



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Castro Moreno, Abraham. Corrupción empresarial: relevancia penal de la infracción de los deberes de los administradores de sociedades regulados en nuevo código mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 614-629. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21045>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

CORRUPCIÓN EMPRESARIAL: RELEVANCIA PENAL DE LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES REGULADOS EN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL *

ABRAHAM CASTRO MORENO**

Resumen

El nuevo Código Mercantil ha definido y concretado las diferentes manifestaciones en las que se descomponen los distintos deberes de los administradores de las sociedades mercantiles, en la línea ya iniciada por la reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Al tiempo, la legislación penal ha caminado de forma paralela, incrementándose muy notablemente en los últimos tiempos los delitos relativos al mundo de la actividad empresarial y, muy especialmente, a los delitos cometidos por administradores y directivos de empresas, precisamente, mediante la infracción de los deberes que concreta el nuevo Código Mercantil. Es por ello que el presente trabajo se ocupa de la relevancia de la infracción de dichos deberes mercantiles en el ámbito penal.

Contenido

1. Introducción. – 2. Correlación entre la infracción de los distintos deberes de los administradores de sociedades mercantiles y los ilícitos penales. – 2.1 Derecho penal a infracción del deber de administración diligente. – 2.2 Derecho penal e infracción del deber de administración leal.

1. INTRODUCCIÓN.

En los últimos tiempos se ha venido produciendo una agudizada tendencia en la legislación mercantil a la concreción de los deberes generales de diligencia y lealtad que tradicionalmente se imponen a los administradores sociales. Ya se dieron algunos avances en este terreno en las derogadas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, respecto de las anteriormente vigentes, y de forma más acusada con la reciente Ley de Sociedades de Capital de 2010, modificada hace escasos días por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE, 4 diciembre), de reforma de la anterior, que especifica y sistematiza las distintas manifestaciones de las que se componen los deberes generales de diligencia y fidelidad. Marcando con ello la misma tendencia que recoge el nuevo Código Mercantil para las distintas sociedades comerciales.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D MINECO, Referencia DER 2013-46523-R.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

La infracción de cada una de estas manifestaciones de dichos deberes tiene en muchos casos, como es natural, fiel reflejo en la legislación penal, tipificando como delito tales conductas. Por ello, en las páginas que suceden, se establece la correlación existente entre las vulneraciones de tales deberes mercantiles y los distintos ilícitos penales que las reprenden.

2. CORRELACIÓN ENTRE LA INFRACCIÓN DE LOS DISTINTOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LOS ILÍCITOS PENALES

Con carácter general, vale decir que las obligaciones y deberes que atañen a los administradores de empresas presentan una doble vertiente. Por un lado, la interna o de gestión, a la que afectaría de lleno la infracción de los deberes de administración diligente u ordenado empresario. Y por otro, la vertiente externa o de representación, relativa a las relaciones con terceros, a la que atañe directamente la infracción del deber de lealtad o de fidelidad. Ésta era la esencia del viejo artículo 127 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas¹, de modo que los administradores debían ser diligentes en la gestión y leales en la representación.

Obviamente, cada uno de estos dos deberes generales o categoriales, se puede descomponer en numerosas obligaciones concretas que dotan de contenido específico a los mismos. Y así, es claro que cuando el nuevo Código Mercantil se refiere a los deberes del administrador mercantil de tener una dedicación adecuada al cargo o a la adopción de las medidas para garantizar la adecuada marcha y control de la empresa (artículo 217-7.2), o el deber de control del Consejo de administración respecto de la actuación de los ejecutivos de la empresa (artículo 231-99), en realidad, todo ello es subsumible dentro del deber general de diligencia que es exigible a un ordenado empresario.

Del mismo modo, cuando los artículos 215-9, 215-10 y 283-46 CM contemplan la prohibición de los administradores sociales de aprovechar los bienes sociales, las oportunidades sociales de negocio, o la información social privilegiada en beneficio propio, no está haciendo nada distinto de fijar el contenido del deber de lealtad. Lo mismo que cuando regula las obligaciones de comunicación y abstención de los administradores incurso en casos de conflicto de intereses en el artículo 215-11 CM, o los supuestos y régimen de la interdicción de concurrencia competitiva en el artículo 215-12 CM.

Por ello, seguidamente, abordaremos la correlación existente entre los distintos delitos atinentes a la infracción genérica del deber de diligencia, en sus distintas manifestaciones concretas, para hacer posteriormente lo mismo respecto de la confluencia entre la infracción del deber de fidelidad o lealtad y los delitos relativos a ésta, en sus distintas manifestaciones concretas, y que básicamente se centran en los

¹ Reflejo, a su vez, del artículo 79 Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en conjunción con el artículo 61 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

delitos de apropiación indebida y de administración desleal de sociedades, y en los delitos relativos al aprovechamiento de información de la empresa en beneficio propio o ajeno y de forma contraria al interés social.

2.1 Derecho penal e infracción del deber de administración diligente

Como se ha indicado, el artículo 215-7 del nuevo Código Mercantil regula el deber de diligente administración, debiendo desempeñarse el cargo teniendo en cuenta la naturaleza y las funciones atribuidas a cada administrador, cumpliendo con los deberes derivados de las Leyes y los Estatutos sociales con la diligencia de un ordenado empresario. Debiendo asimismo tener una dedicación adecuada al cargo y función desempeñado y adoptar las medidas necesarias para la buena marcha y control de la actividad social. Todo ello, en la línea del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción dada por la reciente Ley de 3 diciembre 2014 (BOE, 4 diciembre).

