



## *Sujetos responsables en los delitos societarios*

Juan Carlos Ferré Olivé

*Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Huelva*

### 1. Aproximación

Para entender las razones que llevaron al legislador español a incorporar un amplio catálogo de delitos societarios en el Código Penal debemos considerar, como necesario punto de partida, el fracaso de los tradicionales instrumentos mercantiles de control dentro del ámbito de las sociedades comerciales. No sólo hay que tener en cuenta la enorme trascendencia que tienen las sociedades en general –y las anónimas en particular– para el desarrollo económico. Estas fuentes generadoras de riqueza pueden conducir a aquellos que poseen el llamado “poder societario”, en otras palabras, a los sujetos que controlan jurídica o fácticamente las sociedades, a cometer abusos en perjuicio de los socios, de la propia sociedad, de terceros o incluso de los intereses generales. Y es que como señala TERRADILLOS, “las grandes sociedades no son organismos de estructura democrática sino oligárquica: el poder de los socios pasa a los administradores, y de éstos a los *mánagers*, perdiendo la asamblea toda posibilidad de control”<sup>1</sup>. Ello explica que un legislador proclive a proteger el orden socio-económico haya recurrido a incorporar ciertos delitos societarios en el catálogo de conductas prohibidas.

La naturaleza socio-económica de estos delitos no excluye que con la nueva regulación se protejan otros intereses, tales como la fe pública o las funciones que deben cumplir los documentos en el tráfico mercantil –artículo 290 del Código Penal<sup>2</sup>, o el propio patrimonio de los socios en el delito de administración fraudulenta<sup>3</sup>, lo que aproxima a todas estas figuras al ámbito de los delitos pluriofensivos<sup>4</sup>. En cualquier caso, estas fi-

guras delictivas tienen en común que protegen bienes jurídicos con una dimensión económica, tratándose de intereses “colectivos” o “difusos”<sup>5</sup>.

Sin embargo, creemos que el legislador español hasta cierto punto se ha excedido con su tendencia criminalizadora en esta materia. No parece que la necesidad de tutela de los intereses protegidos fuera de tal magnitud como para tener que incorporar tantas figuras penales: falsedades en los documentos sociales (art. 290 del Código Penal), imposición de acuerdos abusivos (art. 291 del Código Penal), imposición de acuerdos lesivos (art. 292 del Código Penal), obstaculización de los derechos de los socios (art. 293 del Código Penal), obstaculización de las tareas de inspección (art. 294 del Código Penal) y el delito de administración desleal o fraudulenta (art. 295 del Código Penal). La excesiva criminalización de comportamientos atenta claramente contra el principio de intervención mínima. Pero además, alguna de las nuevas conductas delictivas, como la obstaculización de las tareas de inspección, simplemente supone elevar al rango de delito comportamientos que materialmente consisten en actos de desobediencia ante un requerimiento administrativo. En otras palabras, se trata de una materia propia de las infracciones administrativas, y por lo tanto creemos que este precepto no se debería haber incorporado al Código Penal, esto es, hubiera sido más apropiado mantenerlo en el ámbito del derecho administrativo sancionador. En definitiva, la decisión legislativa de integrar algunas de estas conductas en el texto del Código Penal ha supuesto una importante afección a las exigencias del principio de lesividad.

1. Cfr. TERRADILLOS, J. *Delitos societarios*. Madrid. 1987, p. 58.

2. Cfr. FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Valencia. 1996, p. 369.

3. Cfr. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona. 1996, p. 255.

4. Cfr. VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (ed.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Pamplona. 1996, p. 661.

5. Cfr. MAZZACUVA, *Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios*, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a KLAUS TIEDEMANN*, Madrid. 1995, p. 682.

Somos conscientes de que el análisis pormenorizado de todas estas figuras delictivas constituye una tarea científica de primer orden<sup>6</sup>. Sin embargo, limitaremos nuestra intervención a un tema que afecta a todos los delitos societarios, como es la determinación de algunos de los sujetos que dentro de la propia sociedad pueden ser autores de las conductas penalmente relevantes.

## II. Autoría en materia de delitos societarios

La mayor parte de los nuevos preceptos penales se dirige a los *administradores de hecho o de derecho* de determinadas sociedades mercantiles (arts. 290, 293, 294 y 295 del Código Penal). Otro de los supuestos parece indicar que sólo podrá ser autor el *socio* que cometa ciertos abusos penalmente relevantes (art. 291 del Código Penal). Un último precepto consagraría un delito común, que puede ser cometido por cualquiera (art. 292 del Código Penal). En este trabajo nos limitaremos a analizar la situación de los administradores, sujetos cuya inclusión en los tipos supone la creación de delitos especiales, con las importantes consecuencias que produce esta categoría de delitos en materia de autoría y participación.

