

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

**LA INCIDENCIA DE LOS DEBERES
DE LOS ADMINISTRADORES
Y AUDITORES EN LA MANIPULACIÓN
DE LAS CUENTAS ANUALES:
POSICIÓN DE GARANTE
Y RESPONSABILIDAD PENAL**

**Tesis presentada por la licenciada
D^a Teresa Ruano Mochales, para la obtención
del grado de Doctora bajo la dirección de la
Dra. D^a Silvina Bacigalupo Saggese,
Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Madrid**

Madrid, a 10 de noviembre de 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	1
-----------------------------------	----------

CAPÍTULO I: LA INFORMACIÓN SOCIETARIA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN GLOBAL DE LA SOCIEDAD	9
--	----------

I.	La evolución de la información económica como mecanismo de control de la sociedad y del mercado	9
II.	La concienciación a nivel mundial de la problemática interna de la tensión entre propiedad y gestión en el seno de la sociedad. El impulso de la información económica a través del movimiento de <i>corporate governance</i>	15
III.	Visión global de la información económica en el marco de la libertad de empresa: el desarrollo legislativo en España y la implantación del modelo de <i>corporate governance</i>	24
IV.	La información económica veraz y la transparencia como resultado del cumplimiento de deberes extrapenales de los administradores	36
V.	Conclusión	48

CAPÍTULO II: DEBERES EXTRAPENALES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL PROCESO DE FORMACIÓN Y VERIFICACIÓN DE UNAS CUENTAS ANUALES VERACES	49
---	-----------

I.	La libertad de administrar con rendición de cuentas vs la libertad de operar en el mercado con información veraz	49
II.	Los deberes generales atribuidos por Ley a los administradores	52
	1.- El deber de administrar	52
	2.- El deber de diligencia	55
	2.1- Desarrollo del concepto “ordenado empresario”	55
	2.2- Breve referencia al deber de diligencia en el seno de la sociedad cotizada. La organización del Consejo de Administración	65
	3.- El deber de lealtad	66
	3.1- Cuestiones generales que atañen al deber de lealtad. La actuación de buena fe	66
	3.2- El mejor interés de la sociedad como objetivo de los cometidos del administrador leal	74
	3.3- El denominado deber de vigilancia y la defensa de la lealtad en el órgano de administración	77
	4.- Diferenciación necesaria del deber de diligencia y del deber de lealtad	82
	5.- Incorporación al sistema legislativo español de la Business judgment rule.	85
III.	Incidencia de los deberes generales en el deber de llevanza de la contabilidad y en la formulación de cuentas anuales	93
	1.- El deber de informar	93
	2.- El proceso contable	94
	3.- Los libros de contabilidad	100
	4.- El administrador ante el proceso contable y ante la elaboración de las cuentas anuales	103

5.- El principio de imagen fiel. Otros principios contables y los criterios de valoración	117
6.- Síntesis de los deberes del administrador en el proceso de elaboración de las cuentas anuales. Especificación de otros profesionales y órganos que intervienen en el proceso	127
7.- Proyección del deber de lealtad en el deber de formular las cuentas anuales	136
IV. Conclusiones	138

CAPÍTULO III: DEBERES EXTRAPENALES DEL AUDITOR DE CUENTAS EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES141

I. La relevancia de la auditoría de cuentas	141
II. Los deberes del auditor	150
1.- El deber de verificar las cuentas anuales y de emitir una opinión técnica ...	150
2.- El deber de apreciar el fraude, errores o infracciones. Obligación de investigar y denunciar hechos sospechosos	159
III. El <i>standard</i> de diligencia. <i>Lex artis</i> del auditor de cuentas	163
IV. Conclusiones	166

CAPÍTULO IV: INCUMPLIMIENTOS GRAVES DE LOS DEBERES EXTRAPENALES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES Y DE LOS AUDITORES167

CAPÍTULO V: LA HERRAMIENTA DE RESOLUCIÓN DE ESTOS CASOS: EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA187

I. Antecedentes	187
II. El fraude contable en los sistemas alemán e italiano	193
1.- Alemania	194
2.- Italia	197
III. Conclusiones	201

CAPÍTULO VI: ESTRUCTURA DEL DELITO SOCIETARIO DE MANIPULACIÓN DE CUENTAS ANUALES ¿ DELITO DE DOMINIO O INFRACCIÓN DE DEBER?203

I. Introducción	203
II. Delitos de dominio vs Delitos de infracción de deber	204
III. La teoría del dominio del hecho. Delitos de dominio	205
1.- Origen y fundamento de la teoría del dominio del hecho	205
2.- Desarrollo de la teoría por Roxin: Configuración de los delitos de dominio	206
2.1- Concreción del concepto de autor como figura central de la acción	207
2.2- Búsqueda de la forma de aplicación del concepto de dominio de hecho ...	208
3.- La posición de Jakobs sobre los delitos de dominio:	
Los delitos de organización	213
3.1- Las formas de autoría en Jakobs	214
3.2- Estudio de la autoría en los delitos de omisión	217
IV. La teoría de los delitos de infracción de deber	218
1.- Construcción de la categoría de delitos de infracción de deber por Roxin.....	218
1.1.- Origen de los delitos de infracción de deber. El deber extrapenal	218
1.2.- Delimitación de las formas de autoría en los delitos de infracción de deber	221
1.3.- Las omisiones en los delitos de infracción de deber.....	225

1.4.- Posiciones que cuestionan la concepción de Roxin de los delitos de infracción de deber	228
2.- Desarrollo de la concepción de los delitos de infracción de deber por Jakobs	234
2.1.- Aportaciones a la teoría de los delitos de infracción de deber. El deber institucional	234
2.2.- Alcance de la relación institucional que fundamenta los delitos de infracción de deber	238
2.3.- Omisiones	239
2.4.- Posturas críticas a la concepción de Jakobs de los delitos de infracción de deber	240
3.- Análisis de los delitos de infracción de deber por Sánchez-Vera	242
3.1.- Planteamiento de la diferente naturaleza de los deberes que obligan a los sujetos en el marco de conductas omisivas	242
3.2.- Caracterización de los deberes	243
3.3.- Clasificación de los tipos penales en función de los conceptos “institución negativa/institución positiva”	245
3.4.- Posiciones doctrinales que cuestionan la tesis relativa a los delitos de infracción de deber de Sánchez-Vera.	247
4.- Análisis de los delitos de infracción de deber por García Cavero	248
5.- Toma de postura respecto del elemento nuclear: el deber extrapenal o la institución	251
6.- Crítica general a la categoría de los delitos de infracción de deber	252
V. Conclusión	254

CAPÍTULO VII: ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE MANIPULACIÓN DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

I. Naturaleza de los elementos del tipo	258
II. Análisis del bien jurídico protegido	263
1.- Definición de los intereses objeto de protección	263
2.- El bien jurídico objeto de protección en el art. 282 CP	280
3.- Titulares del bien jurídico protegido	282
III. Sujeto activo: Los administradores de hecho y de derecho en el ámbito Penal	284
1.- Delito especial	285
2.- Alcance de la figura del administrador en el ámbito del derecho mercantil	287
3.- Alcance de la figura del administrador en el ámbito penal: Aspectos generales	297
3.1.- Responsabilidad de los administradores por la comisión de delitos especiales. Análisis del art.31 del Código Penal	298
3.2.- Previsión en el art. 290 CP de la figura del administrador de hecho y de derecho. Descripción y criterios de delimitación	303
3.2.1.- El administrador de derecho	303
3.2.2.- El administrador de hecho	305
4.- El administrador de hecho frente al deber de veracidad	313
5.- ¿Puede alcanzar el auditor la condición de administrador de hecho?...318	
6.- Conclusión: Los administradores de hecho y de derecho y de hecho son valedores del deber de veracidad	320
IV. Delito de garante. La posición de garante de los administradores de hecho y de derecho	322
1.- El concepto de posición de garante	322
2.- Fundamentación de la posición de garante	324

	3.- El deber de actuar y de evitar el resultado en el marco del art. 290 CP	333
	3.1.- Autonomía personal	333
	3.2.- Posición inmediata al bien jurídico.....	334
	3.3.- El deber jurídico positivo.....	337
	3.4.- El deber de garante penal.....	344
	3.5.- Relaciones de autoridad y jerarquía.....	345
	3.6.- Tratamiento diferenciado de la responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad del administrador vs el deber de diligencia.....	347
	3.7.- Los deberes extrapenales que conforman la posición de garante en la elaboración de las cuentas anuales.....	352
	3.8.- Los deberes extrapenales en el Consejo de Administración.....	354
	4.- Equiparación de la acción y de la omisión.....	355
	5.- Conclusión. El administrador como garante de información societaria veraz.....	357
V.	Objeto material. Información societaria jurídica y económica contenida en las cuentas anuales y en otros documentos societarios	358
VI.	Infracción del deber de proporcionar información veraz en documentos societarios idónea para causar un perjuicio económico.....	363
	1.- Conducta: infracción delictiva de deberes extrapenales	364
	1.1.- Alcance de la conducta típica de “falsear” en el marco del art. 290 CP	364
	1.2.- Confluencia de deberes extrapenales transgredidos: lealtad y veracidad.....	365
	2.- Equivalencia de conductas activas y pasivas	374
	3.- La idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico.....	377
	3.1.- Perjuicio económico causado a la sociedad, socios y terceros.....	377
	3.2.- El elemento de la “idoneidad para causar perjuicio”	381
	3.3.- Apuntes sobre causalidad y la teoría de la imputación objetiva en el marco de la responsabilidad penal.....	387
	3.4.- Causalidad y teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil.....	392
	3.5.- Concreción del perjuicio económico y la idoneidad para causarlo conforme a los criterios de imputación objetiva.....	398
	3.5.1.- La creación de un riesgo no permitido.....	398
	3.5.2.- Materialización del riesgo creado por la acción en el resultado.....	416
	3.5.3.- El alcance de la protección de la norma.....	436
	3.6.- Síntesis sobre el elemento de idoneidad y la efectiva causación del perjuicio.....	440
	3.7.- La causalidad en el caso de conductas omisivas.....	441
	4.- La naturaleza del tipo. Delito de peligro vs delito de lesión	442
	4.1.- Configuración bifronte del tipo.....	442
	4.2.- Los delitos de peligro. ¿Qué constituye peligro?.....	443
	4.3.- Distinción de los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto.....	446
	4.4.- El elemento de la “idoneidad”: clasificación como delito de peligro abstracto.....	449
	4.5.- El delito del art. 290.1 CP como delito de peligro abstracto frente al 290.2 CP.....	451
	5.- Consumación	454
VII.	Conclusiones. Toma de postura sobre la estructura del tipo del art. 290 CP.....	457

CAPÍTULO VIII: LA AUTORÍA EN EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER
463

I.	El delito de manipulación de la información societaria (art. 290 CP) como delito de infracción de deber	463
II.	Antecedentes. Breve síntesis de los postulados de las teorías sobre autoría y participación	464
III.	La autoría	466
IV.	Formas de autoría como delito de infracción de deber	468
	1.- Autor directo e inmediato.....	468
	2.- Autoría mediata.....	469
	3.- Coautoría.....	470
V.	El Consejo de Administración ante la información societaria. Toma de decisiones colegiadas.....	473
	1.- Complejidad de la estructura del Consejo.....	474
	2.- Individualización de la responsabilidad penal. La votación en el seno del Consejo.....	475
	3.- El administrador ante la conducta fraudulenta de otros administradores.....	482
VI.	Análisis de los posibles argumentos para la delimitación del alcance de la responsabilidad penal	495
VII.	Conclusión	499

CAPÍTULO IX: ANÁLISIS DE CUESTIONES RELATIVAS A LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE DEBER501

I.	Introducción. Concepto general y fundamento de la punibilidad de la participación	501
II.	La accesoriedad de la participación	506
III.	Breve mención a las distintas formas de participación	512
IV.	Problemática en relación con el tratamiento de la participación del <i>extraneus</i> en el delito especial	520
V.	Extensión de la aplicación de la circunstancias a los partícipes	522
VI.	La doctrina sobre la participación en los delitos de infracción de deber.....	527
	1.- La participación en los delitos de infracción de deber en Roxin	527
	1.1.- Concreción del concepto de autor como figura central de la acción...527	
	1.2.- Participación en la omisión.....	530
	2.- La participación en los delitos de infracción de deber según Jakobs	532
	3.- La participación en los delitos de infracción de deber según Lesch	535
	4.- La participación en los delitos de infracción de deber según Sánchez-Vera	537
	5.- La participación en los delitos de infracción de deber según Silvina Bacigalupo	539
VII.	La participación en el delito de manipulación de la información societaria	541
	1.- El administrador obra de forma dolosa e intervienen otros sujetos que no tienen dicha condición	544
	2.- El administrador obra de forma no dolosa y el <i>extraneus</i> de forma dolosa.....	546
	3.- El administrador que utiliza a un <i>extraneus</i>	546
VIII.	El auditor como partícipe del delito de manipulación de las cuentas anuales de la sociedad.....	547
	1.- Alcance de la potencial responsabilidad del auditor de cuentas.....	547

VI

2.- Relevancia de la labor del auditor	549
3.- Enjuiciamiento de la conducta del auditor a título de partícipe.....	550
IX. Conclusión	559

CAPÍTULO X: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES, AUDITORES Y OTROS PARTÍCIPES POR LA MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA DE *LEGE FERENDA*.....561

I. Eliminación del requisito procesal de interposición de denuncia	561
II. Sujeto activo. Posible consideración del auditor como sujeto activo del delito....	563
III. Conducta típica	572
IV. Valoración de la pena de acuerdo con el principio de proporcionalidad.....	574
V. La participación del <i>extraneus</i> en el delito de manipulación de cuentas.....	576
VI. Propuesta de <i>lege ferenda</i> de redacción del tipo del art. 290 CP.....	577

CONCLUSIONES FINALES579

BIBLIOGRAFÍA589

ABREVIATURAS

AAVV.....	Varios autores
ADP	Anuario de Derecho Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFDUAM.....	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AJA.....	Actualidad Jurídica Aranzadi
AktG	Aktiengesetz (Ley alemana de Sociedades por Acciones)
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art., arts.	artículo, artículos
BGH.....	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (procedimientos penales)
BICAM.....	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME.....	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC.....	Código Civil
CCo.....	Código de comercio
CE.....	Constitución Española
CDP	Cuadernos de Política Criminal
cfr.....	Confrontar
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
cit (s).....	citado (-s)
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
com.	Comentario
coord., coords.	coordinado, coordinador, coordinadores

CP	Código penal
CPC.....	Cuadernos de Política Criminal
dir.....	director
dirs	directores
E.B.O.R.	European Business Organization Law Review
ed.	edición
edit	editorial
EM	Exposición de Motivos
IASB	International Accounting Standards
Ibid.....	misma obra, misma obra y página
ICAC.....	Instituto de Auditoría de Cuentas
IFAC	International Federation of Accountants
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
J.F.C.....	Journal of Financial Crime
LA.....	Ley de Auditoria
LH.....	Libro-Homenaje
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores
LO.....	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
NIA.....	Norma Internacional de Auditoria
NIC	Normas internacionales de control
NIIF	Normas internacionales de Información Financiera
not.	Nota a pie de página
NTA.....	Normas Técnicas de Auditoria
núm. / nº.....	número/s
op.cit.	<i>opus citate</i> (obra citada)
pág., págs.	Página, páginas
PGC	Plan General Contable
RD.....	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RDM.....	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista Derecho Privado

RDPC.....	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RFDUCM	Revista de la Facultad de la Universidad Complutense de Madrid
RGD.....	Revista General del Derecho
RM.....	Registro Mercantil
RP	Revista Penal
RPJ.....	Revista del Poder Judicial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial (...)
ss.	siguientes
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional español
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal) (normalmente referido al CP alemán)
StrR.....	Strafrecht (Derecho Penal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
TC	Tribunal Constitucional
trad.....	traducido, traducción, traductor
TRLSA	Texto Reformada de la Ley de Sociedades Anónimas
TS	Tribunal Supremo
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

El tipo del balance fraudulento o de manipulación de cuentas anuales ha alcanzado dos décadas de vida dentro de los delitos contra el orden socioeconómico y se ha valido de forma incuestionable su hegemonía como “delito societario”. Tras el destierro sufrido por el delito de administración desleal a un tipo propio no significado por atentar contra las estructuras societarias, el art. 295 CP ha dejado su hueco para nunca volver. El contexto de protección del orden socioeconómico dibujado por el legislador de 1995 se puede decir que queda principalmente representado por el tipo del “*falso in bilancio*”, ante la evidencia de que el resto de delitos que buscaban su lugar en dicho título se han convertido como el Cid Campeador, en héroes que intentan luchar después de muertos, pero con la diferencia de que en este contexto no se si sabe si pelean a sabiendas de que las batallas están perdidas.

La trascendencia de este tipo se debe valorar en la línea de las medidas que se han venido originando en el más amplio contexto internacional y las adoptadas expresamente por el legislador para la defensa de la sociedad y del mercado en su conjunto en el seno del orden constitucional que rige en el Estado español, con la viva lanza de la libertad de empresa reconocida por su art. 38 como su pilar más cimentado en las raíces en la Economía de Mercado. Cuál es el alcance de esta libertad de empresa es una primera pregunta que nos podemos formular y seguidamente, al obtener su respuesta, vendría el planteamiento de hasta qué punto en el marco de dicha libertad de empresa se pueden establecer medidas de control con eficacia dentro y fuera de las estructuras societarias que operan en el mercado. En concreto, se cuestiona la legitimidad de la implantación de medidas control que exigen de los propios administradores de las sociedades el que faciliten y provean a los socios, sociedad y terceros englobados dentro de una estructura de mercado información relativa a la situación económica y jurídica de la sociedad. La forma en la que las sucesivas reformas operadas en la Ley mercantil han ido dando progresivamente respuestas a la problemática generada dentro de las estructuras societarias, permite entender por qué la obtención de información a través de los propios gestores de la sociedad es el mecanismo de control por antonomasia, que se considera más efectivo dentro de la estructura societaria y que unido a otros mecanismos pone de manifiesto que los diferentes

medios de control con los que cuenta la sociedad no son compartimentos estancos sino que están conectados los unos con los otros.

Analizada la relevancia de la información económica en el contexto de protección de la sociedad y del mercado, surge de forma automática el interrogante de cómo se puede obtener esta información relativa a la situación económica de la sociedad y la respuesta a este interrogante deriva de un análisis del contenido de los deberes extrapenales a cuyo cumplimiento están sujetos los administradores de las sociedades mercantiles en relación con la emisión de documentos societarios y en concreto, en relación con la formulación de las cuentas anuales. En orden a acotar el objeto de estudio en la presente tesis, he centrado el mismo en las cuentas anuales, puesto que, por su relevancia, es el documento que cita expresamente el legislador en el art. 290 CP y verdaderamente, es el más trascendente a todos los efectos. La garantía de unas cuentas anuales que representen la imagen fiel de la sociedad es la base de la efectividad del Sistema en su conjunto. El alcance de los deberes generales extrapenales supondrá crear la base necesaria para luego concretar el contenido y relevancia del deber específico de formulación de las cuentas anuales. En este punto la concreción del deber de diligencia y del deber de lealtad en relación con conceptos como la buena fe y el interés social en la línea de los Códigos de Buen Gobierno se convierte en una pieza clave para la correcta conformación de la posición del administrador. En particular, la distinción entre ambos cobra su relevancia para interpretar adecuadamente el deber específico de formular las cuentas anuales y para delimitar el alcance de la responsabilidad que pueden contraer por la infracción de este deber específico. En este contexto se plantea el diferente tratamiento que han de tener el deber de lealtad y el deber de diligencia, así como el alcance de la aplicación de la regla *bussiness judgement rule*, recientemente reconocida a nivel legislativo en el marco del ordenamiento jurídico español.

Demostrada la trascendencia especial de la lealtad y la veracidad a la que quedan sujetos los administradores en el cumplimiento de todos sus cometidos, se presenta como sumamente importante conectar de forma certera estos deberes con el más específico de confección de unas cuentas anuales y, en particular, con el horizonte perseguido de alcanzar una imagen fiel, en la línea marcada en todas las reformas operadas en la legislación estrictamente societaria, así como en la normativa más específica referida a la contabilidad y auditoría de cuentas. En sentido coincidente a estos desarrollos legislativos, se puede y debe situar el art. 290 CP como un mecanismo de protección de la sociedad y del mercado, que ha sido construido sobre los cimientos de estos deberes extrapenales que anhelan y se proyectan sobre la imagen fiel.

Esta visión de delimitar la incidencia del deber extrapenal en la configuración del delito, abre la puerta a examinar una cuestión esencial de la parte general del derecho penal, que tendrá una aplicación directa en todos los delitos societarios, y en particular, en el marco del delito tipificado en el art. 290 del Código Penal, como es la existencia y realidad propia de la categoría de delitos de infracción de deber en contraposición con los delitos de dominio. En el ámbito penal se identifica la existencia de un tipo de delitos denominados como de infracción de deber en contraposición con los delitos de dominio, cuyo desarrollo doctrinal se ha producido gracias a las aportaciones de Roxin y que están estructurados en torno a un deber reconocido por la norma extrapenal. La promulgación de dicha teoría por Roxin ha sido una revelación muy significativa en el marco del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva y, como se verá, da respuesta a muchos interrogantes que existían respecto de la autoría y participación. Como continuación de este desarrollo y gracias a la aceptación de esta categoría por sectores de la doctrina alemana y española, sus postulados han seguido evolucionando y se han podido formular otras propuestas para definir la nueva categoría de delitos conocida como delitos de infracción de deber. Es en este marco donde no se puede dejar de hacer mención, además de a Roxin, a Günter Jakobs y a los discípulos de uno y otro.

Roxin es el primero que reconoce que el alcance de la norma extrapenal del deber que conforma este tipo de delito es algo que no se ha estudiado suficientemente. De este modo, la determinación del deber reconocido por la norma que queda extramuros del ámbito penal se convierte en presupuesto previo necesario para entrar de forma coherente a valorar la estructura de la norma penal. Se reconoce así la singularidad de una categoría de delitos que responde a una estructura propia y que se caracteriza por configurarse en torno a la atribución a un sujeto específico de unos deberes especiales, cuyo incumplimiento conlleva la consideración de la conducta como punible. Por estos motivos, se puede entender que la trascendencia del deber extrapenal en el estadio de la tipicidad es particularmente determinante y cobra una virtualidad máxima si se acepta la posición que se plantea en este trabajo de que existen unos delitos con estructura propia denominados delitos de infracción de deber, que se construyen a partir de la definición del elemento del deber extrapenal. En este sentido, un sector todavía minoritario de la doctrina española que reconoce esta categoría de delitos, defiende que el tipo comprendido en el art. 290 CP responde a la estructura de un delito de infracción de deber.

Contando con la experiencia obtenida en países de nuestro entorno como Alemania e Italia y de acuerdo con la definición de la información societaria como un mecanismo de control de la sociedad, la conformación del bien jurídico vendrá dada por el análisis en un

primer estadio del entendimiento de qué constituye el orden socioeconómico, en un segundo estadio de la delimitación de los intereses objeto de protección, lo que permitirá establecer si se trata de un bien jurídico de carácter individual o supraindividual y, posteriormente, en un tercer estadio, la concreción de qué protege este tipo, que requerirá atender a los múltiples escenarios que las diferentes vertientes doctrinales han considerado que es objeto de protección, es decir, la fe pública y valor probatorio de estos documentos como delito falsario, la veracidad de la información, el deber extrapenal de los administradores de proveer información veraz relativa a la situación económica de la empresa, el derecho de los accionistas a obtener información, así como el patrimonio. Y no sólo puede resultar relevante delimitar cuáles son los bienes jurídicos objeto de protección, sino también el orden o primacía que le corresponde a cada uno de ellos.

Cuáles son estos bienes jurídicos y si son o no los administradores los máximos y únicos protectores de estos bienes jurídicos que concurren en la elaboración de las cuentas anuales es una cuestión que habrá que dilucidar, pero lo que resulta incuestionable es que en la conformación de esta figura el deber extrapenal va a jugar un papel determinante. Concretados estos términos, es conveniente adentrar el cincel a examinar qué concretos sujetos pueden catalogarse como administradores de hecho y de derecho y si el haz de deberes asumidos por estos profesionales puede llevar a calificarles como garantes de los bienes jurídicos protegidos en este tipo. La construcción de la posición de garante se ha venido fraguando por la doctrina de acuerdo con diversos criterios y en dicho proceso el elemento que ha encontrado su máximo exponente ha sido el deber jurídico, que se erige como piedra angular de la efigie del garante penal, por lo que se representa como necesario no sólo concretar qué constituye dicho deber jurídico, sino que una vez establecido el término, el análisis debe encauzarse a bosquejar las confines del deber de formulación de las cuentas anuales cuyo incumplimiento grave puede adentrarse en el tipo del art. 290 CP.

Cuestión central en el análisis de este tipo es la conducta típica, que requerirá diseccionar el concepto de “falsear”, si este verbo se corresponde con un incumplimiento de deberes extrapenales que incumben a los administradores dentro de la figura típica analizada y las diversas modalidades que pueden llevar a la comisión de este delito. La incidencia que en dicha conducta pueda tener la ansiada “imagen fiel” se erige como un necesario horizonte a descubrir. También la especificación de qué constituye “la idoneidad para la causación de un perjuicio económico” se presenta como un reto complejo, si se tiene en cuenta la posibilidad de concretar su contenido en términos de imputación objetiva y que para dicho examen podría resultar fructífero valerse del laborioso trabajo y de las aportaciones que ha efectuado la Sala Primera del Tribunal Supremo en el análisis dentro

del orden civil de los criterios de imputación aplicables en casos de potencial responsabilidad extracontractual de los auditores de cuentas. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido muy profusa en relación con la responsabilidad civil de los auditores y ha permitido hacer grandes avances en el establecimiento de los criterios de causalidad que han de apreciarse para considerar que los daños sufridos por terceros interesados en el informe de auditoría son imputables a los auditores; criterios que pueden ser de gran utilidad para comprender la multiplicidad de factores que se entrecruzan en un proceso de formulación de cuentas anuales y marcar parámetros de causalidad de forma equidistante en el seno de procedimientos penales cursados por los cauces del tipo del art. 290 CP. Una correcta cumplimentación de este cometido de calibrar adecuadamente el valor de este elemento de la “idoneidad” permitirá igualmente concretar la naturaleza de este delito en relación con la proximidad a los bienes jurídicos objeto de protección, es decir, como delito de peligro abstracto o concreto, o como delito de lesión.

Este planteamiento del estudio de la incidencia del deber extrapenal en la norma penal ya nos indica de forma preliminar que la posible calificación de un delito como de infracción de deber, como podría ser el tipo comprendido en el art. 290 CP, crea una senda en la que el Derecho Mercantil y el Derecho Penal caminan por su orden en la búsqueda de una aplicación e interpretación del Ordenamiento jurídico en su conjunto de forma integrada y coherente con sometimiento fiel y estricto al principio de legalidad.

Concluido este examen del injusto del tipo del art. 290 CP y asumiendo que la clasificación como delito de infracción de deber presupone especialidades en sede de autoría en torno a la figura del administrador (*intraneus*) y en sede de participación en relación con los *extraneus*, las posibilidades de análisis de la intervención de los administradores como *intraneus* y de los auditores como *extraneus* en unas cuentas elaboradas fraudulentamente y que no representan la imagen fiel de la sociedad, se presenta como una empresa ciertamente apasionante, pero a su vez compleja, como se puede entender a la vista de toda la problemática que presenta el análisis de las formas de autoría y participación con las especialidades propias que marcan las estructuras societarias. La intervención de diferentes individuos que quedan sujetos a deberes extrapenales de naturaleza heterogénea, que operan en diferentes estadios del proceso de elaboración de las cuentas desde dentro y desde fuera de la sociedad, la realidad de la figura del administrador de hecho cuyos contornos no son fáciles de dibujar, así como la adopción de acuerdos dentro de un órgano colegiado como es el Consejo de Administración, son algunas de las muchas encrucijadas con las que habrá que lidiar.

La concreción de todos los extremos apuntados va a permitir valorar convenientemente de *lege ferenda* y desde la perspectiva de las disciplinas jurídicas que confluyen en el tipo del art. 290 CP, si la redacción de este delito en la forma que está configurado en la actualidad, ofrece una respuesta plausible a la problemática que plantea la manipulación fraudulenta de las cuentas anuales formuladas en el seno de las sociedades mercantiles o si, por el contrario, sería recomendable introducir alguna modificación en su redacción.

De acuerdo con lo expuesto, la tesis que se defiende en el presente trabajo es:

“El tipo del artículo 290 CP que contempla el proceso de elaboración de las cuentas anuales en las sociedades mercantiles es uno de los mecanismos de control de la sociedad y del mercado, al entrar dentro de su ámbito de protección bienes jurídicos esenciales con carácter principal como son la veracidad y transparencia de la información relativa a la situación económica, financiera y jurídica que comprenden las cuentas anuales, que se debe materializar en la imagen fiel de la sociedad, así como el deber extrapenal de los administradores como gestores a cargo de las cuentas anuales, y con carácter secundario, el patrimonio de la sociedad, socios y terceros”.

La determinación de la responsabilidad penal que pueden asumir los administradores obligados a formular las cuentas anuales, así como otros posibles sujetos que intervengan en su confección, especialmente los auditores, exige analizar la estructura del tipo y proceder a su clasificación dentro de los parámetros marcados por las teorías de los delitos de infracción de deber y de los delitos de dominio.

En el examen de la estructura del tipo se puede advertir que el deber extrapenal es un elemento determinante en la interpretación de sus elementos y, en particular, para delimitar el alcance del concepto de administrador y su posición como garante penal, ya que la categoría dogmática de la posición de garante se construye con los deberes extrapenales que asumen estos profesionales en el marco de la Ley de Sociedades de Capital y el resto de normativa aplicable en orden a la representación de la imagen fiel de la situación económica y financiera de la sociedad, junto con otros elementos típicos que la definen de forma precisa. El auditor también asume deberes extrapenales por los que se convierte en garante de la imagen fiel de la sociedad.

La clasificación de la estructura típica del delito del artículo 290 como un delito de infracción de deber de acuerdo con los postulados de la teoría de Roxin y no como un delito de falsedad, como se ha venido entendiendo, supone que es la infracción por el administrador (de lege ferenda) del deber extrapenal de proporcionar una imagen fiel sobre información económica y jurídica relevante para la sociedad, socios y terceros lo que puede llevar a determinar que nos encontramos ante una potencial conducta de índole penal, siempre y cuando tanto el deber como la información que se ha de proporcionar se consideren relevantes.

La delimitación de la autoría y participación en torno al tipo del art. 290 CP se deberá ajustar entonces a las reglas singulares derivadas de la estructura típica de un delito de infracción de deber en contraposición con las de los delitos de dominio que devienen inaplicables.

En lo que se refiere al auditor que elabora el informe de las cuentas anuales, una vez determinados los deberes extrapenales que se le atribuyen de facilitar información a socios y terceros, podrá ser considerado partícipe del delito cometido por el administrador, en los supuestos en los que infrinja dichos deberes, y cuando dicha infracción tenga una singular trascendencia por la información a la que se refiere, así como por el alcance del deber que ha de cumplir. Si el deber infringido es un deber que sólo incumbe a los auditores, lo infringirían (de lege ferenda) en concepto de autor”.

De acuerdo con la presente tesis, los objetivos que se pretenden extraer alcanzar en su elaboración y que van a marcar la metodología seguida en su elaboración se pueden sintetizar en los siguientes:

1º.- Concretar el alcance y relevancia de la información relativa a la situación económica de la empresa en el contexto societario y en el más amplio del mercado, como elemento que puede incidir de forma determinante en la tipicidad del delito de manipulación de cuentas anuales.

2º.- Establecida la importancia de la información societaria para sus potenciales destinatarios en el estricto contexto societario y en el más amplio del mercado, se puede entender la trascendencia de establecer el alcance de los deberes extrapenales que asumen los administradores como gestores que cuentan con la información relativa a la situación económica de la sociedad, que tienen que reflejarla fielmente en las cuentas anuales, así como de los auditores de verificar las cuentas anuales y

emitir un informe en el que se haga constar si las mismas responden verdaderamente a dicha imagen fiel. En el estudio de estos deberes extrapenales surge como pieza nuclear y común a los cometidos de estos profesionales la denominada imagen fiel, lo que nos pone sobre aviso que este concepto normativo se puede revelar como pieza fundamental de la tipicidad en el marco del art. 290 CP.