En principio, puede afirmarse con carácter general que la responsabilidad penal y los delitos relacionados con la actividad empresarial no están directamente dirigidos a la sanción criminal de comportamientos negligentes de los administradores. Como es sabido, en Derecho Penal, los delitos son exclusivamente dolosos salvo que expresamente se prevea su posible comisión culposa (artículo 12 Código Penal), lo que no sucede en los concretos delitos relativos a la actividad empresarial, ni en general, en lo que se ha dado en llamar Derecho Penal Económico y de la Empresa.²

Dicho de otra forma, el Derecho penal no entra en juego para dar respuesta a posibles daños causados a la sociedad o a terceros por infracción de deberes de diligencia por parte de los dirigentes sociales, en mérito del principio de intervención mínima o *ultima ratio*. Los delitos no sancionan el mero hecho de ser un mal administrador o un administrador torpe, sino el abuso o aprovechamiento consciente y fraudulento de las facultades o ventajas que facilita el cargo para la obtención de un lucro personal o ajeno al interés social.³

Es verdad que, a menudo, la frontera entre la administración negligente, que en su caso daría lugar a un ilícito mercantil con la consiguiente generación de

² Con puntuales excepciones como es el caso de los delitos contra la seguridad e higiene de los trabajadores por imprudencia (artículo 317 Código Penal) o del delito de blanqueo de capitales por imprudencia (artículo 301.3 Código Penal), que por otra parte, no está necesariamente dirigido a los administradores o directivos de empresas, aun cuando en la práctica forense se suele apreciar casi exclusivamente para sujetos que infringen deberes profesionales de prevención y control de blanqueo de capitales.

³ Así, por ejemplo, la STS 29 julio 2002 (RJ 2002, 6357), dictada en el conocido Caso Banesto, señaló que: «El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal.»

responsabilidad de esta clase, y el administrador fraudulento, del que sí se ocupa el Derecho penal, se presenta de forma difusa.

Sin perjuicio de la teórica vigencia del principio *in dubio pro reo*, no es menos cierto que existe una tendencia jurisprudencial especialmente agudizada en los últimos años, a difuminar muy notablemente la señalada frontera subjetiva entre ambas clases de administradores, de la que resulta buena muestra, por ejemplo, la conocida doctrina de la ignorancia deliberada⁴, por un lado, y la previsión y el anunciado establecimiento de nuevos delitos que sancionan comportamientos rayanos en la imprudencia, así como el nuevo régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010.

Lo que determina que en la práctica, no pocos supuestos de actuación negligente de los administradores sociales terminen por ser tratados como comportamientos dolosos, con la consiguiente relevancia penal. Eso es lo que sucede con la mentada doctrina de la ignorancia deliberada, que permite la atribución dolosa –generalmente a título de dolo eventual– de un delito a una persona, porque no quiso saber determinados hechos cuyo conocimiento estaban a su alcance. Se imputa un comportamiento doloso, por tanto, a quienes pudiendo y debiendo conocer (infracción de deberes de diligencia), prefirieron no hacerlo.⁵ De modo que la infracción consciente del deber de conocer, termina sancionándose como dolo respecto de aquello que no se conoció. Lo que, en cierto modo, determina la imputación como dolosos de aquellos hechos ignorados por el administrador que ha infringido su deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario. Y, en fin, como decimos, termina convirtiendo la infracción de deberes de diligencia (como el de conocer o informarse), en un comportamiento doloso punible penalmente, en vez de tratarse como conductas imprudentes del administrador que, salvo excepciones, no tienen respuesta en Derecho penal.

Lo mismo sucede en la previsión de algunos nuevos delitos dirigidos a los administradores sociales, como el que pretende establecer el artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2013⁶, en virtud del cual, se pretende sancionar penalmente al representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier empresa, que omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la realización de conductas peligrosas tipificadas como delito.⁷

⁴ Esta doctrina jurisprudencial se basa en que: «Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas.» Ver, por ejemplo, la STS 14 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7053) y la STS 13 de enero de 2006 (RJ 2006, 2413).

⁵ Un caso paradigmático de ello puede establecerse en el conocido «caso Bankia», de manifiesta actualidad, o en lo sucedido en general en la administración de diversas Cajas de Ahorros, a cuyos consejeros –generalmente no profesionales– se imputa haber permitido operaciones de alto riesgo, sin conocer detalles de esas operaciones ni tener, en algunos casos, siquiera una formación adecuada mínima para desempeñar tales cargo.

⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1, pp. 1-100.

⁷ El artículo 286 seis Proyecto de reforma 2013 dispone que: «1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que

Como se observa, la conducta incriminada por el nuevo delito se dirige abiertamente a sancionar penalmente la infracción de deberes de diligencia por parte de los administradores de empresas, al omitir la adopción de medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos en el seno de la organización empresarial. Es ilustrativo de ello que en dicha infracción de las medidas de vigilancia y control se incluyen, entre otras, las relativas a la contratación y selección cuidadosa y responsable del personal –culpa *in eligendo*– y, las relativas a la vigilancia de inspección y control del personal –culpa *in vigilando*–. Lo que es coherente con el nuevo modelo impuesto por el artículo 215-7.2 del nuevo Código Mercantil, que obliga a los administradores a adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la empresa, entre las que se encuentran, obviamente, las relativas a la prevención y evitación de comportamientos delictivos.

Con este sistema, lo que el prelegislador viene a indicar a los administradores y directivos de empresas, es que no pueden adoptar una posición neutra frente a la comisión de delitos en el marco de la organización empresarial que ellos dirigen. Pues, o bien han implantado un modelo eficaz de prevención y evitación de delitos (*Compliance Program*⁸) y, por tanto, la empresa estará exenta de responsabilidad penal por los delitos que puedan cometer «sus» personas físicas, o bien no han establecido dicho modelo de prevención y, en tal caso, tanto la propia empresa que ya no queda exenta de responsabilidad penal, como ellos mismos a título personal, como los empleados que han realizado el hecho criminal, todos ellos, responderán penalmente.

Es verdad, no obstante, que la mera omisión del modelo de prevención de riesgos penales no genera automáticamente la existencia de este delito, al prever el Proyecto una condición objetiva para su posible aplicación. En este sentido, la apreciación de este nuevo ilícito penal está condicionada a que se dé inicio (tentativa) a

carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.»

