derecho, Madrid, 1996; J.M. MARTINEZ PEREDA, Los delitos societarios, en Poder Judicial, 1992; C. MARTINEZ PEREZ, El delito societario de administración fraudulenta, 1994; A.MORENO CANOVES/F. RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos, Zaragoza, 1996; G. RODRIGUEZ MOURULLO, Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios, en ADPCP, 1984; L. RODRIGUEZ RAMOS, Los nuevos delitos pseudo societarios, en Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, abril-mayo 1996; J. TERRADILLOS BASOCO, Delitos societarios, en Derecho penal de la empresa, Madrid, 1995;

## I.- Generalidades.-

### 1) Limitación de la regulación.-

La doctrina y jurisprudencia españolas han reclamado desde antiguo que se colmara la laguna existente en nuestro derecho penal, relativa a la administración desleal del patrimonio ajeno. Desde que el Proyecto de Código Penal de 1980 afrontara la cuestión con la regulación de los llamados delitos societarios, han transcurrido largos años plenos de reformas y contrarreformas. El 24 de mayo de 1996 entró en vigor el nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), conteniendo nueva redacción para los delitos societarios (arts. 290 a 297).

La regulación de los delitos societarios está cargada de elementos normativos que remiten al ámbito mercantil. En este punto, ya de entrada, tenemos que advertir que en la mayor parte de los casos el Derecho penal se muestra autónomo en la interpretación frente al mercantil (Rodríguez Mourullo).

Pero, el capítulo relativo a los delitos societarios nace con una grave limitación, porque al contrario de lo que ocurre en el Derecho comparado, reduce la figura de "administración desleal del patrimonio ajeno" (art.295) al ámbito societario, cuando debiera haber utilizado la fórmula general de las legislaciones tomadas como modelo (parágrafo 266 StGB, parágrafo 153 del C.p. austriaco, art. 159 C.p. suizo, art. 319 C.p. portugués). En efecto, puede sostenerse que el Cap. XIII relativo a los delitos societarios, describe conductas punibles de gestores de

capitales ajenos, pero reducidos a sociedades o entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe permanentemente en el mercado (art. 297)<sup>1</sup>. Pues bien, los comportamientos así descritos restan impunes si van referidos a capitales de particulares o, dicho más exactamente, a patrimonios no análogos a sociedades y cuyos titulares no participen de modo permanente en el mercado. (Sobre la necesidad de esta generalización vid. Stampa-Bacigalupo, Diaz-Maroto). Es un error similar al que cometió el legislador en la regulación del Código derogado sobre la actuación en nombre de otro que sólo la refería a las personas jurídicas.

De modo que no será punible la falsedad ideológica del administrador (de hecho o de derecho) que falsee las cuentas anuales u otros documentos del patrimonio que administra, cuando el titular de éste es una persona física o, más exactamente, no es una entidad que participe de modo permanente en el mercado, aunque sí se castiga cuando el titular sea una de las entidades descritas en el art. 297 (vid. arts. 390-392<sup>2</sup> que declara impune la falsedad ideológica para los particulares; y art.

---

<sup>1</sup> **Art. 297:** "A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado".

<sup>2</sup> **Art. 390:** "1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

290<sup>3</sup> que, sin embargo, castiga esa misma falsedad ideológica como delito societario).

## 2) Reflexiones sobre el sujeto activo.-

1.- La mayor parte de los tipos delictivos del cap. XIII (delitos societarios) del Título XIII ( Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) describen al sujeto activo del siguiente modo: "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación,...". Se produce una equiparación entre administrador de hecho y de derecho preconizada por la doctrina desde antiguo (Terradillos).

A mi entender, una interpretación del sujeto activo en los distintos delitos societarios, exige tener presente la regulación que el art. 31<sup>4</sup> realiza de la

---

2º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que se hubieran hecho.

4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos".

**Art. 392:** "El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

<sup>3</sup> Vid. texto infra II.

<sup>4</sup> **Art. 31:** "El que actue como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro,

actuación en nombre de otro y la interpretación auténtica del art. 297 sobre lo que deba entenderse por "sociedad" "a los efectos de este capítulo". Este precepto extiende el concepto a **toda** cooperativa, Caja de Ahorros (sic., inexplicablemente en mayúscula), mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado. Esta considerable extensión, aparte de que hace perder sentido a algunos tipos, obliga a separarse del concepto mercantil de sociedad y a elaborar un concepto estrictamente penal a los efectos del presente capítulo.

Es evidente que el legislador utiliza en este capítulo términos que, procedentes del Derecho mercantil, tienen un contenido propio y distinto del que aquella rama del Derecho le otorga. Así, "administrador de hecho" ha de interpretarse a la luz de las conclusiones que jurisprudencia y doctrina han extraído de la actuación en nombre de otro del art. 15 bis del Código penal derogado o 31 del nuevo.

En los distintos proyectos, desde 1980, se utilizaron las expresiones "administradores o directores", al estilo del art.15 bis del viejo Código. La referencia, a partir de 1992, a los administradores de hecho o de derecho (art.31 Código penal de 1995 hoy vigente), carece de mayor significación y no impide que utilicemos aquí un criterio similar al de la actuación en nombre de otro. En el

---

responderá personalmente, aunque no concurra en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

art. 31 del nuevo código que regula la actuación en nombre de otro, quiere el legislador que, cuando las conductas se cometan por personas jurídicas, responda " el que actúa" y que, a la vez, sea "administrador de hecho o de derecho", aunque no concurren en él las condiciones para ser sujeto activo del delito. Pues bien, se ha dicho que el fundamento de esta determinación legal se encuentra en el principio de equivalencia en el sentido de que su conducta, pese a no ser sujeto cualificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de injusto. Lo que produce tal equivalencia es el ejercicio del dominio social típico (Gracia Martín), en el sentido de ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que el bien jurídico se protege especialmente, asumiendo posición de garantía frente al propio bien jurídico. Esto implica que se trata de sujetos que en virtud de sus competencias dominan el ámbito de protección de la norma.