### II.1. ADMINISTRADORES

La limitación del número de autores que realizan los artículos 290, 293, 294 y 295 del Código Penal al referirse a los que ostenten el carácter de administradores de hecho o de derecho ha llevado a la doctrina a considerar, de manera prácticamente unánime, estos supuestos como delitos especiales<sup>7</sup>. Sin embargo, creemos que es necesaria una reflexión más detenida sobre esta caracterización, porque de ella se derivan importantes consecuencias prácticas. Sobre todo, es necesario analizar, desde un principio y de forma separada, la responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho.

El legislador ha valorado que si realmente se pretenden sancionar los abusos más manifiestos

en el ámbito de las sociedades mercantiles, habrá que identificar de alguna manera a los posibles autores de esos hechos, para dirigirles directamente la amenaza penal. En este sentido, nos encontramos en primer lugar con los administradores de las sociedades comerciales, aquellos que ejercen su función cumpliendo con todas las formalidades de la normativa mercantil vigente, integrados en los ya mencionados tipos penales como *administradores de derecho* (art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y cc.). Estos sujetos poseen una peculiar posición respecto a los intereses sociales que se tutelan en esta clase de delitos, y eventualmente pueden adquirir la posición de garantes de dichos intereses. Entran dentro de esta categoría los administradores únicos, los administradores solidarios o mancomunados y los integrantes del Consejo de Administración, según los casos<sup>8</sup>.

Sin embargo, no puede desconocerse que los abusos en el ámbito societario pueden cometerse por sujetos distintos a los administradores de derecho, esto es, por aquellos que poseen fácticamente el *poder societario* o el *dominio social* sin haber dado cumplimiento a los requisitos formales indispensables para poder ser administrador. El tratamiento jurídicopenal de las conductas de los administradores de hecho plantea grandes interrogantes.

En algunos países de nuestro entorno los preceptos penales han limitado la responsabilidad penal a los administradores de Derecho. Una solución legislativa de esa naturaleza hubiera producido en nuestro país evidentes lagunas de punibilidad cuando los hechos –por ejemplo, una administración fraudulenta o la obstaculización de los derechos de los socios– fueran llevados a cabo por personas interpuestas distintas a los administradores. Para evitar esas lagunas, la solución jurisprudencial en los países mencionados ha consistido en una equiparación –jurisprudencial y no legal– de los administradores de hecho y de derecho<sup>9</sup>. Sin embargo, creemos que una equiparación de esta naturaleza no es aceptable desde la perspectiva de un Derecho penal garantista, por afectar claramente el principio de legalidad penal,

6. Cfr. la bibliografía indicada al final de este trabajo.

7. Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*. 11ª edic.. Valencia. 1996. p. 457, VALLE MUÑIZ, en *Comentarios*. op. cit. p. 662. RODRÍGUEZ RAMOS, *Denegación de derechos sociales*, en AA.VV. *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. Madrid. 1996 p. 94, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Análisis del artículo 294 del nuevo Código Penal*, en AA.VV. *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. op. cit. p. 126, BARBERO SANTOS, *Introducción a los delitos socio-económicos. Los delitos societarios*, en AA.VV. *La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código Penal*, Oviedo, 1997, p. 28, DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, *Los delitos societarios en la refirma penal*, en AA.VV. *Homenaje TIEDEMANN*, Madrid, 1995, p. 156. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, *Los delitos societarios*, en AA.VV. *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Madrid, 1996, p. 363. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*. op. cit. p. 259, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*. op. cit. p. 266.

8. Cfr. REVUELTA DEL PERAL, *El artículo 290*, en AA.VV.. *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. op. cit. p. 53.

9. Así, la jurisprudencia italiana y alemana. Vid. más ampliamente TERRADILLOS, J. *Delitos societarios*. op. cit. p. 58 y sig. El mismo, *Derecho penal de la empresa*. Madrid. 1995, p. 80.

pues permite imponer una sanción penal *a título de autor* a personas distintas a las expresamente señaladas por la norma. Se trata claramente de delitos especiales, y justamente lo que diferencia los delitos especiales de los comunes es que sólo pueden responder a título de autor los sujetos cualificados.

Si el Código Penal español hubiera dirigido su amenaza exclusivamente a los administradores de Derecho, la solución sería bastante clara. Limitado de esa forma el número de autores, quien no poseyera tal condición no podría responder como autor –autor directo, autor mediato ni coautor–. El administrador de hecho solamente podría responder penalmente si su conducta supusiera actos de participación –inducción o cooperación– en el hecho cometido por el único autor posible: el administrador de derecho. Y si este último no hubiera actuado, o su conducta no fuera típica y antijurídica (por ejemplo, cualquier delito societario cometido por el administrador de derecho bajo los efectos de un error vencible de tipo), el administrador de hecho no respondería ni siquiera como partícipe en virtud del principio de accesoriadad de la participación.

Una formulación como la que acabamos de mencionar hubiera supuesto importantes lagunas de punibilidad. Desde hace años la doctrina viene señalando que los tipos penales deben comprender al *administrador de hecho*, porque de lo contrario se beneficiarían aquellos sujetos que por cualquier motivo –incluso el favorecer la impunidad de sus acciones– no asumieran la calidad de administradores de derecho<sup>10</sup>. En definitiva, esta es la solución que adopta el nuevo Código Penal, aunque ya se han alzado voces críticas por no haber precisado aún más los sujetos que pueden resultar comprendidos en el mencionado concepto de administrador de hecho<sup>11</sup>.