⁸ Para que el indicado *Compliance Program* puedan evitar el nacimiento del delito contemplado en el artículo 286 seis Proyecto de reforma 2013, debe reunir como mínimo los elementos que establece el artículo 31 bis 5 Proyecto, a saber: (i), identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos –aspecto que en argot jurídico-penal habitual suele denominarse «*mapa de riesgos penales*»–, (ii) establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, (iii) disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, (iv), imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, y (v), establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Además de lo cual, todavía, deberán ser objeto de revisiones periódicas y eventuales modificaciones, al menos, siempre que (i) se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o (ii) se produzcan cambios en la organización o en la estructura de control, o en la actividad desarrollada que lo hagan necesario.

la ejecución de alguna de las conductas ilícitas que habrían sido evitadas o, al menos, seriamente dificultadas, si se hubiere empleado la diligencia debida. Pero, en suma, como se comprueba, lo que el pretendido nuevo delito sanciona es la mera infracción de deberes del administrador de actuación con la diligencia de un ordenado empresario.

Y de ahí que se dirija contra los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de las empresas. Esto es, los mismos sujetos que al omitir su deber de control sobre los empleados que han realizado el hecho delictivo, han permitido con su negligencia que ese delito le pueda ser atribuido a la propia empresa, además de a la persona física que materialmente lo realizó.

Finalmente, la señalada infracción del deber de diligencia empresarial de los administradores, tiene consecuencias penales también para la propia empresa como persona jurídica. En efecto, es sabido que la LO 5/2010, de 22 de junio, vino a establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos cometidos por sus empleados o dirigentes, cuya regulación básica se encuentra en el artículo 31 bis Código Penal.

Así, el artículo 31 bis 1 establece los dos supuestos en los que se puede atribuir a una empresa el delito cometido por sus empleados o dirigentes, lo que sucederá cuando (i) los sean cometidos en nombre o por cuenta de la empresa, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho, y (ii) cuando sean cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Como se observa, la empresa responde penalmente del delito, en primer lugar, cuando éste ha sido cometido por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Este supuesto tiene el sentido de que la actuación en nombre de la empresa por quien ostenta su representación legal (o real), es en realidad la actuación de la propia empresa. La empresa como tal, tiene que actuar necesariamente exteriorizando su voluntad a través de las personas físicas que la representan legalmente, de forma que cuando actúan sus administradores en su nombre, en realidad, es la propia empresa la que actúa. Y por ello debe responder penalmente por «sus» propios actos, exteriorizados a través de sus representantes legales y administradores. Se puede decir que, en tal caso, la empresa no está respondiendo por hechos ajenos, sino por hechos propios, realizados por ella misma a través de quienes legalmente la representan.

Cuestión distinta es el segundo supuesto generador de responsabilidad penal para la empresa, que acontece cuando el delito en cuestión ha sido realizado por quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores, lo han podido cometer por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso concreto. En este supuesto, cabe preguntarse por las razones que justifican la condena penal a la empresa por actos realizados por meros empleados de la misma que carecen de facultades de representación legal y que, por tanto, no tienen capacidad para definir ni establecer la voluntad empresarial. Aquí sí parece establecerse una responsabilidad de la empresa por hechos ajenos, no propios como en el caso anterior, que presenta serios reparos desde el punto de vista del

principio de culpabilidad, en su vertiente de exclusión de la responsabilidad penal objetiva.

Para salvar la anterior crítica, el artículo 31 bis 1 Código Penal ha establecido como criterios de imputación a la empresa del hecho delictivo ajeno cometido por los subalternos, la infracción de deberes de vigilancia o control de los mismos por parte de los administradores o representantes legales. De tal forma que pueda atribuirse a estos últimos una infracción de deberes legales que permita hacer a la empresa culpable/responsable del hecho criminal realizado.

Con todo, no escapa a nadie que la infracción de tales deberes (cuyo contenido es extraordinariamente ambiguo e inseguro), ordinariamente será realizada por imprudencia –culpa *in vigilando* o incluso *in eligendo*– y, sin embargo, a la empresa le impondrán igual sanción que si el delito hubiere sido realizada por ella (a través de sus administradores o representantes legales) de forma dolosa o deliberada, al no prever el sistema sanciones diferentes para la empresa en atención al carácter subjetivo (doloso o culposo) de la atribución del delito. Lo que pugna frontalmente con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Por lo demás, todavía cabe añadir que la inmensa mayoría de los delitos contenidos en el catálogo de infracciones de las que puede responder penalmente una empresa,⁹ son exclusivamente dolosos, sin que puedan ser cometidos de forma imprudente. Como es sabido, el artículo 12 Código Penal dispone que todos los delitos

⁹ El Código penal no contiene una lista de posibles delitos que pueden ser objeto de atribución a las empresas como personas jurídicas. En aplicación del principio de legalidad penal, los delitos sólo pueden ser aplicados a las empresas cuando en ellos se prevea de forma expresa. Para saber si un delito es de posible aplicación a una empresa, simplemente hay que ver si en su regulación se indica esta posible aplicación específicamente, de forma que cuando no se prevea, no será de posible aplicación. A los efectos de facilitar la anterior labor, podemos destacar el catálogo de delitos en los que se prevé expresamente su posible aplicación a las empresas, no pudiendo exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas en el resto de delitos que contiene nuestro sistema legal. En consecuencia, las empresas sólo pueden responder penalmente, en los supuestos indicados en el texto, en los casos contemplados en el Código Penal en los delitos de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (artículo 189 bis), delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197.3), delitos de estafa (artículo 251 bis), delitos de insolvencia (artículo 261 bis), delitos de daños informáticos (artículo 264.4), delitos relativos a la propiedad intelectual (artículo 288: artículos 270 y 271), delitos relativos a la propiedad industrial (artículo 288: artículos 274 a 277), delitos relativos al mercado y a los consumidores (artículo 288: artículos 278 a 286 bis), –tales como descubrimiento, revelación y uso de secretos de empresa (artículos 278 a 280), desabastecimiento ilícito de mercancías (artículo 281), publicidad engañosa (artículo 282), estafa de inversiones (artículo 282 bis), facturación fraudulenta (artículo 283), alteración fraudulenta de precios (artículo 284), abuso de información privilegiada (artículo 285), acceso ilícito a servicios de radiodifusión (artículo 286), corrupción entre particulares: empresarial o deportiva (artículo 286 bis)–, blanqueo de capitales (artículo 302.2), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (artículo 310 bis), tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (artículo 318 bis), delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.4), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 328.6), delito de radiaciones ionizantes (artículo 343.3), delitos de estragos (artículo 348.3), tráfico de drogas (artículo 369 bis), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (artículo 399 bis), cohecho (artículo 427.2), tráfico de influencias (artículo 430), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 445), y captación de fondos para el terrorismo (artículo 576 bis). Junto a los anteriores delitos contenidos en el Código Penal, existen iguales previsiones en leyes penales especiales, para delitos tipificados fuera del Código penal como es en caso del delito de contrabando, regulado por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, cuyo artículo 3.3 extiende el delito a las personas jurídicas, en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio.

