

## **FUNCIÓN REAL Y FUNCIÓN SIMBÓLICA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS**

**R. Rebollo Vargas**

Profesor Titular Derecho Penal  
Universidad Autónoma Barcelona

**Resumen:** El legislador no fue demasiado afortunado, en general, al tipificar los delitos societarios. No se trata, únicamente, de que se hayan sancionado comportamientos que se encuentran tutelados en otros sectores del ordenamiento jurídico, o que el Derecho penal no sea en estos casos más que una manifestación simbólica; sino que, a mi juicio, la deficiencia más preocupante es que las previsiones administrativas o mercantiles que tutelan esas infracciones en sus ámbitos respectivos son más rigurosas que las dispuestas en el Código penal. Circunstancias jurídicamente inadmisibles y que desde la óptica de no contradicción del ordenamiento resultan verdaderamente inauditas, en tanto que de la interpretación, por ejemplo, de los arts. 293 y 294 del Código penal se desprende que determinados hechos podrían ser constitutivos de un ilícito penal cuando, a la vez, en sede administrativa o mercantil serían comportamientos que carecerían del correspondiente desvalor.

**Palabras clave:** 1) Delitos societarios y Derecho penal simbólico; 2) Delitos societarios y ultima ratio del Derecho penal; 3) Delitos societarios y carácter fragmentario del Derecho penal; 4) Delitos societarios y subsidiariedad del Derecho penal).

---

Recibido: enero de 2006. Aceptado: agosto de 2006

**Abstract:** The Spanish penal Code was not too lucky, in general, when he described the corporate organs crimes. The matter is not only that have been sanctioned behaviors that are protected by other sectors of the legal ordering, or that the Criminal Law is not more in these cases than a symbolic manifestation; in my opinion, the most worrisome deficiency is that the administrative or mercantile dispositions that describe those infractions in their respective scopes are more rigorous than the contemplated by the Penal Code. Legally inadmissible circumstances and that from the optics of contradiction of the legal ordering are truly inconceivable, whereas from the interpretation, for example, of the arts. 293 and 294 of the penal Code is derived that certain facts could represent a criminal offence when, simultaneously, in the administrative or mercantile scopes they would be behaviors that would lack the corresponding meaning.

**Keywords:** Corporate organ crimes and symbolic Criminal Law – Corporate organ crimes and *ultima ratio* – Corporate organ crimes and fragmentary character of the Criminal Law

## I. Introducción

Como es bien sabido, los delitos societarios se ubican en el Capítulo XIII (arts. 290-297) del Título XII, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Con independencia de la mayor o menor fortuna en la tipificación de alguno de tales preceptos, de su innecesariedad o incluso, de su ubicación sistemática, lo cierto es que con ellos se cubren ciertas lagunas de punibilidad, dado que los tipos que se incluían hasta entonces bajo la rúbrica de los “*Delitos contra la propiedad*” del Código penal anterior, no siempre resultaban aplicables a determinadas conductas ilícitas que tenían lugar en el ámbito societario.

Al iniciar una reflexión sobre estos delitos es habitual mencionar los elementos comunes de entre todos los tipos: se hacen referencias al sujeto activo (al administrador de hecho o de derecho), al concepto de sociedad (constituida o en formación), a la interpretación de qué debe entenderse por perjuicio económico (común en todos los tipos excepto para los arts. 293 y 294), a las particularidades que en ellos presenta la autoría y la participación,

a la condición de perseguibilidad y, por supuesto, a la controversia entorno al bien jurídico. Pues bien, al margen de la discusión que puede suscitarse sobre todos o sobre la mayoría de esos elementos parece fuera de duda que, en líneas generales, la tipificación de estos delitos societarios ha sido saludada favorablemente por la doctrina y que, a la vez, algunos de esos tipos han generado serias dudas en relación a si con ellos se quebraba el principio de intervención mínima o, en otras palabras, si suponían una extralimitación del *ius puniendi*. En lo que sigue realizaré algunas reflexiones sobre el *ius puniendi* y sus límites para, más tarde, analizar alguno de esos tipos para constatar si su inclusión en el Código es acertada o, por el contrario, no existe ninguna razón político criminal que los legitime.

## II. El *ius puniendi*

### 1. Concepto y fundamento

La potestad punitiva o *ius puniendi* del Estado es un tema controvertido desde su propia denominación<sup>1</sup>. Es cierto que alrededor del Derecho penal objetivo existe un amplio acuerdo al caracterizarlo como un conjunto de normas jurídicas. Consenso que se mantiene al entender que el *ius puniendi* está referido a la facultad que le corresponde al Estado de imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos. Ahora bien, probablemente, en lugar de hacer referencia a “Derecho penal subjetivo”, a “relación punitiva” o a “subjetivización de la norma penal” (como se ha venido haciendo hasta ahora)<sup>2</sup>, sea preferible denominar *ius puniendi* o potestad punitiva a la facultad de imponer penas o medidas de seguridad ya que las anteriores denominaciones dan

---

1 QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, págs. 28-30.

2 Vid., ampliamente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, págs. 214 y ss.

lugar a una cierta confusión, en tanto que el *ius puniendi* no es el “derecho penal” sino el “derecho a penar”<sup>3</sup>

Una vez sentado que el titular del *ius puniendi* es el Estado, conviene detenerse mínimamente en su fundamento o legitimación. Así, no es ninguna novedad señalar que el poder punitivo se justifica por su propia necesidad, es decir, para la protección y el mantenimiento de la sociedad en convivencia o yendo un poco más lejos, e identificando ese fundamento con la función del Derecho penal, es posible afirmar que el Estado puede castigar porque tiene encomendada la función de proteger la sociedad a través de los bienes jurídicos<sup>4</sup>. Pero, junto a ese fundamento funcional es imprescindible hacer referencia a otro que se encuentra estrechamente relacionado con el anterior, que es de índole político e inseparable del modelo de Estado. Así, me parece incuestionable la legitimidad del Estado en la utilización del *ius puniendi* para el mantenimiento de una sociedad en convivencia aunque, también es verdad que, el Derecho penal ha sido empleado frecuentemente de un modo indebido; en un caso, como mecanismo pretendidamente apto para consolidar las injusticias estructurales de sistemas totalitarios y negadores de derechos y libertades fundamentales<sup>5</sup> y, en otro, con una tendencia marcadamente inflacionista sujeta a los avatares políticos del momento o, como es el caso que ahora nos ocupa, con un carácter puramente simbólico en la regulación de algunos tipos penales alejados de los principios de ofensividad o

---

3 Vid., LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte General*, T. I, Madrid, 1996, págs.46-47, 77; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición. Pamplona, 2004, pág. 42.

4 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1984, pág. 310; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 114; MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 6ª edición, Valencia, 2004, págs. 78-79.