Como ha apuntado RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>12</sup> el Código Penal no indica en qué condiciones el administrador de hecho puede ser equiparado al de Derecho. Y dado que la solución queda encomendada a los intérpretes, es conveniente recordar que no existe unanimidad sobre los sujetos que deben quedar comprendidos en este concepto. Se manejan posibilidades interpretativas muy restrictivas –concepto mercantilista– y otras que buscan identificar como administradores de hecho a aquellos sujetos que poseen el poder fáctico

en la estructura organizativa de la sociedad. Sujetos que sin aparecer formalmente como administradores, pueden hacer y deshacer a su antojo porque dominan la sociedad.

a) *Concepto restrictivo*. Las máximas limitaciones las encontramos en el concepto mercantil de administrador de hecho. Para la legislación mercantil, solamente se podrá apreciar esta figura cuando se trate de alguna de las situaciones derivadas de la falta de inscripción registral del nombramiento o cese del administrador de derecho –normalmente vicios de forma–. Este concepto es muy limitado, y ello es lógico, porque está concebido para producir efectos en el ámbito estrictamente mercantil, que debe favorecer la actuación de los administradores de Derecho y limitar al máximo posible la relevancia de los actos de cualquier otro sujeto. La doctrina suele considerar el concepto mercantil insuficiente a los efectos de integrar los nuevos preceptos penales<sup>13</sup>.

b) *Otros conceptos limitadores*. Sin aceptar el criterio excesivamente restrictivo de la normativa mercantil, pero con un planteamiento muy limitador se encuentra RODRÍGUEZ MOURULLO. Este autor sostiene que el concepto de administrador que utilizan los delitos societarios no permite abrir las puertas a cualquiera, sino únicamente a quienes sean “miembros del Consejo de Administración”. No podrá serlo, por ejemplo, el director gerente o el director general de la sociedad, salvo que los estatutos sociales asignen expresamente a estos directores funciones administrativas. RODRÍGUEZ MOURULLO considera que estas limitaciones no se salvan con la incorporación de los administradores de hecho, sujetos que existirían únicamente cuando el administrador no hubiera regularizado su situación jurídica<sup>14</sup>.

Completando esta caracterización restrictiva, se considera que las figuras del administrador de hecho y de derecho son incompatibles, esto es, la presencia de uno de ellos excluiría automáticamente al otro. En este sentido considera RODRÍGUEZ MOURULLO que en el caso de existir un administrador constituido conforme a Derecho, no cabría apreciar en ningún otro sujeto la consideración de administrador de hecho. Si otra persona, en las mencionadas circunstancias, gobernara la sociedad, imponiendo sus decisiones al órgano de administración, no sería

10. Cfr. TERRADILLOS, J. *Delitos societarios*. op. cit. p. 59.

11. Cfr. GOENECHEA DOMÍNGUEZ, J. *Responsabilidad de administradores y directivos*, en AA.VV. *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. op. cit. p. 153, quien considera esta redacción como un “desafortunado ejemplo de imprecisión sobre una cuestión básica”.

12. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Análisis del artículo 294...* op. cit. p. 128.

13. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos societarios*, op. cit. p. 262.

14. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Análisis del artículo 294...*, op. cit. p. 127.

autor sino simplemente participe de los actos realizados por el administrador de derecho<sup>15</sup>.

También consagra importantes limitaciones el planteamiento de BAJO FERNÁNDEZ. Para este autor, será administrador “aquel miembro de la entidad que tiene dominio social y, por tanto, se convierte en garantía del bien jurídico protegido por la norma”<sup>16</sup>. Respecto al planteamiento de BAJO FERNÁNDEZ cabe formular dos puntualizaciones:

– Por una parte, limita los administradores de hecho a los *miembros de la entidad*, con lo que se exige una relación jurídica entre el administrador de hecho y la entidad. Pero cabe advertir que esa relación puede no estar formalizada jurídicamente, y sin embargo el que actúa será administrador desde un punto de vista fáctico (por ejemplo, el que utiliza a personas interpuestas para administrar). Recuérdese que la ley permite incluso que las tareas de administración “de derecho” puedan recaer en sujetos que no son socios de la entidad. Por ello, el ser socio o miembro de la entidad no puede convertirse en requisito indispensable para poder ser administrador de hecho.

– BAJO FERNÁNDEZ basa su análisis en la fórmula del artículo 31 del Código Penal. Esta fórmula consagra un principio de equivalencia: será autor el sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo del injusto, es decir, el que ejerce el dominio social típico. Asume la posición de garante del bien jurídico, de tal forma que domina el ámbito de protección de la norma. Pero la fórmula de equiparación del artículo 31 no es extrapolable a estos supuestos por diversos motivos:

– Es bastante difícil hablar en estos casos de una posición de garante, porque no se trata de un administrador de derecho sino de hecho, y por lo tanto habría lógicas dificultades para exigir a este administrador que asuma la función de garantía.