Debemos trasladar esta idea a la interpretación del sujeto activo en los delitos societarios y entender que por administrador de hecho se está refiriendo el legislador a aquél miembro de la entidad que tiene el dominio social y, por tanto, se convierte en garantía del bien jurídico protegido por la norma. Para definir al administrador de hecho no interesa tanto la perfección o no de la relación interna entre éste y la sociedad, como la relación externa del agente con el bien jurídico, del que se encuentra en una esfera de dominio que le convierte en garante.

Ahora bien, el mínimo formal para el administrador de hecho ha de ser la tolerancia por parte de la entidad respecto de su actuación, lo que implica la asunción de las obligaciones derivadas de la actuación de aquél. **Administrador de hecho** sería, entonces, quién accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico, con el reconocimiento, por lo menos

tácito, de la entidad.

Desde el punto de vista estrictamente mercantil administrador de hecho es "quien aparenta serlo de derecho" (Moreno Cánoves-Ruiz Marco) por lo que debe abarcar exclusivamente aquél administrador de derecho cuyo nombramiento hubiere caducado por transcurso del plazo legal, el nombrado como de derecho en el que concurren causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación que no hayan sido detectadas por quienes le nombraron y aquéllos cuyos nombramientos o ceses no hayan sido aún inscritos en el Registro mercantil, ostentando en todos los casos formal apariencia de tener atribuidas facultades suficientes.

Sin embargo, resulta evidente que la Ley penal en este asunto no debe quedar constreñida al dictado de las normas mercantiles. En la medida en que se utiliza la expresión "administrador de hecho" con carácter más general en el art. 31, debe de existir, mientras otras razones no obliguen a lo contrario, una coherencia entre ambas interpretaciones. Así, y siguiendo a Gómez Benitez, son administradores de hecho, de un lado, los que entiende por tales el Derecho mercantil. Pero, también, quienes detrás de las fiducias, sociedades instrumentales o personas interpuestas, gestionan un patrimonio. En tercer lugar, habrá de incluirse a los apoderados aunque su condición natural no es la de administrador, porque, además de que concurren en él las características a que hacíamos referencia arriba (art.31), en caso contrario, quedarían fuera del tipo del art. 295 quienes precisamente son los más idóneos autores del abuso de las facultades que ostentan. En último lugar, habrá de incluirse entre los administradores de hecho a quienes detentan la gestión del sector correspondiente a que se refiere la norma: los directores generales, gerentes o consejeros delegados.

Que el legislador ha pensado en esta amplia interpretación, lo demuestra la insólita equiparación del "administrador de hecho" y del "socio" como sujetos activos de la conducta descrita en el art. 295, que en puridad no puede ser cometida por un socio en sentido estricto. Sólo entendiendo "administrador de hecho" en el sentido referido, se puede dar sentido a esa equiparación.

Por **administradores de derecho**, en principio habrá de estarse a lo que dispongan las leyes mercantiles. Es, pues, un elemento normativo. Pero, la analogía del art. 297 en el sentido de equiparar a las sociedades otras entidades que no lo son, obliga al Derecho penal a definir quién administra por disposición legal o quién lo hace fácticamente.

Por administrador de derecho entienden Moreno Cánoves-Ruiz Marco la "persona física dotada de las facultades que la ley atribuye a la figura del administrador -según la clase de sociedad-, nombrado por el órgano social competente, en virtud de acuerdo social formal y sustantivamente válido y debidamente documentado, que haya aceptado el nombramiento y se halle vigente, habiéndose practicado la inscripción del mismo en Registro Público competente".

Se excluyen de la condición de administrador de derecho a los albaceas en virtud de lo dispuesto en el art. 297; los promotores de una entidad, a no ser que hayan sido nombrados administradores por la Junta Constituyente, el liquidador y el auditor por no ser administradores, sino, a los sumo el primero, sustituto del administrador en puridad de doctrina. Obsérvese, sin embargo, que podrán serlo



"de hecho".

2.- El alcance del sujeto activo ha de ser completado con la interpretación que de "sociedad" hace el art. 297. Entiendo con Rodríguez Ramos que la interpretación auténtica que implica este precepto ha de incluir también a las asociaciones (por ej., las deportivas), sociedades civiles, comunidades de propietarios, comunidades de bienes etc.... En efecto, las palabras "análoga naturaleza" no debe ir referidas a la expresión inmediatamente anterior "sociedad mercantil", sino a todas las entidades enumeradas en el precepto, lo que permite no ceñir el art. 297 al ámbito mercantil (en contra Moreno Cánoves-Ruiz Marco). Tampoco empece a esta extensión la exigencia de que se participe "de modo permanente en el mercado", por cuanto al no describirse a qué mercado se refiere el legislador (financiero, de servicios, de bienes) es dado incluir las entidades no mercantiles a que nos referíamos.

Parece imposible, no obstante, considerar dentro de la interpretación legal del art. 297, a los Entes públicos con personalidad jurídica que no revistan forma de sociedad (Moreno Cánoves-Ruiz Marco) lo que resulta un tanto chocante.

### 3) Previa denuncia.-

El art. 296<sup>5</sup> convierte los delitos societarios en semi-privados exigiendo, para su

---

<sup>5</sup> **Art. 296:** "1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida,

persecución, denuncia de la persona agraviada o del Ministerio Fiscal cuando sea aquella menor de edad, incapaz o desvalida. Sin embargo, la persecución será de oficio si afecta el delito a "los intereses generales o a una pluralidad de personas".

En el Proyecto de 1992 el delito era de carácter privado en el sentido de que se requería no sólo denuncia, sino querrela (con abogado y procurador) por parte del agraviado.

No sé cuáles puedan ser las razones de convertir estos delitos en perseguibles a instancia de parte. Probablemente el legislador es consciente de la amplitud de los tipos recogidos en el capítulo y de la necesidad de restringir su persecución. Pero, con ello, no evita la utilización de estas figuras delictivas como instrumento del profesional del chantaje, figura muy común en los procedimientos penales frente a las grandes sociedades.