5 Al respecto, vid., GARCÍA ARÁN, M., “El retroceso de las ideas en las reformas penales”, *RJC*, 2005, nº 2, págs. 48 y ss; QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid, 2004, págs. 99 y ss.; REBOLLO VARGAS, R. “Rasgos actuales de la política criminal”, *RDPP*, nº 14, 2005, *passim*.

de lesividad<sup>6</sup>. Es por ello que en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro (donde en el art. 1.1 de la Constitución se propugnan como valores superiores del ordenamiento jurídico, nada más y nada menos, que, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político), el Derecho penal debe ajustarse al modelo diseñado en la Constitución y, por lo tanto, responder a unos parámetros preventivo-garantistas que tienen muy poco o nada que ver con un Derecho penal totalitario o puramente represivo; ni, tampoco con las oscilaciones políticas y legislativas que lo han llegado a desnaturalizar hasta el punto de que, en algunos aspectos, lo han hecho irreconocible al incorporarse a su articulado postulados que, a mi juicio, ponen en cuestión no sólo determinados principios constitucionales sino, también, otros inherentes al Derecho penal que teóricamente no son cuestionados<sup>7</sup>. Esa es la razón por la que cobran especial importancia los límites que se establezcan al poder punitivo del Estado. Algunos de ellos han encontrado un reconocimiento en el texto constitucional otros, por el contrario, puede decirse que son producto de una elaborada inquietud doctrinal y jurisprudencial. Ausencia de principios en la Carta Magna que no deja de ser un inconveniente ya que su falta de positivización en ocasiones ha dificultado su alcance y reconocimiento al diferenciar el Tribunal Constitucional entre cuestiones de mera legalidad y cuestiones de relevancia constitucional (criterio que, tras la STC

---

6 MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, RDPP, nº 6, 2001, págs. 117 y ss.

7 No obstante, vid., BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid, 2005, pág. 148, quien expresamente refiere lo siguiente: “Ya sé que, constitucionalmente, humanitariamente, políticamente, cuando estoy diciendo no puede implicar una renuncia total al principio de reeducación y reinserción social, ni a la posibilidad de mantener en reserva la oferta de un tratamiento basado en la resocialización a quien pudiera aprovecharlo, pero siendo conscientes de que las posibilidades reales en los delincuentes del segundo grupo serían muy escasas y drásticamente menores a las que pudieran presentar normalmente en el otro grupo...*Los partidarios de la escuela positiva apoyaban la pena correccional para los corregibles y la pena inculcadora para los incorregibles. Tal vez no debemos despreciar este mensaje...*” (cursivas añadidas)

de 25 de marzo de 1993, 111/1993, parece haber abandonado). En cualquier caso, entiendo que no es recomendable considerarlos como un catálogo cerrado sino que sería más lógico entenderlos como un bloque abierto en directo y permanente contacto con los valores constitucionales.

## 2. Límites del *ius puniendi* y principio de intervención mínima.

Además de las dificultades relacionadas con la potestad punitiva del Estado, algunos autores han entendido los límites al *ius puniendi* circunscritos exclusivamente al respeto que debe el Estado a las normas que componen el Derecho penal objetivo<sup>8</sup>; añadiendo que el sometimiento a las normas jurídicas por parte del Estado garantizaba que el individuo no fuera castigado mas que en los casos previstos en la ley. Sin embargo, entiendo que es necesario ir un poco más lejos y no constatar simplemente el límite que supone el Derecho penal subjetivo “como mero reflejo” del Derecho penal objetivo, sino que es preciso limitar el contenido mismo de este último<sup>9</sup>.

Los planteamientos doctrinales se han sucedido con este propósito en orden a agrupar los principios y límites constitucionales del *ius puniendi*. Así, desde los autores que los enumeran correlativamente sin perfilar un criterio sistemático de agrupación<sup>10</sup>, desde los que diferencian entre criterios formales y materiales<sup>11</sup>,

- 
- 8 Entre otros, ANTON ONECA, J., *Derecho penal, Parte General*, 2ª edición, Madrid, 1986 ob. cit., pág. 7; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, Parte General*, 15ª edición, Madrid, 1995, pág. 42.
  - 9 QUINTERO OLIVARES, G., *Represión penal y Estado de derecho*, ob. cit., págs. 28-30. Igualmente, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal* Barcelona, 1976., pág. 124, nota nº 242; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1984, pág. 314.
  - 10 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia, 1993, págs. 229 y ss.
  - 11 BUSTOS RAMÍREZ, J. – HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid, 2005, págs. 28-36.

los que los agrupan bajo los límites funcionales y políticos<sup>12</sup>, o los que los sitúan en sede constitucional<sup>13</sup>. Por mi parte, entiendo que todos esos criterios pueden concretarse en tres límites básicos<sup>14</sup>. Uno de ellos es el *principio de intervención mínima*, el otro es el *principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado*, y el otro es el *principio de culpabilidad*. Por razones obvias me referiré al primero de ellos. Creo, por lo tanto, que se puede afirmar que el principio de intervención mínima deriva de la propia naturaleza del Derecho penal, del que serían manifestaciones el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos así como el carácter subsidiario y el de *ultima ratio* del Derecho penal.

a. El carácter subsidiario o fragmentario del Derecho penal

La actual configuración del Estado se aparta (o al menos debería hacerlo) cada vez más de la vieja máxima que expusiera BINDING en su día<sup>15</sup>, según la cual el carácter fragmentario del Derecho penal era un importante vicio de éste que había que subsanar, ya que se debía orientar a la realización de la justicia y al lógico castigo de todos los hechos lesivos contra todos los bienes jurídicos con independencia de su peligrosidad.

En sentido contrario a tal formulación y en este caso directamente ligado con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es atrevido afirmar que en la lógica de un Estado

---

12 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., págs. 124 y ss. Vid., igualmente, su *Derecho penal, Parte General*, 7ª edición, Barcelona, 2004, págs. 111 y ss.

13 GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, págs. 57 y ss.

14 En ese sentido, vid., expresamente, MUÑOZ CONDE, F.-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., págs. 69 y ss.