son dolosos sin que haya delito cuando la conducta en ellos descrita sea realizada de forma imprudente, salvo que en el propio precepto se prevea expresamente su posible comisión culposa. Lo mismo sucede con todos los delitos agravados, cuya atribución por imprudente es imposible en derecho penal (artículo 14.2 Código Penal).

Lo anterior dibuja un escenario ciertamente pintoresco para las empresas, que ven cómo les pueden ser atribuidos delitos exclusivamente dolosos y que no podrían ser cometidos por imprudencia, porque sus administradores o representantes legales han infringido su deber de diligencia al ser precisamente imprudentes, por no controlar debidamente la actuación del empleado que ha realizado el delito. Cuando, en correcta lógica penal, la imprudencia –culpa *in vigilando*– no debería ser título de atribución de la responsabilidad penal a la empresa por delitos que no se pueden cometer por imprudencia.

Por eso el sistema de atribución de la responsabilidad penal a las empresas que prevé el artículo 31 bis 1 Código Penal, en su segundo supuesto, resulta incluso más gravoso que el que rige con carácter general para las personas físicas, vulnerando principios esenciales del derecho penal que emanan directamente de la Constitución, como los principios de culpabilidad y proporcionalidad señalados. De hecho, en la regulación actual, cuando el administrador o representante legal de la empresa ha sido negligente en el control del empleado que comete del delito, se condena penalmente a la empresa y al referido empleado, pero no se sanciona a dicho administrador o representante legal negligente como persona física, porque ese delito no es punible en su comisión imprudente para las personas físicas.¹⁰ De modo que si lo que ese administrador o representante negligente ha hecho no puede servir para atribuirle a él mismo responsabilidad penal, no parece lógico que eso mismo sirva para atribuírsela a otro (a la empresa).

Con todo ello, el sistema descrito dibuja un escenario de triple sanción, en los casos en que un empleado de la empresa ha cometido un delito en el desempeño de sus funciones por no haber sido debidamente vigilado o controlado por los dirigentes sociales, que han infringido así su deber de diligencia. Y así, en primer lugar, del delito cometido responderá obviamente el empleado persona física que lo realizó, siguiendo el tradicional sistema de responsabilidad penal clásico de las personas físicas. Sin embargo, y en segundo lugar, tras la nueva regulación vigente desde diciembre de 2010, de dicho delito también responderá penalmente –y de forma independiente¹¹– la propia

¹⁰ La situación será diferente, si finalmente entra en vigor el señalado artículo 286 seis Proyecto de reforma 2013, que sanciona penalmente a los administradores de la empresa que no han adoptado las medidas adecuadas para vigilar e impedir la comisión de delitos por parte de los empleados o subalternos, conforme se ha visto arriba.

¹¹ En efecto, la atribución de responsabilidad penal a las empresas por los delitos cometidos por parte de sus representantes legales y administradores o de sus empleados, no exime de la responsabilidad penal que pueda corresponder por los mismos actos a estas personas físicas. En tal sentido, la persona jurídica responde penalmente, tanto si la persona física también es enjuiciada y condenada, como si no lo es (artículo 31 bis 2 Código Penal). La empresa no se ve libre de responsabilidad penal por el hecho de que ya se esté condenando al administrador que realizó el hecho delictivo, ni viceversa. Si bien, el propio artículo 31 bis 2 *in fine*, prevé la modulación de las penas de multa a imponer a cada uno (empresa y persona física) para evitar que resulte desproporcionada en atención a la gravedad del hecho, cuando a consecuencia de unos mismos hechos se imponga una multa a ambas partes.

empresa como persona jurídica, a quien se atribuirá el delito porque sus administradores o representantes legales no actuaron con la diligencia debida en la vigilancia y control del empleado. Y, en tercer lugar, de entrar en vigor el proyectado artículo 286 seis Proyecto de reforma en tramitación, la responsabilidad alcanzará de lleno al propio administrador de la empresa que con su comportamiento negligente, permitió la comisión del delito por omisión, al no haber adoptado las medidas de prevención adecuadas para impedirlo o dificultarlo, infringiendo con ello su deber de diligencia empresarial.

2.2 Derecho penal e infracción del deber de administración leal

Como anunciamos arriba, el mayor campo de responsabilidad penal en el ámbito de la infracción de deberes de los administradores de empresas, estriba precisamente en el ejercicio desviado de las facultades representativas del cargo y, en consecuencia, en la vulneración del deber de lealtad establecido en el artículo 215-8 del nuevo Código Mercantil, en sus diversas manifestaciones especificadas.

Antes de afrontar el comentario de la correlación entre la infracción de estas manifestaciones concretas del deber de lealtad/fidelidad y los diferentes delitos contemplados en nuestra legislación penal, es preciso efectuar una aclaración con carácter previo. Y es que, aunque el deber de lealtad impuesto por la legislación mercantil a los administradores de empresas tenga como marco de referencia las Leyes –en general– y los propios Estatutos sociales, en el ámbito penal sólo deben entenderse infracciones del deber de lealtad, aquellas vulneraciones de las Leyes –con o sin relevancia penal– realizadas en perjuicio de la sociedad o, por ser más preciso, no realizadas en beneficio o provecho de la empresa.