– La cláusula del artículo 31 del Código Penal, aunque también hace referencia a administradores de hecho o de derecho, poco tiene que ver con la situación que se regula en los delitos societarios<sup>17</sup>. Para poder aplicar el artículo 31 del Código Penal es indispensable que el destinatario directo de la norma sea la persona jurídica, y que no recaigan sobre el que actúa (administrador de hecho

o de derecho) “las condiciones, calidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requieran para poder ser sujeto activo” del delito. Por el contrario, el administrador que realiza un delito societario lleva a cabo un comportamiento que el legislador le prohíbe directamente a él, pues en él concurren las condiciones, calidades o relaciones requeridas para poder ser sujeto activo.

c) *Poder societario o dominio social*. La última opción interpretativa se basa en considerar administrador de hecho al sujeto que detenta el “poder societario”, aquel que tiene capacidad de decisión en el seno de la sociedad mercantil<sup>18</sup>. Sin embargo, es a veces muy difícil determinar dónde se encuentra realmente ese “poder societario”, máxime cuando nos hallamos ante el entramado de múltiples sociedades.

No cabe duda que determinar al sujeto que posee el poder societario suscita muchos interrogantes e imprecisiones. Para aproximarnos a su caracterización debemos apuntar que en la mayoría de los casos el poder societario estará en manos de los administradores de derecho. Sin embargo, en muchos otros supuestos encontraremos sujetos que ejercen fácticamente tales funciones, de manera total o parcial. Entendemos que la legislación no establece limitaciones al ejercicio fáctico, por lo que quedarán comprendidas todo género de actividades que, ostensiblemente o de manera oculta, supongan fácticamente tareas de administración.

1. *Utilización de fiduciarios o testaferros*. Será administrador de hecho todo aquel que gobierne una sociedad desde la sombra, utilizando personas interpuestas como administradores de derecho de la sociedad<sup>19</sup>. Este es, sin duda, un aspecto muy importante y discutido<sup>20</sup>. El administrador oculto no exterioriza sus funciones de administración pero domina la sociedad. Su peligro potencial para los bienes jurídicos es mucho mayor por la situación de impunidad en la que se quiere colocar, intentando eludir de forma directa sus responsabilidades. Fácticamente domina la sociedad y ejerce funciones de administración.

2. *Administración por parte de personas jurídicas*. Las tareas de administración de una sociedad pueden ser llevadas a cabo por una o varias personas fí-

15. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Análisis del artículo 294...*, op. cit. p. 127.

16. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos societarios*. op. cit. p. 262.

17. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito*. op. cit. p. 145.

18. Cfr. MUÑOZ CONDE F, *Derecho penal*. op. cit. p. 459. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos...*, op. cit. p. 58, FARAIDO CABANA, *Los delitos societarios...*, op. cit. p. 147.

19. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal*. op. cit. p. 459. Así, en el supuesto de sociedad con un único accionista, persona física, que no forma parte del consejo de administración, Cfr. REVUELTA, en AA.VV. *El nuevo Código Penal*. op. cit. p. 55.

20. Expresamente en contra de la consideración de este supuesto como administrador de hecho, FARAIDO CABANA, *Los delitos societarios...*, op. cit. p. 149.

sicas, socios o no, e incluso por una persona jurídica. En este último supuesto, la persona jurídica administradora está obligada a designar a una persona física que la represente, quien será la que cumpla el papel de administrador. Ante este supuesto pueden aparecer claramente otros sujetos que no son administradores de derecho, ni socios, pero sobre los que puede recaer el *poder societario*. Así, como ha señalado SÁNCHEZ ÁLVAREZ, dicho poder puede recaer fácticamente en los administradores de la persona jurídica que lleva a cabo las tareas de administración, quienes no son ni administradores ni socios de la sociedad administrada<sup>21</sup>.

3. Otros supuestos. Son imaginables muchos más sujetos que pueden comportarse como administradores de hecho, en tanto posean el poder societario: directores generales, gerentes, managers, apoderados, etc.<sup>22</sup> Como se ha señalado, la amplitud de la fórmula permite comprender hasta las responsabilidades que se derivan dentro de los "grupos de sociedades", con independencia del grado de formalización jurídica que puedan adoptar dichos grupos<sup>23</sup>.

La figura del administrador de hecho es, a nuestro entender, perfectamente compatible con la responsabilidad penal del administrador de derecho, ya que cada uno responderá en virtud de las reglas generales de autoría y participación aplicables a los delitos especiales (arts. 27 y c.c. del C.P.). En base a estas reglas, el administrador de hecho podrá responder, según los casos:

- Como autor directo o coautor de un delito societario.
- Como inductor o cooperador, respecto a los comportamientos delictivos llevados a cabo por el administrador de derecho.
- Como autor mediato, en aquellos casos en los que el administrador de derecho o un tercero actúe, bajo el dominio de su voluntad, en una situación de error<sup>24</sup>. Este último es uno de los supuestos más relevantes desde el punto de vista práctico, dada la situación de impunidad que se produciría si no se le considerara cualificado para poder ser autor de este delito.