En efecto, en las últimas décadas ha proliferado la persecución de delitos económicos cometidos en el seno de grandes empresas (entidades de crédito, inmobiliarias, multinacionales). Pues bien, se puede asegurar que en cada uno de los procedimientos penales abiertos han ejercido la acción popular personas físicas o jurídicas (extrañas asociaciones de defensa del accionista desvalido, por lo general dirigidas por un abogado experto) que "venden" la retirada del ejercicio de la acción penal por un precio.

---

también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas".

La existencia de estas corruptelas en el procedimiento son inevitables, pero debería de haberse tenido en cuenta en la regulación de los delitos societarios sin que el obstáculo procesal de la previa denuncia, tenga valor alguno a estos efectos.

#### 4) Novedades respecto a proyectos anteriores.-

En el texto actual se producen notables modificaciones respecto a proyectos anteriores. Por atender sólomente al de 1992, debemos advertir la desaparición como delito de la publicación de datos falsos relativos a la situación social o el aparentar participación distinta a la real.

Pero, quizás la diferencia más notable sea el traslado del delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores, a capítulo aparte.

Todo ello es índice de los vaivenes político-criminales en la redacción de estos delitos y, por lo general, de todos los delitos socio-económicos, cuya redacción es de extraordinaria dureza denotando un afán exhaustivo en la penalización de las conductas y, por tanto, de una represión inusitada.

## II.- Falseamiento de cuentas.-

El art. 290<sup>6</sup> castiga la conducta consistente en falsear las cuentas u otros

---

<sup>6</sup> **Art. 290:** "Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma

documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica, de forma idónea para causar un perjuicio.

Existe un curioso precedente en el Código de 1928 (art. 734) cuya lectura tantas sorpresas ofrece al estudioso del Derecho penal.

El **bien jurídico** protegido en el precepto ha de cifrarse en la confianza pública en la veracidad de los datos publicados e imagen fiel de la empresa (Así Moreno Cánoves-Ruiz Marco), revistiendo, por tanto, naturaleza colectiva del que es titular la Comunidad.

Se puede concebir como un delito de peligro para el patrimonio, o bien como delito de lesión del derecho de los socios y terceros interesados (por ej., acreedores) a estar informados de los acontecimientos económicos y jurídicos de la entidad. Pero tanto el patrimonio como el derecho a la información, que, sin duda, pueden quedar afectados secundariamente, son objeto directo de protección de otros preceptos.

En el excelente estudio que sobre toda esta materia han realizado A. Moreno Cánoves-F. Ruiz Marco, profundizan los autores en el bien jurídico protegido en el precepto, llegando a la conclusión de que es objeto de protección **la veracidad**

---

idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior".

**de los datos publicados e imagen fiel de la empresa**, colocando la figura delictiva entre los más conspicuos delitos económicos.

Lo que diferencia el precepto de las falsedades genéricas documentales, es precisamente el objeto de protección jurídica que es específico en un caso (art. 290) y genérica en el otro (art. 390). En las falsedades documentales se trata de que reste incólume la fé pública, es decir, la confianza en la genuinidad, veracidad y legitimidad de los documentos. En el delito de falseamiento de cuentas del art. 290, es el orden económico que dirige su interés a preservar la confianza en los datos que deban reflejar la situación económica y jurídica de las entidades mercantiles. Son dignos de reproducir aquí los ejemplos con los que Moreno Cánoves-Ruiz Marco describen ese interés. Y así advierten "la repercusión que para millares de ciudadanos tiene la inexactitud de la cuenta de resultados de las compañías eléctricas (por la vía del precio autorizado del KW), la valoración de los activos de las aseguradoras (dado lo irreal del aseguramiento de los riesgos, en el supuesto de falsedad), o los balances de las entidades bancarias capaces de desestabilizar, en los casos de mendacidad, el mismísimo sistema financiero".

De este modo, el bien jurídico protegido en el precepto no tiene carácter individual sino colectivo. Por lo tanto, cuando además del bien jurídico, se lesiona el patrimonio o la propiedad individual, podrá apreciarse este delito en concurso con los tradicionales de la estafa, apropiación indebida o cualquier otro.

Hay que advertir que el objeto de la acción ("cuentas anuales u otros documentos") limita el ámbito de posibles **sujetos activos** ya que, por ejemplo, ni los apoderados, ni los mandatarios ni los directivos en general, pueden falsear las cuentas anuales, porque no les incumbe su firma. Sujeto activo, como señalan

acertadamente Moreno Cánoves-Ruiz Marco, "será quien tenga atribuidas facultades suficientes para lograr que el Registro acepte el depósito de los documentos falsos o que terceros, v.gr., los auditores, acepten los otros documentos como de la empresa".

Describe Valle Muñiz La siguiente secuencia: las cuentas se formulan por los administradores, se verifican por los auditores y se aprueban por la Junta general. Esta realidad le suscita la observación de que es extraña la exclusión como sujetos activos de los auditores (que solo podrán responsabilizarse como partícipes), aunque incluye a los liquidadores ya que son los únicos administradores de la entidad en liquidación.

Se trata de una de esas falsedades ideológicas que, pese a su impunidad con carácter general en los arts. 390-392, quiso el legislador castigar específicamente como ocurre también en el supuesto de quiebra del art. 261. De tal forma que el Secretario del Consejo que certifica faltando a la verdad en la narración de los hechos, en la medida en que se trata de un documento de los contenidos en el art. 290 y en la medida en que refleja la situación jurídica o económica de la entidad, comete un delito de falsedad ideológica punible en este art. 290.

El art. 40.2 del Código de comercio utiliza la fórmula "vicios o irregularidades esenciales en las cuentas anuales", pero no debe interpretarse que el Código penal no requiere carácter esencial a la falsedad castigada en este art. 290. Precisamente el legislador penal creyó suficiente la exigencia de que el documento y, por tanto, la falsedad del mismo, afecte a la situación jurídica o económica de la empresa y sea idónea para causar perjuicio, que son elementos esenciales.