15 PRITTWITZ, C., “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, págs. 428-429. Igualmente, vid., MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., pág. 127; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, ob. cit., pág. 362.

democrático se entienda que la potestad punitiva no se ejerza en cualquier ámbito, sino que la intervención estatal debe ceñirse a unos parámetros contrarios a la criminalización indiscriminada de aquéllos comportamientos carentes de un plus de lesividad que no legitimen la intervención penal<sup>16</sup>. Entre otras consecuencias, lo anterior supone la atribución al Derecho penal de un *carácter subsidiario*. Así pues, dada la gravedad de las consecuencias derivadas de la acción penal, no debería acudir a ésta cuando existan otros mecanismos jurídicos sancionadores menos gravosos que sean capaces de proteger bienes jurídicos. En este sentido, las perturbaciones del ordenamiento jurídico de carácter leve han de ser objeto de otras ramas del Derecho. Por lo tanto, si tenemos presente que el Derecho penal no es el único mecanismo sancionador del ordenamiento jurídico y que de él se desprenden las sanciones más graves, pareciera que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto del ordenamiento (civil, administrativo, tributario, etc.) y que, por lo tanto, cuando existan otras vías o cuando concurren otras soluciones menos radicales, deben ser aquellas las medidas aplicables y no las propias de un Derecho penal que, necesariamente, debe ser entendido como una *ultima ratio*<sup>17</sup>. Por otro lado, téngase presente que directamente relacionado con el principio de intervención mínima del Derecho penal cabe referir, también, su *carácter fragmentario*; esto es, el Derecho penal no puede sancionar ni todas ni tampoco cualquier afección a un bien jurídico, sino sólo las modalidades de ataque más grave realizadas a los bienes jurídicos fundamentales<sup>18</sup>.

Una consecuencia directa de lo dicho hasta ahora obliga a una reducción del sistema penal en todo aquello que no sea inevitable, es decir, debe llevar aparejada la descriminalización de

---

16 MARTOS NUÑEZ, J.A., "El principio de intervención mínima", ADPCP, 1987, págs. 99 y ss.

17 MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., pág. 73.

18 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, ob. cit., pág. 385.,

conductas de poca entidad o de los injusto bagatela para quebrar con ello la preocupante tendencia de *huída hacia el Derecho penal*<sup>19</sup>. Ello no significa desconocer una necesidad inversa cual es la de demandar una profunda revisión de determinados sectores que implique la intervención penal en ámbitos hasta ahora desprovistos de cualquier tipo de protección o, incluso, cuando la misma se manifiesta claramente insuficiente para hacer frente a las constantes agresiones de las que son objeto, como pueden ser los bienes jurídicos de naturaleza colectiva o los de interés social. Y, en sentido contrario como puede ocurrir en alguno de los delitos societarios –tal y como veremos más adelante–, abogar por destipificar determinadas conductas a las que se les dispensa un tratamiento específico en el derecho de sociedades

b. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos atribuido al Derecho penal configurado como uno de los límites a la potestad punitiva del Estado, tiene su origen en autores como BECCARIA y en las ideas derivadas del Contrato Social con la distinción entre “Moral” y “Derecho”. Como es sabido, una de sus consecuencias más destacadas es el que no se sancionen penalmente comportamientos carentes de lesividad para la sociedad en general o para los hombres en particular<sup>20</sup>. En esa misma línea de consideraciones, en la actualidad es comúnmente rechazada la idea de que el Derecho penal dispense protección a valores irrelevantes o a intereses que no sean esenciales para el funcionamiento de la sociedad. Así, pues, afirmar que el Derecho penal ha de intervenir exclusivamente para la protección de bienes jurídicos penales no supone ninguna novedad especial, incluso

---

19 PRITTWITZ, C., “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?”, ob. cit, pág. 428.

20 HASSEMER, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pág. 28.

se ya llegado a decir (quizás con un cierto *optimismo*<sup>21</sup>), que la vinculación entre la noción de bien jurídico y su protección penal es algo tan evidente que ni siquiera es seriamente discutido en la ciencia penal<sup>22</sup>. No obstante, a pesar de la afirmación anterior (¡no nos engañemos!), lo que también es cierto es que una vez que se ha creado la norma penal no cuesta demasiado identificar –incluso de forma etérea- cuál es el bien jurídico protegido en cada caso, entre otras razones por la labor que realiza la doctrina para concretarlos<sup>23</sup>.

También es cierto que el concepto de bien jurídico resulta condicionado por factores de índole diverso, ya sean de naturaleza política o de carácter social<sup>24</sup>. En realidad, la atribución de un contenido material al concepto de bien jurídico camina en paralelo a la transformación del propio Estado; por ello, lo que sí es fundamental como elemento limitador del poder punitivo estatal es la determinación de su contenido, con lo cual protege normativamente a algunos intereses y no a otros, ya sea porque no son dignos de protección penal o porque existen otros mecanismos capaces<sup>25</sup>. En buena lógica, la especificación de los

- 
- 21 Sin ir mas lejos la Exposición de motivos del Proyecto oficial alemán del StGB, se hacía referencia a que no se podían excluir de la protección penal “determinadas formas de comportamiento especialmente reprobables desde el punto de vista ético, execrables para el común sentir, incluso si de su realización no se deriva inmediatamente la lesión de un bien jurídico”. Vid. ROXIN, C., “Cambios en la ciencia del Derecho penal”, en *Iniciación al derecho penal de hoy*, Universidad de Sevilla, 1981, págs. 119 y ss.
  - 22 KAUFMANN, A., “La misión del Derecho penal”, en *La reforma del Derecho penal*, T. II, (edición de MIR PUIG, S.), Bellaterra, 1981, págs. 9 y ss.
  - 23 MUÑOZ LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, ob. cit., pág. 118. Vid., igualmente, nota a pie de página nº 75.
  - 24 TERRADILLOS BASOCO, J., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, en *Pena y Estado*, ob. cit., pág. 17. Igualmente, HASSEMER, W. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, ob. cit., pág. 32.
  - 25 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. ADPCP, 1990, pág. 18.

bienes jurídicos, debería de impedir que se utilizaran como “mera pantalla” para la protección de cualquier clase de intereses que no son más que los propios de determinados grupos o colectivos de individuos cuando carecen de trascendencia para el resto<sup>26</sup>.

Conviene recordar que en la Exposición de Motivos del actual Código penal se dice que el eje central sobre los que gravita el nuevo Código es el de su adecuación a los valores constitucionales. Añadiéndose que uno de los criterios seguidos por el Gobierno para la elaboración del Proyecto era, precisamente, afrontar la antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad compleja, razón por lo que desaparecían figuras delictivas propias de otros tiempos; mientras que, a la vez, esas nuevas realidades suponen la introducción de tipos como, por ejemplo, -y se cita expresamente-, los delitos socioeconómicos. Otra cosa es, me atrevo a anticipar, que en alguno de esos tipos no se puedan concretar unos intereses de tutela que se identifiquen con un bien jurídico merecedor de protección penal.

En directa relación con lo anterior voy a traer a colación algunos de los tipos previstos bajo la rúbrica de los delitos societarios donde, a mi entender, es más que cuestionable que formen parte del catálogo punitivo, mientras que otros comportamientos potencialmente tan graves como los dispuestos en el texto punitivo quedan inexplicablemente fuera del ámbito punible<sup>27</sup>. Me refiero, así, a los artículos 291, 293 y 294 del Código penal.

---

26 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 268.