En definitiva, el concepto jurídicopenal de administrador de hecho se basa en su gran amplitud, y es de gran utilidad para indicar que nada obsta a que las funciones de administración las pueda llevar a cabo cualquier persona, física o incluso jurídica<sup>25</sup>. El único requisito limitador de la autoría viene dado por la exigencia de llevar a cabo tareas de administración de la sociedad.

## II.2. DELITOS ESPECIALES

Como primera reflexión queremos subrayar que los delitos especiales plantean importantes problemas interpretativos en materia de autoría y participación. Aunque también hay que destacar que queda mucho por hacer para poder resolver adecuadamente todos estos problemas.<sup>26</sup> El origen de los delitos especiales se encuentra en supuestos delictivos en los que existen ciertos deberes especiales, en los que normalmente las características del autor vienen definidas por la legislación, como pueden ser los delitos cometidos por militares y funcionarios<sup>27</sup>. En los últimos tiempos, la técnica legislativa ha recurrido frecuentemente a los delitos especiales, por lo que su número se ha ido ampliado de forma significativa.

En cualquier caso, conviene apuntar que los delitos especiales propios consagran una limitación al número de autores. Con la incorporación de nuevos delitos especiales propios podría disminuir el ámbito de actuación del Derecho penal, incrementándose correlativamente la seguridad jurídica al identificar más claramente al destinatario de la norma, sin perder de vista el alto grado de abstracción y generalidad que requiere una buena técnica legislativa. Puede entenderse que los delitos especiales propios crean lagunas de punibilidad deseadas o consentidas por el legislador, para reforzar la persecución penal de determinados sujetos. El Derecho penal renunciaría a intervenir cuando el hecho se lleve a cabo sin la actuación a título de autor del sujeto cualificado. Por todo ello, estos delitos deberían tener una acogida favorable desde la perspectiva de un Derecho penal garantista.

21. Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos*. op. cit. 61.

22. Cfr. GARCÍA DE CECA, *El artículo 290 del Código Penal*, en AA.VV. *El nuevo Código Penal*. Madrid, 1996, p. 44. GÓMEZ BENÍTEZ, *Administradores de hecho y de derecho*, en AA.VV. *El nuevo Código Penal...*, op. cit. p. 145.

23. Cfr. ARROYO ZAPATERO, L. *Los delitos societarios en el Proyecto de 1992*, en ARROYO-TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*. Cuenca. 1994, p. 58.

24. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Administradores*. op. cit. p. 147. En relación a la posibilidad de apreciar autoría mediata cuando interviene como instrumento no doloso un tercero no cualificado, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales*, op. cit. p. 106.

25. Cfr. VALLE MUÑOZ, *Comentarios*. op. cit. p. 663.

26. Para introducirnos en la problemática de los delitos especiales en España, siguen manteniendo toda su actualidad las obras de QUINTERO OLIVARES, G. *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona. 1974, *passim*, y GIMBERNAT, E. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Madrid. 1966. Sobre los delitos especiales en Derecho alemán, cfr. LANGER, W. *Das Sonderverbrechen*, Berlín. 1972.

27. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. op. cit. p. 12 y ss.

Pero a la vez los delitos especiales pueden llegar a generar sus propios conflictos, porque toda limitación del número de autores supone necesariamente la impunidad de muchos intervinientes en hechos que pueden lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado. Esta situación puede no ser bien recibida desde una perspectiva preventivo general.

Los delitos societarios, en cuanto limitan la autoría a los administradores de hecho o de derecho, son delitos especiales propios<sup>28</sup>. Sin embargo, el carácter especial no se constata por el simple abandono de las fórmulas “el que” o “los que”, que utilizan normalmente los preceptos penales. Es necesario comprobar, ante cada situación típica, si existen verdaderas limitaciones en materia de autoría.

En relación a los *administradores de derecho* se ha creado un delito especial que toma como punto de partida especiales deberes jurídicos, tal como ocurre en muchos otros delitos especiales, como por ejemplo los delitos que afectan a funcionarios y militares. Todos estos sujetos se caracterizan por la existencia de cierto grado de formalización jurídica en sus nombramientos y competencias, construidos sobre la base de deberes especiales. En estos supuestos existen deberes jurídicos de actuar, por lo que podrían ingresar en la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber –*Pflichtdelikte*– defendida por ROXIN<sup>29</sup>. Ante este catálogo de deberes y requisitos, no puede haber dudas de que el número de autores es limitado y, por ello, nos encontramos ante delitos especiales.

En cuanto a los *administradores de hecho*, conviene recordar que su incorporación a los distintos preceptos penales persigue evitar el fraude de ley en esta materia. Al incorporarlos expresamente en los tipos, también se consagran delitos especiales, pero su configuración es bastante más compleja. Ello es así porque el administrador de hecho no incumple ningún deber. Justamente, al tratarse de una situación fáctica y no jurídica, no existen deberes que puedan pesar sobre él.