En el Proyecto de 1980 y Anteproyecto de 1983 sólo se recogía como objeto de falsificación el balance. Más acertadamente el texto actual extiende tal objeto material a "documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad". Por **cuentas anuales**, según Moreno Cánoves-Ruiz Marco, ha de entenderse aquéllas formalizadas y firmadas por los administradores y que, auditadas o no, han de depositarse en la entidad para que los socios puedan ejercer su derecho de información. Comprenden, por tanto, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Por **documentos** se entienden los que afecten a la situación jurídica o económica de la entidad y, por consiguiente, han de incluirse como tales los libros de contabilidad (diario, inventarios y balances), los libros de actas, el informe de gestión etc..., (vid. Diaz-Maroto) quedando excluidos por no cumplir con los requisitos exigidos por el art. 290, los balances trimestrales de comprobación o el libro de matrícula de personal.

Indudablemente el comportamiento descrito en el presente precepto, entrará en concurso con las estafas y las falsedades en algunos casos, concursos que, normalmente, serán de normas, por lo que se estará al art. 8 del Código penal.

Se suprimió del Proyecto de 1992 el comportamiento consistente en la "publicación de datos falsos relativos a la situación mercantil" y la conducta consistente en "aparentar tener una participación distinta a la real".

### **III.- Imposición de acuerdos abusivos.-**

La imposición de acuerdos prevaleciendo de la situación mayoritaria, es algo consustancial a la dinámica de las entidades a que se refiere este capítulo del

Código. Lo que tiñe, sin embargo, de significación o relevancia penal a ello estriba en que el acuerdo sea abusivo (art. 291)<sup>7</sup>. Por lo tanto el eje del delito gira alrededor de lo que se entienda por acuerdo abusivo.

Pienso que los propios requisitos exigidos en el delito dan la clave de la interpretación. Si tales acuerdos se imponen con ánimo de lucro, en perjuicio de los socios y sin que reporten beneficios a la entidad, decimos que son abusivos. Pero, esta aseveración exige un estudio pormenorizado de todos los elementos de la figura delictiva.

Puede establecerse una dualidad en la cuestión del **bien jurídico**. De un lado, la tutela de la minoría o del socio aislado, requiere del comportamiento de la mayoría que procure el mantenimiento de la sociedad al servicio del interés común (Duque). De ahí puede deducirse que la imposición de acuerdos abusivos prevaliéndose de "su situación mayoritaria", lesiona un hipotético deber de fidelidad o lealtad, que implica un decaimiento del principio de mayoría en favor del de igualdad de trato (Moreno Cánoves-Ruiz Marco).

Pero, al lado del deber de fidelidad o lealtad como objeto de protección jurídica,

---

<sup>7</sup> **Art. 291:** "Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido".



observa J. Urraza Abad que ha de incluirse también el interés patrimonial del socio, individualmente considerado, frente a posibles maniobras defraudatorias adoptadas por la mayoría de una sociedad. Llega a tan interesante conclusión el citado mercantilista, por el argumento distintivo del acuerdo abusivo impugnado conforme al art. 115,1 de la LSA y el acuerdo abusivo punible del art. 291 Código penal. En efecto, el art. 115,1 de la Ley de Sociedades Anónimas considera impugnables los acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad, en beneficio de accionistas o de terceros. Sin embargo, el art. 291 del Código penal, no exige el perjuicio de los intereses de la sociedad ("sin que reporten beneficios a la" sociedad), pero sí que se obre "en perjuicio de los demás socios".

El interés de la sociedad debemos concebirlo como la suma de los intereses de los socios (teoría contractualista), pudiendo constituir esa suma un interés distinto al particular de un socio concreto. Concluye Urraza que el ámbito del acuerdo abusivo en la LSA y en el Código penal, son distintos. Mientras en la Ley de Sociedades anónimas, para que el acuerdo se considere abusivo y, por tanto anulable, ha de ser siempre perjudicial para los intereses sociales (siendo indiferente si beneficia o perjudica el interés particular del socio), en el Código penal, para que el acuerdo sea punible, siempre se exige perjuicio para el socio, aunque no haya perjuicio de los intereses sociales ("sin que reporten beneficios a la" sociedad).

La interpretación de la conducta típica (y, por tanto, el sujeto activo y objeto de la acción) se ve enormemente dificultada por "el desconocimiento, involuntario o buscado, que trae el tipo acerca de realidades tan elementales en el derecho mercantil como que no todas las sociedades tienen su capital dividido en acciones (el art. 291 utiliza el vocablo "accionistas") y que no todos los administradores

tienen por qué ser socios" (el precepto se refiere a "demás socios") (Moreno Cánoves-Ruiz Marco). Pero, probablemente, si hacemos una interpretación sistemática con lo dispuesto en el art. 297, podamos concluir sin lesión del principio de legalidad, que la expresión "socio" del art. 291 alcanza, no ya al concepto mercantil como titular de una parte de una sociedad de tal carácter, sino a un más amplio sector como persona que se asocia a otra u otras para algún fin (Dralet; cit. por Moreno Cánoves-Ruiz Marco). Y no tiene por qué oponerse a esta interpretación la descripción que hace el art. 297 del ámbito de las entidades como participación permanente en el mercado, pues la propia generalidad de esta expresión no obliga a circunscribir a dichas entidades al concepto mercantilista de mercado, sino que bastaría con que tuviera un domicilio y que la propiedad y el arrendamiento de servicios para ello permita afirmar su participación en el mercado.

Sobre esta base, debemos interpretar el tipo como tipo especial ya que **sujeto activo** (cualificado) sólo puede serlo el socio (mayoritario en la Junta) o el administrador (mayoritario en el órgano de administración) (Así Moreno Cánoves-Ruiz Marco). La interpretación estricta gramatical del texto de la ley obligaría a excluir como sujeto activo del delito al administrador que no fuera socio. Pero una interpretación de la expresión "demás socios" al estilo de lo apuntado más arriba, permite salvar este atentado al sentido común.