27 QUINTERO OLIVARES, G., “El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pág. 1718.

### III. Delitos societarios y principio de intervención mínima

#### *1. La imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria. Art. 291.*

Como anticipaba, se trata de un precepto que ha sido abiertamente cuestionado por la doctrina al entender que el comportamiento típico que se describe en el tipo no puede legitimar la intervención penal<sup>28</sup>. Los motivos que se aducen son distintos, desde que carece de la lesividad suficiente para disponer de protección penal, hasta que tales supuestos disponen de la correspondiente tutela en los ámbitos civil y mercantil<sup>29</sup>.

Por otro lado, presenta ciertas similitudes con el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia, previsto en el artículo siguiente y castigado con la misma pena, con la particularidad de que este artículo 292 requiere que los autores hayan obtenido la mayoría de modo fraudulento (no de forma lícita, como en el art. 291), lo que posibilita la acción penal<sup>30</sup>. Sin embargo en la hipótesis que nos ocupa, no estamos ante mayorías ficticias alcanzadas de forma fraudulenta, sino ante acuerdos abusivos obtenidos como consecuencia de una posición mayoritaria en la junta de accionistas o en el órgano de administración. El núcleo del comportamiento típico recae, por lo tanto, en la asunción de acuerdos abusivos –que no fraudulentos– por quien en ese momento ostente la posición mayoritaria en la sociedad para adoptar acuerdos contrarios al interés del resto de los socios y, a la vez, cuando éste no reporte ningún beneficio para la sociedad. A este respecto, la primera cuestión que cabe plantear es si precisamente la adopción de esos acuerdos por la

---

28 CUGAT MAURI, M., en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, T. I, Madrid, 2004, pág. 1099; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*. Madrid, 1998, pág. 209.

29 VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona, 1996, pág. 1316.

30 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª edición. Valencia, 2005, pág. 402.

mayoría en detrimento de la minoría no responde precisamente al funcionamiento habitual de las sociedades<sup>31</sup>; otra cosa distinta es que los acuerdos adoptados -para ser penalmente relevantes- no le signifiquen ningún beneficio a ésta o, yendo más lejos, que le sean perjudiciales a ella misma y a los intereses de los socios minoritarios.<sup>32</sup>

Como más adelante veremos y hemos anticipado al inicio, creo que el precepto presenta serias dudas acerca de la concurrencia del componente de lesividad preciso para legitimar la intervención penal. Así, el art. 48 c) de la LSA prevé que uno de los derechos de los socios es el de impugnar los acuerdos sociales y en el art. 115.1 se establecen cuáles son los acuerdos impugnables (entre otros, los que lesionen *los intereses de la sociedad*). Es ahí donde radica esa tenue distinción entre la previsión penal y la mercantil. Mientras en el art. 115.1 LSA el objeto de impugnación reside en los acuerdos que perjudican los intereses de la sociedad, en el art. 291 del Código penal el objeto recae sobre un acuerdo que perjudica los intereses de los socios minoritarios. O dicho de otro modo, en el art. 115.1 de la LSA se protege el interés social frente a la adopción de los acuerdos por parte de las mayorías que son beneficiosos para sus intereses particulares; mientras que, en el Código penal, lo protegido es el patrimonio de los socios minoritarios individualmente considerados en virtud de unos acuerdos que tampoco reportan beneficios a la sociedad, quedando extramuros del Derecho penal los acuerdos que resulten perjudiciales para esos mismos socios y beneficiosos para la sociedad<sup>33</sup>. En definitiva, uno de los elementos de distinción más

---

31 QUINTERO OLIVARES, G., “El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios”, ob. cit., pág. 1718

32 Vid., GÓMEZ BENITEZ, J.M., “Acuerdos sociales abusivos. Impugnación o querrela”, en *La Ley*. 2000-T. 5, pág. 1897. Igualmente, vid., DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*. Valencia, 1998, págs. 109-110.

33 URRAZA ABAD, J., “La adopción de acuerdos abusivos como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código penal:

importantes entre ambos ilícitos es el referido al sujeto sobre el que recae el perjuicio derivado del acuerdo<sup>34</sup>.

La primera reflexión que se desprende de lo anterior, además de las dudas ya manifestadas acerca de que tal comportamiento reúna un componente mínimo de lesividad que le pudiera hacer merecedor de protección penal, es que la consideración de esa conducta como delictiva quiebra de forma flagrante el principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho penal. Ello por una razón muy sencilla, cuál es el que éste dispone tanto en el ámbito del Derecho mercantil como del Derecho civil de los mecanismos para la impugnación de acuerdos sociales, así como de los instrumentos precisos para la protección de los intereses de los socios minoritarios<sup>35</sup>.

Así, en la Sección 2ª, del Capítulo V, de la LSA se regulan la “Impugnación de acuerdos sociales”, arts. 115 a 122, disponiendo expresamente el párrafo primero del artículo 115 que: “podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad”. En efecto, lo anterior implica que la adopción de un acuerdo por parte de la Junta de accionistas que contravenga los intereses de la sociedad, ya sea en beneficio de los accionistas mayoritarios o de terceros, son acuerdos impugnables por parte de los socios perjudicados cuando sus intereses coinciden con los de la sociedad. Con ello no se trata de que los socios minoritarios veten de forma indirecta los acuerdos adoptados por la mayoría de los

---

acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia mercantil”, en *La Ley*, 1996- T. 5, pág. 1453.

34 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, ob. cit., pág. 210.

35 FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Valencia, 2000, págs. 204-205; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 403; NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona, 1996, pág. 305.

socios, sino que les faculta a hacer uso de sus derechos cuando los socios mayoritarios pretenden imponer abusivamente su interés personal frente al interés social<sup>36</sup>, otra cosa distinta es el cómo se instrumentalicen esos mecanismos.

De lo anterior se puede concluir que lo pretendido por la LSA es la protección de los intereses de la sociedad cuando éstos son perjudicados por un acuerdo adoptado en la junta; acuerdo que, a su vez, implica un beneficio para los accionistas mayoritarios o para terceros, no para la sociedad. En otras palabras, con ese acuerdo se irroga un perjuicio a los intereses sociales en beneficio de unos socios. Ahora bien, tampoco se puede descartar una hipótesis distinta que sería reconducible al ámbito civil. Me refiero a aquéllas situaciones en las que el acuerdo es beneficioso para el interés social, con la particularidad de que no es impugnabile dado que no es ni contrario a la ley ni a los estatutos sociales; no obstante, ese acuerdo sí que es perjudicial para los socios minoritarios ya que les perjudica gravemente. Se trata de un acuerdo lícito –aunque-adoptado abusivamente por la mayoría en detrimento de los socios minoritarios. El cauce para impugnarlos no es otro que el previsto en el art. 7.2 del Cc, donde se regula el abuso del Derecho. Ello permite el amparo del socio minoritario que posee un interés legítimo para ser indemnizado o, bien, a instar para que finalice la situación de abuso generado por una posición mayoritaria<sup>37</sup>.