La doctrina se ha preocupado por indagar en qué términos se produce la equiparación entre el

administrador de hecho y el de derecho<sup>30</sup>. Pero creo que este no es el camino que se debe seguir para demostrar el carácter especial de estos delitos. El legislador no ha querido equiparar; sino añadir a una fórmula jurídicamente delimitada de imputación –administrador de derecho– otra nueva fórmula fáctica, como es la figura del administrador de hecho. Se trata de situaciones diferentes, sobre todo si se las analiza desde el punto de vista de los deberes impuestos para garantizar el bien jurídico protegido. La incorporación de los administradores de hecho al ámbito de lo prohibido supone una ampliación de los destinatarios de la norma, es decir, puede ser autor alguien más que el administrador de derecho. Según lo que hemos señalado, podrá serlo todo aquel que posea el poder societario o dominio social, aquel que dentro o fuera de la sociedad realice actos de administración de una sociedad mercantil, llevándolos a cabo manifiestamente desde la sombra, en definitiva, todo aquel que tenga poder de decisión en la sociedad.

La incorporación de los administradores de hecho supone crear un delito especial, no porque se los equipare a los administradores de derecho, sino porque el precepto exige una condición personal en el autor, que consiste en *administrar*. El número de posibles autores queda reducido, porque únicamente un número limitado de personas puede llevar a cabo tareas de administración de una sociedad mercantil. Pero es conveniente apuntar que el número posible de autores, aunque limitado, no deja de ser amplio. Pueden llegar a serlo muchos sujetos, ligados a la sociedad de distintas maneras. Por ejemplo conviene recordar que existen muchos sujetos que no pueden ser administradores de una sociedad anónima por incompatibilidades (algunos funcionarios públicos) o prohibición expresa de la ley: quebrados, condenados a penas que suponen la inhabilitación para ejercer cargos públicos, un largo catálogo de incompatibilidades específicas (así, en ámbitos bancarios, mercados de valores, etc.)<sup>31</sup>. Este es el ámbito más propicio para los administradores de hecho y sus testaferros.

28. Los delitos especiales propios se caracterizan porque la calidad especial exigida al sujeto es determinante o esencial para la existencia del delito, y por lo tanto no existe correspondencia alguna con un delito común que suponga el mismo comportamiento. Esta es la situación que se da en prácticamente todos los delitos societarios.

29. ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edic. Berlin/Nueva York. 1994, p. 353 y ss. Esta teoría también ha sido suscrita, en el ámbito de los delitos económicos, por TIEDEMANN, K. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tubinga. 1969, p. 110. No cabe duda que en los ejemplos propuestos existe un auténtico deber jurídico que pesa sobre los sujetos. Sin embargo, y contra la opinión de los autores mencionados, creo que la infracción del deber no puede agotar el contenido material del injusto. La infracción del deber es necesaria para constatar el injusto, pero no es suficiente para darle contenido material, pues es indispensable la comprobación de la lesión o el peligro para el bien jurídico tutelado. De lo contrario, entraríamos en directa contradicción con el principio de lesividad.

30. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Análisis del artículo 294*. op. cit. p. 128 y ss, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos societarios*, p. 262 y ss. NIETO MARTÍN, *El delito de la administración fraudulenta*, op.cit. p. 270.

31. Cfr. BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*. 10ª edic. Madrid. p. 302.

Nos preguntamos si la delimitación de la autoría llevada a cabo en los delitos societarios puede suponer la incorporación de nuevas formas de autoría, como la llamada autoría normativa o funcional. Como señala TIEDEMANN, se discute actualmente en Alemania y en otros países europeos si puede aceptarse la autoría por el simple hecho de pertenecer –en forma activa o pasiva– a una cierta “esfera de responsabilidad” dentro de la sociedad o empresa<sup>32</sup>. Admitir esta posibilidad parece bastante difícil aplicando las reglas de autoría y participación que actualmente se establecen en la legislación española. En cualquier caso, habrá que tener muy en cuenta si esta nueva forma de autoría puede llegar a afectar el principio de legalidad penal.

Como hemos puesto de manifiesto, sobre el administrador de hecho no pesan deberes jurídicos especiales, por lo que no puede hablarse en este caso de delitos consistentes en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). Respecto a los delitos especiales en general, y a los societarios en particular, la teoría del dominio del hecho es la que mejor explica las distintas clases de autoría, basándose en el dominio de la acción –autoría directa–, de la voluntad –autoría mediata– y el dominio funcional –coautoría–. Los principales problemas interpretativos aparecerán en la autoría mediata, cuando se utilice un instrumento doloso no cualificado. Esta hipótesis de utilizar instrumentos dolosos es perfectamente imaginable, porque en materia de delitos societarios puede constatararse una importante tendencia a buscar el fraude de ley, y con dicho fraude la impunidad.