En la medida en que la "Junta de accionistas" no debe entenderse en sentido estricto, sino en uno amplio como equivalente a órgano que determina la voluntad social, también cabe como sujeto activo el "socio" de una entidad cuyo capital social no esté dividido en acciones. Ciertamente es que si el art. 291 se refiere a "accionistas" en puridad ha de incluir sólo las sociedades cuyo capital sea

representado por acciones. Pero la interpretación sistemática con el art. 297, obliga a entender el citado órgano como aquél que determina la voluntad social. Así, se incluyen no sólo la Junta de accionistas de la sociedad anónima, sino los órganos decisorios compuestos por los partícipes de una sociedad de responsabilidad limitada, los cooperativistas, los socios mutualistas o los de una agrupación de interés económico, o una sociedad anónima deportiva, o una sociedad anónima de capital público o las Fundaciones o Cajas de Ahorro.

La **conducta típica** consiste en imponer acuerdos abusivos prevaliéndose de la situación mayoritaria. Obsérvese que esa situación mayoritaria ha de haberse obtenido por medios lícitos porque, en caso contrario, estaríamos en presencia de la figura delictiva del art.292. La situación mayoritaria ha de obtenerse en los órganos sociales que el art. 291 cita (Junta de accionistas u órgano de administración), con independencia del juego de las mayorías-minorías en la propia sociedad. De tal forma que los socios minoritarios desde el punto de vista del capital social, pueden constituir mayoría en la Junta de accionistas o el órgano de administración.

Entiendo con Moreno Cánoves-Ruiz Marco que el verbo "impusieren" hace referencia a la propia adopción del acuerdo (art. 140 LSA) con independencia de si tales acuerdos han sido trasladados a las actas (art. 142 LSA) que sólo afecta a su fuerza ejecutiva (Uría-Menéndez). Sólo así puede diferenciarse el comportamiento descrito en el art. 291 con los que se castigan en el art. 295<sup>8</sup> porque qué duda cabe que puede acordarse "disponer fraudulentamente de los

---

<sup>8</sup> Vid. infra VII

bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta" (comportamientos descritos en este último precepto), y que tales acuerdos pueden ser abusivos y realizarse prevaliéndose de la situación mayoritaria a que se refiere el art. 291. Pues bien, en estos casos se produce un concurso de normas aparente que debe resolverse en el sentido de que el art. 291 castiga el hecho de la simple adopción del acuerdo, mientras que el art. 295 queda reservado al supuesto en que el abuso se materializa. Esta interpretación viene corroborada por la pena a imponer (superior en el 295).

El **objeto de la acción** lo es el acuerdo abusivo. Estamos ante el género de "abuso de derecho" que regula el art. 7,2 del Código civil, del que es especie el "acuerdo abusivo" declarado anulable por el art. 115,1 de la LSA. Hemos señalado más atrás que el acuerdo abusivo no implicará simplemente el abuso de derecho a que se refiere el Código civil, ni tampoco solamente su carácter anulable de la LSA, sino que será punible cuando se perjudiquen los intereses particulares de los socios, sin que se exija para su castigo como delito el perjuicio del interés social (que sí aparece requerido en el art. 115,1 LSA) bastando con que no reporte beneficios a la sociedad. De este modo, serán punibles los acuerdos abusivos adoptados en sociedades instrumentales en beneficio exclusivo de algún socio o de otra entidad mercantil si perjudican los intereses patrimoniales de alguno de los socios, por más que no perjudique a la sociedad instrumental.

El **elemento subjetivo** es doble por cuanto el comportamiento ha de hacerse con ánimo de lucro y en perjuicio de los demás socios. El ánimo de lucro ha de interpretarse en el mismo sentido que en los delitos patrimoniales de apoderamiento y defraudación. La expresión "en perjuicio", como viene siendo tradicional entre los penalistas, significa con intención de perjudicar. Por lo tanto

para la consumación no es necesario que se produzca efectivamente el perjuicio al socio, sino que basta con la adopción del acuerdo abusivo sin que reporte beneficios a la sociedad.

Dejamos señalado más arriba que la expresión "demás socios" ha de interpretarse en un sentido amplio con referencia a las personas que se asocian para cualquier fin. De tal modo que caben dentro de la expresión los partícipes, cooperativistas y demás asociados aunque sea de entidades cuyo capital no esté dividido en acciones. En el caso de las Cajas de ahorro, son los impositores o los cuentacorrentistas quienes deben aparecer incluidos entre los "demás socios".

No caben formas imperfectas, salvo cuando se exijan condiciones especiales para la adopción de acuerdos como ocurre con el art. 100 del Reglamento de Registro mercantil cuando los votos se emitan por correspondencia u otro medio que acredite su autenticidad.

#### **IV.- Mayoría ficticia.-**

Así como en el precepto anterior la conducta punible consistía en prevalerse de mayoría obtenida lícitamente, en el presente art. 292 se produce el mismo prevalimiento si bien la mayoría de la que se aprovecha el autor está fraudulentamente obtenida.

Todo lo dicho sobre el **bien jurídico** protegido en el art. 291 es válido aquí, si bien en la medida en que el precepto describe también las conductas ilícitas mediante las que se obtiene la mayoría ficticia, el desvalor de acción se extiende a

estos comportamientos, por lo que también son objeto de protección otros bienes. Tal es el caso de la Fe Pública documental, el valor probatorio de los documentos o los intereses patrimoniales de los socios.

El precepto utiliza dos verbos para describir la **conducta típica**: "impusieren a se aprovecharen". Estamos frente a un tipo mixto alternativo en el que la pena se impone cualquiera que sea el número de conductas ejecutadas de entre las descritas en la figura delictiva. De modo que la pena es única tanto si el sujeto se limita a "imponer" el acuerdo, como si, además, "se aprovecha" de él. Por imponer hay que entender, igual que en el precepto precedente, adoptar. Esto significa que entendemos que la conducta de aprovecharse ha de estar siempre precedida de la imposición, porque no puede aprovecharse un acuerdo que no se adoptado.