Continuando con las previsiones de la LSA, me llama particularmente la atención el art. 117 donde se regula la legitimación para la impugnación de los acuerdos sociales. En él se distingue entre las personas legitimadas para impugnar los acuerdos nulos (los contrarios a la ley) y los anulables (los que se opongan a los estatutos y lesionen los intereses de la sociedad), proveyéndose

---

36 FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, ob. cit., págs. 202-203.

37 FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, ob. cit., pág. 204; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, ob. cit., pág. 212, en especial, nota a pie de página nº 594 con abundante jurisprudencia.

que para impugnar los primeros están legitimados todos los accionistas, los administradores y aquél que acredite un interés legítimo, mientras que la legitimidad para impugnar los acuerdos anulables recae en todos los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, y los administradores, lo cual supone que el elenco de sujetos con capacidad para impugnar esos acuerdos –nulos o anulables- es verdaderamente importante. Sin embargo, téngase en cuenta que el art. 296 faculta a ejercitar la acción penal a personas que pueden no disponer de la legitimación correspondiente para impugnar el acuerdo de la Junta a través de la vía mercantil. Es decir, el Código penal a través de la citada cláusula procesal faculta a una persona agraviada (incluso un perjudicado civil) para interponer una denuncia o, incluso, ni siquiera exige la denuncia de la persona agraviada cuando los hechos afectan a los intereses generales o a una pluralidad de personas. La conclusión de todo lo anterior, y ahora en sede estrictamente procesal, es que se hace imprescindible dispensar al precepto una interpretación restrictiva en bien del principio de intervención mínima, so riesgo de que indirectamente se instrumentalice y más que atender a la protección de los intereses de la los socios no sea más que un mecanismo que dificulte la buena marcha de la sociedad<sup>38</sup>.

Como se puede concluir sin mayores dificultades, la descripción típica prevista en el art. 291 es innecesaria desde un punto de vista político criminal<sup>39</sup>. Se trata de supuestos para los que el

---

38 GÓMEZ BENITEZ, J.M., “Acuerdos sociales abusivos. Impugnación o querrela”, ob. cit., pág. 1896; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 403. Vid., no obstante, SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines*, Madrid, 2003, pág. 829, quien desde un punto de vista pragmático propone acudir a la vía penal para resolver estos conflictos; y ello por dos razones: por su menor coste económico –no se olvide la posibilidad de actuar mediante denuncia-, además de que los plazos de prescripción del delito son más amplios que los previstos en el ordenamiento mercantil.

39 TERRADILLOS BASOCO, J., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, ob. cit., pág. 10.

ordenamiento jurídico, ya sea en el ámbito civil o mercantil, dispone de los correspondientes mecanismos de tutela, por lo que no puede menos que concluirse que su tipificación es absolutamente innecesaria y contraviene los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio* del Derecho penal. Entiéndaseme bien, con lo anterior no considero que sea jurídicamente irrelevante la adopción de acuerdos mediante mayorías legítimamente constituidas que perjudiquen los intereses de la minoría de los socios o de la sociedad, sino que pretendo poner de relieve que la adopción de esos acuerdos adoptados de forma legítima –pero perjudicales– pueden ser objeto de impugnación y sanción mediante los correspondientes mecanismos mercantiles y civiles sin necesidad de acudir al Derecho penal para que indirectamente, éste, se instituya como un mecanismo que propicie su instrumentalización para favorecer las estrategias empresariales de las minorías <sup>40</sup>.

## 2. *Obstaculización de los derechos de los socios. Art. 293*

Al igual que en el caso anterior, este precepto es objeto de las mayores controversias en la doctrina penal española llegando incluso algún autor a proponer no ya una interpretación restrictiva del tipo sino pura y llanamente su desaparición<sup>41</sup>. Y al igual que sucedía en el delito previsto en el art. 291, como veremos más adelante, llama la atención que la regulación mercantil sea más estricta que la penal en cuanto a que aquélla exige un perjuicio

---

40 Conclusión prácticamente unánime en la doctrina. Vid., por todos, VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ob. cit., pág. 1316. Igualmente, véase, FARALDO CABANA, ob. cit., págs. 205-206; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, ob. cit., págs. 209-210, en especial nota a pie de página 586, donde recoge una parte del debate parlamentario que suscitó el precepto. .

41 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 432. Vid., GÓMEZ BENITEZ, J.M., “Los delitos societarios”, en *Derecho penal económico*. Manuales de Formación Continuada, nº 14, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 609-610, quien expresamente entiende que se trata de un precepto inconstitucional.

económico para el socio que se ve obstaculizado en el ejercicio de sus derechos, mientras que ese requisito no sólo no está dispuesto en el tipo penal, sino que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo lejos de dispensarle al precepto una interpretación restrictiva manifiesta que la descripción típica no lo requiere y que, por lo tanto, no es precisa la exigencia de un perjuicio económico en sede penal.

Como cuestión previa cabe advertir que se trata de un ilícito que si bien tiene antecedentes en el Derecho comparado, no aparece en los Proyectos de Código penal hasta el de 1992 aunque con una redacción distinta a la que posteriormente resultará definitiva. Entonces, la descripción típica venía presidida por los adverbios “maliciosa y reiteradamente” que finalmente desaparecieron del texto y que, quizá, hubieran sido de utilidad para fijar algún criterio limitador en el ejercicio de la acción penal.

Los derechos del accionista están previstos en el art. 48. 2 de la LSA, (a. participar en el reparto de ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; b. de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles; c. asistir y votar en las juntas generales, así como impugnar acuerdos sociales; y, d. de información). Derechos de los socios de carácter político –los segundos- y de naturaleza económico-patrimonial –los primeros- que, como se desprende del precepto, no encuentran acomodo en la descripción típica sin que ello obedezca a ningún criterio mínimamente lógico, dado que quedarían extra muros del Derecho penal conductas como la de negar la participación en el reparto de las ganancias sociales o el derecho de los socios a participar en el patrimonio resultante de la liquidación<sup>42</sup>.

Al margen de la consideración anterior en relación a la poca fortuna del legislador en cuanto a la configuración de la

---

42 VALLE MUÑOZ, J. M. en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., pág. 1324. Igualmente, vid., CUGAT MAURI, M., en *Comentarios al Código penal. Parte especial*, T. I, pág. 1107.

descripción del tipo, como consecuencia de la interpretación jurisprudencial del delito quisiera hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, con respecto al alcance del derecho de información y, en segundo lugar, a la exigencia o inexistencia de un perjuicio económico. Con respecto a lo primero, cabe señalar que la jurisprudencia penal ha venido a consolidar una línea interpretativa proclive a entender que el derecho a la información que ostenta un socio no es absoluto o incondicional sino limitado, por lo que la intervención del Derecho penal sólo puede legitimarse a partir de un cierto plus de gravedad dado que éste no puede emplearse como instrumento sancionador de meros ilícitos ya previstos en el ámbito mercantil. De ello, desde luego, podría inferirse en primera instancia que los Tribunales dispensan al tipo una interpretación restrictiva en aras a salvaguardar el principio de intervención mínima, debiendo reservar la sanción penal para aquellos supuestos que generen un plus de gravedad en relación con el ilícito civil<sup>43</sup>.