A la pregunta de si actúa lealmente el administrador de la empresa que comete un delito en beneficio de ésta, la respuesta –desde la óptica penal– es afirmativa. Otra cosa es que en otros ámbitos del Derecho, se pueda afirmar lo contrario, en tanto que la

Del mismo modo, la empresa responderá penalmente aunque no se pueda individualizar la concreta persona física que cometió el delito, siempre que se demuestre –claro está– que se trata de algunos de los dos supuestos generadores de responsabilidad penal del artículo 31 bis 1 Código Penal. Como también responderá, si no se puede perseguir penalmente a la concreta persona física que realizó el delito, por ejemplo, por encontrarse huida, desaparecida, en paradero desconocido o, simplemente, por haber fallecido.

El carácter independiente de la responsabilidad penal de las empresas respecto de la que corresponda a las personas físicas relacionadas con ella, se manifiesta también en que la responsabilidad penal de la empresa no se ve afectada ni alterada porque concurren en la persona física circunstancias que afecten a su culpabilidad o a su responsabilidad (artículo 31 bis 3 Código Penal). Así, por ejemplo, si la persona física realizó el hecho actuando bajo un estado de error de prohibición evitable, o si concurren en el mismo circunstancias agravantes modificativas de su responsabilidad criminal, ello no afecta a la determinación de la responsabilidad penal de la empresa, cuya concreta culpabilidad y responsabilidad se rige por reglas específicas. Sin perjuicio de que, en la práctica, será muy posible que dentro del concreto marco legal, circunstancias como las anteriores puedan ser tenidas en cuenta por el juzgador.

Lo anterior se traduce también en que el artículo 31 bis 4 Código Penal, prevé un catálogo específico de circunstancias atenuantes independiente del contenido en el artículo 21 Código Penal para las personas físicas. Aunque ello no impide el que, naturalmente, algunas de las circunstancias atenuantes contempladas para las personas jurídicas puedan coincidir, como de hecho sucede, con algunas de las previstas para las personas físicas.

comisión de delitos es siempre y en todo caso una actuación ajena al objeto social¹² –de otra forma estaríamos hablando de una asociación ilegal–. No sucede así lo mismo, en cambio, en el terreno estrictamente penal. Lo que determina, por ejemplo, que el empleo de recursos sociales para la comisión de delitos a favor de los intereses de la empresa no resulte sancionable por la vía de los delitos de apropiación indebida (artículo 252 Código Penal) o de administración desleal de sociedades (artículo 295 Código Penal), por mucho que se hayan empleado bienes sociales para la comisión de delitos, y ésta no forme parte del objeto social.¹³ Lo que no quita para que el delito que se comete mediante el empleo de aquellos bienes, sí sea naturalmente sancionable. Así sucedería, por ejemplo, cuando se «desviara» dinero de la sociedad para pagar la dádiva de un cohecho y conseguir un contrato público para la empresa. O, incluso, por los delitos cometidos para ocultar la utilización de los fondos sociales para fines ilícitos provechosos para la empresa, por ejemplo, mediante la realización de determinadas falsedades documentales para dar apariencia de legalidad u ofrecer cobertura a las disposiciones de fondos efectuadas por los administradores.

Entrando ya en las concretas manifestaciones del deber de lealtad definido en el artículo 215-8 del nuevo Código Mercantil, el Texto recoge en primer lugar la **prohibición de aprovechar bienes sociales** en beneficio propio, así como el **nombre de la sociedad** y la invocación de la condición de administrador de la empresa para la realización de operaciones por cuenta propia o de terceras personas vinculadas al administrador (artículo 215-9), de conformidad con lo señalado en el artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Desde la perspectiva penal, el empleo del nombre de la sociedad o la invocación de la condición de administrador en la realización de negocios privados ajenos a la

¹² Así, por ejemplo, SÁNCHEZ RUS, H., *Objeto social*, en VV.AA., *Tipología empresarial: normativa especial*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España / Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, p. 78, cuando define el objeto social como: «la actividad o conjunto de actividades posibles, *lícitas* y determinadas que desarrolla una sociedad, y a través e cuyo desenvolvimiento se trata de satisfacer la expectativa de ganancia característica de toda sociedad mercantil.»

¹³ En el marco del delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis Código Penal), consistente en el pago de sobornos a otros empresarios para conseguir adjudicaciones de contratos, se viene considerando que no es desleal con su empresa quien realiza estos pagos ilícitos a terceros (el bien jurídico protegido por el delito no es el deber de lealtad del administrador o directivo, sino las reglas de competencia en el mercado), lo que impediría aplicar a estos supuestos el delito de administración desleal o fraudulenta de sociedades, ni el delito de apropiación indebida, por la disposición de los fondos que constituyen la dádiva, ya que en el plano objetivo su abono no supone perjuicio para la sociedad que los paga al conseguir gracias a ellos un beneficio superior ni, en el plano subjetivo, existe tampoco dolo de causar el perjuicio a la propia sociedad que ambos delitos requieren. Por tanto, en estos supuestos, no existe colisión entre la conducta realizada y el interés social, sino que el ofrecimiento o del soborno está encaminado a satisfacer precisamente aquél.

En este sentido, cabe citar la SAN 31 marzo 2000 (RJ 2000, 107), dictada en el conocido Caso Banesto, que señaló que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aun cuando se hagan con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, redundan en provecho de ésta, no pueden dar lugar al delito de apropiación indebida, por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y haber resultado beneficioso para la misma los pagos realizados con los fondos sociales. Se trataba en aquél caso, del posible pago con fondos sociales de cantidades de dinero para «engrasar» voluntades a fin de conseguir una serie de exenciones fiscales que permitieran la constitución de una corporación industrial que separara el negocio empresarial de las sociedades participadas por el banco del negocio puramente bancario.

empresa no es, en sí mismo, constitutivo de infracción o delito alguno. Se trata de una infracción del deber de lealtad que debe ser corregida a través de los medios que la legislación mercantil societaria dispone al efecto. No sucede así, en cambio, en otros países, como es el caso de Francia, donde el artículo L-241-3 del Código de Comercio (para las sociedades de responsabilidad limitada), y el artículo L 242-6 del mismo (para las sociedades por acciones), sancionan como Ley penal especial, el hacer un uso de mala fe, no sólo de los bienes sociales, sino también del *crédito* de la sociedad, en el sentido del nombre comercial de la misma. Siguiendo, con ello, una larga tradición del Derecho mercantil-penal francés que ya sancionaba como delito el abuso del nombre social en la vieja Ley de 24 de julio de 1966 (artículo 437.3°).