3º.- Determinar la estructura del delito del artículo 290 CP como delito de infracción de deber o delito de dominio a través del estudio de sus elementos, calibrando la incidencia que ha tenido en su configuración los deberes extrapenales asumidos por los administradores de hecho y derecho y cómo incide este elemento extrapenal en la determinación del bien jurídico, en la construcción del elemento del sujeto activo que ostenta el cargo de administrador de hecho o de derecho, en la evaluación de si concurre una posición de garantía derivada de la asunción de estos deberes, en la conducta de incumplimiento relevante y grave en relación con la elaboración de las cuentas, así como en la valoración de si dicha conducta es idónea para causar perjuicios a los titulares del bien jurídico objeto de protección.

4º.- Una vez concretada la estructura del tipo será posible concretar su aplicación práctica y se podrá distinguir de forma certera la intervención de los distintos sujetos a título de autores o partícipes, con las ventajas que puede ofrecer a nivel de imputación y posterior condena o absolución la concreción de parámetros que permitan calibrar de forma objetiva el potencial alcance penal de sus conductas.

6º.- De acuerdo con lo anterior, se contará con parámetros suficientes para valorar la conveniencia de realizar alguna propuesta de *lege ferenda* en torno a la redacción tipo contenido en el artículo 290 CP, así como la idoneidad de incluir una mención específica en el marco del Código Penal de la figura del auditor de cuentas.

No todas las cuestiones que se plantean en la presente tesis pueden tener el mismo grado de estudio, por cuanto la materia sería claramente inabarcable. Por ello, he considerado necesario avanzar de forma ordenada y en algunos puntos, que han sido objeto de un estudio más profundo y respecto de los cuales se puede afirmar que el debate es en la actualidad inexistente o menor, inevitablemente, limitarme a efectuar una mención somera del estado de la doctrina y la jurisprudencia y la opción por la posición dominante. Igualmente, debido a la complejidad del tema también ha sido preciso acotar las aportaciones de la doctrina comparada referentes a los puntos controvertidos, centrándome, principalmente y dependiendo de cada materia con mayor o menor alcance, en la doctrina anglosajona, italiana y en la doctrina alemana cuyas aportaciones han sido traducidas al español.

CAPÍTULO I

LA INFORMACIÓN SOCIETARIA COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN GLOBAL DE LA SOCIEDAD

I.- LA EVOLUCIÓN DE LA INFORMACIÓN ECONÓMICA COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA SOCIEDAD Y EL MERCADO

En la actualidad podemos afirmar que existe una concienciación generalizada sobre la especial relevancia de la información societaria y la consecución de la máxima transparencia, que exige que se refleje la imagen fiel de la situación económica de la sociedad para que pueda ser conocida no solo en la estructura societaria, sino también por los socios y terceros interesados. Entender como tal la trascendencia de la información económica sobre la situación económica de la entidad, requiere entender la importancia que tiene para el correcto funcionamiento de los mercados en los que operan las sociedades a nivel nacional y mundial.

En origen, la información económica que debían trasladar los gestores se refería a una mera rendición de cuentas, que comprendía una explicación de las decisiones tomadas por la administración de la sociedad¹. Desde esta sencilla rendición de cuentas hasta el sistema actual que comprende una información societaria sumamente compleja y sometida a estrictas normas técnicas, se puede ver la evolución y el cambio conceptual que ha sufrido este término de información económica, considerado actualmente como elemento crucial de control de la sociedad y del buen funcionamiento de los mercados, que ha adquirido un

¹ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada. En particular, la posición y responsabilidad del auditor externo”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, *Revista de Derecho de Sociedades*, edit. Thomson Aranzadi, 2006, págs. 1131-1133. El autor explica el desarrollo de la normativa contable desde que las Ordenanzas de Bilbao de 1737 contemplaran la rendición de cuentas.

valor vital por sí mismo². Dada la trascendencia de la información económica en un modelo de mercado que no responde a las condiciones de competencia perfecta, existe una convicción generalizada de que su correcta formación requiere una intervención estatal³ y una regulación precisa⁴. Como señalaba Adam Smith: “*La protección del comercio en general siempre ha sido considerada esencial para la defensa de la comunidad, y por ello una parte necesaria del poder ejecutivo*”⁵.

Este proceso evolutivo de toma de conciencia de la relevancia de la información económica y societaria ha sido objeto de un claro impulso en el contexto económico y social existente en las dos últimas décadas del siglo XX, en el que las empresas caminaban por el sendero de la globalización de la economía de mercado. Este concepto de globalización, que tantas definiciones y acepciones se ha apropiado, designa la expansión generalizada de la economía de mercado que dio lugar a la formación a escala mundial de *mercados relativamente homogéneos*, en los que las operaciones económicas se regían por

² Sánchez Calero, F., *Régimen de cuentas anuales*, pág. 715. Marina García-Tuñón, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, edit. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág. 22. La regulación de la información económica originariamente se traducía automáticamente en la regulación de la contabilidad.

³ Está descartado en la actualidad la existencia del modelo de mercado clásico que pueda funcionar en condiciones de competencia perfecta. Perrone, A., “Información en el mercado de valores y tutela del inversor”, *Polít. Crim.* n° 7, 2009, págs. 2-3. Clarifica este autor que: “*Concurre una hipótesis relativa a la eficiencia informativa del Mercado de capitales, por la que el volumen y concentración de los intercambios, además de la participación de sujetos altamente cualificados y en condiciones de explotar economías de escala, le permiten al mercado financiero expresar precios que tiendan a reflejar completamente todas las informaciones disponibles. Esta hipótesis es diversa, explica el autor, a la eficiencia informativa que concurre cuando se verifica un mercado de competencia perfecta, en el que todos los participantes del mercado cuentan con informaciones disponibles y sin costos*”. Paredes Castañón, J.M., “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político criminales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n° 11, 2003, pág. 101. Con referencia a García Villarejo y Salinas Sánchez, Hacienda, 1985, págs. 150 y ss, explica el autor que los sistemas económicos reales distan casi siempre, tanto a nivel macroeconómico como microeconómico de las condiciones de competencia perfecta.

⁴ Nieto, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. Crim.* n° 5, 2008 A3-5, págs. 1-4. Se plantean dos tesis contrapuestas en relación con la forma en la que ha de funcionar el mercado, que abren un debate en los años treinta. Una tesis que se podría denominar como liberal que argumenta que los mercados de capitales son competitivos por naturaleza y su propio funcionamiento genera la formación de los precios sin necesidad de información adicional, de forma que la perspectiva del Estado intervencionista y regulador no solo es innecesaria sino que incluso puede ser motivo de provocación de fallos en el sistema, por lo que se permite la autorregulación por las propias empresas. Frente a esta tesis se posicionan las tendencias que promueven la necesaria intervención del Estado con la consiguiente regulación de las normas a las que quedan sujetos los operadores del mercado. Este debate se abre de nuevo con carácter general en los años noventa y el mismo se inclina por un posicionamiento a favor de la política intervencionista, pero con la singularidad de que se utiliza como herramienta la promoción de sistemas de autorregulación dentro de las empresas. Los motivos por los que se apostó por esta fórmula innovadora se deben extraer de las circunstancias económicas concurrentes a inicios de los años noventa.

⁵ Smith, A., *La riqueza de las naciones*, obra publicada el 9 de marzo de 1976, edit. Alianza, 2014, pág. 693.

normas comunes impuestas por agentes económicos internacionales⁶. Este escenario económico y social, como se analizará a continuación, ha abierto las puertas a una nueva concepción de la actividad económica y al esquema actual de medidas de control instauradas a nivel legislativo para la protección de los mercados.

Como fenómenos que han contribuido a este esquema globalizado de la economía mundial se encuentran la liberalización del comercio, de los mercados financieros y de los movimientos de capital, el proceso de privatización de empresas llevado a cabo en Europa, el movimiento de reducción de aranceles también en Europa, los avances tecnológicos a todos los niveles, el desarrollo de los transportes y comunicaciones, los movimientos de población, la complejidad alcanzada por el comercio internacional, las políticas estatales que han permeabilizado la inversión extranjera contribuyendo a facilitar el acceso a sus empresas y valores; los cambios políticos sufridos por estados y las crisis económicas que permeabilizan la inversión extranjera.

Se multiplica también el número de empresas que operan en los mercados, hasta el punto de que se organiza un comercio inter-empresarial y no entre Estados en el que priman intereses particulares. El número de administradores que acceden al cargo de gestores también crece exponencialmente y el poder que asumen en ocasiones no se corresponde con la preparación para afrontar empresas de este calado. Este contexto global ha fomentado la formación de empresas cotizadas y no cotizadas con una actividad transnacional de una envergadura que no conoce límites geográficos, con una flexibilidad organizativa que les permite segmentar su proceso productivo y no estar localizadas de forma precisa, así como con una estructura patrimonial que les otorga un enorme poder a todos los niveles⁷. Las acciones de estas empresas son negociadas en mercados diversos, que no conocen fronteras

⁶ Sobre las diferentes acepciones del concepto de globalización en sentido genérico, -Tablas, A., *Economía Política de la Globalización*, edit. Ariel Economía, Barcelona, 2000, págs. 39 y ss. Explica el autor (pág. 88) cómo hay autores que hablan de un cambio económico de naturaleza revolucionaria en los años noventa, mientras que otros lo niegan y afirman que simplemente es una idea preconcebida surgida a finales del Siglo XX o que simplemente se trata de los efectos producidos después de la crisis de los años treinta y la reapertura desde nuevas bases a la economía mundial. Gracia Martín, L., “El Derecho penal ante la globalización económica”, Proyecto de Investigación de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia sobre “Derecho penal de la Unión Europea” y del “Proyecto Globalización y Derecho Penal” del Ministerio de Ciencia e Innovación, págs. 5-7. Terradillos Basoco, J.Mª., “Globalización, administrativización y expansión del Derecho Penal Económico, en AAVV. *Temas de Derecho Penal Económico*, edit. Trotta, 2004, pág. 224.

⁷ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español, Discurso leído el día 2 de junio de 1975*, en su recepción pública como académico de número, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975, págs. 60 y 61. Como recoge en su discurso, Uría afirma que: “*El crecimiento de la empresa moderna está alterando los presupuestos en que se asentaba el modelo clásico de la competencia perfecta*”. Terradillos Basoco, J. Mª., “Globalización, administrativización....”, cit. pág. 223.

y que quedan sujetos a diferentes regulaciones estatales⁸. En muchos aspectos estas empresas quedan en un limbo regulatorio difícilmente determinable. En este panorama, el perfil de los accionistas sufre una modificación clara, puesto que del accionista cualificado y comerciante se pasa a un accionista inversor que solo se preocupa por su rentabilidad y que no participa en los asuntos societarios, al tiempo que pequeños ahorradores entran en las sociedades anónimas sin participación alguna. Surge así el fenómeno de los denominados inversores institucionales y los mercados de valores se convierten en un espacio de competencia entre las sociedades cotizadas para atraer a estos inversores que mueven sus enormes recursos por la rentabilidad que les ofrecen los gestores de las empresas y que no participan en la gestión ordinaria de la sociedad. El poder económico adquirido por estas entidades y por los gestores de estas empresas es notable, lo que se traduce en una mayor exposición de los mercados por la actuación de estos actores⁹.

Estas circunstancias que dieron lugar al crecimiento de los mercados de valores en las economías nacionales explican el que este proceso de globalización y de desarrollo de los mercados de valores¹⁰, conlleva un cambio radical en la organización interna de la sociedad anónima, en el que cada vez era más acentuada la separación entre poder y riesgo, así como entre propiedad y control, puesto que el socio se aparta de los asuntos sociales y de la participación en la Junta General, siendo los administradores quienes adquieren mayor poder¹¹. En realidad se puede afirmar que estas condiciones se han acentuado por esta coyuntura económica, ya que es una problemática detectada desde los orígenes de la sociedad anónima, como así ponía de manifiesto Adam Smith: *“Ahora bien, no es razonable esperar que los directivos de estas compañías, al manejar mucho más dinero de otras personas que de ellos mismos, lo vigilen con el mismo ansioso cuidado con el que frecuentemente vigilan el suyo los propietarios de una empresa particular. Igual que los asistentes de un potentado, esos directivos tienden a pensar que la atención a los pequeños detalles desmerece el honor de su señor, y fácilmente se consideran dispensados de la obligación de vigilarlos. En consecuencia, el manejo de los negocios de esas compañías siempre está caracterizado en alguna medida por la negligencia y la prodigalidad”*.

⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, coord. Rodríguez Artigas, F., edit. Thomson Aranzadi, 2006, pág. 86.

⁹ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”, cit. pág. 864.

¹⁰ Del Rosal Blasco, B., “Mercado Bursátil y publicidad engañosa: La intervención del Derecho Penal”, en AAVV., *Temas de Derecho Penal Económico*, edit. Trotta, 2004, págs. 183-185 y cita nº 1, consultado Fernández-Armesto, “Nueva Economía, nuevos Mercados, nueva Riqueza”, en Ciclo “Reflexiones de fin de siglo”, Club Siglo XXI, Madrid, 27 de abril de 2000, págs. 5-6, consultado en www.cnmv.es.

¹¹ Smith, A., *La riqueza de las naciones*, cit. pág. 696. Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...*, pág. 61. Cañibano, L., *Curso de Auditoría Contable*, edit. Pirámide, Madrid, 2011, pág. 18

Se hace patente así una realidad en la que la toma de decisiones por los accionistas que no participan en los asuntos de la sociedad y que confían en la gestión de los administradores, se rige por la información financiera que les trasladan los propios administradores, por lo que esta separación tan radical requiere una mayor transparencia de las cuentas que han de rendir los administradores. Existe una distribución asimétrica de la información entre administradores y accionistas mayoritarios y los inversores a favor de los primeros, que explica la intervención de los legisladores en orden a nivelar las posiciones, sin perjuicio de que en términos económicos existen procedimientos implícitos al funcionamiento del mercado que teóricamente pueden contribuir a que exista una equivalencia de posiciones. Este desnivel de posiciones resulta más acusado todavía en el marco de grandes sociedades cotizadas en el que se multiplican de forma significativa la entrada de inversores institucionales que buscan rentabilidad al margen de toda participación en todo lo relativo a la gestión de la sociedad¹² y que por el volumen de sus inversiones se convierten en un objetivo muy preciado para los administradores que “luchan” por mantenerlos como accionistas. Estos problemas ya los significaba también Adam Smith en su obra *La Riqueza de las Naciones*¹³, cuando afirmaba que: “*La actividad de una sociedad por acciones es siempre dirigida por un consejo de administración. Es verdad que este consejo está a menudo sometido en numerosos aspectos al control de una junta general de accionistas. Pero la mayor parte de estos accionistas rara vez pretenden comprender los negocios de la compañía, y cuando el espíritu faccioso no prevalece entre ellos, no se interesan en sus asuntos y están satisfechos con recibir el dividendo semestral o anual que los directivos consideran conveniente pagarles*”.

Ciertamente, todos los cambios en el seno de la empresa muestran una progresiva concentración de poder económico y una tendencia a la liberación de todo tipo de control interno y externo en la empresa, por lo que Uría explicaba que “*la articulación de controles efectivos sobre el poder que se genera en la gran empresa requiere soluciones apremiantes*”¹⁴.

Este fenómeno de la globalización, unido a todos los cambios indicados que se producen a nivel internacional, ha sido identificado también desde el ámbito penal como

¹² *The Commission Staff Working Document, Corporate Governance in Financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis, best practices* de 2 de junio de 2010.

¹³ Smith, A. *La riqueza de las naciones*, cit. pág. 695.

¹⁴ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...*, cit. pág. 61. Cañibano, L., *Curso de Auditoría Contable*, cit. pág. 18.

un escenario permeable a un cambio de concepción en la delincuencia¹⁵, puesto que en este contexto y a través de las organizaciones empresariales, los gestores pueden aprovechar las lagunas normativas, acometer conductas delictivas cuyos resultados y alcance son mucho más extensos, encontrar amplios ámbitos de atipicidad, efectuar conductas de nuevo calado valiéndose de medios que desnaturalizan las fronteras, acometer acciones disociadas geográficamente y temporalmente de los resultados que generan y potenciar de manera significativa la criminalidad organizada¹⁶. Frente a estas prácticas, los derechos penales nacionales no encuentran vías fáciles para salvar los problemas que se les presentan, ni siquiera a nivel local, por lo que difícilmente pueden encontrar soluciones a los efectos que se irradian a nivel internacional, que se mezclan con cuestiones de política internacional ante los que los estados no quieren ceder su soberanía. En este escenario la regulación exhaustiva de la información económica que las empresas han de facilitar a los potenciales interesados en inversiones y relaciones comerciales se identifica como una herramienta fundamental para encontrar un cierto orden y entendimiento que permita a los mercados funcionar de forma eficiente e intentar bloquear así la expansión de estos problemas.

Lo cierto es que los problemas y carencias del sistema no eran desconocidos para los expertos en España y así lo muestra el hecho de que el maestro Garrigues¹⁷ a finales de los ochenta ya hacía referencia a la necesidad de implantar: “*nuevos y más eficaces métodos, resortes o instrumentos informativos*”, en favor de los diferentes intereses generados en torno a la sociedad. Destacaba entonces el maestro Garrigues que: “*La información es un medio de control de las empresas y a ello contribuye el creciente proceso de concentración económica característico de la fase del desarrollo capitalista, que ha supuesto el crecimiento dimensional de la empresa y una alteración de la tradicional posición de esta en relación con el mercado*”¹⁸. La detentación y ejercicio del poder se vincula a la información económica en la que todos los operadores económicos tienen que basar sus decisiones¹⁹.

¹⁵ Terradillos Basoco, J. M^a., “Globalización, administrativización...cit. págs. 222-223.

¹⁶ Terradillos Basoco, J. M^a, *Estudios sobre Derecho Penal de la Empresa*, edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2009, págs. 33-34. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, edit. BdeF, 2006, págs. 90-93.

¹⁷ Garrigues Díaz-Cañabate, J., *La información del accionista en el Derecho Español, Discurso de D. Rodrigo Uría leído el día 2 de junio de 1975, en la recepción pública como académico de número y contestación de D. Joaquín Garrigues Díaz-Cañabete*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975, pág. 59.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 59.

¹⁹ Marina García-Tuñón, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario...cit. págs. 18-19.*

En este contexto societario incierto se agudiza la tensión entre la tesis de que el mercado funciona idealmente en términos económicos, por lo que las sociedades pueden ser gestionadas libremente sin limitaciones, frente a la tesis de que el mercado necesita medidas protectoras que deben implantarse desde el seno de las sociedades a nivel interno.

II.- LA CONCIENCIACIÓN A NIVEL MUNDIAL DE LA PROBLEMÁTICA INTERNA DE LA TENSIÓN ENTRE PROPIEDAD Y GESTIÓN EN EL SENO DE LA SOCIEDAD. EL IMPULSO DE LA INFORMACIÓN ECONÓMICA A TRAVÉS DEL MOVIMIENTO DEL *CORPORATE GOVERNANCE*

Es difícil entender la relevancia y hegemonía de la información económica entre todos los mecanismos de protección del buen funcionamiento interno de la sociedad y del mercado sin mencionar, aunque sea brevemente, la evolución del movimiento de *corporate governance*. Las distintas naciones a nivel mundial han tenido diferentes procesos de concienciación sobre la relevancia de contar con información económica veraz en el ámbito del mercado. Se puede afirmar que en este proceso Estados Unidos fue el país que primero acusó y detectó los riesgos que rodeaban las estructuras empresariales en torno a estas tensiones entre propiedad y gestión, que reclamaban de forma acuciante mecanismos de regulación y control del mercado. En definitiva, a través de este movimiento o política empresarial se promueve la adopción de medidas de control en el nivel de gestión de la sociedad que permitan organizar y equilibrar los intereses que confluyen en el seno de las sociedades, de forma que el amplio poder asumido por los administradores se intenta compensar mediante la asignación de deberes más estrictos de cumplimiento de las labores de gestión.

Esta nivelación de poderes se encauza a través de mecanismos de autorregulación en la organización de la sociedad que se sustentan en la implantación de buenas prácticas de cumplimiento voluntario frente a las imperativas de corte tradicional y ello unido a la creación de nuevos cauces para que los administradores informen de forma fidedigna sobre los resultados de la gestión llevada a cabo²⁰. Se pretende coartar el desequilibrio existente

²⁰ Hopt, Klaus J., "Protección y conflictos de intereses en el Derecho de Sociedades Anónimas, Bancario y Profesional. Acerca de la Dogmática del Moderno Derecho del Mandato", *Estudio de Derecho de Sociedades y de Mercado de Valores*, coord. Santiago Hierro Anibarro, edit. Marcial Pons, pág. 155. Explica el autor que: "Por medio de medidas contractuales e institucionales se puede conseguir que el dueño del negocio principal controle suficientemente al agente y protector de sus intereses. En las sociedades anónimas esto se debate hoy empleando el término del control empresarial, o bien del

en el seno de la sociedad anónima entre propiedad y gestión mediante la implantación de medidas de control sobre la dirección²¹. En el año 1978 en Estados Unidos el *American Law Institut* inició formalmente la redacción de un *Corporate Governance Project*, que vio la luz en el año 1992 y en el que se introducen cuestiones tan relevantes como la necesidad de que la sociedad alcance sus intereses sociales dentro de los límites marcados por la ley, la relevancia de determinar los deberes de los miembros del Consejo de Administración y el perfil de los deberes de diligencia y de fidelidad que asumen los administradores²². Se puede identificar así la aprobación posterior de la *Declaración de Principios de Gobierno Corporativo* en septiembre de 1997 y los *Principios de Gobierno Corporativo Global* en 1999²³.

El origen de este fenómeno de *corporate governance* en Gran Bretaña se sitúa a finales de los ochenta y principios de los noventa cuando se producen casos como el del BCCI y Maxwell que dieron lugar, entre otras circunstancias, a la constitución del *Corporate Governance Committee* formado por el Consejo de Información Financiera, la Bolsa y la profesión de auditoría en respuesta a la preocupación por los estándares que se debían cumplir en materia de información financiera y auditoría. Este Comité presidido por Sir Adrian Cardury instituyó buenas prácticas de *corporate governance* relativas a la información financiera y a la auditoría. El informe final denominado “*The Financial Aspects of Corporate Governance*” fue publicado el 1 de diciembre de 1992 y el mismo fue el origen a los denominados Códigos de Buen Gobierno, por los que se promovían la implantación voluntaria de buenas prácticas en el seno de las sociedades a través del cumplimiento de recomendaciones y como herramienta determinante para alcanzar dichos fines la filosofía o política de la transparencia. El término de *corporate governance* quedó acuñado y sirvió como denominación al movimiento que se desarrolló en las posteriores décadas en defensa y protección de los intereses que confluyen en las estructuras societarias. Como señalaba el Informe de Cardbury, se entiende que el *corporate governance* representa el sistema por el cual las entidades son dirigidas y controladas de acuerdo con los principios de buen gobierno denominados originariamente como: “*accountability, transparency, probity and focus on the sustainable success of an entity*

“*corporate governance*”, cada vez más un sistema jurídico-comparado: *comparative corporate governance*”.

²¹ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...*, pág. 59. Indica el autor que los cambios que se han producido en los mercados han dado lugar a un escenario empresarial completamente desconocido que ha requerido una reestructuración de los esquemas societarios.

²² Melvin Aron Eisenberg, “*An Overview of the Principles of Corporate Governance*”, 48 *Bus. Law* 1271 (1993), Available at <http://scholarship.law.berkeley.edu>, págs. 1271 y ss.

²³ *Statement on Corporate Governance*, September 1997 and *Global Corporate Governance Principles*, 1999.

over the longer term”²⁴, del que son responsables los Consejos de Administración. Este movimiento de *corporate governance* nace de una concienciación general de que la problemática relativa a la gestión por parte de los administradores que se evidencia en el seno de las sociedades, es desconocida y requiere la adopción de medidas urgentes, puesto que la misma se proyecta en la eficiencia del sistema económico en su conjunto²⁵. En 1995 fue aprobado el Informe *Greenbury* y en enero de 1998 el *Informe Hampel*.

Los informes Vienot I y II de 1995 y 1999 abogaban por la transparencia como herramienta para mejorar las prácticas de gestión en orden a reforzar la confianza de los inversores²⁶. En Alemania se aprobó el primer Código el 5 de marzo de 1998 (konTraG) y en Italia se aprobó Informe y Código de Conducta denominado como Código Preda en octubre de 1999.

En los Principios aprobados por los ministros de la OCDE en la cumbre del 26 y 27 de mayo de 1999, también se alude a la transparencia y a la difusión de la información, afirmando que las crisis financieras en Asia y otras regiones han puesto de manifiesto por qué son tan importantes para la confianza de los inversionistas y las economías nacionales la transparencia y la contabilidad. Según este documento consensuado se debe garantizar la difusión en tiempo oportuno de las informaciones sobre los resultados financieros y la explotación de la sociedad, las operaciones de partes vinculadas y los factores de riesgo previsibles. En particular, se subraya la importancia de elaborar la contabilidad conforme a normas de alta calidad. La auditoría externa se contempla como una medida de garantía objetiva de que los estados financieros reflejan fielmente la situación financiera y los resultados de la empresa en todos sus aspectos. Los canales habilitados para divulgar esta información deben también garantizar el acceso a la misma de forma igualitaria, puntual y asequible por parte de los usuarios. Es interesante comprobar cómo en el informe de la OCDE se explican los efectos de implantar un sistema de divulgación que promueva una transparencia real, con la idea de que una divulgación fuerte es fundamental para la supervisión de las sociedades, para el buen funcionamiento de los mercados y para garantizar la capacidad de los accionistas para ejercitar sus derechos de propiedad de forma

²⁴ *UK Corporate Governance Code produced by the Cadbury Committee.*

²⁵ De Urquijo, J.L. y Crespo, A., *El Consejo de Administración...*, cit. pág. 375. Los autores recogen una cita del discurso realizado por R. Coase, al recibir el premio Nobel de Economía el 9 de diciembre de 1991 en el que denuncia que la empresa en la teoría económica es “una figura misteriosa” y que resultaba llamativo la falta de interés por la empresa, ya que “*la mayoría de personas son empleadas de empresas, la mayor parte de la producción es realizada por ellas y que la eficiencia de todo el sistema económico depende, casi totalmente, de lo que pasa dentro de esas moléculas económicas*”.

²⁶ Todos los códigos mencionados han sido consultados en la página www.ecgi.org/codes/all_codes.php.

documentada. Es también una “poderosa herramienta” para influir en el comportamiento de las empresas y proteger a los inversores, así como una ayuda relevante para atraer capital y que los mercados de capital mantengan su confianza. Solo si los accionistas e inversores potenciales acceden a información periódica, fiable, comparable y detallada podrán evaluar la eficacia de la gestión y adoptar decisiones documentadas relativas a la valoración, titularidad y votos de las acciones. En suma, todas estas medidas pueden desembocar en que los interesados comprendan mejor la estructura y las actividades de la sociedad, las políticas de la empresa y sus resultados. Entre todos los mecanismos de información, en los Principios se destaca que los estados financieros auditados “son la fuente de información más consultada sobre las compañías” y que los inversores están especialmente interesados “por la información que les pueda revelar los resultados futuros de la empresa”. Del mismo modo se destaca “los fallos en el gobierno de las sociedades están relacionados, posiblemente, con la no revelación “de la situación global”.

Los cambios estructurales del mercado y de las empresas como actores del mismo que se empiezan a apreciar ya a finales de los ochenta, pero que se va acentuando hacia finales de los noventa referidos en el apartado anterior, generaron numerosos riesgos hasta entonces desconocidos que pudieron ser aprovechados por gestores de sociedades de amplia envergadura para vulnerar fácilmente y en muchos casos de forma impune, los mecanismos de control y supervisión tradicionales, como era la contabilidad, la auditoría y otros medios de información impuestos por Ley.

En el 2001 saltó en Estados Unidos el caso Enron, que fue un claro ejemplo de las posibilidades de manipulación de la contabilidad y los efectos perniciosos que dichas conductas pueden acarrear a gran escala²⁷. Este fue el primero de otros muchos escándalos que se produjeron en el escenario empresarial de Estados Unidos y quizás el primero de los detonantes por los que a nivel mundial se tomó conciencia del daño que puede suponer para los mercados el que la información societaria esté adulterada y la necesidad de que existan normas comunes que regulen la contabilidad y la auditoría. En Estados Unidos la respuesta fue inmediata y con fecha 30 de julio de 2002 se aprobó la “Sarbanes-Oxley Act of 2002”, cuyo objeto era en parte la protección de los inversores mediante la mejora de la exactitud y fiabilidad de la información sobre la gestión de la sociedad de acuerdo con la Ley. En dicha Ley se comprenden normas relativas al tratamiento de situaciones de conflicto de interés de

²⁷ Casos como el de Enron son una muestra de los efectos devastadores que pueden producir en una economía las acciones desviadas de gestores en empresas de gran envergadura. Afirmaba Smith (*La riqueza de las naciones*, cit. pág. 439) que: “*Las grandes naciones nunca se empobrecen por el despilfarro y la mala administración del sector privado, aunque a veces sí por el derroche y la mala gestión del sector público*”.

los administradores, a la responsabilidad societaria y penal de los administradores por la manipulación de las cuentas anuales y de los auditores, así como relativas a la regulación de los comités de auditoría y otros medios de información. Estados Unidos se convertía así en el país pionero en el reconocimiento a nivel legislativo de los deberes de los administradores y la configuración más precisa de la responsabilidad que pueden asumir estos profesionales desde una perspectiva más intervencionista, en la línea de atajar este tipo de problemas mediante la herramienta imprescindible del *corporate governance*.

La experiencia obtenida y las medidas adoptadas para salvar estas deficiencias tuvieron su efecto en el marco europeo, en el que se tenía una perfecta conciencia de que los mercados requerían una regulación imperativa, y que no era posible en este contexto el mantenimiento de un modelo de mercado no sujeto a normas²⁸. La tarea acometida por el legislador comunitario en la búsqueda de medidas eficaces de protección del mercado ha sido desde entonces incesante como así se expresaba en el Informe Lamfalussy²⁹. Estas iniciativas comunitarias han venido en todo momento secundadas por la normativa nacional, pues han venido trasladando progresivamente a los distintos ordenamientos comunitarios un espíritu de afrontar la protección del mercado desde una perspectiva de la

²⁸ Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa” en *Estudios Jurídicos sobre el Mercado de Valores*, edit. Thomson, Civitas, 2008, pág. 575. Afirma el autor que por la naturaleza de los mercados financieros ni siquiera la información asegurará en todos los casos su comportamiento racional ni la correcta formación de los precios.

²⁹ Garrido, J.M^a, “Derecho comunitario, mercado de valores y códigos de buen gobierno. Intervencionismo vs. Abstencionismo”, en I Congreso Nacional de Derecho Mercantil, edit. Thomson Civitas, 2007, Navarra, págs. 328 y 329. En el marco comunitario el Informe Lamfalussy de fecha 15 de febrero de 2001 elaborado por un Comité nombrado por el Consejo de la Unión Europea se plantea no solo la elaboración de normas de la Unión Europea sino la creación de un Derecho del mercado de valores en Europa. Este informe se denomina *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*. Posteriormente, el Plan de Acción de servicios financieros de 1999 ha dado lugar a la construcción de una serie de instrumentos normativos que han dado forma al mercado único de servicios financieros. La Directiva de las instituciones de inversión colectiva (Directiva 2001/107/CE, de 21 de enero de 2002 y Directiva 2001/108/CE, de 21 de enero de 2002). La Directiva de Conglomerados Financieros 2002/87/CE, de 16 de diciembre de 2002. La Directiva de venta a distancia de servicios financieros 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002 viene inspirada por el principio de protección de los inversores, que se centra en la necesidad de aportar información previa a la celebración del contrato y en la concesión de un derecho de rescisión al cliente, como sucede en las normas de protección de consumidores. La Directiva de acuerdos de garantía financiera 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002. La Directiva de abuso de mercado 2003/6/CE, de 28 de enero de 2003, que refuerza la persecución de la información privilegiada. Esta Directiva es desarrollada por la Directiva de la Comisión sobre la definición de información privilegiada y la definición de manipulación de Mercado 124/2003, por la Directiva de la Comisión sobre presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses 125/2003 y por el Reglamento de la Comisión Europa sobre exenciones de programas de recompra y estabilización de instrumentos financieros 2273/2003. La Directiva de folletos 2003/71/CE, de 4 de noviembre. La Directiva de OPAs 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004. La Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFi) 2004/39, que promueve la competencia. La Directiva de Transparencia de Sociedades Cotizadas (Directiva 2004/109/CE, de 15 de diciembre de 2004).

práctica empresarial mucho más regulada y encorsetada, en la que la información económica estandarizada según modelos internacionales juega un papel determinante³⁰.