En directa relación con lo anterior pareciera que, a pesar de que el tipo no lo prevea expresamente aunque sí se trata de un requisito previsto en la LSA además de que los Tribunales civiles así lo exigen<sup>44</sup>, la interpretación típica debería ser de carácter restrictiva y requerir con ello la exigencia de un perjuicio patrimonial al socio a quien se le impide el ejercicio de sus derechos. Pues bien, con independencia de que el ejercicio del derecho de información que le asiste al socio no sea ni absoluto ni ilimitado,

---

43 Esa es la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SAP Zaragoza, de 3 de enero de 2003, entiende que: "...Partiendo del principio de intervención mínima que inspira el Ordenamiento penal y dado que la obstrucción al derecho de información constituye un comportamiento reprochable sin salir del derecho Mercantil, parece que la sanción penal deberá reservarse para actos abusivos sobre estos mismos aspectos pues, en caso contrario, nos encontraríamos ante una superposición de normas de distinto ámbito, que no tendría sentido si no dejamos la penal para aquellos casos en los que se da un plus de gravedad, en comparación con el civil".

44 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, ob. cit. Pág. 255.

como tampoco lo son los de participación en la gestión o control de la actividad social, lo cierto es que el TS (entre otras, STS 9.05.2003) no requiere la exigencia de un perjuicio económico expreso al entender que se trata de una circunstancia que no sólo no se prevé en el art. 293, sino que cuando el legislador ha pretendido un resultado patrimonial lesivo así lo ha dispuesto expresamente.

En efecto, la LSA para contemplar la exigencia de responsabilidad social a los administradores requiere el incumplimiento de las obligaciones inherentes al desempeño del cargo (art. 133.1 LSA). Sin embargo, ese mismo precepto establece, además, la necesidad de que el administrador, como requisito para la exigencia de esa acción social de responsabilidad haya causado un daño patrimonial a la sociedad como consecuencia del incumplimiento de sus deberes. En otras palabras, la acción social de responsabilidad prevista en la LSA requiere que se cause un daño patrimonial tangible a la sociedad además de la existencia de una relación causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño<sup>45</sup>. Así es, por otro lado, como lo interpreta también en sede penal un determinado sector jurisprudencial. Una muestra de ello son el Auto de la AP de Barcelona, de 22 de marzo de 1999, o la Sentencia de la AP de Sevilla, de 21 de mayo de 1998; resoluciones –en particular ésta última– que afronta la hipótesis de que el daño patrimonial no está explicitado en el tipo, aunque la necesidad de interpretar restrictivamente el precepto en aras del principio de intervención mínima le lleva a tal conclusión (a la exigencia de daño patrimonial); o, en esa misma línea de consideraciones el Auto de la AP de Barcelona, de 22 de marzo de 1999, incide en el argumento de que el Derecho penal no puede ser utilizado como mecanismo sancionador cuando esos mismos ilícitos están ya previstos en el ámbito mercantil, lo cual le lleva a

---

45 FARALDO CABANA, P. . *Los delitos societarios*, ob. cit., pág. 255; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 431.

archivar las actuaciones ante la ausencia de perjuicio económico ocasionado por el acusado.

Es posible que a esta ceremonia de confusión hayan contribuido, además, la desaparición de los vocablos “maliciosa” y “reiteradamente” previstos en el texto inicial del precepto y que podrían haber servido como criterio para diferenciar el ilícito penal del civil o, al menos, como tamiz para modular la intervención penal a aquéllos supuestos en los que el desvalor de acción del administrador viniera presidido por un plus de gravedad adicional. Y, también es cierto que una jurisprudencia oscilante acerca de la exigencia o inexistencia del perjuicio patrimonial lo ha propiciado. En cualquier caso, una interpretación literal del precepto podría llevarnos a concluir que son merecedores de sanción penal los administradores de la sociedad por comportamientos de los que no se desprende ninguna responsabilidad de índole extrapenal<sup>46</sup>. Conclusión a todas luces insostenible. Ya no se trata únicamente de que los principios de proporcionalidad, de prohibición de excesos o, simplemente, los de no contradicción del ordenamiento jurídico, hagan esa interpretación jurisprudencial inviable, sino que no puede ser constitutivo de delito un comportamiento que ni siquiera revestiría una infracción a la LSA cuando la conducta del administrador no ocasiona ningún perjuicio patrimonial. Entender lo contrario, como así hace el TS en su STS de 9 de mayo de 2003, viene motivado por una interpretación literal del tipo que en nada se compadece con principios como los de subsidiariedad, fragmentariedad o *ultima ratio* del Derecho penal<sup>47</sup>.

El despropósito legislativo no puede ser mayor. Entiendo que al precepto se le ha de dispensar una lógica lo más restrictiva

---

46 DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, pág. 127; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, ob. cit., pág. 255; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 432.

47 SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines*, ob. cit., pág. 842.

posible y, es más, el que se legitime su presencia en el Código en atención a que se trata de un comportamiento que no es desconocido en algunos ordenamientos de nuestro entorno o, incluso, que responde a determinadas Directivas Comunitarias me parece poco sólido como para justificar su presencia en el Código penal. Todo ello al margen de que resulte contrario a uno de los límites materiales al poder punitivo del Estado, cual es el principio de intervención mínima.

*3. Obstaculización al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de personas, órganos o entidades inspectoras.*  
*Art. 294*

Una de las primeras cosas que llama la atención en este delito es que carece de antecedentes legislativos tanto en los Proyectos de Código anteriores al vigente, como en el Proyecto del actual Código penal. Su inclusión, por descabellado que parezca, tiene lugar durante el debate parlamentario mediante la aceptación de una enmienda propuesta por el Grupo Socialista, con el único argumento de la “necesidad de prever tal supuesto”<sup>48</sup>. No albergo ninguna duda de que si tuviéramos la paciencia de buscar en las hemerotecas podríamos encontrar alguna noticia relacionada con la conducta que posteriormente se dispuso en el tipo (convirtiéndola en delito y sobre la que en el día de hoy todavía no se ha dictado ninguna sentencia condenatoria). Es indiscutible que las razones que fundamentaron su inclusión en el Código son de carácter extrapenal lo cual supone, una vez más, en sede de delitos societarios la utilización instrumental y simbólica del Derecho penal,<sup>49</sup> para la configuración de un injusto formal que en sentido estricto no reviste la categoría de delito y del que, además, se debe procurar una interpretación restrictiva dado que

---

48 VALLE MUÑIZ, J. M. en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., 1328.

49 HASSEMER, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, ob. cit., pág. 30; TERRADILLOS BASOCO, J., “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, ob. cit., pág. 14.

de lo contrario no sería constitutivo ni siquiera de una infracción administrativa<sup>50</sup>. Consideraciones, claro está, que vuelven a contravenir una vez más el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal.