En nuestro Derecho, como decimos, el uso indebido de la condición de administrador de una determinada empresa o, en parecido sentido, el uso mismo del nombre social para favorecer negocios privados, no es penalmente sancionable. Como veremos seguidamente, nuestra legislación penal sanciona el uso ilícito de los poderes o bienes sociales, pero no el uso indebido de la mera posición social del administrador, más allá del abuso de información privilegiada que deriva de dicha condición de administrador, por la vía del delito de los artículos 284.3° y 285 Código Penal,¹⁴ y del delito de aprovechamiento de secretos de empresa del artículo 279.II Código Penal, al que luego aludiremos, con ocasión de la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades sociales de negocio establecida por el artículo 215-10.

En efecto, existen diferentes delitos que sancionan penalmente el aprovechamiento de los bienes sociales en beneficio de los intereses privados de los administradores de hecho o de derecho, o de los socios mismos, y en perjuicio de los intereses sociales, siendo especialmente relevantes los de apropiación indebida (artículo 252 Código Penal) y administración desleal de sociedades (artículo 295 Código Penal).

Como es sabido, el primero de ellos sanciona penalmente (con penas de prisión que oscilan entre los seis meses y los ocho años) al administrador que se apropia o distrae los bienes administrados, mientras que el segundo incrimina (con penas de prisión de hasta cuatro años o con multa), la conducta del administrador social¹⁵ que dispone fraudulentamente de los bienes sociales o contrae obligaciones a su cargo, causando así un perjuicio directo y económicamente evaluable a los socios, cuenta-partícipes, o titulares de los bienes, valores o capital administrados.

En correcta interpretación de los dos anteriores delitos, valdría decir que la apropiación indebida, que es un delito más grave en cuanto a su pena que la administración desleal de sociedades), se comete cuando el administrador se apropia de los bienes que administra, en el sentido de que se los queda, esto es, que expropia de los

¹⁴ Pero, nótese, que los delitos contemplados en los artículos 284.3° (alteración de precios) y 285 Código Penal, son delitos contra el mercado, que tienen a proteger más la competencia y las reglas del propio mercado que a sancionar la infracción de deberes de lealtad hacia la propia empresa administrada.

¹⁵ Si bien, el concepto penal de sociedad, a los efectos de este delito es bastante amplio, viniendo establecido por el artículo 297 Código Penal, en el que se comprenden no sólo las sociedades mercantiles en general, sino a toda mutua, cooperativa, Fundaciones, Cajas de Ahorro y Entidades de Crédito, Entidades Financieras, y cualesquiera otras que para el cumplimiento de sus fines participen de forma permanente en el mercado. Incluyéndose, así mismo, en virtud de lo establecido en el propio artículo 295 Código Penal, las sociedades mercantiles en formación, y doctrinal y jurisprudencialmente, a las sociedades mercantiles irregulares.

mismos a su legítimo dueño, para hacerlos suyos (se apropia) o destinarlos a un tercero (los distrae), con carácter permanente y definitivo. En cambio, la conducta del administrador desleal del artículo 295 Código Penal (menos grave desde el punto de vista de la pena contemplada), no consiste en apropiarse de dichos bienes que se administra, sino es disponer de ellos de forma ilícita, pero no apropiatoria. Esto es, lo que tradicionalmente se han venido denominando como «usos ilícitos no dominicales», o «apropiaciones de mero uso», realizadas al margen del interés social para favorecer intereses personales de los administradores o de terceras personas, en perjuicio de la sociedad, de sus socios o de terceros.

La citada STS 29 julio 2002 (RJ 2002, 6357), dictada en el conocido Caso Banesto, lo expresaba con enorme claridad, cuando señalaba que: «Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal (...), pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida. (...) Por último cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. (...) Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.»¹⁶

¹⁶ Es verdad, sin embargo, que tanto antes como después de esta importante STS dictada en el Caso Banesto, se han producido otras muchas que han mantenido distintas tesis de distinción entre los delitos de apropiación indebida y de administración. Y ello, con evidente desacierto, hay que decir. No sólo porque alguna de estas tesis sean dogmáticamente insostenibles con el Texto de la Ley en la mano, sino que el continuo cambio de criterio del Alto Tribunal, al utilizar unas y otras diferentes tesis, ha dado lugar a un grave desconcierto en los Tribunales «menores», que no tienen una pauta clara que seguir. Recuérdese, además, que en el ámbito penal, ni siquiera existe el recurso de casación por unificación de doctrina jurisprudencial, de modo que es muy habitual en la práctica que diferentes Audiencias y Juzgados de lo Penal apliquen tesis opuestas sobre la distinción entre ambos delitos, creándose con ello una situación de inseguridad y desigualdad jurídica ciertamente alarmante, de la que resultan principales responsables los vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

Y así, por hacer un breve recorrido por dicha jurisprudencia, cabe recordar que bajo la vigencia del anterior Código Penal, cuando no existía más que el delito de apropiación indebida (artículo 535), el Alto Tribunal venía considerando que los usos ilícitos no dominicales (no apropiatorios) o apropiaciones de mero uso de fondos sociales por parte de los administradores, no tenían cabida en el referido delito de apropiación indebida, so pena de transgredir el principio de legalidad penal. Siendo exponente, por ejemplo, la STS 25 julio 1971 (RJ 1971, 4936), señalaba que: «la posible inclusión dentro del delito de apropiación indebida de los denominados usos ilícitos no dominicales o apropiaciones de mero uso, por virtud de los cuales el poseedor del dinero o efectos, entregados por uno de los títulos señalados en el art. 535 del Código Penal, los utiliza para sí, sin ánimo de retención definitiva, fuera de las facultades y obligaciones pactadas y, por tanto, con el deseo de una restitución tardía, parece no poderse técnicamente efectuar, resultando por tanto atípica dicha conducta al faltar un precepto especial que castigara el abuso causado por la utilización desviada... al no poderse otorgar una interpretación extensiva en contra del reo de los verbos “apropiarse” y “distraer” utilizados en aquel precepto...»