Esta evolución permite afirmar que la concienciación es máxima respecto del hecho de que la consecución de una economía social de mercado altamente competitiva exige arbitrar garantías y mecanismos que permitan ofrecer al mercado información suficiente sobre sus participantes, sobre los bienes objeto de tráfico y sobre las operaciones³¹. La relevancia de la información para el funcionamiento de un mercado eficiente se proyecta desde diferentes perspectivas. En primer lugar, de acuerdo con la Directiva de abuso de mercado, la necesidad de que el mercado cuente con toda la información y que esta no pueda quedar en manos de unos pocos se aprecia desde el punto de vista de la información privilegiada. Del mismo modo, se subraya la necesidad de que las empresas de servicios proporcionen información adecuada sobre la empresa y los servicios que prestan. La Directiva de de Transparencia de Sociedades Cotizadas se centra desde otra perspectiva en la protección de los inversores, a través del aseguramiento de la confianza en los mercados financieros y en la competitividad de las sociedades europeas. Se revela como esencial en este escenario la divulgación de forma periódica de información a los inversores, que pueden obtener una amplia gama de oportunidades de inversión competitivas y adquirir o enajenar participaciones importantes de emisores cuyas acciones se admiten a cotización en un mercado regulado. El objetivo final es que los mercados financieros sean dinámicos y eficientes, todo ello dispensando una igualdad de trato a los participantes del mercado y respetando las diferencias entre los mercados nacionales³².

Los postulados del denominado como movimiento de *corporate governance* vuelven a cobrar nuevamente un especial protagonismo en la mente de los legisladores

³⁰ Fernández de la Gándara, L., “Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento jurídico español”, Hamburgo, 1984, pág. 193.

³¹ Bercovitz, A., “El principio de transparencia en el Derecho Mercantil”, en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro Homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, edit. Civitas, 2011, págs. 99 y ss.

³² Esta información comprende entonces todos los aspectos relevantes que atañen al estado de la sociedad, a su situación económica y financiera, así como a las reglas sobre las que se rige su organización. Se contempla la emisión del informe financiero anual, así como de los informes intermedios semestrales y trimestrales y se exige el cumplimiento del “principio de ofrecer una imagen fiel de los activos y pasivos, de la situación financiera y de los resultados del emisor”. El Reglamento (CE) nº 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de julio de 2002, sobre la aplicación de las normas internacionales de contabilidad permitió la convergencia de las normas de información financiera en toda la Comunidad con respecto a los emisores cuyos valores están admitidos a negociación en un mercado regulado y que están obligados a presentar cuentas consolidadas. Esta información debe respetar el principio de imagen fiel, se debe suministrar año tras año y facilitar la comparación de los informes anuales por parte de los inversores, que para tomar sus decisiones tienen que tener la certeza de que la información se publicará al final del ejercicio y que la misma será veraz.

Europeos y a nivel comunitario³³, dando lugar a múltiples iniciativas legislativas, así como la generación de nuevas versiones de Códigos de Buen Gobierno³⁴ con recomendaciones o reglas de conducta de adhesión voluntaria para las sociedades cotizadas destinatarias³⁵. Dentro de este movimiento de gobierno corporativo de corte estadounidense fue impulsada la concreción de los deberes de los administradores como una de las vías para fomentar las buenas prácticas en las empresas y eludir el fraude en la Unión Europea³⁶. En particular, el Informe Winter emitido en el año 2002 contemplaba como objetivo prioritario el fomento de la credibilidad de la información financiera generada por las sociedades, su sometimiento a una auditoría adecuada, así como que el Consejo asumiera la responsabilidad sobre toda información financiera emanada de la sociedad. En este Informe se recoge que los consejeros que faciliten información “engañosa” deben ser sancionados por los Estados miembros. En esta materia, se denuncia en el informe que las sanciones penales y administrativas presentan algunos puntos débiles y se promueve la sanción de inhabilitación para el consejero en sociedades de toda la UE como alternativa más fácilmente aplicable y con un importante efecto disuasorio e inhabilitante más prolongado³⁷. El Estudio comparado de códigos de gobierno corporativo impulsado por la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión de 2002 y la Comunicación de la Comisión sobre el futuro del Derecho de Sociedades suponen un nuevo impulso en el desarrollo de las buenas prácticas de gobierno corporativo.

Los Estados miembros se concienciaron a nivel individual de la necesidad de adoptar medidas legislativas en distintos ámbitos, con el fin de infundir confianza en los mercados y adoptar soluciones globales de alcance internacional, de modo que la actividad a este respecto fue incesante, como así muestran los innumerables informes, principios, propuestas y comunicaciones desarrolladas en materia de gobierno corporativo. Entre estas actualizaciones llevadas a cabo en materia de gobierno corporativo se pueden mencionar las

³³ Foffani, L. y Nieto Martín, A., “Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas del derecho comparado europeo” en Revista Penal nº 17 (2006), págs. 110 y 111.

³⁴ Hopt, Klaus J., “Protección y conflictos de intereses....”, cit. págs. 167-171. Se refiere el autor al Código Alemán de Gobierno Corporativo (*Deutsche Corporate Governance Kodex*).

³⁵ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social....”, cit. pág. 865.

³⁶ Este modelo también ha sido adoptado en el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010, en el que se recoge el principio de una economía social de mercado altamente competitiva.

³⁷ El Informe Winter sobre la Modernización del Derecho Societario en Europa fue emitido el 4 de noviembre de 2002 por la Comisión de expertos designada por la Comisión Europea. En este Informe se indica que la responsabilidad por la veracidad de los estados financieros debería atribuirse, en virtud de la legislación de la UE, a todos los miembros del consejo de administración colectivamente. Esta responsabilidad debería hacerse extensiva a todas las declaraciones efectuadas acerca de la situación financiera de la sociedad, así como a todas las declaraciones relativas a datos fundamentales de carácter no financiero (entre ellas, a la declaración anual sobre gobierno corporativo).

operadas en Gran Bretaña (Informe Higgs de enero de 2003); en Alemania el Código Cromme de 2002, en Italia el Código de buen gobierno de julio de 2002.

Por medio de la Decisión de 15 de octubre de 2004 la Comisión Europea creó el denominado “*European Corporate Governance Forum*”, con el fin de promover el Plan de Acción de 2003 para la Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea”³⁸. El 22 de febrero de 2006 fue emitido el “*Statement of the European Corporate Governance Forum on the comply or explain principle*”, en cuyo punto segundo se realza, entre otras cuestiones, la necesidad de alcanzar un alto nivel de transparencia.

La realidad es que se podía afirmar que a nivel comunitario existía “un sofisticado marco de *corporate governance*”.

No obstante, este diseño teórico no fue suficiente para evitar que en las circunstancias que concurrían en aquel momento se desencadenara una crisis económica mundial, que en particular, ha azotado muy duramente a Europa³⁹. Como se afirma en la carta que introduce los *Key Agreed Principles to Strengthen Corporate Governance for U.S. Publicly Traded Companies* de la *National Association of Corporate Directors* de fecha 16 de octubre de 2008: “*The current economic crisis has eroded public and investor confidence in corporate governance*”.

Los fallos de control y protección del Sistema volvieron a resultar evidentes. La crisis abrió así un nuevo camino para la realización de nuevas reformas, con la idea de que quedaban todavía medidas que adoptar para mejorar el sistema, lo que dio lugar a que la normativa societaria evolucionara en materia de regulación contable, en las normas de confección de las cuentas anuales, así como en los deberes de los administradores y auditores. La experiencia y el conocimiento obtenidos a través de los graves casos de fraude investigados en los últimos años en todos los sectores del mercado, pero principalmente a

³⁸ Aparicio González, M.L., “El Gobierno Corporativo ante la Crisis Económico-Financiera”, RJUAM, nº 19, 2009-I, págs. 71-72.

³⁹ En detalle sobre la crisis en las instituciones financieras, el “*Green Paper on Corporate governance in financial institutions and remuneration policies*” de 2 de junio de 2010 y el “*Commission Staff Working Document, Corporate Governance in Financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis, best practices*” se resumen las posibles causas de la crisis y el fallo del Sistema en lo que respecta a las instituciones financieras. Un estudio pormenorizado sobre estas causas se puede encontrar en Hopt, Klaus J., “Better Governance of Financial Institutions”, Law Working Paper nº 207/2013, abril de 2013, ecgi. Un estudio sobre gobierno corporativo y crisis financiera lo desarrolla Aparicio González, Mª. L., “El gobierno corporativo ante la crisis económico-financiera”, cit. págs. 69-71. Se refiere la autora al caso Madoff, que resultó ser también uno de los fraudes contables mayores de Estados Unidos.

nivel de instituciones financieras, exigía introducir cambios relevantes en la regulación de la documentación contable. Se explica entonces perfectamente que en este contexto haya resurgido en su cara más cruda la política intervencionista estatal del mercado como bien de interés general, que afecta a las economías estatales con efectos directos sobre sus poblaciones y transnacionales, por el marco globalizado al que están expuestos, así como a una política armonizadora⁴⁰.

En la puerta de salida de la crisis, prácticamente todos los códigos de *corporate governance* de países de nuestro entorno han sido actualizados. El Código de Gobierno de las Sociedades del Reino Unido emitido por el *Financial Reporting Council*, fiel al principio “comply or explain”, se reforma en septiembre de 2014. En el Código de Buen Gobierno Alemán modificado con fecha 5 de mayo de 2015 se introduce que el objetivo del Código es hacer del sistema alemán de *Corporate Governance* un sistema transparente y comprensible y promocionar así la confianza de los inversores, consumidores y empleados en la dirección y supervisión de las entidades cotizadas. El Código de Buen Gobierno de Italia también ha sido recientemente actualizado en julio de 2015.

En los Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades aprobados el 8 de julio de 2015 también se ha enfatizado la pretensión de mejorar el marco legal, regulatorio e institucional del *corporate governance* con el objetivo de mantener la eficiencia económica, el crecimiento sostenible y la estabilidad financiera. El término de *corporate governance* se identifica con el conjunto de relaciones entre la dirección de la entidad, su Consejo, los accionistas y otros interesados, así como con la estructura a través de la cual se acometen los objetivos de la entidad. En estos Principios se subraya la existencia de una concienciación generalizada de que las políticas de *corporate governance* juegan un importante papel para restablecer la confianza del inversor, la formación y asignación del capital; cuestiones que tienen una importancia significativa en los mercados de capitales. Los gobiernos tienen una importante responsabilidad en dar forma a un marco efectivo regulatorio suficientemente flexible como para permitir a los mercados funcionar de forma efectiva y responder a las nuevas expectativas de los inversores y otros interesados, así como con el objetivo de mantener y reforzar su contribución a la integridad del mercado y el rendimiento económico. Las reglas tienen que ser suficientemente flexibles para

⁴⁰ Arroyo Zapatero, L., “Armonización del Derecho Penal”, *European inklings*, núm. 2, 2013, IVAP, pág. 18. Explica este autor cómo la crisis norteamericana de 1929 dio lugar a una profunda reforma del sistema financiero y empresarial acompañado por una regulación penal que dio lugar al nacimiento del Derecho Penal Económico de la mano de Sutherland; “regulación reactiva” que se ha impuesto en todo el mundo. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”, cit. pág. 889.

amoldarse a las necesidades de las sociedades en un amplio rango de circunstancias. Es necesario un régimen fuerte de “disclosure”, que promueva la transparencia real garantiza el buen funcionamiento del mercado.

En suma, el proceso de concienciación de la importancia de la regulación de los mercados y de la función vital que tiene la información económica ha sido muy largo y en el curso del mismo se han sucedido de forma intermitente las crisis económicas como la reciente crisis mundial. Estas crisis se han convertido en nuevas oportunidades para detectar los fallos del sistema y reaccionar con la adopción de medidas de control más estrictas, motivo por el cual, con la perspectiva de la experiencia obtenida, se ha iniciado a nivel mundial una nueva escalada en el siglo XXI de regulación y adopción de nuevas medidas de protección de la sociedad y del mercado en su conjunto.

III.- VISIÓN GLOBAL DE LA INFORMACIÓN ECONÓMICA EN EL MARCO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: EL DESARROLLO LEGISLATIVO EN ESPAÑA Y LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO DE CORPORATE GOVERNANCE

En el ordenamiento jurídico español la información económico contable es un elemento consustancial al sistema de economía de mercado contemplado en el artículo 38 de la Constitución, como así expresaba el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. El artículo 38 del texto constitucional reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como componente esencial de la denominada Constitución Económica, que se asienta en la idea del desarrollo de un intervencionismo estatal y de una economía mixta en la que coexistan el sector público y el sector privado⁴¹. El valor supremo de esta Constitución

⁴¹ Sobre los orígenes del concepto de Constitución Económica y su desarrollo, López Guerra, L., Satrustegui, M. y otros, Derecho Constitucional, Vol. I, 2ª edic, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 397-398. Mercado Pacheco, P., “Derechos y orden económico: reflexiones sobre la “Constitución Europea”, en *Constitución y Derechos fundamentales*, edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004, pág. 855. Define este autor la Constitución Económica como: “el conjunto de derechos, principios e instituciones destinadas a conformar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica y las bases para el desarrollo de una determinada forma de gobierno del orden socio económico”. Broseta Pont, M., Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil, edit. Civitas, pág. 183. Explica el autor que con la Constitución española: “se instaura con ella una concepción constitucional de la economía calificada de “economía social del mercado” o de “libertad de iniciativa”, concepción que, sin duda, ha de influir en el nuevo marco jurídico de la sociedad anónima”. En relación con la necesidad de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, explica el autor que los cambios económico-sociales han afectado a las

Económica es el “interés general”, al que está subordinada toda la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, lo que justifica la limitación de derechos privados, la intervención estatal y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales o la intervención de empresas⁴². La Constitución proclama la “unidad de mercado” o la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado, como se deduce del Preámbulo en el que se establece que: “*garantiza la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo*”. El término de mercado se refiere al mercado nacional como marco en el que se desenvuelve la libertad de empresa⁴³, entendido como espacio económico unitario reconocido implícitamente como tal por el art. 139.2 CE. Se configura así un modelo de economía libre reconocido como garantía constitucional pero limitado de hecho por las exigencias del Estado social⁴⁴. Se reconoce de igual modo una iniciativa pública en el art. 28 CE, en la medida que los poderes públicos están obligados a proteger dicha libertad atendiendo a tres claros parámetros, que son “la productividad”, “las exigencias de la economía general” y “la planificación”, pero la intensidad de esta intervención no puede en ningún caso vaciar de contenido esta libertad⁴⁵.

Ciertamente, los poderes públicos deben respetar la esencia de esta libertad que, como expresa la STC 225/1993, de 8 de julio, implica el derecho privado a iniciar y sostener una actividad empresarial en libre competencia, de modo que se reconoce a los particulares una libertad de decisión en la creación empresas, en su actuación en el mercado acorde a sus objetivos empresariales y a la dirección y planificación de su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado⁴⁶. El contenido esencial de esta libertad comprende el que se garantice que el empresario tiene: “*un mínimo, pero*

instituciones mercantiles, “y de entre ellas especialmente la sociedad anónima son, sin duda, las instituciones jurídicas más sensibles al cambio de la realidad social y económica. Y, por tanto, aquellas cuyo régimen jurídico más fácilmente entra en crisis”. Marina García-Tuñón, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*....cit. pág. 23. Se refiere el autor al Derecho contable y al Derecho mercantil como aspectos dinámicos de la Constitución económica.

⁴² Sobre los orígenes del concepto de Constitución Económica y su desarrollo, López Guerra, L. *et al*, Derecho Constitucional, cit. pág. 398. Marina García-Tuñón, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*....cit. pág. 23

⁴³ Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pág. 629.

⁴⁴ Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional*...., cit. pág. 630. Mercado Pacheco, P., “Derechos y orden económico: reflexiones sobre la “Constitución Europea”, cit. págs. 856-858. Según el autor se constituye una Constitución Económica “abierta”, que no sanciona un modelo o sistema de mercado económico determinado, sino un conjunto de reglas básicas, de forma que: “*Por un lado, consagra los principios básicos de una constitución económico liberal y....., por otro lado, y con un marcado carácter programático, en el texto se encuentran los rasgos característicos de un modelo keynesiano de Estado de Bienestar...*”. Concluye así el autor que se acepta: “*el sistema capitalista de mercado preexistente y un nivel de socialización de la economía de gran alcance*”.

⁴⁵ Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional*...., cit. pág. 632.

⁴⁶ STC 96/2013 de 23 de abril, RTC/2013/96, en la que se cita la STC 225/1993, de 8 julio (RTC 1993, 225).

suficiente, reducto infranqueable de autonomía de dirección de su empresa, autonomía sin la cual no sería empresa privada, sino empresa pública, lo que podría incluso llevar a sostener que en el art. 38 CE se encuentra la empresa privada como instituto garantizado, de modo análogo a como se garantiza en el art. 33 CE el instituto propiedad privada, este garantizando una forma de tenencia de los bienes y aquél garantizando una forma de ejercer actividades económicas organizadas”⁴⁷. Por este motivo, esta libertad podría ser vulnerada en el caso de que se anulara el poder de dirección por parte de un empresario o se le impusiere un modelo de organización empresarial⁴⁸. Conforme con lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, este derecho está garantizado por la reserva de ley ordinaria y su contenido esencial es un reducto indisponible incluso para el legislador, motivo por el cual toda restricción de esta libertad ha de ser estrictamente necesaria en los términos que establece el art. 38 CE, que legitima la intervención de los poderes públicos sometida a estas limitaciones y garantías⁴⁹. En el espacio europeo, se reconoce también por el TCE la libre circulación de mercancías en desarrollo de un espacio sin fronteras que protege igualmente la libertad de empresa⁵⁰. En este marco constitucional, la información societaria relativa a la situación económica y jurídica de la sociedad plasmada en la normativa contable pretende garantizar la disposición de una información estructurada, que avale y contribuya al mantenimiento de la credibilidad y confianza en el sistema económico.

Establecida la protección constitucional que merece la libertad de empresa en la economía de mercado, el ordenamiento jurídico español contempla todo un abanico de normas en las que se regula todo lo relativo a la sociedad y de forma expresa los deberes a los que se someten los administradores mercantiles en el ejercicio de su cargo y en particular, los deberes a los que vienen sujetos en orden a facilitar la información económica contable que refleje su gestión al frente de la sociedad. Encontramos así que el régimen jurídico de los administradores y las normas por las que se rige la elaboración de la información económica contable se contienen, principalmente, en la LSC, en el Cco y en el PGC. Los cometidos y deberes a los que está sujeto el administrador en la emisión de la documentación societaria, en la documentación contable y en la formulación de las cuentas anuales se contraen, por tanto, a lo dispuesto en estas disposiciones.

⁴⁷ Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional...*, cit. pág. 646. Santaolalla López, F., *Derecho Constitucional*, edit. Dykinson, Madrid, 2004. Expresa igualmente este autor la íntima relación de la libertad de empresa con la libertad a la propiedad privada.

⁴⁸ López Guerra, L. *et al*, *Derecho Constitucional*, cit. pág. 400.

⁴⁹ Aragón Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional...*, cit. pág. 630.

⁵⁰ Santaolalla López, F., *Derecho Constitucional*, edit. Dykinson, Madrid, 2004.

La legislación española se ha sometido a importantes reformas en orden a adaptarse al proceso de armonización jurídica abierto a nivel europeo y en general, a las corrientes regulatorias que en materia de derecho mercantil contable se han desarrollado en el ámbito internacional, a través del desarrollo de diversas leyes. La primera Ley 19/1989, de 25 de julio, sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (Directiva Cuarta de 25 de julio de 1978 y Directiva Séptima de 13 de junio de 1983), dio nuevo contenido a las disposiciones del Código de Comercio en materia contable, permitió la redacción del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, así como autorizó la elaboración de un nuevo Plan General de Contabilidad, el nuevo Reglamento del Registro Mercantil y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La configuración de la posición de los administradores, así como las reglas por las que pueden asumir una potencial responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones han sufrido y continúan sufriendo también cambios relevantes. En cumplimiento de las directrices comunitarias, el legislador español ha acometido reformas legislativas para definir los deberes que se atribuyen a los administradores en el marco societario de informar sobre aspectos relevantes de la situación económica de la entidad⁵¹ y en particular, en relación con la normativa contable y la elaboración de las cuentas anuales⁵².

⁵¹ En el marco societario fue aprobada la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, por la que se establecen medidas relativas a la auditoría de las sociedades y se incluyen obligaciones relativas a la comunicación de información a los mercados. Posteriormente, la Ley 26/2003, de 17 de julio, ha modificado la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el TRLSA, aprobado por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por la que se pretende reforzar la transparencia de la gestión de las empresas, sin dejar de respetar el principio de autorregulación. Este proceso de reformas culminó en el texto de la LSC, aprobado por medio del RDL 1/2010, de 2 de julio, que ha supuesto desterrar la regulación diferenciada de los tipos societarios, y en cuya EM ya se anuncia que este TR nace con una *“decidida voluntad de provisionalidad”* y con *“el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del Derecho”*. Posteriormente, la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo procedió a determinar el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo y de otros documentos que contienen información de sociedades anónimas cotizadas, cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. En el marco del sector financiero, el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, incorpora a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración. La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, que se refiere al gobierno corporativo de estas entidades.

⁵² La Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea introdujo importantes modificaciones en el derecho mercantil contable, con el objeto de adaptar la normativa nacional a los criterios establecidos en los Reglamentos de la UE que adoptan las NIIF. Seguidamente, fueron promulgados el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el nuevo PGC y el RD 1515/2007, que introdujo el Plan General de Contabilidad de PYMES. Estas normas responden a las exigencias contenidas en el Reglamento CE nº 1606/2002 del Parlamento y del Consejo Europeo de 19 de julio de 2002. El Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales y se modifica el PGC y el de Pymes, a raíz de la aprobación en junio

Las reformas legislativas que se han operado en España en el campo societario han venido de la mano e incluso impulsadas por los grandes avances realizados en materia de Códigos de Buen Gobierno, a través de los cuales se ha pretendido proponer criterios referidos al gobierno de las sociedades, con el fin de promover la seguridad y transparencia en los mercados. Estos Códigos contienen recomendaciones que, aunque tengan como primeras destinatarias a las sociedades que cotizan en mercados de valores, también van dirigidas en general a todas las sociedades que captan recursos financieros en mercados de capitales, aunque sus acciones no coticen en Bolsa.

En la medida en que en estos Informes se incluyen menciones generales respecto de los administradores, su contenido se convierte en manuales imprescindibles para entender cuál es el alcance y los límites a los que deben atener su actuación en el marco de la empresa, en qué cuestiones existe un vacío legal y para comprender los cambios legislativos posteriores que se han venido produciendo en la normas societarias, todo ello para adaptarse a las necesidades que van surgiendo y a las propuestas que desde el entorno europeo e internacional se van sucediendo a este respecto. Mucho se ha escrito sobre este tema a lo largo de la década de los noventa y en el presente siglo, pero el hecho de que de forma sucesiva vayan trascendiendo estas buenas prácticas al ámbito legislativo, permite hacer balance de la experiencia adquirida en estos años de aplicación de las propuestas de buen gobierno y hacer un planteamiento mucho más certero de cuál es el alcance de los deberes que necesariamente han de cumplir los administradores en general y, en particular, en torno a la formulación de las cuentas anuales. De los informes emitidos hasta la fecha, considero que es necesario destacar algunos contenidos que de forma significativa se proyectan en el reforzamiento y protección de la información societaria.

El Informe sobre “el Gobierno de las Sociedades Cotizadas” de fecha 26 de febrero de 1998 fue elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedad, presidida por Olivencia Ruiz⁵³. El motivo por el cual se había considerado necesario la emisión de Códigos de esta naturaleza, se reflejó en este Informe Olivencia de forma muy clara. En el mismo se expresaba que, debido a los excesos cometidos por los gestores y grupos de control de algunas sociedades, por los que

de 2009 de los Reglamentos (CE) nº 494/2009 y 495/2009 de la Comisión de 3 de junio de 2009, que modifican el Reglamento (CE) nº 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) Nº 1106/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo, respectivamente, a la (NIC) 27 y (NIIF) 3. El RD 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de actuación de las entidades sin fines lucrativos.

⁵³ De acuerdo con el contenido de este informe, en 1998 fue elaborado por la CNMV el Reglamento tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de Buen Gobierno.

se desembocó en situaciones de crisis financieras, se había puesto de manifiesto la necesidad de evitar y corregir las disfunciones del sistema, que permitían ese tipo de actuaciones. Entre las causas de estos “males” que contaminan el funcionamiento de la sociedad se muestran las siguientes: la concentración de poder en la dirección de las instancias de gobierno, la falta de transparencia y de fluidez en la información, así como el deliberado ocultamiento y falseamiento de la misma. Por ello, se exige que, los que controlen el gobierno de las sociedades, den cuenta y razón de su proceder.

Se pretende así, que el principio de buen gobierno se complemente con el principio de eficacia, en orden a velar por el interés de la sociedad. Por este motivo, se considera que las medidas de buen gobierno se han de centrar en los Consejos de Administración y, en particular, en las conductas de sus miembros. Aun cuando el título del referido Informe hace referencia exclusivamente a las sociedades cotizadas, lo cierto es que en el cuerpo del mismo se señala que, por el hecho de que las recomendaciones del Código tengan como primeras destinatarias a las sociedades que cotizan en mercados de valores y, en especial, a las que presentan un mayor porcentaje de acciones de libre circulación, las recomendaciones que el mismo contiene también son indicadas para sociedades que captan recursos financieros en los mercados de valores y a otras que, si bien tienen características diversas, pueden optar por inspirarse en el mismo para configurar sus estructuras de gobierno.

Tras el análisis de los problemas que se presentaban en dicho momento en las sociedades, el Informe concreta una serie de recomendaciones dirigidas a las sociedades, relativas a las funciones que ha de abarcar el Consejo de Administración, su composición, dimensión, frecuencia de sus reuniones, delegación de votos, alcance del suministro de información al mercado, así como las competencias atribuidas al Presidente, Secretario, Comisión Ejecutiva, Comisiones Delegadas de Control. Dentro de esta configuración precisa de las competencias, se recomienda igualmente que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros y, en particular, que se regulen las posibles situaciones de conflicto de intereses en las que se puedan encontrar estos profesionales en el seno de la sociedad, su deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales. Entre los cometidos de los consejos de administración se encuentra el de adoptar las medidas necesarias para extender los deberes de lealtad a los accionistas significativos, estableciendo cautelas para las transacciones que se realicen entre estos y la sociedad.

Con la experiencia obtenida a lo largo de los cuatro años que sucedieron desde la aprobación del Código Olivencia, por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 19 de julio de 2002 fue nombrada una Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas. Esta Comisión fue presidida por D. Enrique de Aldama y Miñón y elaboró un segundo Informe fechado el 8 de enero de 2003, cuyas recomendaciones han sido determinantes para el desarrollo por diversas instituciones de principios y guías de buenas prácticas⁵⁴, así como para que posteriormente el legislador modificara la normativa societaria, en orden a paliar conductas desleales y negligentes por parte de los administradores.

Siguiendo la línea marcada por el Informe Olivencia, la Comisión presidida por Aldama, pudo analizar los resultados obtenidos por su predecesor y, a raíz de la experiencia obtenida, proponer nuevos cambios para seguir avanzando en la consecución de los objetivos perseguidos. En el Informe emitido por esta segunda Comisión se especifica que el objetivo perseguido con la elaboración del mismo responde al llamado principio de libertad, entendiendo el mismo desde una doble dimensión. Es decir, por un lado, se hace alusión a la libertad desde la perspectiva del ejercicio de libertad de los accionistas y, por otro lado, hace referencia a la autorregulación de las empresas a la hora de decidir y aplicar sus estrategias, así como la organización de su gobierno corporativo. Del mismo modo, del referido principio de libertad se deduce la necesidad de velar por los principios de transparencia y lealtad, que han de aplicarse de forma equitativa con el de diligencia. Específicamente, en el Informe se trata de forma pormenorizada la determinación de los deberes de lealtad y diligencia, la definición de los conflictos de interés, el funcionamiento de los consejos de administración y la Junta General de accionistas, así como la relación entre las empresas cotizadas y otras empresas con las que mantienen relaciones comerciales o de servicios de interés.

En este nuevo Informe se describen los perfiles del principio de transparencia de los mercados, como primer medio de protección de los inversores, así como del principio de seguridad, por el que se postula la necesidad de que se reconozcan determinados deberes y responsabilidades que refuercen la seguridad en aquellas situaciones en las que peligre el

⁵⁴ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Revista de Derecho de Sociedades, edit. Thomson Aranzadi, 2006, pág. 921. Menciona este autor la “Guía de principios de buen gobierno corporativo, transparencia informativa y conflictos de interés en las sociedades cotizadas” elaborada por la Fundación de Estudios Financieros y publicada como “Papeles de la Fundación, núm. 2” en 2003, así como el “Código de Buenas prácticas para los consejeros y el consejo” elaborado en 2004 por el Instituto de Consejeros Administradores, que recoge también los aspectos principales de los deberes de diligencia y lealtad.

deber de transparencia como consecuencia de la gravedad de los conflictos de intereses de quienes han de tomar o ejecutar las decisiones. En la concreción de dichas responsabilidades, se apunta por la Comisión la necesaria separación entre los cometidos atribuidos imperativamente a los administradores, es decir, entre la creación de valor y beneficios en la empresa y el aspecto relativo a la distribución de ese valor. Desde esta perspectiva, se pueden diferenciar dentro de los deberes fiduciarios de los administradores el deber de diligencia y el de lealtad⁵⁵. Atendiendo a dicha diferenciación, se propone un régimen de responsabilidad en el que se trate con rigor la infracción de los deberes de lealtad y en el que de forma paralela se regule el deber de diligencia.

Algunas de las propuestas y recomendaciones contenidas en este Informe tuvieron tal trascendencia, que el legislador decidió posteriormente trasladarlas a un soporte normativo. Es así como nace la conocida como Ley de Transparencia⁵⁶. En su Exposición de Motivos, la Ley explica las circunstancias que se han dado en el marco de la Unión Europea y, en particular en España, por las cuales se ha decidido llevar a cabo una reforma de las normas aludidas⁵⁷. La reforma normativa se operó, modificando las Leyes Societarias y la Ley del Mercado de Valores. Concretamente, se reforzaron los deberes de información y transparencia de los administradores.

El resultado obtenido con estos códigos de buen gobierno fue óptimo y esto dio lugar a la elaboración de uno posterior por medio de una Comisión presidida por D. Manuel Conthe. El Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de fecha 18 de enero de 2006, también conocido como Código Conthe, vino a dar un paso más por medio de recomendaciones muy explícitas en la determinación de los deberes de los administradores y en la responsabilidad en la que pueden incurrir por el incumplimiento de los mismos. En el mismo se actualizan las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama, teniendo en cuenta una serie de Recomendaciones Internacionales promulgadas con posterioridad a estos dos Informes. De su contenido se puede destacar que continúa la labor de concreción de los deberes que corresponden a los administradores, al tiempo que incluye novedades significativas como la asignación de los

⁵⁵ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios.....”, cit. pág. 917.

⁵⁶ Ley 26/2003, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el TRLSA, aprobado por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, cuyo objetivo último era reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁵⁷ En países de nuestro entorno comenzó un proceso significativo de reformas legales como fueron el Texto Único italiano de 1998, KonTraG alemana de 1998 y luego se ha culminado una segunda fase de reformas legales en Italia en el 2003, en Alemania en el 2002, en Francia en el 2001, unido a las nuevas vías comunitarias iniciadas con el Informe Winter. Alonso Ureba, A., “Diferenciación de funciones.....”, cit. pág. 20.

referidos deberes a las diferentes clases de consejeros, la atribución de competencias específicas al Consejo, la formación de Comisiones especializadas en el seno del Consejo y otras muy diversas cuestiones.

El marco dibujado por la legislación societaria y por los propios Códigos de Buen Gobierno elaborados hasta la fecha se ha de completar con las diferentes normas en las que contiene la regulación más específica respecto de los deberes a los que queda sujeto el administrador, en función del tipo de sociedad, de la actividad que desarrolla, de su carácter de sociedad cotizada o no y de otras múltiples circunstancias. Es cierto que los Códigos de Buen Gobierno no constituyen Leyes y por tanto, su carencia de rango legal impide considerar que las disposiciones contenidas en los mismos, de asunción voluntaria o autorregulatorias, pueden servir para determinar los deberes legales extrapenales que conforman la posición de garante del administrador, pero sin perjuicio de ello, lo cierto es que estos Códigos han permitido entender los problemas existentes en materia de gobierno corporativo en las sociedades, los riesgos que podían desencadenar para la empresa y las medidas que podían permitir erradicarlos. Su relevancia y la trascendencia de cómo van empapando en la cultura empresarial hasta erigirse en normas de conducta determinantes para el cumplimiento de los deberes legales ha quedado demostrada de forma progresiva por el hecho de que muchas mejoras propuestas por los Códigos de Buen Gobierno han ido transformando su naturaleza de recomendaciones para pasar a convertirse en deberes legales impuestos por el legislador en la Ley de Sociedades de Capital.