El objeto de la acción es el **acuerdo lesivo**, concepto que, siguiendo a Moreno Cánoves-Ruiz Marco, tiene un alcance distinto en el Derecho penal que en el mercantil. En efecto, el art. 115 de la LSA distingue entre acuerdos nulos (los contrarios a la Ley) y los anulables, entre los que se encuentran los lesivos (o abusivos) y que son aquéllos que "lesionen...los intereses de la sociedad"). Pues bien, no se pueden identificar los acuerdos lesivos del art. 292 Código penal con los del mismo nombre de la LSA, por cuanto el Código penal al describir las modalidades de obtención de la mayoría ficticia incluye comportamientos que en Derecho mercantil convertirían el acuerdo en nulo. Es decir, el art. 292 denomina "acuerdo lesivo" a comportamientos que superan el contenido de dicho concepto en el ámbito mercantil. El "acuerdo lesivo" del art. 292 tiene distinto alcance que el abusivo del 291, porque en aquél precepto se exige alternativamente perjuicio de la sociedad o de los socios.

El precepto señala tres formas expresas de obtener la mayoría ficticia: abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto o negación ilícita del derecho de voto.

El **abuso de firma en blanco** va referido al supuesto en que el sujeto cumplimenta un documento en unas condiciones distintas a las exigidas por el firmante y lo hace en provecho propio y en perjuicio ajeno. Pues bien, estamos ante una forma de estafa (art. 250,4) y también de falsedad y, por tanto, necesitadas de diferenciación con el presente delito societario.

A mi entender solamente dos casos son subsumibles en el delito de estafa. De un lado, el caso consistente en el abuso de firma en blanco después de que el autor haya obtenido la entrega y la firma en blanco del documento mediante engaño. Del otro, la utilización de este documento con firma en blanco como medio engañoso para provocar un acto de disposición patrimonial en una tercera persona.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia españolas no dudan del delito de falsedad en el abuso de firma en blanco, añadiendo Antón Oneca que si "el contenido del documento no procede del firmante, el quebrantamiento no es sólo de la verdad, sino de la autenticidad documental y, por consiguiente, falsedad material". Cuestión capital hoy por la impunidad de las falsedades ideológicas.

Pues bien, entiendo que el art 292 es ley especial frente al delito de estafa y de falsedad, aplicándose con preferencia. Para el caso de apreciarse estafa, absolvería también el delito de falsedad que sólo entraría en juego en defecto del delito

societario y de la estafa.

La **atribución indebida del derecho de voto** constituye la vulneración de las normas mercantiles sobre la atribución del derecho de voto que, en la LSA se encuentran en los arts. 104 y 105 para los socios de un lado, y en el art.140 para el administrador.

La última modalidad es **la negación ilícita del derecho de voto**. Hay negaciones lícitas del derecho de voto que son las limitaciones impuestas legalmente. Salvo esos casos, el derecho a votar es irrenunciable e inderogable (Vicente Chulia. Cit. por Moreno Cánoves-Ruiz Marco).

El texto legal finaliza el elenco de modalidades con una fórmula analógica " o por cualquier otro medio o procedimiento semejante".

El comportamiento debe hacerse **en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios**, lo que indica que se trata de proteger, como ya dijimos, el interés social y el patrimonial particular del socio.

#### **V.- Negar el ejercicio de los derechos de los socios.-**

He aquí un delito societario castigado simplemente con multa y cuya existencia violenta frontalmente el principio de intervención mínima y el propio sentido común. Nada se añade a las ilicitudes civiles que describe.

De entrada no se entiende muy bien cuál es el alcance del precepto, por cuanto al



referirse a "**socios**" y a la suscripción preferente de "**acciones**" se desmarca de nuevo de la interpretación que de sociedad realiza el art. 297. Porque, en efecto, no son "socios" en sentido estricto ni los obligacionistas ni ninguno de los miembros de una cooperativa, caja de ahorros, mutua o fundación, entidades enumeradas en el citado art. 297, ni el capital de los citados entes está dividido en acciones. Y, por otra parte, la incongruencia no se encuentra solamente comparando los preceptos insitos en los arts. 293 y 297, sino que, lo que es peor, la hallamos dentro del propio precepto. Y es un juicio benevolente denominar simple incongruencia al disparate que supone describir la conducta punible como la negativa a un "socio" del "derecho a participar en la gestión o control de la actividad social", como si los meros "socios" pudieran controlar o gestionar por encima y al margen de los propios órganos de control o gestión.

No acaban aquí los dislates del precepto. Obsérvese que el legislador ha seleccionado, de entre los derechos del "socio", solamente tres: información, participación en la gestión o control y suscripción preferente. El hecho de que queden fuera de la protección legal derechos tan importantes como los políticos (derecho al voto, por ej.) o los económicos de participación en los beneficios, el dividendo ("primero de los derechos económicos legalmente reconocido" Valle Muñiz) o la cuota de liquidación, indica que en esta materia se ha legislado de forma embarullada y sin criterio político-criminal alguno.

No tenemos más remedio que interpretar el precepto procurando darle un sentido congruente en el conjunto de los delitos societarios. Para ello, debemos de entender por "socio", cualquier persona que se asocia para algún fin, así podemos incluir a los obligacionistas, los cooperativistas, los mutualistas, los depositantes etc... Y el **objeto de protección** o bien jurídico, habrá que cifrarlo en los derechos

económicos de los "socios" así entendidos, velando de este modo por la leal gestión y administración de los órganos de dirección de la entidad. Lo que nunca podrá entenderse -los designios del legislador económico de 1995 son inescrutables- cuáles han sido las razones para seleccionar de entre los derechos que le asisten al "socio", solamente los tres que describe el precepto.

El **comportamiento típico** descrito en el art. 293<sup>9</sup> consiste en negar o impedir el ejercicio de distintos derechos, a saber, los de información, participación en la gestión, control de la actividad social y suscripción preferente.