Así, dentro del vigente delito de administración desleal de sociedades, tienen cabida las infracciones del deber de fidelidad en las que el administrador dispone de bienes sociales en su propio provecho sin intención apropiatoria, pero causando

Sin embargo, esa posición tradicional cambió radicalmente con la conocida STS 26 febrero 1998 (RJ 1998, 1196), dictada en el conocido «Caso Argentia Trust», al inventar un nuevo delito de administración desleal dentro del clásico delito de apropiación indebida, señalando que: «también ha de ser rechazada la pretensión... según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. (...) El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave...»

De este modo, el alto Tribunal negó abiertamente su anterior doctrina, para considerar que dentro del delito de apropiación indebida existen dos delitos en realidad, el puramente apropiatorio, al que se refiere el precepto con el verbo «apropiarse», y otro delito de administración desleal, al que se refiere el verbo típico «distrayere», que permite sancionar como apropiación indebida disposiciones de fondos sociales no apropiatorias. Al producirse dicho cambio jurisprudencial estando ya en vigor el vigente delito de administración desleal de sociedades (artículo 295 Código Penal), que había venido precisamente a sancionar estas conductas, se planteaba un evidente conflicto entre ambas normas, que en correcta técnica jurídica debería siempre ser resuelto por la regla 1ª del artículo 8º del Código Penal, de aplicación imperativa. Esto es, a favor del delito societario de administración desleal, por ser más especial, al estar dirigido específicamente a los administradores de sociedades que realicen la conducta sobre bienes sociales. Pero, como quiera que ello habría supuesto un efecto indeseado, ya que conllevaría que los mismos usos ilícitos no dominicales realizados en el ámbito empresarial tuvieran menos pena (administración desleal de sociedades) que los realizados por administradores no societarios (delito apropiación indebida por gestión desleal), el Alto Tribunal optó por ignorar la imperatividad del artículo 8.1ª Código Penal, estableciendo la resolución del concurso entre ambas normas a favor de la apropiación indebida por poseer más penalidad. Esto es, aplicando indebidamente la norma 4ª del artículo 8º, que el legislador reserva para supuestos distintos del comentado, en el que ninguno de los dos delitos en conflicto fuere más especial que el otro. Lo que, como hemos dicho, no es nuestro caso, al existir una evidente relación de especialidad del tipo específicamente societario respecto del tipo más general de la apropiación indebida.

Finalmente, con posterioridad, el Tribunal Supremo ha venido abandonando progresivamente la anterior tesis, no sólo en la mencionada sentencia del Caso Banesto donde mantuvo otra tesis totalmente diferente e incompatible con la anterior, sino en una tercera línea jurisprudencial iniciada con la STS 11 julio 2005 (RJ 2006, 5418), y consolidada posteriormente en la STS 17 julio 2006 (RJ 2006, 7697), dictada en el «Caso BSCH», en la que señala que pretende diferencias ambos delitos con una confusa doctrina, extraída de Alemania, según la cual el elemento diferenciador radica en si el administrador ha actuado dentro (administración desleal de sociedades) o fuera (apropiación indebida) de los límites de sus facultades. Y así, señala que: «cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal... Este delito se refiere... una serie de conductas con abuso de las funciones propias del cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace *dentro de los límites* que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal... El *exceso* que comete es *intensivo*, en el sentido de que su actuación se mantiene *dentro de sus facultades*, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida... supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que *supera las facultades* del administrador... Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación *fuera de lo que el título de recepción permite*, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades... que *no ha superado los límites* propios del cargo de administrador.»

conscientemente con ello un perjuicio a la sociedad. Por ejemplo, porque se hace prestar fondos sociales para un negocio privado en el que piensa obtener importante rentabilidad en poco tiempo, de modo que reintegrará a la sociedad los mismos, como efectivamente hace, pero resultando que a consecuencia de ese préstamo, la sociedad se ha visto impedida de realizar operaciones de su interés con el derivado perjuicio, o ha tenido que retrasar el pago de sus obligaciones fiscales o sociales, con los consiguientes recargos e intereses de demora, etc. En tal caso, la infracción del deber de lealtad del administrador no ha supuesto la apropiación de los bienes sociales, ni hubo nunca intención de ello, sino el empleo de los mismos de forma fraudulenta, en el sentido de que se ha causado un perjuicio a la empresa persiguiendo un interés privado del administrador. También se incluyen aquí, generalmente, las compra-ventas de bienes por/para la sociedad por precios diferentes de los de mercado,¹⁷ las contrataciones fraudulentas de bienes por precios de mercado, que se produce por ejemplo, cuando se obliga a comprar a la sociedad una cantidad excesiva de bienes que ésta realmente no necesita, a una sociedad proveedora en la que tiene intereses el administrador de la compradora,¹⁸ la constitución de garantías reales sobre bienes sociales, respecto de deudas privadas de los administradores, que perjudican el desarrollo de la actividad social al mermar su capacidad operativa y crediticia, o, en fin, la contratación de otras obligaciones a cargo del patrimonio social como, por ejemplo, mediante el afianzamiento de deudas personales de los administradores de hecho o de derecho, o de los socios de control, o la aceptación de letras de favor, etc.