Esta labor consolidada que había sido desarrollada a través de Códigos de Buen Gobierno sufre un revés importante con la crisis desencadenada en España y a nivel mundial precisamente en el año posterior a la emisión de este último Código.

Sin perjuicio de todas las medidas legislativas adoptadas y de las iniciativas a nivel de prácticas de buen gobierno, así como del hecho de que la doctrina española a principios de la primera década del siglo XXI se hiciera eco del proceso de concienciación que se estaba produciendo en el entorno europeo e internacional globalizado y de la importancia de acometer cambios regulatorios que respondieran a la generalizada libre circulación de capitales⁵⁸, no se evitó la grave crisis económica que se inició en torno al año 2007. Esta crisis es el mejor ejemplo que quizás pueda mostrar las terribles consecuencias que las conductas de infracción de deberes por parte de gestores en relación con la manipulación de las cuentas anuales pueden producir en una economía como la española, en la que se ha

⁵⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”,cit. pág. 878.

revelado la grave repercusión de las deficiencias de información existentes en el sistema financiero en su conjunto. Si ya en los años noventa habían surgido múltiples asuntos de gran envergadura en los que se había planteado el problema de la contabilidad fraudulenta, en los que el número de afectados había llegado a tal entidad que las consecuencias habían sido devastadores para miles de personas y sus ahorros (PSV, Banesto, Grupo Torras, Gescartera y Forum Filatélico), con la crisis reciente han sido algunas entidades financieras las que han mostrado de forma radical los fallos del sistema, dando lugar a una verdadera desestructuración del mercado financiero español.

Es difícil de clasificar la naturaleza de los problemas que han dado lugar a estas situaciones extremas, ya que se entremezclan cuestiones de índole societaria y financiera con decisiones empresariales que han dado lugar a convulsiones en empresas de gran envergadura y relevancia mundial. Estas entidades han entrado en estados de crisis sin precedentes con los consiguientes perjuicios para todos aquellos que habían confiado en el buen hacer y la información trasladada por sus gestores. El resultado es una crisis general de confianza. La inexperiencia y falta de preparación de los administradores, la falta de organización de la composición del Consejo de Administración con profesionales suficientemente cualificados, la inexistencia de consejeros independientes que pudieran controlar a los consejeros ejecutivos, las políticas inadecuadas de remuneración, la falta de armonización internacional de las normas de contabilidad y auditoría, que podía dar lugar a prácticas inadecuadas de aprovechamientos de lagunas legislativas en diferentes jurisdicciones, así como la falta de regulación adecuada y con garantías de nuevos productos que eran desarrollados en el mercado sin sometimiento a límites legislativos claros, ha dado lugar a un contexto muy favorable a conductas fraudulentas de muy diversa entidad y a la manipulación de las cuentas anuales. Los administradores no tenían las habilidades para entender los cambios del nuevo y complejo mercado financiero, como tampoco conocían la trascendencia de los nuevos productos financieros y la falta de gestión adecuada de los límites de riesgos que estaban asumiendo las entidades financieras⁵⁹.

Entre todas estas disfunciones dentro de las estructuras societarias reflejadas en el mercado, se puede destacar la transgresión de las reglas, de los deberes que las normativas internacionales tradicionalmente venían imponiendo a los gestores implícita y explícitamente de informar y trasladar información financiera veraz a través de la contabilidad y fruto de la misma de las cuentas anuales, lo que ha demostrado

⁵⁹ *Commission Staff Working Document, Corporate Governance in Financial Institutions: Lessons to be drawn from the current financial crisis, best practices*, Bruselas, 2 de junio de 2010, pág. 3 y ss.

empíricamente que los cimientos del sistema económico constituidos por la información económica tenían importantes lagunas, eran insuficientes, endebles y por este motivo, en términos globales el escenario del mercado en el que operaban las sociedades no estaba suficientemente estructurado.

La experiencia obtenida permite afirmar que una cuentas adulteradas no permiten a los interesados en particular y al mercado en general conocer la situación económica de la sociedad y la gestión llevada a cabo por los administradores que ha desencadenado dicha situación, lo que motiva un funcionamiento inadecuado del mercado, en el que los actores participantes en el mismo intervienen sin conocimiento en una realidad distinta, que les puede llevar a asumir importantes perjuicios económicos⁶⁰. El mercado se pervierte y todo el engranaje que depende del modelo de sistema económico también se ve afectado.

Tras años de fuertes medidas y regulaciones muy estrictas dirigidas a las entidades financieras en materia de contabilidad y de reformas de la Ley Concursal, dentro del Plan Nacional de Reformas de 2013 el Consejo de Ministros acordó el 10 de mayo de 2013 crear una Comisión de Expertos para la elaboración de un estudio sobre el buen gobierno de las sociedades en España y para proponer las medidas necesarias para la mejora de la gestión de las sociedades. El objetivo era implantar las modificaciones necesarias en la legislación societaria para generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor. En particular, se buscaba proponer iniciativas destinadas a que la información suministrada por los administradores a los socios y a los mercados sea veraz y comprensible. Esta Comisión tenía por objeto la emisión de un informe en el que se propusieran reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno para las empresas, así como un apoyo y asesoramiento a la CNMV en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas. Fruto de la labor de esta comisión, el 14 de octubre de 2013 se emitió un informe denominado “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, en el que se expresaba que los deberes de los

⁶⁰ García Delgado, J.L. y Myro, R., *Lecciones de Economía Española*, edit. Civitas, 11ª edición, 2013. Los fallos del sistema regulatorio fueron claros y así se expresa: “Entre los fallos en la regulación y la supervisión, se explica que la eliminación de las barreras que dificultaban la movilidad de los capitales y la no regulación de algunos mercados (por ejemplo, los derivados) y actividades (como las operaciones fuera de balance) impulsaron una notable expansión y, tan importante o más, la globalización de los mercados financieros. Todo parece indicar que los mercados han crecido mucho más que la capacidad de gobernarlos, incentivando así la asunción por parte de los intermediarios financieros de mayores niveles de riesgo”.

administradores y su régimen de responsabilidad son parte del núcleo central del gobierno corporativo y refiriéndose al Proyecto, concluye que las medidas que introduce la Ley representan una mejora sustancial para el régimen de deberes de los administradores y las condiciones precisas para la exigencia de responsabilidad⁶¹.

Transcurrido un año desde la emisión de dicho Informe, fue aprobada la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, BOE núm. 293 de 4 de diciembre de 2014, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. En la Exposición de Motivos se hace alusión a las conclusiones extraídas por los líderes de la Unión Europea y del G-20, en las que se identifican las causas subyacentes a la crisis financiera como la complejidad en la estructura de gobierno corporativo y la falta de transparencia e incapacidad para determinar eficazmente la cadena de responsabilidad dentro de la organización, así como la asunción imprudente de riesgos, el diseño de sistemas de retribución inapropiados y la deficiente composición de los órganos de dirección y administración. Del mismo modo, se explica en su Preámbulo que en la redacción y aprobación de la misma se ha tenido en cuenta el aspecto de la profesionalización de los administradores y directivos. Se reconoce igualmente el valor que aporta el tener conocimiento de una gestión adecuada y transparente de la sociedad, a los efectos de cuantificar el impacto de contar con este tipo de medidas y procedimientos, así como adoptando sus criterios de inversión en función de los resultados de este análisis. A través de esta norma se traslada a nivel legislativo los principios en los que se asienta la importancia del gobierno corporativo como un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores. Esta Ley que realiza una importante contribución en el campo de definición de los deberes de los administradores y como señala en la Exposición de Motivos lleva a cabo una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés, así como atribuye al consejo de administración como facultades indelegables aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión.

Recientemente, en febrero de 2015 fue aprobado un nuevo Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, elaborado con el apoyo de la Comisión de Expertos y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015 y en el que se contienen recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio “cumplir o explicar”. Este Código toma en consideración todas las modificaciones

⁶¹ Esta Comisión de Expertos fue creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

legislativas que han sido adoptadas desde la aprobación del Código de 2006 y por tal motivo, adapta su contenido a las recomendaciones de naturaleza voluntaria que quedan comprendidas en el Código en la línea marcada por otros países de la Unión Europea. En lo que atañe a la presente investigación, de su contenido se puede destacar las recomendaciones relativas a la forma en la que los miembros del consejo de administración deben ejercer sus competencias, a las reglas relativas a su estructura, composición y funcionamiento, a la formación de una Comisión de Auditoría en el seno del Consejo, así como a la propuesta de que la sociedad promueva una política adecuada de responsabilidad social corporativa.

IV.- LA INFORMACIÓN ECONÓMICA VERAZ Y LA TRANSPARENCIA COMO RESULTADO DEL CUMPLIMIENTO DE DEBERES EXTRAPENALES DE LOS ADMINISTRADORES

En los apartados anteriores se ha descrito la profusa actividad legislativa y de emisión de informes de buen gobierno acometida desde instancias internacionales, comunitarias y nacionales proyectada en la regulación contable, societaria y de auditoría, por la que se ha intentando perfilar eficazmente la regulación de las normas contables, de las cuentas anuales y del informe de auditoría, así como los deberes de estos profesionales con un fin común: la defensa a ultranza de la imagen fiel. La imagen fiel es un concepto que se revela como vital para entender el fin y causa de los informes emitidos por prestigiosas asociaciones internacionales vinculadas con las normas contables y de auditoría, así como por las Directivas comunitarias que han cogido “el testigo” en esta materia y no solo han aprovechado esta labor previa efectuada por instancias internacionales, sino que han acometido reformas singulares al ámbito comunitario para su aplicación por los distintos Estados miembros. En definitiva, la imagen fiel constituye el bien jurídico objeto de protección por todas las normas contables, financieras y societarias relativas a la información económica.

Es cierto que la cultura anglosajona, particularmente la norteamericana, siempre ha ido por delante en el establecimiento de medidas de control societario y de los administradores singulares, pero también es cierto que Europa ha sido perfectamente permeable a dicha cultura y ha sido consciente de la necesidad de seguir la senda marcada por estas iniciativas de corte anglosajona. Este camino ha sido largo y así se puede apreciar por las reformas normativas que recientemente se han adoptado en nuestro país en las que

se siguen perfilando los deberes de los administradores en torno al tratamiento de la información societaria. La “disclosure philosophy” nacida en el derecho estadounidense en los años 30, que promueve el Derecho anglosajón de sociedades globalmente para impulsar la transparencia informativa como forma de control ha influido de forma determinante en el marco europeo⁶² con la idea de que esta filosofía permite una correcta formación de los precios, eliminar los costes de investigación y elaboración de informes sobre los participantes del mercado y una eficiente distribución de la información⁶³.

La importancia de la información como tal sistema de control, como instrumento de corrección de las imperfecciones del mercado y en beneficio de los interesados en la misma también se ha revelado en este escenario, en el que se considera que *“la luz del sol puede considerarse el mejor desinfectante; la luz eléctrica el policía más eficiente”*⁶⁴. No se equivocaba D. Rodrigo Uría cuando en su discurso emitido en su recepción pública como académico en la Academia de Jurisprudencia y Legislación decía que la información: *“Es un tema decisivo en el presente y en el futuro de la sociedad anónima”*⁶⁵.

En teoría y hasta esta última crisis económica se ha pensado intermitentemente que el mercado tiene sus propios mecanismos de protección que permiten que su funcionamiento se adecue a unas reglas generales que derivan de su propia naturaleza y razón de ser. Los actores del mercado tienen que someterse a estas reglas, pero sin olvidar que la base fundamental que permitirá el funcionamiento correcto del mismo será la aplicación de una ética y principios morales que permitan garantizar su adecuada actuación individualmente considerada. Si la ética no inspira el derecho del mercado y de las

⁶² Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....”, cit. pág. 589. En relación con el *mandatory disclosure system* se apunta que su fundamento se deriva de que las empresas son quienes pueden producir información sobre sí mismas a coste más bajo, y se salva la falta de motivación para difundir voluntariamente la información. No obstante, el suministro de información financiera tiene que asegurarse mediante la imposición de normas. Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español....*, cit. pág. 72. Garrigues Díaz-Cañabate, J., *La información del accionista en el Derecho Español....*, cit. pág. 42. Garrigues hace referencia al profesor Girón al afirmar que el mismo “ha llamado, con frase feliz, “la transparencia informativa”.

⁶³ Perrone, A., “Información en el mercado de valores y tutela del inversor”, cit. págs. 11-27. Los administradores tienen también incentivos propios para trasladar información al mercado por razones reputacionales. Otros mecanismos que eliminen las asimetrías de información serían la intervención de gatekeepers como revisores contables y responsables que han de certificar la corrección del balance, los costes por la imposición de sanciones civiles y penales, con el correspondiente pago de indemnizaciones por daños y perjuicios.

⁶⁴ Perrone, A., “Información en el mercado de valores y tutela del inversor”, cit. pág. 9.

⁶⁵ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...cit.*, pág. 61. Sintetiza el autor que el equilibrio de poderes en la organización interna de la sociedad, equivalentes a los del modelo constitucional democrático, se rompe: *“ante la concentración del poder de la empresa en el órgano de dirección, la degradación del poder soberano de la Junta General y la escasa eficacia desplegada por el órgano de fiscalización contable”*.

entidades de control públicas o privadas será difícil asumir un sistema efectivo de prevención del fraude empresarial. Difícilmente, se conseguirá que los mecanismos aplicados al mercado en su conjunto sean efectivos, si los sujetos individualmente considerados ya parten de una base errónea. Como se ha dicho hasta la saciedad estos últimos años, la última crisis mundial, mucho más allá de los términos económicos, es una crisis de valores.

El legislador interviene estableciendo las normas que regulan desde todos los ángulos el correcto funcionamiento del mercado, y, asimismo, sus propios mecanismos de control y protección. Surgen así los organismos supervisores que tienen unos cometidos determinados y que han de velar por el cumplimiento de la normativa sectorial. La CNMV y el Banco de España son el epicentro de todo el sistema de garantías, de modo que su correcto funcionamiento es la base misma del mercado. Si la supervisión de estos organismos falla, entonces el mercado queda desnudo y totalmente expuesto. Pero también es cierto que el mercado no puede regular por sí mismo eficazmente todo y que aun cuando el papel de estos organismos es muy relevante, el Estado no puede ejercer un control efectivo y hay que articular otros instrumentos que permitan estrechar el marco de aseguramiento del mercado⁶⁶. Por este motivo, es necesario reforzar los mecanismos de protección del mercado, que en su mayoría nacen en el seno de las propias empresas, estableciendo obligaciones que han de cumplir los propios administradores para garantizar el buen funcionamiento de la sociedad (a este efecto resultan relevantes los Códigos de Conducta articulados) y mecanismos de traslado de la información al mercado de acuerdo con unos cauces preestablecidos, siendo el proceso de elaboración de los documentos societarios en general y de las cuentas anuales en particular, determinante para el funcionamiento ordenado de la sociedad, de acuerdo con la aplicación de la normativa societaria y en particular, la relativa a la contabilidad.

⁶⁶ Hajduka, Ana, "The Enron collapse: justice and fairness as a theoretical background for ultimate market efficiency", UCL Jurisprudence Review, 2002, 9, págs. 30-44. Como explica esta autora, existe una ideología que impulsa el Mercado libre y otra que debe existir una intervención estatal por la que se introduzcan límites legales que marquen las reglas del mercado. Después del asunto Enron y el papel controvertido que tuvieron los auditores, se han multiplicado los argumentos a favor de la idea de que el Estado debe retener una influencia y control sobre la conducta del mercado. Las cuentas anuales correctas/apropiadas (accurate) son la pieza clave para cualquier mercado de capital y el papel de Arthur Andersen fue solamente uno en un número de escándalos corporativos en los que estaban envueltos fallos de auditoría, desde *Maxwell* y *Polly Peck* en Britain, pasando por *Metallgesellschaft* en Alemania, hasta *Cendant*, *Waste Management* y *Enron* en Estados Unidos. El colapso de ENRON permite tener la visión de que la regulación es una materia fundamental, cuya función es proteger intereses para minimizar las imperfecciones del mercado. El modelo de mercado sin imperfecciones no es posible, dado que la regulación no existe en un mercado perfectamente competitivo. La información veraz es determinante en una economía de mercado libre.

Los gestores de la empresas tienen que facilitar información y se convierten así en una especie de colaboradores del Estado porque mediante la instauración de políticas informativas adecuadas y mediante el seguimiento de la normativa y deberes estipulados por Ley en la confección de la documentación contable y las cuentas anuales, extraen los datos de los resultados de la gestión que estaban en el seno de la sociedad ocultos y los ponen a disposición de los accionistas, primero en la Junta General y después en el mercado, a través de la publicidad de las cuentas⁶⁷. Se trasciende así del derecho de información del accionista regulado como derecho individual y privado⁶⁸ a un derecho de información de interés público que se da a conocer al mercado y del que dispondrán los futuros inversores, acreedores, analistas y el propio Estado. Los administradores son los que tienen conocimiento verdadero de las operaciones que llevan a cabo y tienen acceso a los datos⁶⁹, por lo tanto, son los que tienen la capacidad y deber de informar sobre la verdadera situación económica de la sociedad. Posteriormente, se entrará a detallar el alcance de estos deberes extrapenales generales y específicos asumidos por los administradores en torno a la elaboración de las cuentas anuales, pero es importante mostrar previamente la relevancia que como tal la información económica y la denominada transparencia han adquirido como medidas de control de la sociedad en el marco de nuestro sistema económico.

La información se instituye en instrumento de control destacado en todo tipo de sociedades, pero de forma singular en sociedades anónimas y cotizadas, que acuden al ahorro público para su financiación a través del mercado de capitales⁷⁰ y como apuntaba en su momento Garrigues, esta información se transforma en publicidad cuando el interés por conocer la situación económica de la sociedad anónima trasciende a los accionistas y

⁶⁷ Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....”, cit. pág. 569. Expresa el autor que: “*La información contable tiene alguna importancia para el comercio de valores, en contra de la opinión de los defensores de los mercados eficientes*”.

⁶⁸ Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....”, cit. pág. 581. Resalta el autor la relevancia del principio de transparencia que dirige la información al público para la existencia del mercado de valores moderno, frente al modelo clásico preocupado casi exclusivamente por el derecho de información del accionista.

⁶⁹ Pallisery, F., “True and fair financial reporting: a tool for better corporate governance”, *Journal of Financial Crime (J.F.C.)*, 19 (4), 2012, págs. 332-342. Como se desprende del análisis efectuado sobre “corporate governance”, se concluye que es el Consejo de Administración quien dispone la información relative a la situación financier de la entidad: “*The board of directors possesses the real information relating to the financial position of the company compared to the shareholders and the third parties*”.

⁷⁰ Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....”, cit. pág. 584. Entiende el autor que la transparencia informativa permite “*la conservación como institución privada de la Sociedad Anónima, por lo que el régimen de la información deviene vital y ha de ser suficiente y fiable para cumplir dicho objetivo*”. Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....”, cit. pág.1135. Afirma el autor: “*La Contabilidad y auditoría vienen a suponer dos actuaciones a la vez independientes y complementarias entre sí, que alcanzan indudablemente mayor rigor y complejidad cuanto mayor sea el conjunto de intereses que confluyen sobre la empresa, presumiéndose máximo en tanto que la referencia se centra en la sociedad cotizada*”.

acreedores hasta llegar al público en general, en el que están potenciales accionistas y futuros acreedores⁷¹, por lo que la publicidad se erige así como control externo diferenciado de la información⁷².

La trascendencia que adopta la información que representa la imagen económica fiel de la sociedad es vital, ya que se origina en la esfera privada y se va ramificando hasta llegar al público en general⁷³, alcanzando así mayor relevancia en el mercado bursátil en el que la cotización de los valores depende de la correcta valoración de la empresa emisora⁷⁴ y la información trasciende a potenciales inversores. Se entiende así que la información económica de la compañía que el legislador se ha empeñado en dotar de las condiciones de transparencia está dirigida al mercado, en el que operan usuarios de diferente naturaleza. Esta información es manejada y controlada por usuarios en general, incluyendo profesionales e instituciones, que la utilizan con diferentes fines y a tal objeto examinan si la misma cumple las condiciones de calidad y fiabilidad exigidas. Precisamente, por la complejidad que alcanzan los mercados de capitales, los inversores y analistas tienen una mayor necesidad de esta información para la toma de decisiones⁷⁵ relativas a actividades económicas⁷⁶. Toda decisión en torno a una empresa requiere conocer su verdadera situación económica y jurídica y solo se puede acceder a un verdadero conocimiento de estos aspectos a través de la contabilidad. Es la fuente de información económica societaria por antonomasia.

Sobre la base de una contabilidad correctamente confeccionada, los estados financieros pueden cumplir con su objetivo prioritario de generar datos suficientes para que

⁷¹ Garrigues Díaz-Cañabate, J., *La información del accionista en el Derecho Español*, cit. pág. 42.

⁷² Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español....*, cit. pág. 72.

⁷³ *Ibid.*, págs. 83-84.

⁷⁴ Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....”, cit. pág. 569. Afirma el autor que: “La publicidad obligatoria impuesta por el Gobierno obedece a un interés público” y que es necesario regular estas cuestiones en mercados con información asimétrica mediante una política de imposición de deberes de transparencia.

⁷⁵ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa....”, cit. pág. 1131. Según el autor, desde cualquier perspectiva de eficiencia, de legitimidad o de transparencia, la información procedente “del ejercicio de la actividad constitutiva de empresa”, tiene que constar en un soporte. Font Galán, J.I., *El Derecho de Información de los Administradores sociales*, edit. Eprinsa, Córdoba, 2002, pág. 21. Se refiere este autor a la complejidad que reviste la información societaria por su diversidad de representaciones técnico-jurídicas referidas al derecho de información de los administradores en relación con el deber de informarse. Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....cit. pág. 579 Analizada la doctrina norteamericana desarrollada sobre esta materia, Sánchez Andrés concluye que: “no siendo el sistema de Mandatory Disclosure una medida de protección directa de la “modesta viuda inversora”, el hecho de que los analistas financieros tengan acceso más barato a mayor y mejor información es en sí mismo bueno no solo porque permite difundirla, sino porque libera recursos aplicables a investigar sociedades menos transparentes”.

⁷⁶ Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo, información económica y Registro Mercantil*, edit Colegio de Registradores de la Propiedad, 2007, 1ª edic, págs. 135 y ss.

los terceros evalúen la situación económica de la empresa y tomen las decisiones correspondientes sobre la conveniencia de operar o suministrar fondos a la empresa⁷⁷. La información contable responde a diversos criterios de valoración. Si no se cumple esta premisa inicial de reflejar correctamente en su contabilidad y en sus estados financieros la realidad económica que subyace a su actividad, difícilmente estas empresas podrán posteriormente someterse a mayores exigencias de traslado de información, ya que la misma vendrá de raíz adulterada y como tal, esta documentación adicional obtenida de forma derivada de la anterior, también nacerá como tal adulterada. Por este motivo, debemos partir siempre que es aquí donde se encuentra la verdadera esencia de la denominada “transparencia”. En efecto, la información contable se revela como el principal instrumento de exposición de la imagen fiel de la sociedad, y por ello todos los esfuerzos del legislador a nivel internacional, comunitario y nacional se han concentrado en establecer un sistema contable que garantice la calidad de la información suministrada a los usuarios de las cuentas anuales. Con independencia del tipo de sociedad afirma Uría que: “*la tendencia hacia una política informativa más completa, más veraz y más pública está generalizada, no se concreta a la gran empresa y constituye una de las máximas aspiraciones del moderno Derecho de la sociedad anónima*”⁷⁸. Se refiere este autor al Proyecto de Cuarta Directiva, para exigir que la información ofrezca una imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa⁷⁹. La cuestión que surge es si el concepto de imagen fiel tiene una definición precisa y si se puede medir con parámetros de veracidad. La exigencia de que esta documentación cumpla de forma escrupulosa los criterios contables establecidos por el legislador es el primero y más básico de los requisitos que permite la consecución de la denominada “transparencia”⁸⁰, entendiendo como tal la base sobre la que se asienta el modelo de economía de mercado⁸¹.

⁷⁷ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 146. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Tratamiento Penal de la Información societaria inveraz*, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2003, págs. 30 y 31. Diferencia este autor entre un deber de información de proyección interna y otro de proyección externa.

⁷⁸ Uría González, R., *La información del accionista*....., cit. pág. 76.

⁷⁹ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....”, cit. pág. 1135. La internacionalización de la normativa contable llevó a fomentar la armonización en el ámbito de la actuación auditora. Señala este autor que: “Se denomina este proceso como el de institucionalización de la información económica, entendida como conjunto de datos y referencias que transcriben la actividad constitutiva de empresa”.

⁸⁰ Pereira, F. et. al., *Contabilidad para Dirección*, Edit. Universidad Pamplona de Navarra, S.A., 2008, pág. 237.

⁸¹ Hajduka, Ana, “The Enron collapse: justice and fairness as a theoretical background for ultimate market efficiency”, cit. págs. 30-44. Es muy importante cuando se habla de economía de mercado apreciar el valor de la información en los mercados financieros, que constituye la base para determinar el precio de los productos. De acuerdo con la hipótesis de los mercados de capitales eficientes, toda la información disponible sobre los prospectos financieros de la entidad está enteramente y virtualmente reflejada en el precio de mercado de los valores de la entidad (company’s securities). En un mercado desarrollado eficientemente, por tanto, los inversores pueden tener la confianza de que el precio de

La eficacia de los estados financieros de acuerdo con la regulación aplicable y los criterios comunes aplicables es un parámetro indicativo del desarrollo del sistema financiero, lo que indica que la falsa información económica relativa a la actividad empresarial puede poner en peligro el mercado. Los expertos han venido señalando que uno de los fallos del mercado más acusados se ha focalizado en las asimetrías de información. La dispersión del capital social de grandes entidades entre muchos pequeños accionistas, permite que los socios directamente o a través de los gestores asuman el poder de la sociedad, se acentúa así la separación entre propiedad y gestión y se desdibuja el llamado interés social, sin que la junta general tenga la fuerza de una posición soberana dentro de la sociedad⁸². En este sentido, se expresa la EM de la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la que se hace alusión a que precisamente en su origen el gobierno corporativo se centraba, entre otros aspectos, en la información asimétrica que existe en las sociedades mercantiles, que ha permitido prácticas abusivas por parte de gestores de grandes entidades, a través de la manipulación de la información contable y de las cuentas anuales en particular, deformando gravemente la imagen de las empresas frente al mercado y frente a los organismos públicos supervisores. Estas actuaciones fraudulentas realizadas de forma continuada en el tiempo han permitido llegar a quebrar y vaciar empresas de muy grandes dimensiones, que han resultado ser verdaderas catástrofes a nivel financiero y de la economía globalmente considerada.

La experiencia obtenida me lleva a concluir que información, sociedad y mercado son conceptos que no se pueden escindir porque se yuxtaponen de forma necesaria desde diferentes perspectivas. El mercado se conforma por la información que se dispone de las empresas⁸³. Si esta información no es veraz, el mercado se desintegra porque no opera

mercado refleja los prospectos de la entidad y esto a cambio asegura la colocación eficiente dentro del mercado. Si las partes de una transacción no tienen información no actuarán y la confianza pública en el mercado de valores está generalmente considerada como una condición esencial para el cumplimiento de su papel en la economía. Se invierte más ágilmente en valores cuando el mercado opera justa y eficientemente. Por lo expuesto, la autora defiende que en este contexto, la regulación de la profesión contable afianza la confianza pública y una mayor participación inversora.

⁸² Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo...* cit. págs. 43-45. Apunta el autor la diferencia entre el modelo anglosajón, en el que existe una gran dispersión del capital social y el europeo, en el que se constata una división entre inversores estratégicos y los accionistas minoritarios. Este autor subraya otros posibles motivos por los que se ha detectado que se producen asimetrías de información que han dado lugar a actuaciones de gestión abusivas, como es el hecho de que han irrumpido en el mercado inversores institucionales o fondos de inversión y la perspectiva internacional que ha alcanzado la economía que ha superado las previsiones normativas estatales e incluso comunitarias e internacionales.

⁸³ Pallisery, F., "True and fair financial reporting: a tool for better corporate governance", cit. págs. 332-342. Recoge este artículo una recopilación de referencias relativas a la política de "disclosure": "*The disclosure has been a most efficient and effective mechanism for including managers to manage better (Lowestein, 1996); "It promotes a fair and efficient capital market (Pennington, 2001); "It is the assumption behind many disclosure requirements that behavior can be influenced merely by requiring it to be disclosed (Farrar and Hannigan, 1998)"*".

conforme a las reglas en las que se ha estructurado. Entonces es cuando hay que plantearse que los efectos perniciosos de esta disociación entre gestión y poder deben ser salvados, y esto obliga a revisar no solo el propio sistema a nivel interno en materia de generación de información por canales legítimos, sino las posibles medidas adicionales que pueden ayudar a la limpieza y legitimidad de los procesos de elaboración de la información.

Cuando se dan situaciones en las que es frecuente que se den indicios de que los datos extraídos de la contabilidad en la que se asientan los estados financieros están adulterados, se entiende que los mecanismos que garantizan su veracidad se ven sometidos a una mucha mayor tensión, ya que el mercado exige su operatividad como fuerte de contención del fraude. Esto ha provocado que medidas como la elaboración de informes de auditoría externa obligatorios se vean como piedras de toque para evitar el desmoronamiento del mercado. No obstante, no podemos olvidar que son medidas de garantía secundarias frente a todas las que existen a nivel interno dentro de la empresa. Antes han fallado todos los mecanismos societarios internos derivados del cumplimiento de la normativa. Sin duda, la experiencia nos ha mostrado que no han tenido la operatividad y eficacia pretendida dentro de la trascendencia social que se ha imprimido a esta actividad, pero todavía existe el debate sobre el papel que verdaderamente deben tener.

Por este motivo la regulación mercantil y en particular, la relativa a la contabilidad, se ha centrado en potenciar al máximo las condiciones de transparencia de la información, es decir, en dar publicidad a la información de forma comprensible y fiable para que llegue sin manipulación alguna a sus potenciales usuarios. En el marco de las empresas cotizadas las exigencias en relación con la información han sido y son mayores, pero ello no ha impedido el que determinadas prácticas se hayan adoptado también en empresas no cotizadas y que hayan permeabilizado los principios que justifican en las mismas en el mercado en general. Como señala la doctrina más autorizada, en esencia, se ha venido buscando y se continúa buscando ofrecer un marco jurídico que garantice la información contable exhaustiva y fiable sobre las sociedades anónimas y sobre las actividades que realizan⁸⁴.

El principio de transparencia encuentra sus raíces en este modelo de mercado, en el que es necesario conocer la situación de los actores del mercado para que realmente se

⁸⁴ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª edic., edit. Thomson Civitas, 2006, pág. 997.

reafirme su propia existencia⁸⁵. La transparencia consiste entonces en elaborar todo un conjunto de informaciones por parte de la sociedad, con el resultado de ofrecer al sujeto interesado una visión veraz y exacta de su situación. Se convierte así en una de las prioridades que defiende el movimiento de gobierno corporativo⁸⁶. La información se ha de emitir en tiempo, en la forma adecuada y la necesaria. Es por este motivo por el que el denominado movimiento de gobierno corporativo promueve un modelo legal de organización de los intereses que confluyen en la sociedad y de quienes los gestionan. Los administradores representan el interés social y en todo momento tienen que protegerlo, de modo que solo conductas encaminadas a potenciar el conocimiento de la sociedad por terceros se considerarán admisibles en este ámbito. Los gestores son quienes tienen el deber jurídico de trasladar la información en la forma exigida por el legislador.

El gobierno corporativo comprende todos los aspectos financieros que se desprenden de la relación de terceros con los directivos y se proyecta en asegurar el que la actuación de los directivos se dirige a defender los intereses de los socios⁸⁷. En relación con los estados financieros y de explotación de la sociedad se afirma que este documento permite la realización de un seguimiento adecuado y proporciona una base para evaluar los valores. Al incluir la opinión de la dirección y el análisis de las operaciones, resultan útiles cuando se examinan conjuntamente con los estados financieros. El interés de los inversores por la información referida al comportamiento futuro de la empresa es máximo.