Si el administrador de hecho o de derecho se valiera de una persona no cualificada para cometer el hecho ilícito (por ejemplo, obstaculizar o impedir los derechos de los socios –art. 293 del Código Penal–), y este “instrumento” actuara dolosamente, dominando directamente el hecho, nos podríamos encontrar ante una laguna de punibilidad: el tercero o *extraneus* no puede responder como autor, por faltarle la cualificación exigida. Y tampoco puede ser autor –mediato– el administrador

o *intraneus*, ya que el presunto instrumento no es tal, pues actúa dolosamente. Completando este cuadro hay que destacar que el administrador tampoco puede ser partícipe, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, porque no existe un hecho principal típico y antijurídico al que poder asociar su comportamiento.

Esta situación de impunidad, común a todos los delitos especiales, puede evitarse adoptando la discutida teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber<sup>33</sup> –solución que sólo sería invocable ante el administrador de derecho–, o incluso considerando, cuando se trate de un administrador de hecho, que en el ámbito societario nos encontramos ante un aparato organizado de poder, que podría dar lugar a autoría mediata aunque el sujeto que actúa lo hiciera dolosamente<sup>34</sup>. Pero también puede sostenerse, y creo que con suficiente razón, que ante la presencia de un instrumento doloso no cualificado hay que renunciar a la autoría mediata<sup>35</sup>.

Es importante recordar, como ha señalado la doctrina, que tratándose de un administrador de hecho no cabe la comisión por omisión, ya que sólo el que ha sido formalmente investido para gestionar y conducir la empresa puede ser garante<sup>36</sup>.

### III. Los llamados “delitos colegiales”

Es bastante frecuente en las sociedades anónimas que la función de administrar recaiga en un grupo de personas, conformando un Consejo de Administración. Los miembros del Consejo adoptan distintos acuerdos que, en algunos casos, pueden suponer la realización de los tipos penales específicos de los delitos societarios<sup>37</sup>. El llamado “delito colegial”<sup>38</sup> no es otra cosa que una forma de acuerdo colectivo, que supone la responsabilidad solidaria de todos los que conforman el Consejo de Administración de una sociedad. Esta solución es próxima a la que prevé el Derecho Mercantil para esta clase de acuerdos. Desde el punto

32. Cfr. TIEDEMANN, K. *Lecciones de Derecho penal económico*. Barcelona. 1993, p. 167.

33. Cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, op. cit. p. 352 y ss. Esta teoría cuenta con un buen número de detractores, justamente por pretender que la infracción del deber agota el contenido material del injusto, sin necesidad de recurrir a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

34. Sobre esta construcción, cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, op. cit. p. 248, y aplicado concretamente a los delitos societarios, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...* op. cit. p. 459.

35. Cfr. F. Ch. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, Berlín, 1965, p. 88. Considero que esa laguna legal sólo puede cubrirse con una disposición expresa en el Código Penal, nunca por una vía interpretativa que en estos casos vaya en contra del imputado.

36. Cfr. TERRADILLOS, *Delitos societarios*. op. cit. p. 67, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. op. cit. p. 458.

37. Los miembros del consejo de administración son administradores de derecho. Parece existir acuerdo en el sentido de ser suficiente la aceptación para ser considerado administrador a los efectos de estos preceptos penales. No sería, pues, necesaria la inscripción registral. Cfr. REVUELTA, *El artículo 290*. op. cit. p. 53.

38. Como recuerda la doctrina, esta terminología nace en Italia, país en el que se ha discutido extensamente en torno al delito de quiebra. Vid. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*. op. cit. p. 261 y ss.

de vista de las responsabilidades mercantiles, éstas pueden ser en algunos casos solidarias (art. 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). No lo serán cuando los miembros del órgano colectivo desconozcan el acuerdo, se opongan a él o hicieran todo lo posible para evitar el daño.

El rechazo de esta figura no puede ser más unánime, por ir en contra del carácter individual de la responsabilidad penal, que no puede dar lugar a responsabilidades solidarias<sup>39</sup>. Y ello porque, en primer lugar, los presupuestos de la responsabilidad son completamente distintos. En este sentido, y tal como ha señalado reiteradamente la doctrina, los acuerdos adoptados de forma colegiada no pueden suponer de forma automática la responsabilidad penal de los miembros del Consejo<sup>40</sup>. En cualquier caso, en la hipótesis de asumir la autoría normativa o funcional que se propone en otros países<sup>41</sup>, se producirían los mismos efectos que en los delitos colegiales: si se sanciona la simple pertenencia activa o pasiva a una esfera de responsabilidad en la sociedad o empresa nos podemos aproximar peligrosamente a las responsabilidades solidarias. Lo que parece contradecir las bases y principios de un Derecho penal garantista.

Una vez hechas todas estas consideraciones, debemos dar respuesta a la problemática de la responsabilidad penal individual por los acuerdos tomados en los Consejos de Administración de las sociedades. El rechazo a los "delitos colegiales" no puede llevar a la impunidad de todas las decisiones tomadas colegiadamente. Por el contrario, dado que la responsabilidad penal es personal, es imprescindible delimitar la responsabilidad de cada uno de los miembros del órgano colegiado que adopta decisiones que suponen delitos societarios.