En cambio, en el delito de apropiación indebida, tendrían cabida por ejemplo, el empleo definitivo de fondos sociales para atender a gastos personales o ajenos a la actividad social, la entrega de comisiones o retribuciones a los administradores de hecho o de derecho sin que exista prestación que la justifique, o cuando esta prestación ya está incluida en las funciones del propio cargo, o cuando no está incluida pero se remunera por encima del mercado (apropiación del exceso), el abono de dividendos ficticios o de dividendos no distribuibles que deben ser destinados a reservas.¹⁹

Finalmente, no quiero terminar el presente comentario sin referirme someramente a la trascendencia penal del abuso de la condición de administrador en las situaciones de conflicto de intereses contemplada por el artículo 215-11 nuevo Código Mercantil (y artículo 229 Ley Sociedades de Capital), y específicamente, en lo relacionado con la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio que establece el artículo 215-10 del mismo. Lo que, a su vez, entronca directamente con la prohibición de competencia de los administradores (salvo autorización expresa), de dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituye el objeto social de la empresa administrada (artículo 229.1.f) Ley Sociedades de Capital). Situaciones de conflicto en las que, a mi juicio, se encuentra la esencia misma del deber de lealtad.

¹⁷ Si bien, creo más acertado tratarlos como supuestos de apropiación indebida del exceso del valor abonado por el bien que se obliga a adquirir a la sociedad, o por del mismo bien social vendido por precio muy inferior a su valor real.

¹⁸ Como sucedió en Francia a finales del siglo pasado, en el conocido «Caso del *Bon Marché*».

¹⁹ Normalmente, en concurso ideal con algún delito de falsedad en documento mercantil.

A este respecto, el Código Penal sanciona los supuestos de aprovechamiento de información empresarial, en dos ámbitos diferentes. Por un lado, respecto de las conductas de abuso de información privilegiada relativa al Mercado de Valores, ya sea con la voluntad de fijación de precios anormales o artificiales (artículo 284.3º)²⁰ –lo que presenta menor medida respecto de lo aquí tratado–, ya sea con la voluntad de obtener un beneficio derivado de la ventaja del uso de la información obtenida en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial (artículo 285) –que afecta de lleno a la infracción del deber de lealtad en el sentido que ahora nos ocupa–, y del que se ocupa el artículo 286-46 del nuevo Código Mercantil, dentro del Título VIII dedicado a las sociedades cotizadas.

Y, por otro lado, se sanciona el aprovechamiento de información secreta de la sociedad, en el artículo 279.II del Código Penal, con penas de prisión de dos a tres años, y de multa de doce a dieciocho meses, por quienes tuvieren legal o contractualmente obligación de guardar reserva.²¹ Teniendo cabida en este delito como uno de los supuestos más característicos, precisamente, aquel en el que el administrador o el directivo «pisa» un negocio a la sociedad.

La referencia del delito a la Ley como fuente de reserva, se encuentra ligada específicamente a la figura de los administradores sociales, a quienes ya se imponía tal deber impone tal deber en los artículo 127.2 de la vieja Ley de Sociedades Anónimas, en el artículo 61.2 de la vieja Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el artículo 14.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, en el artículo 64.1 de la Ley General de Cooperativas, y actualmente, en el artículo 228 b) de la Ley de Sociedades de Capital, recientemente modificado por la Ley de 3 diciembre 2014. Todo ello, en la línea del artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal, que considera desleal la explotación sin autorización de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con el deber de reserva.

²⁰ En concreto, el artículo 284.3º del Código Penal, sanciona (con penas de prisión de seis meses a dos años o con multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente, mediador o informador), la utilización de información privilegiada, realizando transacciones o dando órdenes de operaciones susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda, o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando dicha información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

²¹ La jurisprudencia penal ha considerado que por secreto de empresa se ha de entender todo «dato propio o ajeno, pero en poder de un determinado empresario, que el mismo no desea sea conocido por terceros y que por ello presenta un indudable valor o interés económico, sea directo o indirecto para él...» SAP Lleida, 11 febrero 2001 (ARP 2001, 154); «aquello que un titular quiere sustraer al conocimiento público, es decir, aquello que quiere que permanezca en el ámbito exclusivo de la empresa o sociedad» SAP Guipúzcoa 30 diciembre 1998 (ARP 1998, 4564); «aquella información que es confidencial y exclusiva de una determinada empresa, de tal manera que... pudiera afectar a la competitividad» SAP Tarragona 4 abril 2003 (JUR 2003, 210233); «el conocimiento reservado de ideas, producto o procedimiento que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto» SAP Madrid 28 abril 1999 (ARP 1999, 1880); «aquél que se encuentra relacionado con la actividad de la misma, y en cuyo mantenimiento tiene el empresario un interés económico» SAP Asturias, 14 julio 2003 (JUR 2003, 234896); Zaragoza 3 diciembre 1999 (ARP 1999, 3775); «por secreto deberá entenderse toda información relativa a la empresa, la cual es determinada con criterios de confidencialidad y exclusividad en aras a asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de empresas competidoras y descendiendo a una clasificación enumera los secretos relativos a los sectores técnico-industrial, comercial, relacional y organizativo de la empresa». AAP Guipúzcoa 30 septiembre 2004 (JUR 2004, 308578).

A este respecto, debe tenerse en cuenta que las obligaciones y responsabilidades de los administradores de derecho se extienden igualmente a los administradores de hecho (artículo 236.3 Ley Sociedades Capital), entendiéndose por tales a toda persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias del administrador, como, en su caso, aquellas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. Del mismo modo que se extienden a las personas físicas que ejercen la administración en representación de la persona jurídica administradora (artículo 236.5 Ley Sociedades Capital).

La mención a los contratos como fuente de reserva, tiene su fundamento en las obligaciones asumidas por quienes no son administradores de hecho ni de derecho, pero que desempeñan funciones de alta dirección o, simplemente, que les permiten conocer secretos de empresa. Si bien, desde antiguo, la jurisprudencia penal²² viene exigiendo para aplicarles el delito cuando emplean el secreto conocido de forma desleal, que dicha obligación de reserva estuviera específicamente contemplada en sus contratos como cláusula específica, no pudiendo sin más derivarse, del deber general de buena fe establecido por el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores.

²² SAP Madrid 28 abril 1999 (ARP 1999, 1880), SAP Barcelona 7 junio 1999 (ARP 1999, 4323), SAP La Rioja 23 octubre 2002 (JUR 2002, 16956), SAP Huesca, 15 septiembre 2003 (JUR 2004, 99598), SAP Córdoba 20 octubre 2005 (JUR 2005, 46949), entre otras.