El **derecho de información** es uno de los esenciales del "socio" por cuanto que, sin él, difícilmente podrá ejercer los demás. La expresión "sin causa legal" referida en el precepto a las causas de justificación, obliga a entender el deber de guardar secreto (art. 127 LSA) como cumplimiento de un deber, justificando la negación de la información. Una hipotética sentencia condenatoria no parece que, en concepto de responsabilidad civil, pudiera condenar a la entrega de la información (vid. Moreno Cánoves-Ruiza Marco).

Por **participación en la gestión o control de la actividad social** ha de entenderse aquella actividad tendente a participar en la designación y

---

<sup>9</sup> **Art. 293:** "Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieran a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses".

nombramiento de los órganos de control y gestión, por cuanto el "socio", en la legislación mercantil, no controla ni gestiona directamente. Así, constituirá el hecho punible el negar o impedir la asistencia y voto a las Juntas en las que se nombran los órganos de control y gestión; o el derecho a una representación proporcional en el Consejo de Administración; o el derecho a solicitar la convocatoria de junta general extraordinaria (Valle Muñiz).

Es de observar que desde 1989 se sustituyó el régimen de socios censores por el de auditorías por lo que desaparece todo órgano social especializado en el control. Será típica la conducta del administrador que negare al auditor las comprobaciones, consultas etc... necesarias para el control; como también no convocar la junta correspondiente para efectuar el nombramiento de auditor o no inscribir su nombramiento (Moreno Cánoves-Ruiz Marco).

No se entiende muy bien cómo pueden cometer el hecho típico los administradores de hecho o de derecho en lo relativo a **la suscripción preferente de acciones**, cuando según el art. 159 LSA negar o impedir tal derecho sólo incumbe a la Junta general.

#### **Impedir la inspección.-**

El comportamiento descrito en el art. 294<sup>10</sup> consiste en negar o impedir

---

<sup>10</sup> **Art. 294:** "Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la

actuaciones inspectoras o supervisoras y es otro ejemplo más de la excesiva amplitud represiva del Código penal en materia de delitos económicos. Hubiera sido preferible, respetando la máxima de que el derecho penal es la ultima ratio, abandonar la represión de estas conductas al ámbito civil.

Por otra parte, en principio el ámbito de aplicación es tan vasto, que hiere la más fina sensibilidad jurídica en orden a la seguridad y certeza, porque es difícil imaginar una sociedad que no esté sometida a supervisión administrativa. De ahí que todos los esfuerzos de los intérpretes van dirigidos a delimitar los confines del comportamiento, para lo que no sirve el **objeto de protección jurídica** que no puede ser otro que la simple infracción del deber, menos justificado aún que aquél desaparecido delito de conducir un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso.

De la mano de Broseta Pont y Martín Mateo, entienden Moreno Cánoves y Ruiz Marco que **supervisión administrativa** equivale a la actuación administrativa derivada de la relación especial de sujeción que, según J. García de Enterría, someta a la sociedad a un régimen especial de intervención administrativa directa no aplicable al resto de entidades ni empresarios. Y, así, atendiendo, además, al alcance del art. 297, concluye Valle Muñiz que la supervisión a que se refiere el precepto (art. 294) ha de ser de naturaleza financiera.

Este último autor hace la interesante observación de que el comportamiento típico

---

pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

en el art. 294 no puede ser de mayor alcance que la infracción administrativa correspondiente (art. 99 Ley de Mercado de Valores, art. 40 Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, art. 4 Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito etc.).

## VII.- Administración desleal del patrimonio ajeno.-

1) Según Bacigalupo ésta sería la figura básica de los delitos contra el orden socio-económico (art. 295)<sup>11</sup>. No sé si puede sostenerse esta proposición, pero indudablemente la administración desleal del patrimonio ajeno constituye la posición intermedia entre, de un lado, los delitos de estafa y apropiación indebida y, del otro, la responsabilidad civil extracontractual del 1902 del Código civil o la de los administradores de la sociedad anónima del art. 106 LSA.

Este precepto tiene en su génesis similitud con el art. 15 bis del anterior Código relativo a la actuación en nombre de otro. Ambos tienen como modelo el Código

---

<sup>11</sup> **Art. 295:** "Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta-partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido".

penal alemán y ambos nacieron con una burda laguna. El art. 15 bis porque sólo se refería a la actuación en nombre de personas jurídicas, defecto subsanado en el nuevo Código penal; y el 295 porque, igualmente, se refiere a sociedades y no tiene carácter general. De modo que pareciera que para el legislador sólo puede haber deslealtad en la administración de bienes de sociedades y no en la de los particulares.

Aunque el precepto nació en un clima de expectación, esta circunstancia no explica las torpezas del legislador al utilizar la expresión "depositarios" en lugar de "depositantes", la inclusión como sujeto activo del socio que, en puridad, no puede cometer la conducta típica (lo que obliga y permite la interpretación de "socio" a "administrador de hecho" en el sentido amplio expuesto más arriba) y la utilización de mayúsculas al referirse a las Cajas de Ahorros.

2) Desde que en el proyecto de 1980 se incluyera un capítulo relativo a los mal llamados delitos financieros, no cesaron, de un lado, las críticas de los protagonistas del mundo económico contra esta clase de delitos y, del otro, el lamento de los estudiosos por su inexistencia. Que era necesaria una fórmula intermedia entre la simple responsabilidad civil y los delitos de estafa y apropiación indebida, lo depara el hecho de numerosa jurisprudencia quejosa de la imposibilidad de proceder a la condena por la inexistencia de los delitos societarios. Así STS. 17 marzo 1981 en que el juez lamenta la impunidad en un caso de administración desleal. Vid. también STS 23 junio 1973, 29 enero y 30 marzo 1991, 2 abril 1993.

Ya la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 subrayaba esta necesidad al

entender que "las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que puede producirse en una sociedad mercantil".