Una divulgación escasa, por el contrario, atrae comportamientos poco éticos, contribuye a una pérdida de integridad del mercado, con altos costes para la sociedad, sus accionistas y para la economía en su conjunto. En efecto, puede mermar la capacidad de funcionamiento de los mercados, incrementar el coste de capital y tener como consecuencia una mala asignación de los recursos. En particular, en relación con los estados financieros

⁸⁵ Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales de la sociedad anónima. Artículos 203 a 211 de la LSA.*, edit. Edersa, Madrid, 2001, pág. 19. Señala el autor que la transparencia en la información es un fundamento indispensable de nuestro sistema de economía de mercado. Garrido, J.M^a, “Derecho comunitario, mercado de valores y códigos de buen gobierno. Intervencionismo vs. Abstencionismo”, cit. pág. 351. Con la Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFi) se procura alcanzar un equilibrio entre la agilidad de los mercados alternativos y el flujo necesario de información, que permita que la formación de los precios sea la correcta. Fernández-Armesto, “Nueva Economía, nuevos Mercados, nueva Riqueza”, cit. pág. 9.

⁸⁶ En relación con la filosofía de la transparencia informativa en los mercados de valores, Del Rosal Blasco, B., “Mercado Bursátil y publicidad engañosa....cit. págs. 185-186.

⁸⁷ Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo...*cit. pág. 48. En relación con el alcance del gobierno corporativo, establece el autor que comprende tres ámbitos de referencia: “1) la estructura y régimen del gobierno o administración de la empresa societaria, 2) la posición jurídica del socio y su contenido, y la información que emana de aquella, en particular, su objeto, las reglas que marcan el proceso de elaboración, los instrumentos de control o fiscalización de su contenido y, por último, los medios de difusión”.

se apunta que los fallos de gobierno frecuentemente van ligados a la falta de transmisión de una imagen completa, como son los casos en los que no se incluyen partidas en el balance para ofrecer garantías o compromisos similares entre empresas vinculadas. En el caso de grupos de empresas se requiere que las operaciones se revelen con arreglo a normativas de alta calidad reconocidas a escala internacional, incluyendo la información sobre pasivos contingentes y las operaciones no incluidas en el balance, así como sobre entidades que sirven a un fin especial.

La aplicación de normas de alta calidad nacionales e internacionales desarrolladas permite aumentar la capacidad de los inversores para realizar un seguimiento de la sociedad, ofrece una mayor fiabilidad de los informes, aumenta la posibilidad de comparación de los mismos y un acceso más amplio a los resultados de la sociedad. Se considera que la calidad de la información queda sujeta a las normas a las que se sujeta su compilación y su posterior divulgación.

Mirando con perspectiva la evolución legislativa que ha tenido la materia, no cabe duda de que si inicialmente el planteamiento legislativo de la información en las sociedades mercantiles se proyectaba en las reglas técnicas dirigidas a reflejar la situación económica de la sociedad a nivel patrimonial, financiero y de resultados, posteriormente, se han introducido otras disposiciones que han complementado esta técnica y que se centran no tanto en esta preocupación técnica sino en la necesidad de posibilitar el conocimiento del objeto de la información⁸⁸.

La obtención de una información económica veraz y una verdadera transparencia se han convertido en el objetivo a alcanzar a través del cumplimiento por los administradores de un conjunto de deberes generales y específicos reconocidos por disposiciones legales societarias de máxima relevancia, reforzados por recomendaciones de buen gobierno de cumplimiento voluntario. La información es entonces el mecanismo determinante de protección de los intereses que a todos los niveles confluyen en la empresa y para determinar si cumple las exigencias de veracidad se ha de verificar que se ha cumplido la normativa aplicable en su proceso de elaboración, de forma que aunque las cuentas anuales constituyen la principal herramienta para su obtención, esta se debe poner en conexión con otros resortes de protección con los que cuentan las sociedades mercantiles que de forma colateral contribuyen a la obtención de una imagen fiel de la sociedad, entre los que se puede citar, no con carácter exclusivo, la auditoría externa obligatoria.

⁸⁸ Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo...* págs. 149 y ss.

En apartados anteriores se ha desarrollado cómo la información económica en sí misma que se comprende en las cuentas anuales constituye el mecanismo de protección de los intereses de la sociedad por antonomasia, pero lo cierto es que este mecanismo no se puede entender de forma aislada en relación con los deberes específicos que comprende la normativa societaria para su elaboración, sino que debe interpretarse de forma global en el marco de las disposiciones referidas a los deberes generales que obligan a los administradores de las sociedades mercantiles y de otras disposiciones que de forma colateral llevan de una u otra forma a garantizar la calidad de dicha información. La normativa mercantil comprende así otras múltiples disposiciones que constituyen medidas de control interno y externo de la sociedad en orden a acotar posibles conflictos de intereses entre los administradores y el interés de la sociedad. Entre estas medidas se pueden citar a título de ejemplo y en el nivel interno de la sociedad el régimen de nombramiento y separación de administradores, el régimen de retribución, la intervención de la Junta General, los derechos de la minoría en relación con la impugnación de acuerdos, el derecho de información del accionista en materia de cuentas anuales a través del derecho de pregunta y del derecho de examen, el derecho de impugnación de acuerdos del consejo y el régimen de las acciones de responsabilidad, así como todas las medidas específicas en torno a la información que han de facilitar las sociedades cotizadas dentro de un régimen de transparencia⁸⁹. Efectivamente, en el escenario dibujado se puede entender que la

⁸⁹ Como explica la EM de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el legislador toma conciencia de la importancia de un consejo de administración bien gestionado para las empresas y en particular, para las sociedades cotizadas. En esta línea, se considera necesario regular “*la transparencia de los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros*”. En el contexto de las sociedades cotizadas, los administradores deben cumplir obligaciones legales específicas relativas a informar en relación con diferentes aspectos generales de organización de la sociedad y en particular, para dar publicidad a la información financiera de la misma. De forma más específica se contempla en la LSC que el consejo de administración de la sociedad cotizada, con informe a la junta general, dictará un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo, de acuerdo con la ley y los estatutos que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad, que deberá ser comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y será objeto de inscripción en el RM. Se trata de un instrumento propio de autorregulación del Consejo, que es oponible a terceros en base a su inscripción en el RM y que se debe diferenciar de otras formas jurídicas de autoorganización como es el caso de la delegación, el reparto interno de tareas o el apoderamiento. En el art. 540 LSC se comprende la obligación de las sociedades anónimas cotizadas de publicar con carácter anual un informe de gobierno corporativo. Con la denominación de Informe anual de gobierno corporativo se hace referencia a la información que con carácter anual deberán hacer pública estas sociedades, que será objeto de comunicación a la CNMV y que será publicada como hecho relevante. En este Informe se contendrán datos relativos a la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. En el apartado quinto del artículo 540 LSC se hace mención expresa a la obligación de la CNMV de realizar un seguimiento de la documentación o del informe de gobierno corporativo. Por otro lado, el consejo de administración ha de establecer el contenido de la información relevante que se ha de facilitar a través de la página web de la sociedad, con el fin de difundir la misma y así atender el ejercicio por parte de los accionistas del derecho de información. En el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de fecha 14 de octubre de 2013 se hace referencia a medios de relevancia para el control dentro de la sociedad. García-

responsabilidad de los administradores es también un mecanismo de protección de la información y un aspecto vital que tiende a forzar el cumplimiento por parte de los gestores de sus cometidos en este aspecto. Esto explica que el alcance y presupuestos de la responsabilidad de los administradores sea uno de los aspectos vitales que se trata desde el punto de vista del gobierno corporativo.

Por otro lado, el seguimiento por un organismo supervisor independiente del mercado como la CNMV en el marco de una política de *public policy*, también se convierte en un medio de control externo de gran calado que promueve el control sobre la organización interna de las sociedades y la protección del inversor a través de una información veraz y completa de la situación patrimonial y económica de la sociedad⁹⁰.

Tras la mención de estos otros medios de control, se aprecia que en definitiva la eficacia de todos ellos gira en torno a la información económica que trasladan los administradores a través de las cuentas anuales, y que por lo tanto, este medio de control relativo a la información económica es la base principal de todo el gobierno corporativo y todas las medidas legislativas o a nivel de autorregulación y buenas prácticas siempre tienen que tener presente dicho horizonte. Si la información económica y la transparencia que se deriva de su puesta a disposición de los interesados tienen tal trascendencia, se puede entender que al mismo nivel está la determinación de los deberes de los administradores relativos a la elaboración de dicha información. Como señala el Estudio de la Comisión de Expertos de fecha 14 de octubre de 2013, los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad son parte del núcleo central del gobierno corporativo y muestra de ello es la creencia de que existe una correlación entre un régimen adecuado de responsabilidad y el desarrollo de la confianza de los mercados de capitales.

La realidad es que en el cumplimiento por los administradores del deber de elaboración y posterior verificación de las cuentas anuales se cruzan otras profesionales que adoptan un papel muy relevante en la consecución del objetivo de obtener unas cuentas anuales fieles al principio de imagen fiel: los auditores externos.

Cruces González, J.A., “El control judicial del acuerdo por el que el Consejo de Administración formula cuentas anuales”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro en Homenaje al Prof. García Villaverde*, ed. Marcial Pons, I, Madrid, 2007, págs. 669 y ss.

⁹⁰ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...cit.*, pág. 72. Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores...”, cit. pág. 589. El autor afirma que es necesaria una Agencia gubernamental que imponga “la exigencia de un estándar mínimo de transparencia informativa” y “que provea de uniformidad a la revelación voluntaria, completa y sujeta a la legalidad de información”.

Por la importancia que alcanzan los deberes de los administradores y de los auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales y los deberes de los auditores como mecanismos de protección de la veracidad de la información de máxima entidad, se revela necesario entrar de forma específica a definir y detallar los contornos de estos deberes.

V.- CONCLUSIÓN

La información societaria veraz es la pieza clave para el buen funcionamiento de la sociedad, ya que a través de la misma los administradores dan cuenta de forma transparente de la gestión llevada a cabo de forma fidedigna y los interesados pueden tomar decisiones con conocimiento de la situación económica de la sociedad. La máxima consecución de la veracidad de la información societaria, es el modelo de transparencia que ha promovido el legislador comunitario y que ha sido adoptado en consecuencia por el legislador español en el marco de la economía de mercado en la que se asienta la libertad de empresa. El movimiento de *corporate governance* nos muestra los grandes esfuerzos que se han dirigido a todos los niveles en orden a la defensa de la ansiada transparencia. En todo este engranaje, la definición de los deberes de los administradores se ha contemplado como una pieza clave para salvaguardar la veracidad de la información societaria de índole económica.

CAPÍTULO II

DEBERES EXTRAPENALES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL PROCESO DE FORMACIÓN Y VERIFICACIÓN DE UNAS CUENTAS ANUALES VERACES

I.- LA LIBERTAD DE ADMINISTRAR CON RENDICIÓN DE CUENTAS VS LA LIBERTAD DE OPERAR EN EL MERCADO CON INFORMACIÓN VERAZ

Decía Kant que la libertad como independencia del arbitrio compulsivo de otra persona, puede existir siempre que se concilie con la libertad de los demás, según la ley general, siendo este el único derecho originario que corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad. Esta igualdad innata como⁹⁰: *“derecho a no ser vinculado por otros a más de aquello a lo que uno puede también vincularlos recíprocamente”* comprende, entre otras, *“la facultad de hacer en relación con otros todo aquello que en sí no menoscaba los derechos de estos, y siempre que ellos mismos no los tomen en sus manos”*, así como *“el derecho de comunicar a otros sus pensamientos, contándoles a prometiéndoles algo, bien sea verdad y sincero, bien sea incierto e insincero (veriloquium aut falsiloquium), ya que solo de los otros depende el que lo quieran creer o no”*. Como continúa explicando Kant, aquellos que menoscaban los derechos de los otros, aquellos que

⁹⁰ Kant, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, edit. Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 99. En relación con la última facultad o derecho a comunicar a otros sus pensamientos, apunta Kant: *“Decir algo falso intencionadamente, aunque solo sea por ligereza, suele llamarse de ordinario mentira (mendacium), porque, por lo menos, puede causar el daño de que aquél que la repite creyéndola verdad, sea tenido por un ingenuo y expuesto a la mofa de los demás. En sentido jurídico, empero, solo se llama mentira a aquella falsedad que viola el derecho de otro, como, por ejemplo, el fingir un contrato con el fin de apoderarse de los bienes de una persona (falsiloquium dolosum). Esta distinción entre conceptos muy afines no carece de fundamento, ya que cuando uno manifiesta sus pensamientos siempre deja al otro en libertad de juzgarlos como quiera; aunque también es cierto que la fama fundada de que el que habla es una persona a la que no se puede creer, está tan cerca de llamarle mentiroso, que la línea divisoria que separa aquí lo que pertenece al Ius de lo que pertenece a la ética, apenas es posible de trazar”*.

comunican o prometen a otros algo que no sea verdad y sincero con el consiguiente daño que ello supone, coartan la libertad innata de todo hombre. Dos libertades se confrontan entonces en la propuesta de Kant, la libertad de comunicar frente a la libertad de quienes se convierten en receptores de estas comunicaciones.

Kant plantea que la veracidad es absoluta e incondicionalmente exigible, sea cual sea el inconveniente que de ahí resulte, por lo que⁹¹: “*la verdad constituye un deber hacia uno mismo*”; deber absoluto, sin excepciones, que halla naturalmente su límite en la mala fe que pone su dialéctica al servicio de suprimirla”, siendo: “*el mayor ataque que puede serle hecho al deber del hombre hacia sí mismo, considerado solamente como ser mora. 49 humanidad en su persona) es lo contrario de la veracidad: la mentira*”. El deber para Kant es inseparable del derecho y constituye “*aquello que corresponde en un ser a los derechos del otro*”, de forma que donde no hay ningún derecho, no hay ningún deber.

De acuerdo con estas premisas, Kant explica que⁹²: “*al mentir –sea acerca de lo que sea-, cometo una injusticia de carácter general, en la parte más esencial del deber: esto es, hago, en aquello que a mí se refiere, que las declaraciones no tengan en general ningún crédito, y, por tanto, también que todos los derechos fundados en contratos desaparezcan y pierdan su fuerza, lo que supone una injusticia causada a la humanidad en general. Se define, por tanto la mentira como una declaración intencionalmente no verdadera hecha a otro hombre, y no hay necesidad de agregar que deba perjudicar a otra persona, como exigen los juristas en la definición que de ella presentan (mendacium est falsiloquium in praejudicium alterius). Pues haciendo inútil la fuente del derecho, ella perjudica siempre a otras personas, incluso cuando no sea un hombre determinado y sí a la humanidad en general*”. Existe así un deber de enunciar la verdad, aunque suponga un perjuicio al sujeto o a los demás.

⁹¹ Kant, I., *La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad*, cita de García, E. y Albiac, G., en *¿Hay derecho a mentir?*, edit. Tecnos, 2012, Estudio Preliminar, pág. XIII-XV.

⁹² Kant, I., *La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad*, cita de García, E. y Albiac, G., en *¿Hay derecho a mentir?*, cit. Kant 28-33. Constant, B., *La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad*, cita de García, E. y Albiac, G., en *¿Hay derecho a mentir?*, cit. pág. LXVII. Constant afirma que: “*Es un deber decir la verdad. El concepto de deber es inseparable del concepto de derecho. Un deber es aquello que corresponde en un ser a los derechos del otro. Donde no hay ningún derecho, no hay ningún deber. Por consiguiente, decir la verdad es un deber, pero solamente en relación a quien tiene el derecho a la verdad. Ningún hombre, por tanto, tiene derecho a la verdad que perjudica a otros*”.

De acuerdo con los términos propuestos por Kant, podemos ver que frente a las libertades de los individuos, el Derecho contempla determinadas situaciones jurídicas, de forma que, por un lado, confiere derechos y, por otro lado, establece límites que exigen que se comporten de determinada forma a través de la imposición de deberes jurídicos. El cumplimiento de los deberes por unos, garantiza el ejercicio legítimo de libertades por otros. Si trasladamos este juego de libertades y deberes al marco de un sistema de mercado, podemos ver que se confrontan por un lado la libertad de los administradores, que tienen la oportunidad de gestionar las sociedades con libertad de criterio y tienen que comunicar los resultados de dicha gestión a final del ejercicio mediante la elaboración de cuentas anuales que representen fidedignamente la imagen fiel de la sociedad y por otro lado, la libertad de los destinatarios de dicha información que están interesados en que dichas cuentas reflejen la verdadera situación económica de la sociedad, que les permita adoptar decisiones bajo su criterio de forma fundamentada basadas en dicha información veraz. La libertad de los administradores con la evolución del sistema de mercado se ha ido en cierta manera coartando a la vista de que, determinadas actuaciones abusivas, han mostrado que el sistema representaba desviaciones que venían motivadas por el excesivo poder que tenían estos sujetos en el ejercicio de sus cargos. El establecimiento de deberes por un lado supone coartar la libertad de los administradores, pero por otro lado, se reducen las posibilidades de que incurran en acciones desleales, convirtiéndose por tanto en un mecanismo claro de protección de la sociedad y del mercado.

La determinación del alcance de los deberes extrapenales que el legislador ha atribuido a los administradores de las compañías mercantiles en relación con la formulación de las cuentas anuales, es necesaria desde dos puntos de vista. Por un lado, solo una correcta delimitación de dichos deberes permitirá al sujeto que ejerce el cargo de administrador conocer a priori los deberes que comprende su cargo y desarrollar los cometidos asignados por los cauces claros comprendidos en la norma. En particular, es importante determinar los deberes generales atribuidos a los administradores, como son el deber de administrar y gestionar la sociedad en conjunción con los más específicos de diligencia y lealtad en orden a proyectar cómo juegan los mismos en la definida competencia de formulación de las cuentas anuales. Efectuado dicho ejercicio, será posible concluir si efectivamente los administradores están sujetos a un deber de veracidad y cuál es su verdadero ámbito de aplicación, a la vista de la singularidad del contenido de las cuentas anuales. Por otro lado y en contrapartida con esta regulación exhaustiva de los deberes encomendados, aquel administrador que decida incumplir y actuar de espaldas a la Ley, conocerá que su conducta podrá conllevar el que incurra en responsabilidad por su incumplimiento, e incluso podrá

concretar el alcance de dicha responsabilidad penal en términos de seguridad jurídica. Solo una definición precisa de dichos deberes, permitirá que los mecanismos por los que se le podría llegar a atribuir una responsabilidad penal sean efectivos, pues difícilmente podrá entrar en aplicación el mecanismo de la responsabilidad, si no se puede determinar previamente qué conductas son las que la conllevan.

Del análisis de la legislación vigente, interpretada de forma acorde a los usos y los Códigos de Buen Gobierno se desprende que los administradores están sujetos en el ejercicio de su cargo a una serie de deberes genéricos, pero que los mismos se entrelazan con otros específicos y, entre estos últimos, aquellos que se dirigen a proporcionar a la propia sociedad, a los socios de la entidad que administran o a terceros información sobre la situación económica de la misma. Por estas razones, en el marco del presente trabajo es preciso entrar a analizar primero los deberes impuestos a los administradores con carácter general, que tienen relación directa con el deber concreto de elaboración de las cuentas anuales, y después los específicos referidos a dicha formulación de las cuentas anuales.

II.- LOS DEBERES GENERALES ATRIBUIDOS POR LEY A LOS ADMINISTRADORES

Los administradores asumen las funciones de representación y de administración o gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad en todo lo referido al objeto social. Si se asume la posición mayoritaria que conceptúa al administrador como un órgano social, se concibe su relación con la sociedad como un acto unilateral de nombramiento por el que se le atribuye poder. La ocupación de esta posición orgánica presupone de forma automática la asunción de una serie de deberes típicos cuyo efecto es directamente imputable a la sociedad⁹³.

1.- El deber de administrar

En la LSC se contemplan como funciones del órgano de administración, la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en la Ley⁹⁴. El ámbito competencial a favor de los administradores viene establecido así por la Ley con carácter expreso por primera vez en nuestro sistema. En los supuestos de pluralidad de administradores, esta atribución de competencias se refiere al órgano de administración en

⁹³ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil...* cit. pág. 959.

⁹⁴ En este sentido, los arts. 209 y 233 LSC.

su conjunto y dependiendo de la modalidad de organización, tomarán las decisiones de forma conjunta, mayoritaria o indistinta.

El administrador tiene como deber fundamental el de “administrar” la sociedad⁹⁵. No existe una definición expresa del deber de administrar en la Ley, pero su alcance se puede inferir del propio término administrador. Este deber principal vendrá determinado por la suma de todos los deberes atribuidos específica e implícitamente por la Ley y por los Estatutos, en el marco de las disposiciones generales que regulan la operativa de las sociedades mercantiles⁹⁶. El deber de acometer la función de administración que dimana de la posición orgánica de los administradores, expresa así el conjunto de cometidos que tienen que cumplir los administradores en la gestión del patrimonio desde su proyección dinámica en aras a la defensa del interés social⁹⁷ y comprende aspectos organizativos, la ejecución de los acuerdos de la Junta General y la adopción de las decisiones necesarias que exige el desarrollo de la vida social⁹⁸. El administrador asume la obligación de organizar, gestionar y rendir cuentas de la administración de la sociedad, para lo cual debe desarrollar, entre otros cometidos y por lo que a esta tesis atañe, el de informar a los accionistas, emitir documentos societarios esenciales, formular y firmar las cuentas anuales y redactar el informe de gestión, así como depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

La Ley también atribuye a los administradores la función de representar a la sociedad en juicio o fuera de él. Se trata de una representación de carácter legal que se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. De este modo, no es admisible limitar las facultades representativas de los administradores frente a terceros, aunque dicha limitación se inscriba en el Registro Mercantil.

En el ejercicio de estos cometidos, el administrador está sujeto a una ética empresarial y social, que le exige actuar lealmente en el ejercicio de sus obligaciones⁹⁹. Este

⁹⁵ Fernández de La Gándara, L., *Derecho de Sociedades*, Volumen I, edit. Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2010, pág. 685.

⁹⁶ Como dispone la secc. 171 de la *Companies Act* inglesa de 2006 relativa al deber de actuar dentro de sus facultades: “*El administrador de una compañía debe: a) Actuar de acuerdo con los estatutos de la compañía, y b) Solo ejercitar sus poderes para los propósitos con los que se le atribuyeron*”.

⁹⁷ Quijano González, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, edic. Simancas, S.A., Valladolid, 1993, págs. 154 y ss.

⁹⁸ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil...* cit. pág. 958. Explican los autores cómo en las grandes sociedades se acentúa la relevancia de esta función, ya que el órgano de administración suele concentrar y unificar en sus manos el control absoluto sobre la marcha de la empresa y con participaciones muy reducidas pueden controlar el desarrollo de las Juntas y ejercer las facultades gestoras libremente, al margen de cualquier control por los accionistas. El control de este poder de gestión autónomo ha impulsado el movimiento *corporate governance*.

⁹⁹ En este sentido, los arts. 212 a 226 LSC.

principio ético se ha materializado legalmente en una exigencia y deber jurídico de que el administrador cumpla con sus cometidos con la diligencia de un ordinario empresario y de un representante leal. En efecto, el modelo de conducta del administrador debe ser el de un “ordenado empresario” que aplica conocimientos técnicos objetivamente ostensibles, que exigen un nivel de diligencia profesional al informarse sobre la marcha de la actividad y una actuación leal en aras a defender los fines sociales. En la línea mantenida por la doctrina mayoritaria, se puede afirmar que este conjunto de deberes que comprende la administración de la sociedad implican una obligación de medios y no de resultado¹⁰⁰.

Tanto la doctrina como el legislador han venido trabajando en la concreción y configuración de los deberes generales que comprenden una actuación legítima por parte del administrador, con el fin de eliminar o disminuir las posibles actuaciones por parte de los administradores en contra del interés social. En esta línea, la doctrina ha enfatizado la necesidad de considerar dos grandes grupos de deberes, que se distinguen en cuanto a su configuración y en cuanto a las consecuencias que conlleva el incumplimiento de los mismos¹⁰¹. Por un lado, se encuentran los denominados deberes de diligencia y, por otro lado, los llamados deberes de lealtad. No obstante, sin perjuicio de la necesaria diferenciación, es importante subrayar que unos y otros se verán sometidos a una adaptación, adecuación y graduación en función de las circunstancias y contexto en el que son aplicados¹⁰². En relación con esta distinción, ya se puede adelantar que los incumplimientos de los deberes generales de los administradores que podrán tener relevancia penal se contraen a los que han sido clasificados como tales en el grupo de deberes de lealtad. Por ello, se muestra relevante determinar las causas por las cuales estos se diferencian de los deberes de diligencia.

¹⁰⁰ *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, edit. Garrigues, J. y Uría, R., Madrid, 1976, pág. 59. Garrigues afirma que: “los administradores no responden del éxito de su gestión, sino tan solo de haber adoptado todas aquellas medidas que, en el caso concreto, un ordenado comerciante y un representante leal suelen adoptar en el planteamiento y ejecución del negocio que se trate”.

¹⁰¹ Garrigues Díaz-Cañabete, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 6ª edic. revisada por Alberto Bercovitz, edit. Aguirre, S.A., Madrid, 1972, págs. 426-427. Las siempre avanzadas ideas del Maestro Garrigues, ya apuntaban a la necesidad de diferenciar entre supuestos de mera diligencia de los supuestos de deslealtad: “Pero no responde el administrador de toda falta de diligencia por leve que sea. Solo responde del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Esta materia es de orden público. Por tanto, será nulo el pacto que de antemano excluya o limite la responsabilidad de los administradores por dolo o negligencia grave”. Paz Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, Working Paper nº 162, Barcelona, octubre de 2003, www.indret.com, pág. 5. Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad...pág. 947. Indican los autores que en relación con el Derecho estadounidense se afirma que: “la historia del Corporate Law es principalmente la historia del desarrollo del contenido operativo del deber de lealtad (Clarck en Guerra Martín...), puesto que la delimitación previa de los deberes es necesaria para determinar cuándo ha existido un incumplimiento (Garrigues, 1976)...”.

¹⁰² Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios....., cit. pág. 933.

En lo que se refiere a su aplicación subjetiva, este conjunto de deberes generales atañen a todo tipo de administrador, ya sea de derecho o de hecho, con independencia de que se clasifiquen como ejecutivos, dominicales o independientes.

En particular, en el estudio del proceso de elaboración de las cuentas anuales se podrá comprobar perfectamente cómo confluyen estos deberes generales que atañen al administrador, puesto que a través de esta documentación el administrador da cuenta de toda su gestión y de sus resultados. Como a continuación se desarrollará, el fin común de la representación veraz e imparcial o la imagen verdadera y fiel es el resultado del cumplimiento de unas normas de conducta empresariales que atañen a los administradores. Estas normas obligan a responsabilizarse de que las cuentas muestren una representación lo más exacta de la empresa, su imagen fiel.

Con carácter previo al análisis de los deberes particulares referidos al proceso de elaboración de las cuentas anuales, es necesario desgranar los puntos esenciales que comprenden los deberes genéricos de actuar con diligencia y con lealtad, ya que estos son la guía que van a permitir encauzar correctamente el análisis de cualquier actuación de un administrador. En este sentido, suscribo lo dispuesto en el Código de Buen Gobierno de 8 de enero de 2003, en el que se afirma que para tratar de una manera correcta los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad, se ha de separar nítidamente el aspecto de la creación de valor y beneficios de la empresa, del aspecto relativo a la distribución de ese valor, para distinguir correlativamente el deber de diligencia y el deber de lealtad, dentro del conjunto de los deberes fiduciarios de los administradores¹⁰³.

2.- El deber de diligencia

2.1.- Desarrollo del concepto “ordenado empresario”.

En el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se prescribía que los administradores debían desempeñar el cargo con “*la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal*”, lo que suponía una fórmula reforzada de asunción de diligencia profesional frente a la común establecida por el Código Civil referida al buen

¹⁰³ Sánchez Calero, F., *Los administradores*....cit. pág. 22. Se indica que los administradores están sujetos a dos imperativos: “*maximizar la creación de valor, no entendiéndolo ni única ni principalmente como valor de cotización bursátil en un determinado momento, y distribuir correctamente ese valor o beneficio*”.

padre de familia¹⁰⁴. Posteriormente, el artículo 127 de la Ley de 25 de julio de 1989 integraba la misma fórmula con el matiz de que se cambiaba la mención al comerciante por la del empresario: “ordenado empresario”. En la actualidad, el artículo 225 LSC es el precepto que rige la diligencia con la que el administrador debe actuar y precisa que esta diligencia comprende el cumplimiento de los deberes legales como un “ordenado empresario”, según la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas¹⁰⁵. En la Ley 31/2014 se contempla con carácter expreso este deber y se entiende que el mismo se proyecta igualmente en un impulso de la cultura de innovación y en la sana asunción y gestión de los riesgos. La exigencia de que ejerza el cargo con la diligencia de un ordenado empresario es una cláusula general que ha de regir la actuación de todo administrador, con independencia de la forma de administración que se haya adoptado en la sociedad.

La cuestión se debe centrar en si es posible llegar a una conclusión certera de que el administrador ha actuado conforme con el deber de diligencia que le compete y cuáles son los criterios aplicables para ello.

La diligencia integra el contenido de la prestación debida de administrar y también es la medida de la culpa a efectos de imputación subjetiva¹⁰⁶. Con carácter genérico, el artículo 1104 Cc establece que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Por este motivo, el alcance de la diligencia dependerá en primer grado de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La diligencia debida tiene que ser determinada de acuerdo con el tipo de actividad y el nivel de implicación que puede ser requerido a una persona normal, razonable y prudente en el marco de las circunstancias específicas del caso. Si bien los administradores no son empresarios como tales, el nivel de diligencia exigido es el de un

¹⁰⁴ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios.....”, cit. págs. 922-928. Como explica Quijano, esta fórmula se puede considerar avanzada frente a sistemas comparados e incluso frente al desarrollo legislativo a nivel comunitario. Quijano González, J., “Deberes fiduciarios de los administradores”, en AAVV. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Gobierno Corporativo* (Coord. Cándido Paz-Ares), edit. La Ley, 2009, Madrid, pág. 165.

¹⁰⁵ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario.....*, cit. pág. 125. En relación con el anterior art. 79 de la Ley de 17 de julio de 1951, los autores subrayaban que “la Ley no imponía una diligencia concreta (*diligentiam quom in suis rebus adhibere solet*), sino un tipo abstracto de diligencia que no era la del mandatario contemplada en la legislación francesa y en la italiana correspondiente a un buen padre de familia”. Al abandonar la tesis del mandato, se consideraba un nivel de diligencia propia de los empresarios y gestores, que indica un plus frente a la fórmula del buen padre de familia.

¹⁰⁶ Esteban Velasco, G., “La administración de las sociedades de capital”, RDS nº 36/2011, Editorial Aranzadi, S.A., consultado en aranzadidigital.es, pág. 4.

“ordenado empresario”¹⁰⁷, cuyo alcance se ha de medir en el ámbito en el que necesariamente han de desarrollar su cargo. En particular, si se trata de circunstancias técnicas serán estas las que marquen el contexto y límites de dicha diligencia. La medida de la diligencia dependerá de cada caso.

Como respuesta a esta pregunta, se debe tener en cuenta primeramente que la expresión “ordenado empresario” tiene diversas connotaciones. La medida de la diligencia debida en el marco de un profesional que interviene en la esfera societaria puede considerarse más alta que la del simple buen padre de familia, dado que “ordenado” significa algo distinto y de más calado que el simple apelativo de “buen” que acompaña al padre. Se aplica entonces a un buen profesional, que es prudente en su actuación, y que actúa de forma acorde a las normas que rigen su actividad. La diligencia media a este respecto se debe considerar un parámetro flexible a ponderar en función de las circunstancias del administrador, su posición en la sociedad, las características de la sociedad, del sector en el que actúa dentro del mercado en general y de la legislación a la que se somete, todo ello teniendo en cuenta que debe reconocerse un margen razonable de discrecionalidad empresarial¹⁰⁸. El ordenado comerciante debe conducir la actividad de la sociedad de forma prudente y organizada en función del interés social¹⁰⁹, sometiendo su gestión a una determinada disciplina, lo que permite fiscalizar su actuación en las diversas funciones que le atañen y al tiempo excluir de forma implícita toda decisión arbitraria y sin justificación. En este sentido, se ha de hacer mención a los usos que rigen en el ámbito empresarial en general y, en particular, los que se han desarrollado en cada tipo de sociedad dentro de su sector de actividad.