Para estudiar las responsabilidades que se derivan de las intervenciones individuales en el seno de los organismos colectivos, la doctrina ha ido tratando los distintos supuestos imaginables que, en cualquier caso, se resuelven aplicando las reglas generales de autoría y participación<sup>42</sup>.

Invita a reflexionar la conclusión a la que llega MUÑOZ CONDE, quien plantea que podría aplicarse

con reservas la regla que establece el Código respecto a decisiones colegiadas en el ámbito de la Administración Pública, esto es, la fórmula aplicable a los delitos urbanísticos (art. 320.2 del Código Penal), contra el patrimonio histórico (art. 322.2 del Código Penal) y contra el medio ambiente (art. 329.2 del Código Penal), "aunque la mayor rigidez en la formación de la voluntad del órgano colegiado público restringe la responsabilidad sólo a quien haya votado a favor de la decisión colectiva"<sup>43</sup>. Sin embargo, esta solución no hace más que ratificar las reglas generales de la autoría y participación, que antes mencionamos, y que permiten considerar autor al sujeto que en un organismo colegiado vote dolosamente en favor del acuerdo delictivo.

### BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE DELITOS SOCIETARIOS

- AA.VV. (Bufete Ramón Hermsilla). *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*. Madrid. 1996.
- AA.VV. *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*. Banco Central Hispano. Madrid. 1996.
- ARROYO ZAPATERO, L. *Los delitos societarios en el Proyecto de 1992*, en Arroyo-Tiedemann, Estudios de Derecho penal económico. Cuenca. 1994.
- BACIGALUPO, E. *La problemática de la Administración desleal en el Derecho penal español*. AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje a Klaus Tiedemann. Madrid. 1995.
- BARBERO SANTOS, M. *Introducción a los delitos socio-económicos. Los delitos societarios*. AA.VV., La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código Penal. Oviedo. 1997.
- BAJO FERNANDEZ, M. *Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español de 1995*. AA.VV., La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código Penal. Oviedo. 1977.
- DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. *Los delitos societarios en la reforma penal*. AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje a Klaus Tiedemann. Madrid. 1995.
- FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Valencia. 1996.
- GARCIA DE ENTERRIA. *Los delitos societarios*. Madrid. 1996.

39. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO. *Algunas consideraciones político-criminales sobre delitos societarios*. ADPCP, 1984, p. 687

40. Cfr. VALLE MUÑOZ. *Comentarios*, op. cit. p. 664.

41. Cfr. TIEDEMANN, K. *Lecciones de Derecho penal*. op. cit. p. 167.

42. Cfr. TERRADILLOS, J. *Delitos societarios*. op. cit. p. 61. Así, si se ha votado a favor de un acuerdo, podrá hablarse de coautoría para todos aquellos administradores que voten favorablemente en ese sentido. Algunos administradores pueden oponerse al acuerdo, o no haber participado de la reunión. En relación a aquellos que se oponen al acuerdo, no deberán responder penalmente por esta actitud negativa. Cfr. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial*. op. cit. p. 458. REVUELTA DEL PERAL, El artículo 290, op. cit. p. 54. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Participación*. op. cit. p. 52. La misma solución debería adoptarse respecto a aquellos que no hubieran participado de la reunión. Sin embargo, este último supuesto presenta dudas, sobre todo cuando la ausencia permite prosperar la acción delictiva, supuesto en el que parte de la doctrina que considera que existirá responsabilidad penal si la ausencia fue preordenada para permitir la comisión del delito. Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, op. cit. p. 68

43 Cfr. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal, Parte Especial*, op. cit. p. 459.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*. La Ley, 1997, 26 feb.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. *Los delitos societarios*. AA.VV., El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Madrid. 1996.
- MARTÍNEZ PÉREZ. *El delito societario de administración fraudulenta*. E.P.C., nº 17.
- MATA Y MARTÍN, R. *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*. Revista de derecho de sociedades, 1995, n.º 5.
- MAZZACUVA, N. *Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios*. AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje a Klaus Tiedemann. Madrid. 1995.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal*. Parte Especial. 11ª ed. Valencia. 1996.
- NIETO MARTÍN, A. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona. 1996.
- RODRIGUEZ MOURULLO. *Algunas consideraciones político-criminales sobre delitos societarios*. ADPCP, 1984.
- RUÍZ RODRÍGUEZ, L. *Protección penal del mercado de valores*. Valencia. 1997.
- SANCHEZ ÁLVAREZ, M. M.<sup>a</sup> *Los delitos societarios*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. *Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal*. CDJ, 1994, n.º VII.
- TERRADILLOS BASOCO, J. *Delitos societarios*. Madrid. 1987. y *Derecho penal de la empresa*. Madrid. 1995.
- VALLE MUÑIZ en Quintero Olivares (Ed.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Pamplona. 1996. ●