En orden a propiciar una interpretación coherente del tipo, y en este caso atendiendo a la propia descripción del precepto, obsérvese que en él se hace referencia a sociedades *que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa*, por lo que las conductas típicas de obstaculización no se circunscriben a cualquier tipo de sociedades, sino únicamente a aquéllas que ejercen una actividad que va más allá del interés de sus socios; en otras palabras, sociedades que desempeñan actividades cuyo funcionamiento puede afectar a las bases del sistema financiero, del mercado de valores y de los seguros<sup>51</sup>. Se trata, en definitiva de obstaculizar actuaciones supervisoras o inspectoras de carácter eminentemente financiero, no teniendo cabida en el tipo las que se llevaran a cabo en esas entidades cuando éstas tuvieran un carácter puramente común de control o vigilancia<sup>52</sup>.

Ahora bien, téngase presente que en esos ámbitos, y sólo por citar algunos, del Mercado de Créditos, de los Seguros Privados, o de las Entidades de Capital, existen las correspondientes

---

50 Entre otros, vid., CUGAT MAURI, M. en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, T. I, ob. cit., pág. 1112; FARALDO CABANA, P. . *Los delitos societarios*, ob. cit., pág., 296. Vid., no obstante, un reciente trabajo de la misma autora: “El artículo 294 del Código penal español de 1995: incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos y entidades”, en *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro Hispano italiano de Derecho penal económico*, Madrid, 2004, págs. 118 y ss, donde adopta una posición más matizada para afirmar que el bien jurídico protegido es un interés “necesitado y merecedor de tutela penal, sin que pueda decirse que carece de contenido penal”.

51 Vid., TERUELO FERNÁNDEZ J., “Algunos apuntes acerca del delito societario de obstrucción al control administrativo”, en *Temas de Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 294, quien aboga por incluir entre ellas a las entidades prestatarias de servicios de comunicaciones.

52 SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines*, ob. cit., pág. 849.

normativas extrapenales que consideran falta muy grave la negativa o la resistencia a la actuación inspectora. Es el caso del art. 99 t) de la Ley del Mercado de Valores, del art. 40.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados, o del art. 4 h) de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Evidentemente esa superposición de infracciones administrativas con el ilícito penal presenta graves problemas en relación al *principio de non bis in idem*, y más cuando concurre en ambos supuestos una identidad de sujetos, de hecho y de fundamento. En directa relación con lo anterior, no se olvide que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido perfilando progresivamente el ámbito material del principio y ha proporcionado argumentos adicionales a los anteriores para contemplar la hipótesis de la ilegitimidad de esa doble sanción penal y administrativa por la comisión de unos mismos hechos, puntualizando que uno de ellos es que el interés jurídicamente protegido en ambos ilícitos sea distinto, además de que la sanción sea proporcional a esa protección (STC 10 de diciembre de 1991). Con respecto a una de estas cuestiones, el fundamento de la sanción, se ha generado una cierta discusión en la doctrina ya que un autorizado sector no descarta la posibilidad de la doble sanción penal y administrativa al afirmar que ésta pretende ordenar un sector de la sociedad, mientras que el delito sanciona un deber institucional<sup>53</sup>. Se trata de una conclusión que no puedo compartir, ya no sólo porque entiendo que –en este caso– el bien jurídico en las normas administrativas y penal es idéntico; es más, creo que no existe un fundamento distinto en la norma penal ya que aún y partiendo de esa hipótesis, afirmar que cuando se dificulta la actuación inspectora o supervisora de la Administración se pone en peligro el sistema económico o financiero me parece una afirmación precipitada<sup>54</sup>, cuando –al menos a mi entender– lo que en realidad se sanciona es un ilícito puramente formal caracterizado por la desobediencia o por la

---

53 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, ob. cit., pág. 444.

54 Vid., DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, ob. cit., pág. 135.

falta de colaboración a esas labores de inspección y supervisión de la Administración<sup>55</sup>.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que las infracciones administrativas requieran una gravedad que no se explicita en el tipo penal, esto es, sólo se puede considerar una infracción muy grave la conducta presidida por una excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora siempre que vengan precedidas por un requerimiento administrativo previo, expreso y escrito<sup>56</sup>. Así las cosas, una interpretación literal del art. 294 nos llevaría a la conclusión de que el ilícito administrativo requiere un *plus* de ilicitud que no se exige en el delito societario. Esto es, las referidas conductas de obstaculización a la inspección o a la supervisión serían constitutivas de delito mientras que, a la vez, no serían infracciones administrativas. Lógicamente, y en atención al principio de no contradicción del ordenamiento jurídico, no puede entenderse otra cosa que no sea que el delito precisa también de ese requerimiento administrativo previo, expreso y escrito. Es cierto que con la introducción de ese factor, que no es más que consecuencia de esa mínima lógica jurídica de la que no hizo gala el legislador a la hora de incluir este comportamiento entre los delitos societarios, seguimos ante un injusto que no merece la categoría de delito y que no ofrece ningún criterio para deslindarlo del ilícito administrativo<sup>57</sup>. Así, en esta línea de

---

55 VALLE MUÑIZ, J.M. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ob. cit., 1329.

56 GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Los delitos societarios”, en *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 614.

57 Vid., SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines*, ob. cit., págs. 854-855, quien en relación al requisito de la identidad de sujetos, como es sabido uno de los exigidos por la jurisprudencia del TC en relación al principio de *non bis in idem*, sostiene que el único criterio de diferenciación entre los ilícitos administrativos y la previsión del artículo 294, estaría en directa relación con los sujetos y, en particular, en que el Código penal hace referencia a los administradores de hecho y de derecho, mientras que en el caso de las previsiones administrativas no cabría descartar a “personas jurídicas en las que aquéllos –administradores y directivos- desempeñaban el cargo siempre que se cumplan los requisitos de imputación referidos al mismo”. Igualmente, vid., TERUELO FERNÁNDEZ J., “Algunos apuntes

consideraciones, y atendiendo a ese *plus* de gravedad cuantitativa propia de la antijuridicidad de una conducta, debe requerirse que la negativa o impedimento sea pertinaz y firme, además de que trate de imposibilitar las actuaciones con carácter absoluto.

En todo caso, y para concluir, volvemos a encontrarnos con una nueva muestra en el ámbito de los delitos societarios de esa utilización simbólica del Derecho penal que poco o nada tiene que ver con los principios clásicos limitadores del *ius puniendi* del Estado. En definitiva, de la utilización permanente del Derecho penal para dar respuesta a problemas o situaciones puntuales que son motivo de protección en otras ramas del ordenamiento jurídico.