El profesional, el empresario y por extensión el administrador asumen la realización de actividades que requieren formación específica. También se tiene que tener en cuenta el nivel de conocimientos técnicos que han desarrollado en algún concreto aspecto y en relación con el conocimiento medio que se puede exigir al profesional medio y, en su caso, al profesional que se considera experto en la materia. La pericia y técnicas que se pueden considerar exigibles de acuerdo con la evolución técnica del sector en el que actúan los

¹⁰⁷ Apunta Sánchez Calero, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, 2005 que por “ordenada” se ha de considerar “en el sentido de que ha de llevar a cabo una regular y prudente administración.”

¹⁰⁸ Quijano González, J., “Deberes fiduciarios de los administradores”, cit. pág. 171. Se debe medir, según el autor, “el riesgo de empresa”. La obligación de diligencia se instituye como una obligación de medios.

¹⁰⁹ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario...*, cit. pág. 126. Como desarrollan los autores, la fórmula de la diligencia que imponía al administrador el art. 79 no debía entenderse como una fórmula rígida, sino “*adaptada a las circunstancias y a las exigencias concretas de cada sociedad*”.

administradores. Se debe entonces aplicar este concepto de ordenado empresario en el marco de la situación concreta a la que se enfrenta en el ejercicio de su actividad y se mide si ha actuado como una persona razonable a la hora de valorar los riesgos, implicaciones y daños en el ámbito de su actividad y en relación con el mercado y sector industrial en el que opera.

De acuerdo con estos criterios objetivos, se puede valorar si esa persona ha actuado con diligencia debida, con atención, con persistencia y con conocimientos técnicos y profesionales, con la consideración, dedicación y sacrificios debidos¹¹⁰. Desde la perspectiva subjetiva, la diligencia debida requiere medir las consecuencias que se prevé que se van a producir en el caso concreto. En síntesis, es necesario tener en cuenta estas pautas generales que permiten concretar de forma objetiva y subjetiva si la intervención del administrador ha estado sujeta a los cánones establecidos¹¹¹ y a los deberes dirigidos a la protección del interés de la sociedad y accionistas¹¹². Por el contrario, la negligente actuación sin acatar estas reglas mínimas puede conllevar, según las circunstancias, el que se incurra en responsabilidad.

¹¹⁰ Las sentencias dictadas en el orden civil en las que se valora la falta de diligencia de los administradores por no presentar las cuentas anuales o por no presentarlas en plazo obtienen pronunciamientos de diversa índole. En unos casos se aprecia la existencia de una conducta negligente y en otros el mero incumplimiento de formalidades que no conlleva la asunción de responsabilidad civil.. La STS (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 286/2005 de 26 abril. RJ 2005\3767, se refiere a los supuestos en los que no se presentan las cuentas de dos ejercicios en el Registro Mercantil y se concluye con cita a la sentencia de 17 de junio de 2004, *que: “este incumplimiento que por Ley se impone a los administradores no es bastante para ser considerado como causa de daño o perjuicio alguno para los acreedores que demandan”*. En relación con la valoración de un mero retraso en la presentación de las cuentas y en la potencial negligencia en la que ha podido incurrir el administrador, establece el TS (Sala de lo Civil, Sección1ª) en su sentencia núm. 197/2006 de 7 marzo. RJ 2006\1078: *“Por ello debe confirmarse la sentencia recurrida cuando considera que el retraso del administrador único Sr. Blas no fue ni culpable ni negligente, porque aunque insuficientes, las cuentas se presentaron en la citada Junta, acordándose por la misma una nueva reunión para aprobarlas cuando se hubieran completado y por ello mismo, no resultó lesionado el derecho a la información del Sr. Rodrigo”*. En la STS (Sala de lo Civil) núm. 207/2003 de 6 marzo, RJ 2003\2547 se hace referencia a la dejación de deberes como incumplimiento del deber de ordenado empresario. En la STS (Sala de lo Civil) núm. 845/2002 de 23 septiembre, RJ 2002\7837 se refiere a un caso en el que el administrador incumplió con la obligación imperativa de formular las cuentas anuales a partir del cierre del ejercicio social y se privó por tanto a la sociedad proveedora de poder conocer el estado económico de la demandada, que no pudo conocer que al tiempo de contraer las deudas se estaba atravesando una grave e intensa crisis económica deficitaria”. En la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª), núm. 140/2005 de 11 marzo. RJ 2005\2228 se refiere a un supuesto en el que no se han presentado las cuentas anuales: *“...la Administradora ha omitido el deber de diligencia adecuado para el ejercicio de su cargo.... y sin que aparezca demostrado en autos la solvencia de la Sociedad para hacer frente a la deuda social con el actor, nos lleva a la conclusión de que la Administradora debe responder con la entidad codemandada de la deuda social...”*

¹¹¹ El Informe de la Comisión destaca la obligación de una correcta selección de los administradores y la definición de sus deberes, derechos y obligaciones en relación con el interés general de la sociedad y de los accionistas.

¹¹² Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad....cit. pág. 939.

La doctrina mercantilista se ha centrado en el análisis del deber de cuidado exigible a los administradores de las sociedades mercantiles, sacando conclusiones muy interesantes sobre el alcance de este deber. Paz-Ares delimita el deber de cuidado como aquel por el que se exige que “*los administradores inviertan una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión y supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor*”¹¹³. Como señala Sánchez Calero¹¹⁴, se trata de una obligación de medios y no de resultado, medios que, en definitiva, implican el debido estudio, análisis, obtención de información, asesoramiento y justificación de las decisiones adoptadas de forma objetiva y sin atender a intereses particulares.

El artículo 225.2 LSC ha traducido estos parámetros propuestos por la doctrina en una exigencia de “dedicación adecuada” y de “adopción de medidas de buena dirección y control de la sociedad”. Se exige en este sentido que los consejeros asistan personalmente a las sesiones que se celebren, sin perjuicio de la posible delegación de su representación, que intervengan en la dirección de la sociedad y que mantengan en todo momento una posición activa en las labores de supervisión de la sociedad. En definitiva, tienen el deber de participar en la dirección y de vigilar que todo lo que está a su alcance se está haciendo correctamente. Las cualidades de profesionalidad, eficacia y responsabilidad no admiten la pasividad en el ejercicio del cargo, sino que se les requiere en todo momento mantener una conducta activa y estar al corriente de las cuestiones que atañen a la sociedad¹¹⁵.

¹¹³ Paz Ares, C., “Retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores” en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro Homenaje al Prof. D. José Antonio Gómez Segada* (coord. A. M^a Tobío Rivas), edit. Marcial Pons, 2013, Madrid, pág. 16. Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com, Barcelona, 2003, pág. 5.

¹¹⁴ Sánchez Calero, F., *La responsabilidad de los administradores...*cit. pág. 167

¹¹⁵ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario...*cit. pág. 127. El desempeño del cargo implica cumplir las obligaciones inherentes al mismo, mientras que “*unas están mencionadas en la ley y otras se deducen lógicamente de la cualidad de administrador, o sea, de gestor de los intereses sociales*”. En este sentido, en el Código de Buen Gobierno de febrero de 2015, al igual que lo hacía el Informe Aldama, se pide del administrador que durante el ejercicio de su cargo muestre dedicación y siga de forma regular las cuestiones relativas a la administración de la sociedad. Esta dedicación se traduce en la exigencia de participar activamente en las deliberaciones y decisiones del órgano de administración y en sus Comisiones, lo que implica acudir, informarse, expresarse e instar de los restantes consejeros su concurrencia a la decisión más favorable para el interés social. De esta forma, se puede apreciar que la falta de asistencia a las sesiones del consejo solo debe producirse en situaciones excepcionales y, por tanto, ser justificada. La ausencia de los administradores no altera el estatuto de responsabilidad civil, ya que si ésta no está justificada es una manifestación de falta de diligencia del administrador en el ejercicio de sus funciones. No obstante, el hecho de no poder asistir, dependiendo de la circunstancia por la que está impedido, no le exime automáticamente de cumplir con su cometido y en la medida de lo posible, deberá instruir de su criterio al consejero que le represente. Como disponía el Código Conthe, el nuevo Código exige que en los supuestos en los que la representación sea imprescindible, se otorgue representación con instrucciones.

Se debe entender que la idea que preside en todo momento es que la función que tiene encomendada el administrador se desarrolle con eficacia, por lo que deberán evitar que ninguna circunstancia pueda interferir significativamente en el ejercicio de sus funciones¹¹⁶. Dada la amplitud con la que se ha estipulado este deber que incumbe a los administradores, la interpretación de su alcance debe quedar sujeta, por un lado, a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas y, por otro lado, a las circunstancias propias de cada sociedad y del contexto en el que se ejerce el cargo¹¹⁷.

La diligencia exigida tendrá notas diferentes en función del órgano elegido, en la medida en que, por ejemplo, en el seno del Consejo de Administración de una sociedad cotizada se arbitran mecanismos por los que la información ha de ser facilitada por unos cauces definidos. En el seno del Consejo, el acatamiento de este deber implica que todos los consejeros, ejecutivos o no, desempeñen su cargo de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales. El mismo habrá de orientar su actuación hacia la participación efectiva en las reuniones del Consejo, así como en las Comisiones que forme parte. Por tanto, en el supuesto de un órgano colegiado, el sometimiento al deber de diligencia presupone que se unifiquen de alguna forma las pautas que han de seguir en el desempeño de su cargo. Sin perjuicio de que el deber de diligencia compete a cada administrador individualmente considerado, también cabe admitir la existencia de supuestos en los que se pueda medir la diligencia de varios administradores que actúan conjuntamente o del Consejo en sí.

Con la “naturaleza del cargo”, se está refiriendo el legislador a los distintos tipos de administradores, entre los que se pueden distinguir los consejeros ejecutivos y los no ejecutivos, y la referencia a las “funciones” atribuidas, se proyecta en la división y especialización del trabajo en el seno del órgano, como pueden ser los distintos miembros de las comisiones. La específica estructura y actividad de la sociedad permitirá extraer las particularidades que deben considerarse para medir la diligencia exigida al concreto administrador¹¹⁸. La administración diligente de una sociedad exige medir en cada caso

¹¹⁶ En el Código de Buen Gobierno de Conthe primero se establecía que los consejeros debían dedicar a su función el tiempo y el esfuerzo necesarios para desempeñarla con eficacia y después se concretaba que debían evitar interferencias en el ejercicio de su cargo, como así exigía la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2015.

¹¹⁷ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad...cit. pág. 938.

¹¹⁸ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios...”, cit. pág. 937. Se especifica que *se debe objetivar el estándar del ordenado empresario de acuerdo con lo que hubiera debido hacer un empresario ordenado en el caso, de acuerdo con el modelo de conducta exigible, materializado en*

puntual la conveniencia de resolver con conocimiento de las circunstancias que están al alcance del administrador y a las que puede acceder de acuerdo con un cumplimiento escrupuloso de las obligaciones que le exige la Ley. En este sentido, podrá tomar decisiones que si bien desde una óptica ajena al administrador pueden considerarse arriesgadas o temerarias, en realidad no lo son porque el administrador puede contar con información determinante que marca la justificación y prudencia del proyecto u operación. Es en este sentido, cuando se debe remarcar el hecho de que el administrador puede acometer proyectos de riesgo, pero que debidamente medidos, resultan en términos de diligencia prudentes, con independencia de que los resultados de los mismos puedan ser extraordinariamente positivos o verdaderamente desastrosos. La información por tanto con la que cuentan es determinante en este sentido para medir la diligencia con la que han actuado¹¹⁹.

Es importante la mención incluida en el artículo 225.3 LSC relativa a que la obligación de obtención de información suficiente es un deber y un derecho que asumen los administradores individualmente¹²⁰, que es particularmente relevante en el marco del cometido específico de formulación de las cuentas anuales. Igual que el resto de los deberes, se impone singularmente a todo administrador y debe presidir el desempeño de su cargo. Ciertamente, el contenido y alcance de la información que han de adoptar para poder deliberar y tomar decisiones sobre las diferentes cuestiones no puede ser determinado a priori, ya que, dependerá del tipo de sociedad ante la que nos encontremos, la actividad objeto de la misma y la envergadura de las operaciones que realicen. El objetivo prioritario de contar con estos datos es que el administrador tenga la posibilidad de hacerse un juicio objetivo e independiente sobre el funcionamiento general de la administración de la sociedad. Se requiere al administrador mantener una actitud proactiva, de forma que debe medir sus concretos conocimientos y capacidades y obtener cuantos datos sean precisos para deliberar y votar con los elementos necesarios para ello.

niveles objetivables de dedicación al cargo, atención y cuidado de las funciones, adopción de iniciativas, ejercicio de facultades, etc.

¹¹⁹ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario...*, cit. pág. 126. Como señalan estos autores, los administradores no responden del éxito de gestión de adoptar las medidas necesarias que correspondan.

¹²⁰ Sánchez-Calero, *La responsabilidad de los administradores...* cit. pág. 174. Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad....” págs. 943-948. *El cumplimiento de deber de informarse exige que conozcan el estado de la sociedad, lo cual se proyecta básicamente en el conocimiento de la documentación contable....*”. Citan los autores a Morillas Jarillo y otros para afirmar que: “los deberes fiduciarios reflejan niveles de responsabilidad más intensos que los reflejados en relaciones contractuales, al menos en cuatro aspectos: reglas más estrictas de transparencia, un mayor deber de diligencia, una estrecha exigencia de no aprovechar su posición para fines distintos de los intereses de los accionistas y, en general, un deber moral de fidelidad”.

Las decisiones sobre la marcha de la sociedad, junto al cumplimiento de los demás aspectos derivados del deber de cuidado, tales como las exigencias de atención y profesionalidad, de prudencia y vigilancia, no pueden cumplirse eficazmente sin que los administradores dispongan de información constante, actual y fiable¹²¹. El deber de información del administrador solo puede concebirse racionalmente si puede ser ejercitado de forma efectiva, de modo que todo administrador debe poder acceder a la información disponible en la sociedad para conocer con detalle la marcha de la misma y a inspeccionar la documentación y archivos de la sociedad de forma ilimitada¹²². El deber de obtener de información que corresponde a todo administrador ha sido considerado esencial en el seno del Consejo de acuerdo con lo dispuesto en el Principio número 15 del Código de Buen Gobierno aprobado en febrero de 2015, en el que se establece que los consejeros contarán con la información suficiente y adecuada para el ejercicio de sus funciones, así como con asesoramiento debido¹²³. Este deber de informarse sobre las materias que son competencia del Consejo de Administración no se pierde por el hecho de que se haya producido una delegación de facultades en algún aspecto concreto, ya que, en dicho caso el citado deber perdurará por la obligación de control del Consejo¹²⁴. En conexión con lo anterior y como se desprende del citado Principio número 15, cuando la información facilitada al administrador sea de gran complejidad o su contenido se refiera a cuestiones que no pueden valorar o analizar convenientemente, deberá obtener la colaboración y asesoramiento técnico oportuno¹²⁵.

¹²¹ Rivas, V., Comentario al artículo 225 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. E. Beltrán y A. Rojo), Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 1618.

¹²² El artículo 237 LSC dispone que responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

¹²³ En este sentido, se establece en el apartado de “Aspectos generales”, así como en detalle en el Principio 15 del Código relativo a la información y asesoramiento de los consejeros, que comprende las recomendaciones 29 a 32. Todos los miembros del Consejo tendrán acceso a toda la información comunicada a dicho órgano y podrá exigir, a través del Presidente, otra información necesaria para el cumplimiento de su misión. El Informe Aldama también se refería a este deber.

¹²⁴ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario...*cit. pág. 139. Se plantean los autores si en los supuestos de administradores delegados o, en general, administradores con la atribución de funciones específicas existe una exención automática de responsabilidad y sostienen que: “*es lógico que los demás administradores no respondan de la culpa en que haya podido incurrir el administrador delegado, la comisión ejecutiva o el administrador investido de funciones específicas*”. Responderán de la negligencia grave en la vigilancia de la actuación del administrador delegado, de la comisión ejecutiva o del administrador investido de funciones específicas. De esta forma: “*La culpa in comittendo se transforma en culpa in vigilando y el Consejo de administración cambia su fisonomía para convertirse en un verdadero órgano de control sobre la base, claro está, de que la delegación haya sido hecha legalmente*”.

¹²⁵ En este sentido, el Código de Buen Gobierno de Conthe establecía que todos los consejeros tendrán derecho a obtener de la sociedad el asesoramiento preciso para el cumplimiento de sus funciones de supervisión.

Como cláusula de cierre, se debe hacer referencia a la exigencia recogida en la Recomendación 28 del Código de Buen Gobierno de reciente aprobación, en la que se pide a los consejeros o al secretario que cuando manifiesten preocupación sobre alguna propuesta o, en el caso de los consejeros, sobre la marcha de la sociedad y no queden resueltas en la sesión correspondiente, se deje constancia en acta. Esta regla resulta muy importante, ya que, la adecuada o inadecuada observancia de la misma puede tener posteriormente mucha relevancia para enjuiciar el cumplimiento del deber de lealtad. Lo importante es que en el seno de la sociedad se conozca en todo momento la postura del administrador en situaciones conflictivas¹²⁶.

Este estudio no puede considerarse completo sin hacer una breve mención al deber de cuidado desde la perspectiva del derecho inglés, en cuya *Companies Act* de 2006 se comprende un precepto muy conciso sobre la diligencia debida de los administradores¹²⁷. En el sistema inglés el deber de diligencia ha llevado a tribunales y doctrina a desarrollar de forma continua un cuerpo de criterios que delimitan lo que debe considerarse como una conducta diligente por parte de un administrador. Todos los administradores requieren un nivel mínimo de cuidado y su medición requiere atender a las "funciones llevadas a cabo por el administrador competente" (secc. 174 de la *Companies Act*). La exigencia de que se trate de profesionales con una alta cualificación se debe tener en cuenta en todo momento. Un administrador debe aplicar el conocimiento, la pericia y experiencia que razonablemente cabe esperar de un profesional con este cargo. Se diferencian dos partes en el deber, una objetiva y una parte subjetiva. La objetiva requiere responder al interrogante de qué habría hecho otra persona con dichos conocimientos y experiencia y la subjetiva requiere plantear los conocimientos y la experiencia del administrador competente para determinar si ha cumplido con su deber.

El administrador puede delegar sus funciones en otra persona pero él es el responsable en todo momento de asegurar que la persona a quien delega está cualificada para que dicha delegación sea considerada adecuada. Aunque el deber de cuidado se exige

¹²⁶ En el Informe Aldama ya se hacía mención a la obligación del administrador de instar la convocatoria de reuniones del Consejo cuando lo estime pertinente en defensa del interés social y de mostrar su oposición a los acuerdos contrarios a la Ley, a los Estatutos o al interés social.

¹²⁷ En la secc. 174 de la *Companies Act* inglesa de 2006 relativa al deber de ejercer un cuidado razonable, habilidad y diligencia se dispone que: (1) *El administrador de una compañía debe ejercer un cuidado razonable, habilidad y diligencia;* (2) *Se refiere al cuidado, habilidad y diligencia que serían llevados a cabo por una persona suficientemente diligente con:* (a) *El conocimiento general, habilidad y experiencia que podría razonablemente esperarse de una persona que lleve a cabo las funciones que realiza el administrador en relación con la compañía,* y (b) *El conocimiento general, habilidad y experiencia que el administrador tiene.*

a todos los administradores, solo se podrá medir verdaderamente su desempeño si se atiende a sus concretas funciones como ejecutivo o no ejecutivo. Un administrador ejecutivo experto en asuntos financieros puede considerarse diferente a un administrador ejecutivo especializado en el ámbito de la ingeniería. Lo mismo puede decirse también de los administradores no ejecutivos. La lista de criterios que los administradores tienen que tener en cuenta al tomar decisiones no es exhaustiva y los mismos siempre deben considerar todos los factores relevantes. La diligencia que deben alcanzar los administradores no significa que deban ser necesariamente expertos en contabilidad, en asuntos financieros, y en todas las áreas de gestión y de administración de la empresa social, pero sí quiere decir que sus decisiones deben ser informadas y meditadas, sobre la base de sus conocimientos y de la asunción de riesgos y no de la improvisación irresponsable o negligente.

En síntesis, con todos los parámetros obtenidos del derecho comparado y los desarrollados por la doctrina y jurisprudencia española se puede puntualizar que el deber de diligencia que se exige a un “ordenado empresario”, comprende el que el administrador de forma activa muestre una predisposición al cumplimiento de todos los cometidos que implica el ejercicio del cargo. Entre estos cometidos se puede destacar en lo que respecta a esta tesis y al cometido concreto de formular las cuentas anuales, los de tener una dedicación absoluta a la Sociedad, informarse proactivamente en todo momento sobre todos los aspectos decisivos para la marcha de la misma, obtener el asesoramiento debido interno o/y externo que le permita valorar en forma el alcance y trascendencia de sus decisiones en materia de contabilidad y elaboración de cuentas anuales, mantener un nivel de conocimientos técnicos y de “*expertise*” acorde a las obligaciones que implica el cargo de gestión y supervisión, y todo ello siempre con el enfoque final de acometer de forma eficaz el interés social común, como equivalente a la maximización del valor de la sociedad.

Como se desarrollará más adelante, el administrador debe cumplir con diligencia su deber de formulación de las cuentas anuales y la medición del cumplimiento de este deber dependerá de la sociedad, del sector en el que opera, del tipo de órgano de administración y en su caso, del tipo de consejero, del grado de competencia sobre la materia, de las funciones asumidas, así como de la verificación de si el administrador ha cumplido una serie de exigencias en la toma de decisiones relativas a las cuentas anuales como son la participación activa en su confección, la asunción de una labor de supervisión, la obtención

de información suficiente, el asesoramiento debido, la dedicación y esfuerzo prestados y la demostración que se ha actuado en defensa del interés social¹²⁸.

2.2.- Breve referencia al deber de diligencia en el seno de la sociedad cotizada. La organización del Consejo de Administración.

En este sentido, el Código de Buen Gobierno de febrero de 2015, en la misma línea del Código anterior de Conthe, establece de forma taxativa el deber de poner de manifiesto la postura de todos los consejeros y del Secretario del Consejo en el desempeño de su cargo. Los consejeros deberán expresar claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al Consejo pueda ser contraria al interés social. Al contener anteriormente una división entre las clases de consejeros y las obligaciones que atañen a cada una de ellas, posteriormente, se especifica que los consejeros independientes, cuando consideren que el acuerdo pueda perjudicar de forma injustificada a los accionistas no representados en el Consejo, también lo habrán de hacer constar¹²⁹. Del mismo modo, se hace una expresa mención a los supuestos en los que el Consejo adopte decisiones significativas o reiteradas sobre las que el consejero hubiera formulado serias reservas, señalando que éste deberá sacar las conclusiones que procedan.

¹²⁸ La jurisprudencia dictada en el orden civil en relación con el deber de diligencia de los administradores y la responsabilidad derivada del incumplimiento de dicho deber se puede afirmar que ha sido profusa y que de forma casuística ha ido dando respuesta a los múltiples casos que se han presentado en relación con conductas que giraban en torno a la elaboración de la contabilidad y de las cuentas anuales. La STS (Sala de lo Civil) núm. 1311/2002 de 30 diciembre. RJ 2003\332 niega la existencia de una conducta negligente del administrador que contribuyera a la causación de una situación de crisis empresarial. La STS (Sala de lo Civil), núm. 289/2005 de 25 abril. RJ 2005\3757 recoge los presupuestos que han de concurrir para apreciar la potencial responsabilidad del administrador y concluye que el mero impago de una deuda no puede equivaler automáticamente la asunción de responsabilidad. En relación con supuestos de inactividad social en los que se ocultan los libros sociales, el TS (Sala de lo Civil, Sección Única) en su sentencia núm. 1014/2003 de 5 noviembre, RJ 2003\8260 aprecia la negligencia de los administradores. El TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su sentencia núm. 1207/2004 de 13 diciembre. RJ 2005\265, se refiere a la exigencia que la Ley efectúa a los administradores: “*de aportación en su actividad gestora-social de la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”. En la STS (Sala de lo Civil) núm. 1069/2002 de 9 noviembre, RJ 2002\10016 se hace referencia a la conducta negligente de los administradores.

¹²⁹ Sí se ha de señalar que en muchos casos, dado la envergadura de las sociedades cotizadas, los deberes generales analizados deberán acentuarse en diversos aspectos. Del mismo modo, como apunta Sánchez Calero, pág. 776 se habrá de tener en cuenta la diferencia acusada entre el grado de información de los consejeros ejecutivos y los no ejecutivos. Asimismo, la diferencia de información entre los no ejecutivos dominicales y los que no lo son, dado el interés que los titulares de las participaciones significativas pueden tener en obtener información de la sociedad, respecto de los independientes o no dominicales. En el caso del deber de lealtad de los administradores de las sociedades cotizadas es el mismo que el general, pero aquí adquiere mayor trascendencia por el volumen y difusión de los bienes en juego y por la variedad de supuestos que se ponen al descubierto.

Si los consejeros tienen alguna preocupación sobre alguna propuesta o respecto de la marcha de la compañía. En este sentido, deberán dejar constancia de las mismas en el acta¹³⁰. La posición reflejada por el administrador en cualquiera de estas situaciones, será determinante a efectos de enjuiciar, en su caso, el cumplimiento del deber de lealtad.

Todos los administradores se rigen por los mismos deberes genéricos de lealtad y diligencia en orden a la protección del interés social¹³¹, con independencia de que su ámbito de actuación se proyecte a una sociedad cotizada¹³². No obstante, sí es preciso tener en cuenta que el análisis del cumplimiento de dichos deberes por parte de cada consejero debe ser individualizado y tener en cuenta las características especiales de los cometidos concretos que asumen cada uno de ellos. La determinación de las competencias asumidas por cada consejero y la medida para la evaluación del desempeño de las mismas viene influenciada de forma clara por el tipo de consejero que interviene en cada uno de los cometidos del Consejo. Por este motivo y en la línea de concretar el alcance de los deberes extrapenales asumidos por los administradores, es importante hacer un especial hincapié en los tipos de consejeros, ya que la clasificación dentro de las diferentes categorías puede ayudar a definir las funciones asumidas y la consiguiente responsabilidad que se podría derivar del incumplimiento de las mismas.

3.- El deber de lealtad

3.1. Cuestiones generales que atañen al deber de lealtad.

La actuación de buena fe.

El administrador que representa los intereses ajenos que se comprenden en la sociedad tiene que actuar de forma leal en defensa del interés social, como así se viene reconociendo en nuestra legislación desde la LSA de 1951. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la LSC establecía el deber de los administradores de ser representantes leales, sin especificar de modo alguno qué implica la

¹³⁰ El Principio 12 del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015 establece que: “Las causas de separación y dimisión de los consejeros no condicionarán su libertad de criterio...”. En la Recomendación 23 se dispone: “Que todos los consejeros expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al consejo de administración pueda ser contraria al interés social”. En la Recomendación 22 se dispone que deben informar al Consejo cuando resulten imputados.

¹³¹ Fernández de la Gándara, L., *Derecho de Sociedades*, cit. pág. 687.

¹³² Alonso Ureba, A., “Diferenciación de funciones....”, cit. págs. 20 y ss. Se refiere el autor al estatuto único del administrador, que prescinde de la distinción entre ejecutivos y externos en base a las funciones que asumen.

consideración del representante leal¹³³. Se entendía que el administrador leal era aquel que en esencia llevaba a cabo una gestión regular de la sociedad¹³⁴.

La doctrina mercantilista había venido planteando la necesidad de delimitar el deber de lealtad del administrador a través de parámetros detallados que acotasen su contenido. En la elaboración del Informe Aldama se apuntó que, dada la amplitud con la que se expresaba el denominado deber de lealtad, se imposibilitaba la labor de verificar las conductas indebidas y la formación de una cultura corporativa adecuada, por lo que se recomendaba que se concretaran las específicas obligaciones que debía comprender este deber, contemplando las más graves formas a través de las cuales se puede anteponer el beneficio personal a costa de la sociedad¹³⁵. En la doctrina mercantilista también nacieron iniciativas para impulsar la concreción de este deber y así se puede encontrar la propuesta de Paz-Ares, quien formula la definición del deber de lealtad como aquel que exige “*anteponer los intereses de los accionistas a los suyos propios al objeto de minimizar la redistribución del valor creado*”, de forma que los administradores quedan sujetos a dos imperativos fundamentales: “*maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor*”¹³⁶. Esta definición no era suficiente por sí misma, sino que, según el citado autor, la misma tenía que complementarse con los supuestos específicos que debían quedar embebidos expresamente dentro de la lealtad.

En la actual redacción introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el legislador ha incluido una definición del deber de lealtad al referirse al administrador como un “fiel representante” y asimilar posteriormente dicha fidelidad con la actuación de buena fe y en mejor interés de la sociedad. Esta definición se corresponde prácticamente con la propuesta por Paz-Ares, quien ya hacía alusión a que el deber de lealtad debía contemplarse como la actuación del administrador que obra de buena fe en defensa del mejor interés de la sociedad¹³⁷. Sánchez-Calero en comentarios a la anterior redacción de la Ley establecía que

¹³³ Sánchez Calero, J., “La abstención del consejero en conflicto de intereses”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Gómez Segada*, págs. 293 y ss.

¹³⁴ Oriol Llebot, “Régimen jurídico del deber de lealtad”, pág. 44. La inmodificabilidad del deber de lealtad mediante cláusulas estatutarias se fundamenta igual que en el caso del deber de diligencia pero también resulta de los pactos de impunidad por dolo (art. 1102 in fine CC). Este fundamento es una consecuencia del carácter doloso de todas las conductas constitutivas de infracciones del deber de lealtad.

¹³⁵ El Reglamento tipo de 1998 de la CNMV redactado tras el Informe Olivencia enunciaba también los supuestos de infracción del deber de lealtad. Paz Ares, C., “Retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores”, cit. págs. 281 y ss.

¹³⁶ Paz Ares, C., “Retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores”, cit. pág. 16.

¹³⁷ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com, Barcelona, 2003, págs. 18-19. La legislación establece de forma genérica el deber de lealtad, en la línea marcada por el derecho continental europeo. Este autor propone una mayor concreción legislativa del alcance del deber de lealtad y así lo describe en el “art. 138.5” de su propuesta legislativa

se entiende como fiel a la persona que guarda buena fe y es constante en el cumplimiento de sus obligaciones y no defrauda la confianza que en él se ha depositado¹³⁸. La buena fe no hay duda de que debe ser interpretada en el sentido general que se desprende del art. 7 Cc. referido a la forma de ejercicio de los derechos. La conducta del administrador tiene que evitar por tanto todo comportamiento abusivo o antisocial, que pueda sobrepasar los límites normales del ejercicio del cargo, como prescribe el apartado 2 del art. 7 Cc.

Del mismo modo, en la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se ha atendido al reclamo relativo a la necesidad de especificar los concretos deberes de lealtad y se enumeran las obligaciones que se presuponen que han de quedar embebidas en este deber genérico¹³⁹. Así, el art. 228 LSC comprende seis disposiciones que concretan la definición general que se dispone en el apartado primero del precepto.

Entre estas disposiciones, se puede destacar la mención que se contiene en el apartado d) referida a la obligación del administrador de: *“Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con la libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”*. Del mismo modo, en el apartado e) se comprende la obligación de: *“Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”*.

De lo expuesto por la norma se colige que el deber de lealtad implica el deber de ejercitar las competencias atribuidas bajo el principio de responsabilidad personal, tomando

(pág. 57): *“El deber de lealtad obliga al administrador a obrar de buena fe en el mejor interés de la sociedad y a desempeñar sus funciones con la honestidad y escrupulosidad que cabe esperar de un representante que gestiona recursos ajenos”*.

¹³⁸ Sánchez-Calero, *La responsabilidad*....., pág. 176. Cita el autor a Protellano Díez, *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, pág. 22. Oriol LLebot, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Edit. Tirant lo Blanch, 4ª edic, Valencia, 2013, pág. 37. Según este autor, el deber de lealtad proscribía todas aquellas conductas de los administradores que ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio supongan la obtención de ventajas por estos a expensas de la sociedad. Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad...cit. págs. 951-954. Remarcan los autores que: *“El deber de lealtad comprende la obligación de los administradores de abstenerse de obtener cualquier beneficio a expensas de la sociedad, ni particulares ni de terceros”*.