En definitiva, como señala Bacigalupo, el Código penal anterior carecía de un tipo penal que permita sancionar la producción dolosa de perjuicio de un patrimonio ajeno, cuya administración ha sido confiada al autor. Esta situación se vió agravada -señala Bacigalupo- con la reforma del Código penal en 1983 que definió la estafa siguiendo el modelo alemán. Con anterioridad a esa fecha, la existencia de una estafa por analogía y la fidelidad al modelo francés de defraudación, permitía castigar como estafa comportamientos de administración desleal del patrimonio ajeno.

3) Para la mejor comprensión del precepto recién creado, entiendo ejercicio político criminal de interés el repaso de los **supuestos** que constituyen esa laguna tantas veces denunciada y para cuya superación se creó el precepto (art. 295), pudiendo así mejor comprender la imposibilidad o las dificultades de castigar el hecho como apropiación indebida o estafa. (Vid. Bacigalupo, C. Martínez Pérez, Tiedemann, Rodríguez Mourullo.)

a) El representante que en nombre de la sociedad celebra contratos con precios excesivos recibiendo una comisión o retribución por la operación; b) cobros y pagos en dinero fiscalmente opaco que, aparte de la infracción tributaria correspondiente, pretende ocultar a los socios operaciones perjudiciales para la sociedad; c) concesión de créditos por parte de la sociedad, a un directivo para la compra de las acciones de aquélla; o a sociedades controlados por aquél que sólo benefician al prestatario; según Rodríguez Mourullo el Derecho penal italiano

sanciona en el art 2.624 a los administradores que obtengan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente o por persona interpuesta, de la sociedad que administran o consigan de la misma la prestación de garantías para débitos propios; d) el uso no dominical de fondos de la sociedad con la pretensión de devolverlos; e) la distracción de dinero en un préstamo mutuo que según la jurisprudencia no puede castigarse como apropiación indebida ya que esta clase de préstamo (y el contrato de depósito en cuenta corriente) transmite la propiedad del dinero al prestatario; d) supuestos intolerables de autocartera cuando benefician a los administradores y perjudican a la entidad.

4) Sustancialmente los comportamientos descritos en el art 295 consisten en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad de un lado, y contraer obligaciones a su cargo, siempre que concurra, aparte del dolo, beneficio propio y perjuicio social.

El parecido de tales comportamientos con las conductas descritas hoy en los arts. 252 (apropiación indebida) y 248 (estafa), exige que nos detengamos en los criterios de diferenciación. Sobre todo si tenemos en cuenta que la expresión "disponer" se utiliza en los tres preceptos. En efecto, obsérvese que, aparte del art. 295 en que se utiliza como verbo típico para describir la conducta punible, en los preceptos de la estafa (art.248) sirve para describir uno de las partes en que se divide la acción punible ("acto de disposición") y en la apropiación indebida se define la consumación por parte de doctrina y jurisprudencia como la disposición de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.

Pues bien, la diferencia entre la administración desleal del patrimonio ajeno y los



delitos de estafa y apropiación indebida requiere una atención especial.

Frente a la estafa podemos cifrar la distinción en la existencia de un engaño como conducta determinante del acto de disposición y el perjuicio, mientras que en la administración desleal del patrimonio ajeno simplemente se abusa de una relación de confianza preexistente. Como sostiene Bacigalupo, si se puede hablar de "engaño" en el sentido de desleal, el que engaña, en el delito societario, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluye la tipicidad del delito de estafa.

Aunque con la apropiación indebida la diferenciación es más compleja, conviene la doctrina en que son distintos los bienes jurídicos, siendo la propiedad (o el derecho de crédito para el caso del dinero) el objeto de protección en la apropiación indebida, frente al patrimonio del delito de administración desleal. También se conviene que en el delito societario no se produce un acto de disposición de la cosa como propia de modo que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, sino simples usos dominicales ilícitos (Martínez Pérez). (Hay que tener en cuenta la STS 14 marzo 1994 (ponente: Bacigalupo) en la que, tras unas consideraciones sobre la apropiación indebida de dinero, acaba sosteniendo que en este caso no se requiere una acción de apropiación -s.c. incorporación de la cosa al propio patrimonio- ni animus rem sibi habendi -ánimo de tener la cosa como propia).

La conducta de **disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad** no ha de entenderse en el sentido de la consumación de la apropiación indebida o en el sentido del acto de disposición de la estafa. Es decir, en el art. 295 el legislador no está pensando en la disposición de la cosa como propia, sino en el uso o el abuso

del administrador respecto de los bienes de la sociedad de modo que supone una extralimitación de las facultades. De tal modo, que si en lugar de este comportamiento, el administrador dispone de la cosa como propia implicando el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, no concurriría el art. 295 sino la apropiación indebida del art. 252.

Claro está que aquél uso o abuso fuera de las facultades del administrador, tiene que concurrir con ánimo de lucro ("en beneficio propio o de un tercero") y real perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Teme Bacigalupo que la referencia a tales objetos dificulte la diferenciación con el delito de apropiación indebida. A mi juicio la enumeración de tales objetos es innecesaria y carece de significación para el comportamiento típico.

La conducta de **contraer obligaciones** a cargo de la sociedad (se entiende , en beneficio propio y con perjuicio social, al igual que la conducta anterior), coloca sobre la mesa la cuestión de los negocios de riesgo, es decir, aquéllos en los que el beneficio para la sociedad es altamente inseguro o los negocios puramente especulativos. Pienso que aquí cobra especial significación el consentimiento o conformidad, presunta o no, de la entidad representada.

No parece posible la **comisión por omisión** dada la literalidad de la descripción de las conductas punibles, de modo que quedaría impune el comportamiento desleal de quien desatiende una actuación que hubiera permitido un incremento patrimonial del bien administrado.

La vaguedad de la descripción típica ha permitido a algún autor entender que

hubiera sido mas razonable la enumeración de los distintos deberes de lealtad infringidos, como se hace en el Proyecto Alternativo alemán o ha elaborado la jurisprudencia alemana sobre la Untreue del parágrafo 266. Es de desear que nuestra jurisprudencia elabore pronto un elenco o listado de comportamientos y situaciones que colmen el tipo penal.