#### *4. A modo de reflexión final*

Como se desprende de lo hasta ahora dicho, el legislador no fue demasiado afortunado en la tipificación de los delitos societarios que acabamos de referir. No se trata, únicamente, de que se hayan sancionado comportamientos que se encuentran tutelados en otros sectores del ordenamiento jurídico, o que el Derecho penal no sea en estos casos más que una manifestación simbólica que se corrobora en que las resoluciones jurisprudenciales son testimoniales o que los pocos asuntos que llegan a los tribunales acaban en la mayoría de los casos sobreesidos y archivados o con fallos absolutorios; a mi juicio, la deficiencia más preocupante es que las previsiones administrativas o mercantiles que tutelan esas infracciones en sus ámbitos respectivos son más rigurosas

---

acerca del delito societario de obstrucción al control administrativo”, en *Temas de Derecho penal económico*, ob. cit., págs. 289 y ss. donde el autor realiza un encomiable esfuerzo destinado a tratar de encontrarle al referido artículo 294 un ámbito distinto de los ilícitos administrativos referidos que, quizá, no tiene. Igualmente, en el mismo sentido, vid., FARALDO CABANA, P. “El artículo 294 del Código penal español de 1995: incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos y entidades”, en *Temas de Derecho penal económico*, ob. cit., págs. 118-120.

que las previstas en el Código penal. Circunstancias jurídicamente inadmisibles y que desde la óptica de no contradicción del ordenamiento resultan verdaderamente inauditas, en tanto que de la interpretación de los arts. 293 y 294 del Código penal se desprende que determinados hechos podrían ser constitutivos de un ilícito penal cuando, a la vez, en sede administrativa o mercantil serían comportamientos que carecerían del correspondiente desvalor.

Por lo que respecta al primero de ellos, a la previsión del art. 293 –*obstaculización de los derechos de los socios*-, hemos visto como el Tribunal Supremo interpreta literalmente el precepto para llegar a la conclusión que éste no requiere la exigencia de que se irroge un perjuicio económico a los socios como consecuencia de la obstaculización de sus derechos; mientras que la LSA dispone en su art. 133.1 que para contemplan la exigencia de responsabilidad social a los administradores, es preciso que se acredite la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación del administrador y el perjuicio económico. En efecto, de lo anterior se infiere que existe responsabilidad penal por un comportamiento de obstaculización que no genera ningún perjuicio económico, mientras que éste mismo sería irrelevante a los efectos de la LSA. Ciertamente las reflexiones que se desprenden de tal conclusión a la luz de los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, de *ultima ratio* o de proporcionalidad son evidentes, ya nos hemos referidos a ello y no vamos a reiterarlas pero, es jurídicamente insostenible que un comportamiento sea constitutivo de delito y, a la vez, ese mismo supuesto en el ámbito del Derecho de sociedades se considere que carece del desvalor suficiente como para ser merecedor de una acción de responsabilidad social.

Otro tanto se desprende del art. 294 –*obstaculización al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión*-, que pese al esfuerzo realizado por la doctrina en aras del principio de conservación de la norma y, en cualquier caso, para dotar al tipo de un contenido material razonablemente distinto de las correlativas infracciones administrativas resulta no sólo una labor infructuosa, sino que éstos –los ilícitos administrativos- precisan unas exigen-

cias para que las obstaculizaciones sean merecedoras de sanción que no se requieren en sede penal. La consecuencia es la misma que la anterior: podría incurrir en el tipo penal un comportamiento que en la correspondiente regulación sectorial no revistiera la entidad suficiente para ser calificado ilícito. Dicho de otra manera, la infracción administrativa exige un plus cuantitativo en sede de antijuridicidad que no requiere el tipo penal, ya que para que un comportamiento sea calificado como una infracción muy grave -la excusa, la negativa o la resistencia a la actuación inspectora - ha de venir precedida por un requerimiento escrito y expreso a tal efecto. Previsiones que no se explicitan en el tipo penal y que atendiendo al principio de no contradicción podrían hacerse extensivas a la regulación penal (como así se propone), aunque también podría ocurrir -como sostiene el Tribunal Supremo para el delito de obstaculización de los derechos de los socios al no requerir la existencia de un perjuicio económico- que se afirme que si el legislador hubiera querido articular una configuración típica del precepto más restrictiva así lo hubiera hecho.

Finalmente, en lo que respecta al delito del *art. 291 -la imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria-* no voy a insistir en lo ya dicho en relación a que tal comportamiento carece del componente de lesividad que le haga acreedor de protección penal, o que tales ilícitos disponen de protección en sede civil y administrativa, sino en otra cuestión a la que, quizá, no se le ha prestado la suficiente atención: la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales. Así, resulta que quien no dispone de legitimación activa para impugnar el acuerdo de la sociedad, en atención a lo previsto en el art. 117 de la LSA, dispone de facultades para interponer la correspondiente acción penal por imposición de acuerdos abusivos. Como es sabido, la cláusula procesal del art. 296 establece para la perseguibilidad de los delitos societarios unas circunstancias particularmente laxas, ya no es sólo la previsión en el apartado primero del art. 296 de la legitimación para interponer denuncia de la persona *agraviada*, concepto que no tiene por qué coincidir necesariamente con el sujeto pasivo del delito societario y en el que, sin ir más lejos,

cabe incluir a los perjudicados civiles; pero, es más, en el apartado segundo del art. 296 se prevé una excepción a ese principio general en virtud del cual no es precisa ni la denuncia del agraviado ni del Ministerio Público cuando los hechos afecten a una pluralidad de personas o a los intereses generales. Circunstancias que en relación al delito de imposición de acuerdos abusivos concurrirá en la mayoría de los casos. En ese sentido, permítaseme insistir en que mientras que el art. 117 de la LSA establece un elenco determinado de sujetos que disponen de legitimidad para interponer la correspondiente acción, el Código penal amplía el núcleo de sujetos de forma materialmente indeterminada. Circunstancias que, decía en su lugar y sobre las que vuelvo a insistir ahora, hacen imprescindible que se le dispense al precepto una interpretación restrictiva con el objeto de no posibilitar determinadas acciones penales que en el ámbito societario carecerían de viabilidad.

En definitiva, no creo que se pueda ser demasiado optimista en relación a la tipificación de los delitos referidos. Es más, creo imprescindible el que sean sometidos a una profunda revisión e incluso, en algún caso, no sería desacertada la derogación de alguno de ellos; pero, entiéndaseme, no considero que se trate de comportamientos irrelevantes para el ordenamiento jurídico, sino que se trata de comportamientos que disponen de sus correspondientes ámbitos de tutela en el Derecho civil y en el Derecho administrativo que, por si fuera poco, reafirman la inconveniencia de su tipificación penal por carecer del grado de lesividad mínima.