¹³⁹ Hopt, Klaus J., “Protección y conflictos de intereses...cit. pág. 165. En este sentido, el autor apunta que: *“Las fuentes jurídicas correspondientes al deber de lealtad de los prestadores de servicios son, como acabamos de mostrar, muy heterogéneas. En una economía de mercado, la argumentación y el radio de alcance de la protección de intereses es básicamente asunto de los contratantes”*.

las decisiones oportunas con libertad de criterio o juicio de independencia¹⁴⁰ y de acuerdo con los fines para los que han sido atribuidas, que en definitiva siempre deben confluir en el fin último de promoción del interés de la sociedad. El administrador, como representante de intereses ajenos, siempre debe dar prioridad al interés de la sociedad en los supuestos de conflicto de intereses frente a otros intereses propios directos o indirectos¹⁴¹. El administrador debe aplicar un juicio independiente a la hora de tomar decisiones en torno a la sociedad¹⁴² y debe abstenerse de actuar por intereses particulares¹⁴³.

Los supuestos de conflicto de interés deberán ser sometidos a un juicio asentado en la casuística y en las propias reglas de la lógica. En los supuestos de conflicto de interés relativo, en los que existe una incompatibilidad en el desarrollo paralelo de actuar en nombre de la sociedad y del administrador, es posible que se comunique la situación de conflicto a la sociedad y que la misma autorice la operación¹⁴⁴. En los casos en los que existe un conflicto de intereses absoluto en los que el administrador tiene una verdadera intención de actuar con un fin desviado del interés de la sociedad propio o ajeno está claro que se trata de situaciones diferentes. Estas situaciones de conflicto obviamente nunca podrán ser objeto de autorización porque son demostrativas de la actitud del administrador contraria al deber de administrar y gestionar.

Los sistemas comparados aportan elementos muy relevantes para el análisis del deber de lealtad¹⁴⁵, que pueden servir como herramientas útiles para diseccionar el alcance

¹⁴⁰ Juste Mencía, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, 2015, edit. Civitas, Cizur Menor, 2015, pág. 366.

¹⁴¹ Juste Mencía, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, cit. págs. 367-368.

¹⁴² Es muy explícito en este sentido la secc. 173 relativa al deber de ejercer un juicio independiente al establecer que: (1) *El administrador de una compañía debe ejercer un juicio independiente*; (2) *Este deber no se verá violado por su actuación: (a) En concordancia con un contrato firmado por la compañía que restrinja el ejercicio futuro de discreción de sus administradores, o (b) Si está autorizado por los estatutos de la compañía.*

¹⁴³ Esteban Velasco, G., “La administración de las sociedades de capital”, cit. pág. 9.

¹⁴⁴ Paz-Ares, J.C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit. pág. 54. Se refiere el autor al art. 229 LSC dirigido a regular las prohibiciones relativas como “el precepto central”. En relación con la dispensa de prohibiciones en casos concretos, Juste Mencía, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, 2015, edit. Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 417-425.

¹⁴⁵ Hopt, Klaus J., “Protección y conflictos de intereses...cit. págs. 157-170. Señala el autor que: “*los deberes de lealtad están registrados al detalle en Alemania –el último en el Código Alemán de Gobierno Corporativo- y en otros ordenamientos jurídicos como los de Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Suiza. Tal y como ya en 1986 constata la obra de cabecera de Robert CLARK, anterior al amplio movimiento, law and economics, el deber de lealtad (fiduciary duty of loyalty) protege no solo a los accionistas, sino a una competencia no falseada y a un mercado en funcionamiento*”. En relación con el sistema alemán y anglosajón, establece el autor que el deber de fidelidad no se contempla dentro de la

de este deber en el marco del sistema español¹⁴⁶. En particular, en los sistemas *common law* se ha gestado el reconocimiento de los deberes fiduciarios de los administradores y ha dado lugar a un desarrollo jurisprudencial muy llamativo¹⁴⁷. En Gran Bretaña y Estados Unidos se contempla el deber de lealtad de los administradores¹⁴⁸ como fideicomisarios que deben cumplir con los intereses de la sociedad de buena fe¹⁴⁹. El reconocimiento de este deber fiduciario tiene su razón de ser en la separación que existe en la sociedad entre el control y la propiedad y pretenden equilibrar el poder que tienen los administradores conferido por Ley. El deber de lealtad, “the duty of loyalty” o “the fiduciary duty”, es el mecanismo mediante el que se pretende evitar que el administrador actúe por intereses personales en vez de en favor del interés de la sociedad al gestionar la propiedad de los socios y de la sociedad¹⁵⁰.

En Estados Unidos existe un reconocimiento a nivel legal del deber de los administradores de actuar de buena fe¹⁵¹. La sec. 8.30 del *Model Business Corporation Act* adoptado por muchos estados establece el “standard of care” básico de conducta y se refiere a la necesidad de que el administrador actúe de buena fe, de forma razonable en defensa de los intereses de la sociedad y con el cuidado con el que actuaría una persona prudente normal. Del mismo modo, se incluye una disposición específica (sec. 8.60) en la que se definen los conflictos de interés en los que pueden incurrir los administradores en operaciones de la sociedad. De forma equivalente, el *New York Corporation Act* (sec. 717)

especial relación de confianza, sino dentro de un particular poder de disposición sobre los intereses patrimoniales ajenos.

¹⁴⁶ Hopt, Klaus J., “Protección y conflictos de intereses....cit. págs. 186-187. Subraya el autor que: “Lo más desarrollado en el Derecho privado son los deberes de lealtad en los órganos sociales, especialmente las del Órgano de Dirección y del consejo de vigilancia de la sociedad anónima”. Asimismo apunta que: “En la reforma de los deberes de lealtad existen interacciones complejas entre el Derecho público, Derecho privado y los códigos de conducta como el Código Alemán de Gobierno Corporativo”.

¹⁴⁷ Holland, Randy J., “Delaware Director’s Fiduciary Duties: The focus on loyalty”, University of Pennsylvania, en www.archives.upenn.edu/histy/features/schools/law.html, pág. 678. El autor explica cómo en *Charitable Corp v. Sutton*, (1742) el *Lord Chancellor* explicó que los administradores de sociedades son agentes y fideicomisarios a los que se les exige actuar con fidelidad y diligencia razonable.

¹⁴⁸ Cahn, A. y Donald, David C., *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2011, pág. 333.

¹⁴⁹ Cahn, A. y Donald, David C., *Comparative Company Law*, cit. pág. 333. Arsht, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited,” *Hofstra Law Review*: Vol. 8: Iss. 1, Article 6. Available at: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol8/iss1/6>, pág. 115. La Corte Suprema de Delaware en *Guth v. Loft* articuló el deber de lealtad de los administradores, determinando que no se les permite utilizar la posición que detenta por la confianza que se ha depositado en su cargo en su propio interés, ya que técnicamente como fideicomisarios, se encuentran en una relación fiduciaria con la sociedad y sus accionistas.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pág. 335.

¹⁵¹ Eisenberg, Melvin, A. “The duty of Good Faith in Corporate Law”, 31, *Del. J. Corp. L.* 1 (2006), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/737>, págs. 6-10.

y la *General Corporation Law* de California (sec. 309) vigentes también reconocen el deber de los administradores de actuar de buena fe. La *Delaware General Corporation Law* (sec. 145) también se refiere al deber de buena fe de los administradores en defensa del interés de la sociedad.

En el sistema inglés se reconoce legalmente que el administrador asume el deber de ejercer un juicio independiente (sec. 173 de la *Companies Act* 2006), con un criterio independiente, no sometido a los dictados de nadie y que evite todo conflicto de intereses o prestarse a intereses colaterales en la gestión de cualquier tipo de bienes, información u oportunidades (sec. 176 de la *Companies Act*). El administrador tiene el deber de actuar de buena fe y de hecho en consonancia con la posición de confianza en la que se le sitúa, se debe presumir que el administrador actúa de este modo y solo se puede admitir lo contrario si se demuestra que un administrador razonable no hubiera considerado que dicha actuación estaba dirigida a conseguir el mejor interés de la empresa. El deber de buena fe comprende el deber de informar en todo momento de la marcha de la sociedad y de las vicisitudes a las que se enfrenta en su gestión, el deber de revelar cualquier mala conducta hacia la empresa que haya cometido un administrador, empleado o tercero, ejercer sus competencias y poderes para los fines para los cuales le fueron otorgados, rechazar cualquier gratificación que se le ofrezca por desviarse de sus competencias y declarar cualquier interés en transacciones propuestas o acuerdos con la entidad (sec. 177 de la *Companies Act*).

La doctrina estadounidense relativa al deber de lealtad y en particular, al deber de buena fe de los administradores ha sido muy profusa¹⁵². Sobre la idea de que el deber de lealtad no permite a los administradores usar su posición de confianza para conseguir sus intereses particulares, se exige de dichos profesionales la más escrupulosa observancia de su deber, no solo positivamente para que protejan los intereses de la sociedad, sino también para que se abstengan de toda acción que pueda dañar a la sociedad. La norma exige una lealtad incondicional y desinteresada a la sociedad, que exige que no haya conflicto entre el

¹⁵² Strine Jr., Leo E., Hamermesh, Lawrence A., Balotti, R. Franklin y Gorris, Jeffrey M., "Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in the Corporation Law", en ssrn.com/abstract=1349971, págs. 17. Se refieren los autores a que de la interpretación de la Ley General de Sociedades de Delaware y de la doctrina *common law* se desprende que los administradores están obligados a actuar de forma consciente, lo que significa con fidelidad a los intereses de las personas cuyo patrimonio han tomado para gestionarlo. De esta forma, se afirma que se ha condicionado toda la actuación societaria al test fundamental de la lealtad, que requiere que la actuación se haya acometido de buena fe y con el objetivo de defender los intereses de la sociedad y de los accionistas.

deber y el interés particular¹⁵³. El administrador actúa de forma independiente solo cuando su decisión está basada completamente en motivos empresariales de la operación y no bajo la influencia de consideraciones personales o irregulares¹⁵⁴. El deber de lealtad define la meta del administrador en el cumplimiento de sus deberes legales de tomar decisiones y perseguir los mejores intereses de la sociedad, frente al deber de cuidado que define cómo los directores deben desempeñar sus funciones con el grado de prudencia que una persona razonable emplearía en una situación similar.

El deber de lealtad requiere que los administradores tomen decisiones de buena fe en la consecución de los mejores intereses de la sociedad y si no actúan con esa creencia y pretenden desconocerlos atentan contra el deber de lealtad¹⁵⁵. Tal creencia puede ser puesta en duda demostrando que la imparcialidad de los directores fue puesta en peligro por el interés económico particular, frente a lo cual el administrador puede demostrar que su decisión fue regular y no desviada. Concorre así una presunción de que la decisión del administrador estaba basada en interés de la sociedad¹⁵⁶.

La buena fe describe así la voluntad o creencia de un administrador que actúa lealmente y su análisis se debe proyectar en el momento de la actuación, sin esperar a saber con certeza que sus decisiones serán beneficiosas para la sociedad. La mala fe se puede apreciar en los supuestos en los que se decide violar deliberadamente la Ley, cuando se pretende obtener ganancias por cauces desviados, cuando se vulneran intencionadamente las normas de independencia y de conflictos de intereses en búsqueda de intereses económicos particulares que puedan privar a la sociedad de ganancias o ventajas¹⁵⁷. El rechazo intencionado a actuar como supervisor y evitar conductas desleales de otros, desconociendo así el interés social, también se puede interpretar como una conducta

¹⁵³ McMillan, L., "The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine", 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 521 (2013), <http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>, pág. 531.

¹⁵⁴ Furlow, Clark W., Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware, Utah Law Review, 3 (2009), 1071. Explica el autor que el Tribunal Supremo de Delaware ha definido "mala fe" mediante la identificación de cuatro tipos de conductas: a) la conducta motivada por un objetivo distinto del óptimo interés de la sociedad, (b) La conducta motivada por mala fe subjetiva, (c) la conducta que implica una violación intencional de la ley y (d) el abandono absoluto del objetivo de protección del interés de la sociedad

¹⁵⁵ Strine Jr., Leo E., Hamermesh, Lawrence A., Balotti, R. Franklin y Gorris, Jeffrey M., "Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in the Corporation Law", cit. págs. 85-95. Se refieren los autores a la evolución jurisprudencial sobre esta materia desde el asunto *Disney* al asunto *Stone vs. Ritter* para concluir cómo en este último asunto se enfatiza la máxima relevancia del concepto de buena fe para determinar el cumplimiento del deber fiduciario más trascendente en derecho societario: el deber de lealtad.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pág.1093-1095.

¹⁵⁷ *Ibid.*, págs.1063 y 1072-1073. Caso *Guth v. Loft, Inc.*

desleal¹⁵⁸. De esta forma, se pueden extraer tres parámetros determinantes para evaluar la conducta potencialmente desleal, como son la actuación independiente dirigida al horizonte de consecución del mejor interés de la sociedad, la creencia de actuar de buena fe en la consecución del interés de la sociedad, y un examen objetivo del proceso a través del cual se ha tomado decisión objeto de revisión, es decir, el cuidado o diligencia con el que se ha actuado¹⁵⁹.

El deber de lealtad define lo que debe guiar al administrador en el cumplimiento de los deberes legales, es decir, el objetivo último de servir al interés de la sociedad, siempre teniendo en cuenta el análisis o predicción del impacto de cada decisión en el futuro de la sociedad. El deber de cuidado define el cómo o el modo en el que los administradores deben alcanzar ese objetivo. El deber de lealtad requiere que la toma de decisiones de los administradores debe estar motivada por una intención de servir los intereses de la sociedad. Ambos deberes definen la conducta¹⁶⁰. La buena fe en cambio no es un deber como tal que defina la conducta del administrador sino la voluntad con la que debe actuar un administrador en la toma de decisiones conforme a las exigencias del deber de lealtad.

El análisis de los casos y de la evolución que ha tenido a nivel jurisprudencial el análisis del deber de lealtad en los países del sistema *common law* nos ayuda a entender que, efectivamente, la construcción del deber de lealtad es muy compleja, pero que si se atiende a parámetros ciertos como son la buena fe que debe presidir la conducta del administrador, la responsabilidad personal, la actuación conforme a un juicio independiente y la evitación en todo caso de conflictos de intereses, teniendo siempre como objetivo y finalidad la defensa del interés de la sociedad, concepto que a continuación será objeto de análisis en un intento de concretar su alcance, los operadores jurídicos podrán catalogar de forma correcta y en términos de seguridad jurídica cuándo ha existido un incumplimiento del deber de lealtad¹⁶¹.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág.1066. En Caremark International, Inc se plantea el sentido de la buena fe. No funciona como un deber fiduciario independiente. La carencia de la buena fe se deriva del fracaso de un Consejo de emprender el deber preexistente estatutario de supervisar. El deber de supervisar se deriva de la obligación estatutaria de los directores de manejar el negocio y los asuntos de la sociedad. El deber de supervisar implica el deber de cuidado y exige a los administradores que ejerzan el cuidado razonable en el diseño de un sistema de vigilancia. La carencia de cuidado suficiente no elimina la buena fe. Es el rechazo total a ejercer el deber estatutario de supervisar lo que sí se puede interpretar como carencia de buena fe. Una negación sistemática del deber de supervisar sí constituiría una violación del deber de lealtad.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág.1082-1083-1087.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág.1064

¹⁶¹ En todo caso, es importante subrayar a nivel práctico la tendencia que se está observando en el terreno de las causas de responsabilidad de los administradores por incumplimiento del deber de lealtad, en las que se está produciendo una clara huida al derecho penal como herramienta principal para dirimir las

3.2.- El mejor interés de la sociedad como objetivo de los cometidos del administrador leal.

En nuestra legislación no existía como tal una definición del interés social y la doctrina ha mantenido un amplio debate sobre cuál debía ser el alcance del mismo¹⁶². Al margen de toda esta polémica, en la LSC el interés social ha quedado definitivamente recogido como “interés de la sociedad”. Como primera aproximación al concepto de interés de la sociedad se puede afirmar que el interés debe someterse en todo caso a la normativa aplicable y queda acotado por sus contornos¹⁶³.

El deber de sometimiento al interés de la sociedad se puede considerar una fórmula de cumplimiento general de los deberes de los administradores y en particular del deber de lealtad¹⁶⁴. Garrigues y Uría afirmaban que los administradores debían actuar en interés de la empresa para la consecución del fin social; interés que traducían en “prosperidad”, frente al interés de los accionistas que pueden tener intereses egoístas y particulares¹⁶⁵.

Las tesis institucionalistas han abogado por la defensa del interés propio de la empresa, con sus propios objetivos como valor digno de protección. En esta línea se considera que en las grandes sociedades mercantiles el interés social es la piedra angular de la organización y en el mismo se proyectan los intereses de los accionistas y otros interesados. Las teorías contractualistas, en contraposición con las institucionalistas, se basan en el acuerdo adoptado entre los socios, por lo que consideran que son sus intereses los que deben primar. Desde la cultura del *common law* surgió la *stakeholder theory*, que defiende la creación del valor no solo para los accionistas sino también para otros grupos con intereses propios, frente a la posición de la *shareholder theory* que aboga por la “creación de valor para el accionista”¹⁶⁶. Estas constituyen las teorías contractualistas que inicialmente defendieron el

responsabilidades de los administradores por el incumplimiento de este deber y, en particular, por la proyección de este deber sobre el más específico de incumplimiento de los deberes referidos a la emisión de documentos societarios. Como señala Paz-Ares, en la experiencia reciente, hemos asistido a una notable expansión de este fenómeno, que ha venido propiciado de forma paralela por la “textura abierta” de los tipos de los delitos societarios y por una redacción de esta materia en el marco civil quizás poco acertada, o al menos susceptible de ser mejorada.

¹⁶² Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”, cit. págs. 866-867.

¹⁶³ Rivas, V., “Comentario al artículo 226 de la LSC”, cit. pág. 1626.

¹⁶⁴ Quijano González, J., “Deberes fiduciarios de los administradores”, cit. pág. 173.

¹⁶⁵ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario...*, cit. págs. 9-10.

¹⁶⁶ Esteban Velasco, G. y otros, “Responsabilidad social corporativa”, cit. págs. 954-957. Resumen los autores que la concepción del interés social durante la vigencia de la LSA de 1951 y después en la entrada en vigor de la Ley de 1989 se orientaba en favor de las tesis contractualistas, pero comenzó a originarse una concepción diversa por la que se deben tener en cuenta otros intereses, además de los socios. Esta tendencia fue potenciada por la teoría de la *shareholder value* procedente de la doctrina estadounidense, que ha sido criticada por algunos y secundada por otros. Posteriormente, volvieron a

interés social como interés común de los socios y posteriormente evolucionaron hacia la creación de valor para el accionista como el verdadero interés social que persigue maximizar el valor de las acciones, principalmente las que cotizan en bolsa.

En la línea de la *shareholder theory*¹⁶⁷, apuntaba Paz-Ares¹⁶⁸ que la equiparación del interés social y el interés de la sociedad significa convertir lo definido en definición, por lo que hubiera sido más propio equiparar el interés social con el interés común de los accionistas¹⁶⁹. Con carácter introductorio, en el Capítulo II del Código de Buen Gobierno Conthe relativo al Consejo de Administración¹⁷⁰, se hace alusión al “*interés de la compañía, entendiendo como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa*”.

No obstante, las crisis empresariales desterraron este criterio porque había dado lugar a interpretaciones desviadas sobre la posibilidad de subir el valor de la acción a toda costa y se tuvo que matizar que el valor de la acción debía incrementarse de una forma sostenida y evitar así prácticas indeseables que habían dado lugar a incrementos del valor de las acciones por cauces absolutamente artificiales. En este contexto se ha originado la teoría de la denominada responsabilidad social, en virtud de la cual se plantea la actuación responsable de la sociedad en todos los ámbitos¹⁷¹. Apunta Esteban Velasco¹⁷² que se debe reflexionar sobre la oportunidad de reformular el criterio de actuación de los administradores, dado que la situación del derecho español en torno a la cláusula del interés social en la LSC no es satisfactoria. Descarta el autor volver a la fórmula del interés social como interés común de los socios, pero entiende que se debe adoptar una fórmula más evolucionada que integre la pluralidad de intereses que nutren la actividad empresarial, en la forma que ha sido desarrollado por ejemplo por la secc. 172 de la *Companies Act* inglesa de

resurgir tendencias institucionalistas o teorías puramente contractualistas, secundadas por trabajos en gobierno corporativo como el texto de la OCDE de 2004, los Informes Vienot de 1995 y 1999 en Francia que se refiere al interés de sociedad, el Informe Hampel en Gran Bretaña de 1998, que enfatiza la actuación de buena fe y en interés de la sociedad y las reformas operadas en el Derecho de sociedades en Italia que también persiguen el denominado “interés de la sociedad”.

¹⁶⁷ *Report of the Role of the Board of Directors in Enron's Collapse*, emitido por el *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate*, Washington, 2002, pág. 5 que se refiere al “*Statement on Corporate Governance*”.

¹⁶⁸ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”. RDS, año 2003, núm. 20, pág. 67 y ss.

¹⁶⁹ Juste Mencía, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, cit. pág. 369. En comentarios a la reforma operada por la Ley 31/2014, afirma el autor que: “*el interés que deben servir los administradores de forma preponderante es el propio conjunto de socios que los nombraron, que ocupan el lugar del principal en la gestión de servicios por cuenta ajena*”.

¹⁷⁰ El Código Unificado Conthe de 18 de enero de 2006.

¹⁷¹ Esteban Velasco, G. y otros, “Responsabilidad social corporativa”, cit. pág. 54.

¹⁷² Esteban Velasco, G., “La administración de las sociedades de capital”, cit. pág. 5

2006 y se ha integrado en el Código de Buen Gobierno español de febrero de 2015. Es cierto que en el marco legal del sistema inglés se aportan puntualizaciones relevantes respecto de la noción del interés de la sociedad. En primer lugar, se apunta que la visión del interés de la sociedad no debe considerarse estática, sino que se debe calibrar atendiendo a que es una empresa en funcionamiento en el mercado que genera intereses a corto y largo plazo. En segundo lugar, se atiende a un concepto amplio de interés de la sociedad que comprende el que el administrador deba actuar de buena fe con el fin de promover el éxito de la empresa en beneficio de sus miembros como un todo y al hacerlo tener en cuenta las probables consecuencias que cualquier decisión puede suponer a largo plazo (en este contexto “éxito” generalmente significa "aumento a largo plazo en el valor" para las empresas comerciales, de modo que lo que promoverá el éxito de la empresa, y lo que constituye éxito, dependerá del administrador), los intereses de los empleados de la empresa, la necesidad de fomentar las relaciones comerciales de la empresa con proveedores, clientes y otros, el impacto de las operaciones de la empresa en la comunidad y el medio ambiente y la conveniencia de mantener una reputación en el más alto nivel.

En España este concepto de interés social de tan amplio alcance no se ha reconocido a nivel legislativo, sino que ha quedado como una recomendación voluntaria en el nuevo Código de Buen Gobierno aprobado en febrero de 2015, en el que se incluye la denominada como “responsabilidad social corporativa”¹⁷³ con alcance similar a la disposición mencionada de la *Companies Act* inglesa.

La cuestión del alcance del interés de la sociedad en la actualidad no tiene una solución unívoca, pero el criterio que ha predominado es el de que el interés social es el interés de la sociedad, tal como ha optado el art. 226 LSC. Si el interés de la sociedad se alcanza, éste repercutirá en el mayor valor de las participaciones y en dividendos, así como en mejores resultados empresariales que atraerán a su vez más inversión. El interés de la sociedad parece que constituye un criterio de organización societaria de asignación de recursos que sujeta y delimita la conducta correcta que se espera de los administradores¹⁷⁴. Los administradores tienen autonomía y libertad plena para gestionar la sociedad dentro de los límites de la Ley, pero esta administración se debe encauzar debidamente hacia la consecución del fin social dentro de un sistema que promueve el mejor gobierno corporativo para establecer principios y reglas de conducta con respecto a la gestión

¹⁷³El Principio 24 del Código de Buen Gobierno aprobado el 18 de febrero de 2015 se refiere a la política adecuada de responsabilidad social corporativa, que debe adoptar el Consejo, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados.

¹⁷⁴Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”,cit. págs. 853-857.

corporativa¹⁷⁵. Solo el ejercicio de los deberes encauzado a la protección del interés social será legítimo y su configuración exige la creación de valor entendiendo como tal la maximización del valor de la empresa a favor del accionista dentro de los límites legales¹⁷⁶. Es el criterio determinante de la aplicación de los deberes de diligencia y lealtad, de forma que permite la orientación de la conducta de los administradores y posteriormente, su evaluación¹⁷⁷.

No es posible una actuación leal de un administrador que no comprenda a su vez una actuación fiel al interés social y acorde a lo dispuesto en la Ley y en los Estatutos de acuerdo con parámetros objetivos¹⁷⁸. El mejor interés de la sociedad es un parámetro claro que descarta en todo momento el que el administrador pueda justificar una actuación desviada de dicho interés social, que sirva prioritariamente a fines contrarios al interés social, particulares o de terceros¹⁷⁹.

3.3.- El denominado deber de vigilancia y la defensa de la lealtad en el órgano de administración.

Si bien no cabe duda de que los administradores tienen el deber de administrar y gestionar la sociedad, se plantea si dentro de dichos deberes se comprende el deber de vigilar, supervisar o controlar la propia gestión de los administradores que forman parte del órgano de administración, lo que supondría el controlar la labor de los coadministradores y más allá de dicha cuestión, si en el supuesto de que se tenga conocimiento de una conducta de otro administrador desviada del interés social y desleal y no se actúe, se puede hacer responder al administrador conocedor. Este planteamiento solo es posible realizarlo en el seno de órganos de administración colectivos en los que concurra más de un administrador.

El punto de partida para contestar a esta pregunta debe establecerse en el entendimiento claro de que el deber de lealtad exige que el interés del administrador, sea cual sea, nunca pueda primar sobre el interés de la sociedad. No puede el administrador

¹⁷⁵Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...cit. pág. 854, con referencia a Schmidt, 2002, pág. 767.

¹⁷⁶La Recomendación 12 del Código de Buen Gobierno aprobado en febrero de 2015 se refiere al concepto de interés social.

¹⁷⁷Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social..., cit. págs. 875-888. En las sociedades cotizadas se dirige su conducta a la creación de valor para los accionistas y a su distribución como objeto de inversión atractivo.

¹⁷⁸ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios....., cit. pág. 929.

¹⁷⁹ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com, Barcelona, 2003, pág. 5. “*Los administradores quedan sujetos a dos imperativos fundamentales: maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor*”.

obtener ningún concepto remunerativo o beneficio de la sociedad que se atribuya a sí mismo directamente y al margen de los cauces establecidos por el legislador para la toma de decisiones legítimas. El interés de la sociedad no puede considerarse protegido si se permiten conductas oportunistas de cualesquiera de los miembros del órgano de administración que atenten contra el mismo.

De acuerdo con la anterior premisa, este interrogante puede obtener una primera respuesta singular si se atiende a aquellos supuestos en los que existe una delegación de facultades gestoras en determinados consejeros y en todo aquellos casos en los que existan comisiones especiales, como ocurre en el caso de las sociedades cotizadas. En estos casos, se puede entender que en el plano horizontal y dentro del mismo órgano, el Consejo debe asumir la competencia de supervisar la labor de los consejeros ejecutivos que asumen facultades delegadas, así como de los miembros de las comisiones. El legislador así lo ha entendido y hasta tal punto da relevancia a este cometido que dispone en el art. 249 bis LSC que es indelegable la facultad del Consejo de administración de supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado. El informe de la Comisión de Expertos de fecha 14 de octubre de 2013 establece que la evolución de la normativa y las recomendaciones de buen gobierno han corregido uno de los defectos de la configuración del Consejo de Administración y han enfatizado de alguna forma la preterida función de supervisión. En cuanto a las competencias asumidas por el Consejo, se establece que su correcto funcionamiento y su capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes de la actividad societaria, en su doble función de órgano de administración y de supervisión, son aspectos esenciales para el buen gobierno¹⁸⁰. El Informe considera adecuado el expreso reconocimiento legal de la competencia de supervisión del Consejo de Administración de todas las sociedades de capital. De acuerdo con la recomendación contenida en el Informe, se comprende en el art. 249 bis.a) como facultad indelegable: *"la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado"*.

En el marco de recomendaciones de los Códigos de Buen Gobierno que se mencionan en el Informe de la Comisión a este respecto, se puede afirmar que en el

¹⁸⁰ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., "Los deberes fiduciarios.....", cit. pág. 933. En relación con la posible responsabilidad solidaria de los administradores por incumplimiento del deber de lealtad, afirman los autores que: "conocedores del supuesto incumplimiento, lo facilitaron, toleraron o no impidieron, incurriendo ellos mismos en negligencia directa o, en virtud de la estructura interna del órgano, en defecto de vigilancia o control".

Código Olivencia se contemplaba de forma genérica el deber de los consejeros de vigilar las situaciones de riesgo que se pudieran presentar, lo que obviamente debía comprender las situaciones de riesgo que se generen dentro del mismo Consejo por la actuación de sus integrantes. En el informe Aldama se hacía alusión de forma menos explícita al deber de dedicar tiempo y esfuerzo para realizar un seguimiento regular de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad. En el Código de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas de febrero de 2015, además de recoger lo referido por el Informe Aldama, se establece en el Principio número 9 que: *“El consejo de administración asumirá, colectiva y unitariamente, la responsabilidad directa sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad, con el propósito común de promover el interés social”*. Posteriormente se matiza que todos los consejeros, con independencia de cuál sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del interés social.

Una interpretación de la mención expresa contenida en el referido 249 bis LSC relativa a la supervisión, integrada con el contenido del deber de lealtad al interés social, que comprende el deber de actuar con juicio independiente, con libertad de criterio y de buena fe, me lleva a considerar que en los supuestos en los que un administrador detecte que otro administrador está actuando con intereses particulares y en perjuicio del interés de la sociedad está obligado a actuar en defensa de este último en cumplimiento de su propio deber de lealtad. Si el legislador contempla esta labor de supervisión respecto de los cometidos de las comisiones y de los directivos, nos está indicando que aprecia el alcance de dicho deber tanto en un plano horizontal como en un plano vertical. Este deber de supervisión también se presenta en el plano vertical pues dentro de la facultad indelegable de los consejeros se contempla la supervisión de los directivos. Esto es lógico, porque con independencia de que el directivo tenga o no también la condición de consejero, es necesario que el Consejo supervise en todo momento las actuaciones lideradas por los sujetos que están al más alto nivel y que deben reportar ante el Consejo. El hecho de que la norma se refiera al plano horizontal y al plano vertical en una misma disposición y dentro de las facultades indelegables del Consejo pone de manifiesto que se trata de un cometido que deben asumir los Consejeros, con independencia de que no exista un supuesto de delegación o de que no se hubieran constituido comisiones especiales¹⁸¹.

¹⁸¹ García Trevijano, C., *El deber de diligencia de los administradores en el Gobierno de las Sociedades de Capital*, edit. Civitas, Thomson Reuters, 2014, Cizur Menor, Navarra, págs. 178-182. Cita la autora el debate planteado por la doctrina, en el que parte defienden que solo se contempla esta labor de supervisión si existen delegación (Rodríguez Artigas, F., *El deber de diligencia...* y Sánchez Calero, F.,

La mayoría de la doctrina cita el deber de vigilancia como parte del deber de diligencia¹⁸², como así se puede referir a tenor del contenido del art. 225.2 LSC que establece con carácter genérico como uno de los aspectos del deber de diligencia de todo administrador la necesidad de prestar la dedicación adecuada y la adopción de medidas para la buena dirección y control de la sociedad. Todos los administradores tienen la obligación de vigilar¹⁸³, lo que equivale al deber de informarse, de controlar y de investigar y la concreción de cómo ha llevado a cabo dicha facultad deberá atender a la posición concreta, cargo y competencias.

No obstante, el hecho de que se introduzca de forma específica en el art. 249.a) la facultad indelegable del Consejo de supervisar en los términos referidos, debe interpretarse como una intensificación o un reforzamiento de esa genérica competencia de control en el marco de un órgano colectivo como es el Consejo de administración, en el que precisamente, la adopción de ese tipo de administración busca un mayor control por la envergadura de la sociedad y mayormente en el contexto de sociedades cotizadas. Esta facultad de alguna manera se adentra en la estructura interna del consejo y obliga a los consejeros a que no se muestren pasivos ante conductas desviadas de otros consejeros.

En mi opinión, el adecuado entendimiento del interés de la sociedad, que tiene una extensión absoluta sobre el desempeño del cargo por parte del administrador (con independencia de que ello le lleve a evitar conductas irregulares por su parte, por parte de terceros o por parte de otros administradores), unido a lo dispuesto en el art. 228 LSC relativo a que el administrador está obligado a adoptar medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, por cuenta propia o de terceros, entren en conflicto con el interés de la sociedad y con sus deberes, lleva a plantear la cuestión de si el deber de lealtad tiene un alcance de tal magnitud que obligue al administrador a actuar ante conductas desleales de otros administradores.

Los administradores, mientras que otra parte considera que existe esta competencia aunque no exista delegación., como sostiene la autora, así como Llebot Majó, J.O., *Los deberes de los administradores*.

¹⁸²García Trevijano, C., *El deber de diligencia de los administradores en el Gobierno de las Sociedades de Capital*, cit. pág. 178 y la doctrina que cita la autora. Font Galán, J.I., *El Derecho de Información...*, cit. págs. 170 y 200. Se refiere el autor al derecho de información de los administradores sociales que se residencia en el “estatuto normativo del administrador o consejero social” en el que se establece el deber de diligencia al que se somete el administrador en su función gestora y de control o vigilancia. Con cita a la jurisprudencia francesa afirma el autor que el derecho de información de los consejeros sociales se fundamenta en el principio de colegialidad que regula el funcionamiento interno del Consejo.

¹⁸³Font Galán, J.I., *El Derecho de Información...*, cit. pág. 204.

Es así que en todos los supuestos en los que no existe un administrador único, es decir, cuando hay administradores mancomunados, solidarios y un consejo de administración, cada uno de los miembros de dichos órganos está obligado a evitar que los demás infrinjan sus deberes de lealtad y en caso de que permitan dicho incumplimiento, estarían ellos mismos incurriendo en una conducta desleal, contraria al interés social y por lo tanto susceptible de llevar aparejada la consiguiente responsabilidad. Este deber se etiquetaría como tal por la doctrina como un deber de vigilancia¹⁸⁴. El deber de vigilancia respecto de otros administradores estaría a caballo entre el deber de diligencia y el deber de lealtad¹⁸⁵. Si no detecto que otro administrador está siendo desleal, por cuanto no estoy llevando a cabo las competencias de mi cargo de forma diligente, podría llegar a incurrir en una conducta negligente¹⁸⁶. Si el administrador conoce una conducta negligente de otro administrador y no actúa, podría incurrir también en una conducta negligente. De alguna forma existe así una conexión entre la naturaleza del deber propio y el deber infringido por el otro administrador.

En esta línea de argumentación, si el administrador detecta que otro administrador está siendo desleal, pero con perfecto conocimiento de ello le permite dicha deslealtad sin acometer medida alguna, entonces el administrador entrará en el ámbito de la deslealtad con la entidad que administra. Esa complicidad al permitir la conducta desleal de otro convierte en desleal al administrador, por cuanto debemos pensar que la propia organización del órgano de administración como órgano con una pluralidad de miembros tiene la justificación en que precisamente los miembros van a suponer un mecanismo de control que desincentive conductas desleales. En situaciones en las que se conozcan que

¹⁸⁴ La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de fecha 17 marzo 2006, AC 2006\442, se pronuncia en relación con el alcance de los deberes de diligencia y lealtad respecto de la conducta de otros miembros del órgano de administración que están adoptando acuerdos o decisiones contrarias a la Ley, orden público o el interés social: *“los deberes de diligencia y lealtad, no son sino expresión de los criterios con que los administradores han de cumplir sus obligaciones y que se manifiestan a través de la emisión del voto. Pero también el deber de diligencia y lealtad ha de estar presente cuando algún miembro del órgano de administración observe que los otros miembros han adoptado acuerdos o decisiones contrarias a la Ley, al orden público o al interés social, y su manifestación se hará no solamente a través de la emisión del voto en contra, sino también mediante el ejercicio de las acciones de impugnación frente a los acuerdos contrarios a derecho, al orden público o directamente lesivos del interés social”*.

¹⁸⁵ Esteban Velasco, G., “La administración de las sociedades de capital”, cit. pág. 4. En relación con el deber de administrar en función de la existencia de delegación orgánico-societaria, que recae en los miembros de administración, se puede diferenciar mejor, según apunta el autor, entre las funciones de los delegados (gestión) y los delegantes (supervisión), al distinguir concretamente entre deber de diligencia y el deber de lealtad.

¹⁸⁶ En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 950/2005 de 30 noviembre. RJ 2006\35 se analiza una supuesta posición inactiva de un miembro del Consejo de Administración, que el Alto Tribunal califica como: *“un comportamiento, cuando menos omisivo, contrario a la Ley y sin la diligencia de un ordenado comerciante, causante de una lesión concreta a los intereses de un tercero (acreedor de la sociedad), existiendo una relación causal directa entre tal comportamiento y el daño.....”*.

un administrador está en una situación de conflicto de interés oculto con la sociedad y realiza actuaciones con intereses particulares entre las que se puede comprender el falseamiento de las cuentas anuales, y el otro administrador a sabiendas de ello lo permite y lo consiente con su firma, está actuando con claro quebrantamiento del interés de la sociedad.

4.- Diferenciación necesaria del deber de diligencia y del deber de lealtad.

Como ya explicaba el Maestro Garrigues, es importante resaltar la necesidad de distinguir dentro de los deberes generales de los administradores, el alcance que podría tener el incumplimiento de unos y otros¹⁸⁷. Esta diferenciación sitúa al administrador en una posición en la que conoce de forma adecuada las implicaciones del incumplimiento de sus cometidos, al tiempo que los operadores jurídicos pueden también medir de forma adecuada el tratamiento de dichos incumplimientos a efectos de atribuirle una potencial responsabilidad. Es importante discernir cuándo se puede considerar que un administrador no ha sido diligente, no ha sido un “ordenado empresario”, o cuándo ha ido más allá, y ha actuado interesadamente, maliciosamente y, en su caso, fraudulentamente, lo que abre la puerta a un nuevo escalón de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de los administradores, que se conforma por el incumplimiento del deber de lealtad¹⁸⁸.

La transgresión de los deberes de diligencia y lealtad no puede tener las mismas consecuencias¹⁸⁹, por cuanto también dentro de los deberes se puede distinguir la mayor incidencia del incumplimiento de unos y otros¹⁹⁰. En este sentido, no puede ser lo mismo el incurrir en una falta de diligencia a la hora de acometer las competencias administrativas

¹⁸⁷ Garrigues Díaz-Cañabete, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit. págs. 426-427. Las siempre avanzadas ideas del Maestro Garrigues, ya apuntaban a la necesidad de diferenciar entre supuestos de mera diligencia de los supuestos de deslealtad: “*Pero no responde el administrador de toda falta de diligencia por leve que sea. Solo responde del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Esta materia es de orden público. Por tanto, será nulo el pacto que de antemano excluya o limite la responsabilidad de los administradores por dolo o negligencia grave*”.

¹⁸⁸ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad...pág. 947.

¹⁸⁹ Garrigues Díaz-Cañabete, J. y Uría González, R., *Comentario....*, cit. págs. 124-127.

¹⁹⁰ Paz-Ares Rodríguez, J.C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento corporativo”, cit. pág. 5. Señala Paz-Ares que el criterio que debe presidir el tratamiento normativo de la materia: “el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracción de lealtad, como indulgente con las infracciones del deber de diligencia”. Alfaró Aguilar, J., “Artículo 225, Deber general de diligencia”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, 2015, pág. 317.

asumidas por el cargo, que el ir más allá y actuar con verdadera malicia atentando gravemente por intereses particulares y en contra los intereses de la sociedad¹⁹¹.

Por estos motivos, un sector de la doctrina mercantilista¹⁹² defendió férreamente la necesidad de reparar las “imperfecciones” contenidas en los preceptos relativos a los deberes generales que asumen los administradores y el régimen de responsabilidad por incumplimiento de los mismos, que consideraban, que no debía situarse en un tratamiento unitario de la responsabilidad de los administradores.

La justificación de esta lucha abanderada por diferenciar el tratamiento y una y otra cláusula tenía que venir de la mano de un análisis conjunto y comparativo de las implicaciones que tenía el incumplimiento de ambos deberes.

El incumplimiento del deber de diligencia implica una falta del cuidado debido y culposo que exige el ejercicio del cargo. Por el contrario, en el supuesto del deber de lealtad nos encontramos ante un acto intencionado que implica una conducta positiva de administración infiel, desleal o apropiación indebida. La falta de lealtad entraña una mayor peligrosidad que la falta de diligencia, por cuanto se actúa por el administrador en interés propio y en perjuicio del interés social con el fin de obtener algún tipo de enriquecimiento que puede ser de diferente naturaleza. En el terreno del deber de lealtad, la propiedad por los administradores de una parte sustancial del capital de la empresa facilita el fraude, desde su posición aventajada en la sociedad¹⁹³. Por el contrario, el incumplimiento del deber de diligencia no entraña una anteposición del interés propio con el fin de obtener ganancias ilícitas. En los supuestos de deslealtad se opera a través de complejas estructuras y hay un afán claro de ocultar las maniobras apropiadoras, mecánica que no se da en el caso de la falta de diligencia, en la que los resultados son visibles. Además las anteriores razones, apunta Paz-Ares que frente a la deslealtad no actúan los mecanismos disciplinarios del mercado como frente a la falta de diligencia y mientras que en el juicio de diligencia existe

¹⁹¹ *Ibid.*, págs. 131-132. Como explican estos autores, los administradores de intereses ajenos no se avendrían a actuar bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad por cualquier falta de atención o a ser objeto de revisión por cualquier error. En suma, apuntan los autores que: “*la responsabilidad del administrador no empieza allí donde termina su diligencia, sino allí donde comienza su malicia o negligencia grave o su abuso de facultades*”.

¹⁹² Paz-Ares, J.C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, working paper nº 162, Barcelona, 2003, pág. 4.

¹⁹³ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com, cit. pág. 7. Considera el autor que constituye un defecto el régimen unitario de responsabilidad respecto de la deslealtad que exige aplicar una política de severidad y de exceso respecto de la negligencia, que exige aplicar una política de severidad.

una cierta incertidumbre y una posibilidad de incurrir en un error de valoración, en el juicio de deslealtad esta incertidumbre es menor y no existen tales riesgos de error¹⁹⁴.

En definitiva, la conclusión que se extrae es que la responsabilidad del deber de lealtad es responsabilidad por fraude, por lo que la política a seguir es la de actuar con severidad para erradicar su peligrosidad, mientras que la responsabilidad por negligencia requiere un tratamiento de indulgencia¹⁹⁵, lo que motivó que Paz-Ares ya apuntara la necesidad de consagrar el carácter imperativo del régimen de responsabilidad derivado del deber de lealtad¹⁹⁶.

Esta propuesta se ha materializado en la última reforma de la LSC y se ha asentado en un reconocimiento legal de que el tratamiento de la legalidad debe ser diverso en el terreno de la lealtad¹⁹⁷ y que la regulación de este deber ha de someterse a un régimen imperativo¹⁹⁸. La doctrina mercantilista parece haber quedado satisfecha ante la modificación legal que ha recogido estas disposiciones con carácter expreso¹⁹⁹.

Definido este contexto, se puede entrar a analizar la doctrina anglosajona de la denominada *business judgment rule* que se va a comentar a continuación, las propuestas incluidas en el Código Aldama y el alcance de la reforma operada en la LSC en esta materia.

¹⁹⁴ Paz-Ares, J.C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, working paper nº 162, Barcelona, 2003, pág. 11.

¹⁹⁵ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com, cit. pág. 6. Propone el autor una política de abstención con la negligencia y una política de intervención con la infidelidad, siendo en estas últimas en las que los administradores obtienen mayores beneficios.

¹⁹⁶ Paz-Ares, J.C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, working paper nº 162, Barcelona, 2003, págs. 58-59.

¹⁹⁷ En relación específica con el deber de lealtad, en el art. 227.2 LSC se hace referencia a la necesidad de indemnizar por enriquecimiento injusto. En el art. 230 LSC se menciona el régimen de imperatividad y dispensa. Juste Mencía, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, cit. pág. 371. En relación con la regulación del enriquecimiento injusto, explica el autor que tiene un componente sustantivo, ya que se prohíbe al administrador obtener cualquier ganancia del cargo, que no se correspondan con las correspondientes al servicio prestado.

¹⁹⁸ Juste Mencía, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, cit. págs. 415-416. Se refiere el autor a que: “Al proclamar el carácter imperativo del “régimen”, y confirmar que no puede existir un diseño estatutario contrario a él, está predeterminando la conducta exigible no solo al administrador, sino también a los órganos de la sociedad”.

¹⁹⁹ Paz-Ares, J.C., “Anatomía del deber de lealtad”, Actualidad Jurídica Uría, nº 39, 2015, págs. 62-65. Alfaro Aguilar, J., “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit. págs. 317-319.

5.- Incorporación al sistema legislativo español de la *Business judgment rule*.

En el esquema de libertades dibujado al inicio de este capítulo, en el que los administradores tienen que tener capacidad de gestionar la sociedad con libertad de criterio e independencia, se puede entender que, sin perjuicio de la escalada más proteccionista, más intervencionista en la que se ha adentrado el derecho de sociedades, no se puede irrumpir en el ámbito estrictamente empresarial hasta el punto de que pueda llegar a anularlo, sino que es necesario mantener fuera de todo enjuiciamiento la actuación del administrador que ha actuado dentro del ejercicio regular de sus competencias tomando decisiones de calado empresarial, con independencia de si las mismas resultan a posteriori acertadas o desacertadas por el propio comportamiento del mercado o de los operadores que en el mismo actúan.

Concluida en el apartado anterior la relevancia de diferenciar entre qué concretos aspectos de la actuación de los administradores corresponden al ámbito del deber de diligencia y cuál es al ámbito del deber de lealtad, se da un paso importante en la posibilidad de análisis de la conducta de un administrador de acuerdo con parámetros objetivos. Esa labor de concreción puede ser todavía mayor, si se tiene en cuenta que dentro del deber de diligencia, no toda actuación de los administradores puede tampoco ser sometida a enjuiciamiento con el mismo rigor, sino que de nuevo se deberá diferenciar entre aquella parte de la actuación que puede considerarse asumible en términos empresariales, por referirse a decisiones estratégicas del negocio, y aquella otra que, por el contrario, ha traspasado la fortificación de la lógica empresarial y societaria y se ha adentrado en una falta de cuidado de mayor entidad.

En el estudio de la diligencia que se impone al administrador en el ejercicio del cargo se ha subrayado que este deber constituye una obligación de medios y no una obligación de resultado²⁰⁰, lo que permite entender que la actuación desempeñada por el administrador no se medirá por sus resultados, sino por la forma con la que ha actuado en la toma de decisiones dentro del contexto de la sociedad y las circunstancias que la rodean. La conclusión sobre si ha actuado de forma diligente implicará, entre otras cuestiones, valorar si ha actuado de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, con sometimiento a la normativa aplicable, obteniendo información suficiente, asesoramiento cuando era preciso y si ha actuado en términos generales como “un ordenado empresario”.

²⁰⁰ Alfaro Aguilar, J., “Artículo 225. Deber de diligencia”, cit. págs. 325-326.

Los administradores gestionan la empresa asumiendo la mayor confianza que se trasluce cuando se deposita en ellos la posibilidad de tomar decisiones de toda índole que atañen a la misma. No obstante, toda la normativa nacional, comunitaria y a nivel internacional se ha dirigido a colindar el poder de los administradores y a someterles a reglas de actuación más estrictas, a través de la asunción de deberes cuyo alcance está más limitado, como son el deber de diligencia y de lealtad que han sido comentados. El mercado demandaba una política más intervencionista a raíz de las crisis económicas que se han sucedido desde los años noventa, en el entendimiento de que los mecanismos naturales no garantizaban el funcionamiento del mercado ante la complejidad de las estructuras societarias, principalmente en las sociedades cotizadas, pero también en las demás, en cuya organización interna existía una discrecionalidad mucho mayor en la toma de decisiones. Esta política más intervencionista se ha intentado llevar a cabo también de forma paralela por medio de mecanismos menos agresivos, pretendiendo no coartar la libertad de empresa y la propia organización y gestión societaria, salvaguardando en cierta forma también la discrecionalidad e independencia de los profesionales en la toma de decisiones. En este marco es en el que se ha desarrollado el movimiento de *corporate governance*, en cuyo desarrollo se ha mantenido en todo momento en cuenta la importancia de salvaguardar necesariamente el reducto de la discrecionalidad empresarial.

En el Informe de la Comisión Aldama ya se expresaba que el alcance de la responsabilidad por incumplimiento del deber de diligencia exigible ha de ser moderado, en la medida en que los administradores han de tener un margen de discrecionalidad en el desarrollo de su actividad profesional²⁰¹. De lo contrario, no podrían asumir ningún riesgo empresarial ni, por tanto, desempeñar las funciones que tienen atribuidas por ley²⁰². En este sentido encontramos pronunciamientos taxativos en los Códigos de Buen Gobierno y así lo mostraba el Informe de la Comisión Aldama, cuando establecía: “*Por su parte, las exigencias derivadas del deber de diligencia –obtención de información, dedicación, participación en la formación colegiada del criterio- no deberían eliminar el ámbito de discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales propias de la administración de la sociedad*”

²⁰¹ Sánchez-Calero, *La responsabilidad de los administradores*.....cit. pág. 167.

²⁰² Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios....., cit. págs. 933-936. Establecen los autores que la valoración de una conducta o decisión en distintos supuestos no sería la misma en base a juicios de diligencia o prudencia empresarial (el *business judgment rule*) que llevaran a apreciar un margen de discreción razonable. Apuntan los autores que los dos parámetros conocidos del ordenado empresario y el representante leal, “*históricamente referidos a las dos esferas citadas, interna y externa, en que se desarrolla su actividad*”. El deber de diligencia se refiere al comportamiento exigible a los administradores en la esfera interna o de gestión de la sociedad.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre ha venido a recoger la figura de corte anglosajona denominada *business judgment rule*, que tanto a nivel de códigos de buen gobierno como de la doctrina mercantilista española más autorizada²⁰³ había venido reclamando desde hace años. El administrador en el desarrollo de la actividad empresarial objeto de la sociedad ha de tomar decisiones que implican la asunción de un riesgo empresarial y cuyo resultado no puede determinarse a priori en el marco del mercado en el que actúa. Estas decisiones se pueden considerar estratégicas y de negocio, por lo que quedan sujetas a la discrecionalidad empresarial. En estos supuestos el legislador considera que el estándar de diligencia de un ordenado empresario queda cubierto si el administrador actúa de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (art. 226 LSC). Como explica el Informe de la Comisión de Expertos de 14 de octubre de 2013 la denominada *business judgment rule* fomenta una cultura de innovación y facilita la sana asunción y gestión de riesgos. Los aspectos enumerados suponen una concreción importante del mínimo exigible dentro del estándar del “ordenado empresario”.

El legislador ha terminado implementando en la normativa societaria muchas de las propuestas que han venido sucediéndose en los diferentes Códigos de Buen Gobierno con el ánimo de dotar de mayor seguridad a las estructuras societarias. El resultado al que se debe llegar es que estas iniciativas no pueden desconocer el margen de discreción y decisión empresarial y coartar la actuación de los administradores, por cuanto el esquema empresarial quedaría dañado hasta el punto de que ningún administrador tomaría ninguna decisión de mínimo riesgo y se congelaría toda posibilidad de progreso de las empresas. De la misma forma, no se puede hacer responder al administrador por los resultados negativos, de toda decisión desacertada, sino solo de aquellas actuaciones verdaderamente relevantes que supongan una transgresión de los deberes impuestos a los administradores. Desde este punto de vista, el reconocimiento legislativo de esta regla es un hito que verdaderamente debe considerarse positivo en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

La discrecionalidad empresarial quedará protegida dentro de un concreto escenario que viene referido por las decisiones estratégicas y de negocio. Dentro de ese escenario se dibuja un esquema que responde al estándar de diligencia del ordenado empresario, que anteriormente ha sido descrito de acuerdo con parámetros objetivos. Entrará dentro de este esquema el administrador que actúe de buena fe, sin interés personal, con información

²⁰³ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit. pág. 56.

suficiente y que prosiga por los cauces legítimos en el proceso de la toma de decisión. Quedarán fuera de este esquema, todas aquellas decisiones que no respondan a estos presupuestos, así como las que afecten personalmente a otros administradores, a personas vinculadas y que tengan que ser objeto de autorización conforme a lo dispuesto en el art. 226 LSC.

Las posibilidades de defensa que se plantean al administrador a través de esta disposición son infinitas, puesto que se puede entender la amplitud de un término como el de “discrecionalidad”. Será sin duda la casuística y los tribunales los que irán perfilando y acotando la amplitud de este reducto insoslayable de la labor de administración, que no podrán traspasar en su función de determinar la potencial responsabilidad en la que puedan incurrir estos profesionales por su actuación.

El dictado del art. 226 LSC supone un reconocimiento de los postulados de un principio que ha formado parte históricamente del sistema *common law* que se denomina la *business judgment rule*, que ha venido evolucionando tanto en el marco del derecho del Reino Unido²⁰⁴ como en Estados Unidos²⁰⁵, dando lugar siempre a un amplio debate en el seno de los tribunales y en la doctrina sobre su alcance y aplicación a nivel sustantivo y a nivel procesal²⁰⁶.

La doctrina estadounidense apunta diversos casos en los que se puede situar el origen de la *business judgment rule*. Entre las resoluciones en las que se sitúa el origen del término *business judgment rule* está la relativa al caso *Charitable Corp vs Sutton* de 1742, en el que se establece que los administradores pueden ser considerados culpables de actos de comisión u omisión por incumplimiento o cumplimiento defectuoso que den lugar a consecuencias negativas, pero se argumenta la dificultad de determinar lo que pudieron prever en el momento de actuar²⁰⁷. La sentencia del caso *Percy v. Millaudon*, 1829 de la

²⁰⁴ Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Volume I, Fifth Edit, 1998, pág. 9.

²⁰⁵ Arshat, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited”, cit. pág. 93.

²⁰⁶ Lyman P.Q. Johnson, “Corporate Officers and the Business Judgment Rule”, 60 *Bus. Law* 439 (2005), pág. 469.

²⁰⁷ Holland, R. J., “Delaware Director’s Fiduciary Duties: The focus on loyalty”, University of Pennsylvania, en www.archives.upenn.edu/histy/features/schools/law.html, pág. 679. El autor concreta que el reconocimiento de los deberes fiduciarios de los administradores se expresó por vez primera en *Bodell vs General Gas & Electric Corp* en 1926 y que el Tribunal Supremo de Delaware redefinió la regla de *business judgment rule* en 1984, cuando se reconoce que esta regla constituye “una presunción de que en la toma de decisiones, los administradores de la sociedad actuaron sobre una base de información, de buena fe y con la voluntad honesta de que la acción es tomada en el mejor interés de la entidad”. En la sec. 102 (B) (7) de la Delaware General Corporation Law enacted by the Delaware Supreme Assembly se establece que la sociedad puede exculpar a sus administradores de responsabilidad económica por el

Corte Suprema de Louisiana²⁰⁸. Ningún hombre se compromete a prestar un servicio si se le requiere ser infalible y se le somete a condiciones extremas de cumplimiento. Se exige al administrador que detente un nivel de conocimiento ordinario, un sentido común que le permita tomar decisiones y que se pueda confiar que las mismas serán razonables²⁰⁹. En *Hodges v New England Screw Co.* se consideró que: "*un Consejo de Administración que actúa de buena fe y con diligencia y cuidado razonable, pero incurre en un error de hecho o de derecho, no es responsable de dicho error*". Si un administrador atiende a sus funciones de buena fe no responderá personalmente²¹⁰.

Del análisis de estas resoluciones y del desarrollo que ha tenido en el marco del derecho estadounidense, se puede afirmar que esta regla tiene un carácter híbrido de corte procesal y sustantivo.

La génesis de su formulación se asienta en el resorte básico de que los administradores son seres humanos, por lo que en su faceta profesional no son infalibles y aunque tomen decisiones de buena fe y con información suficiente pueden causar graves pérdidas a la sociedad²¹¹. Desde la misma perspectiva, no toda transacción empresarial puede ser objeto de revisión y los tribunales no pueden convertirse en una instancia revisora de toda decisión empresarial y máxime cuando carecen del nivel de capacidad técnica que deben tener los administradores²¹².

En este escenario se puede entender que si los accionistas quieren que los administradores adopten decisiones de negocio arriesgadas, que pueden incrementar los beneficios y en algunos casos causar pérdidas, se impone una regla por los tribunales "*to keep their hands off the substance of a director's decision*", si la decisión del administrador no se ha basado en un interés personal en la operación, sigue procedimientos generalmente aceptados como adecuados en dichas circunstancias y no resulta irracional²¹³. Esta regla de la *business judgment rule* se convierte en un medio de garantía también de que los administradores y no los socios administran las sociedades, al impedir que todas las

incumplimiento del deber de diligencia, pero no por una conducta que no ha sido presidida por la buena fe (pág. 696).

²⁰⁸ Arsht, S. Samuel (1979) "The Business Judgment Rule Revisited", cit. pág. 97.

²⁰⁹ *Ibid.*, pág.97.

²¹⁰ *Ibid.*, pág.99.

²¹¹ Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. pág. 12.

²¹² Arsht, S. Samuel (1979) "The Business Judgment Rule Revisited", cit. pág. 95. Lyman P.Q. Johnson, "Corporate Officers and the Business Judgment Rule", cit. págs. 456-457. Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. pág. 15.

²¹³ Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. pág. 12.

decisiones de los administradores sean objeto de revisión por los tribunales a través de acciones iniciadas por socios. La regla entonces se erige como una presunción fáctica a favor de los administradores de que no es viable someter su actuación empresarial al escrutinio judicial, salvo que verdaderamente concurren las circunstancias que lo aconsejen. Si no se demuestra lo contrario, se presume que los administradores han ejercido sus funciones de buena fe, aplicando su mejor criterio en interés de la sociedad y quien sostenga lo contrario, deberá aportar un principio de prueba en el correspondiente procedimiento judicial de que ha actuado con intereses personales, con falta de la debida atención, con mala fe o sobre la base de una motivación inadecuada²¹⁴.

Por otro lado, han existido voces que han defendido que la naturaleza de la regla no es la un standard de responsabilidad ni la de una “abstention”, sino la de una inmunidad²¹⁵, que permite aislar a los administradores de la responsabilidad por sus decisiones empresariales y evitar la revisión de aquellas decisiones basadas en su capacidad empresarial²¹⁶. Como ocurre en los supuestos de inmunidad, los tribunales no tendrán que medir la calidad de la decisión, sino que tendrán que constatar que no se han producido violaciones del deber de lealtad, como son el que no concorra un fraude, una infracción legal, una autocontratación, un interés particular o una actuación de mala fe. La inmunidad operaría como un estándar de razonabilidad y buena fe²¹⁷.

Esta regla protege la actuación del administrador cuando se han producido errores razonables²¹⁸ y exime de responsabilidad civil atendiendo al criterio de que los administradores tienen que cumplir un standard basado en principios legales y de *common law* que les imponen deberes²¹⁹. Esta disposición encuentra su razón de ser en el argumento de que si los tribunales son demasiado estrictos al determinar el nivel de responsabilidad que han de asumir los administradores, por su alto nivel intelectual, estos profesionales no querían ejercer estos cargos²²⁰.

²¹⁴ Arsht, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited”, cit. pág. 130. Lori McMillan, “The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine”, págs. 456-461 y 528. Esteban Velasco, G., “La administración de las sociedades de capital”, cit. pág. 9. En relación con el espacio de discrecionalidad en las decisiones empresariales establecido de acuerdo con la *business judgment rule*, considera Esteban Velasco que se delimita más claramente con la diferenciación entre los deberes de lealtad y de diligencia.

²¹⁵ Lori McMillan, “The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine”, cit. pág. 525..

²¹⁶ Arsht, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited”, cit. pág. 130.

²¹⁷ Lori McMillan, “The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine”, cit. pág. 525.

²¹⁸ Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. págs. 5-7.

²¹⁹ Arsht, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited”, cit. pág. 96. Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. pág. 4.

²²⁰ Arsht, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited”, cit. pág. 97.

Las actividades de supervisión y control de la gestión que han de cumplir los administradores incluyen de forma clara medir los riesgos y la oportunidad de cada decisión empresarial²²¹. Esta regla se considera así un medio de control que pretende dar una respuesta a las tensiones que se producen “entre gobierno y mercados libres, así como entre intereses públicos y autonomía privada”. Se protege a los administradores que actúan de buena fe, aunque las decisiones resulten ser perjudiciales o erróneas. Ante la extrema dificultad de determinar si los administradores han evaluado los riesgos correctamente y, de esta forma, su capacidad de decisión, se evita atribuirles responsabilidad por tomar decisiones equivocadas²²². Es evidente que los administradores son expertos en una materia en la que los tribunales no son expertos²²³. En la mayoría de las áreas, las decisiones técnicas se pueden verificar mediante el análisis del cumplimiento de procedimientos y protocolos y es en esa fase del proceso de decisión en el que se tiene que centrar el escrutinio de su labor y no en función de la obtención de resultados negativos.

Los cinco elementos que presupone esta regla son entonces: (i) la adopción de una decisión empresarial²²⁴; (ii) con independencia y desinteresadamente, sin interés particular alguno que suponga un conflicto de interés²²⁵; (iii) diligencia debida que presupone una decisión informada que viene referida al proceso de adopción de la decisión²²⁶; (iv) buena fe²²⁷ y (v) sin abuso de discrecionalidad²²⁸.

Constituye entonces esta regla un punto de partida para la investigación del proceso de toma de decisiones de los administradores²²⁹, en función de la cual los tribunales van a poder analizar de forma más clara en términos de seguridad jurídica la decisión tomada por los administradores y determinar si la conducta de los administradores puede adentrarse en un espacio de potencial responsabilidad²³⁰.

De conformidad con los postulados de la *business judgment rule*, si un administrador es diligente en el cumplimiento de sus deberes de tomar decisiones de buena

²²¹ Cahn, A. y Donald, D.C., *Comparative Company Law*, cit. pág. 372.

²²² Lori McMillan, “The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine”, cit. pág. 526.

²²³ Cahn, A. y Donald, D.C., *Comparative Company Law*, cit. pág. 370

²²⁴ Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. pág. 40.

²²⁵ *Ibid.*, pág. 41 y ss.

²²⁶ *Ibid.*, pág. 74.

²²⁷ *Ibid.*, pág. 80 y ss.

²²⁸ *Ibid.*, pág. 85 y ss.

²²⁹ Arshat, S. Samuel (1979) “The Business Judgment Rule Revisited”, cit. pág. 100.

²³⁰ Furlow, Clark W., Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware, *Utah Law Review*, 3 (2009), 1064. La *business judgment rule* también se instituye en “una presunción de que los administradores se informaron para tomar una decisión, de buena fe y en la creencia honesta de que la acción tomada estaba dirigida a cumplir el interés de la sociedad”

fe, por motivos legítimos, bajo parámetros razonables²³¹, sobre la base de todas las circunstancias fácticas que debe conocer tras informarse debidamente, y utiliza su mejor criterio empresarial en las cuestiones que se le plantean, no se considerará responsable de los resultados negativos que conlleven su decisión²³².

Lo expuesto significa a *sensu contrario* que la mala fe y la violación de la ley impiden la aplicación de la *business judgment rule*²³³, como también lo impide toda conducta desleal que implique un incumplimiento relevante de la Ley de forma intencionada y, en definitiva, fraudulenta²³⁴.

La doctrina comparada ha subrayado el hecho de que el alcance de la *business judgment rule* es diverso en las distintas jurisdicciones²³⁵. Con independencia de la fórmula por la que cada ordenamiento ha reconocido su alcance²³⁶, se puede apreciar cómo los

²³¹ Arsht, S. Samuel (1979) "The Business Judgment Rule Revisited", cit. págs. 119-120.

²³² *Ibid.*, pág. 111.

²³³ Arsht, S. Samuel (1979) "The Business Judgment Rule Revisited", cit. pág. 127. Holland, R.J., "Delaware Director's Fiduciary Duties: The focus on loyalty", University of Pennsylvania, en www.archives.upenn.edu/histy/features/schools/law.html, págs. 696 y 699. Los tribunales respetarán la regla, salvo que los administradores estén interesados en la decisión, actúen con falta de independencia en el proceso de decisión, incumplan el deber de actuar de buena fe o actúen de forma gravemente negligente. En *Disney 906, A 2 at 67* se refiere a los casos de violación del deber de buena fe.

²³⁴ Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. págs. 90 y ss.

²³⁵ En unos casos tiene rango legal como en Alemania (93 (1) Aktiengesetz). En la secc. 8.31 del *Model Business Corporation Act* de Estados Unidos también se hace referencia a que existe una presunción de que el administrador no será responsable frente a los accionistas por ninguna decisión o acción salvo que se considere que su actuación no fue de buena fe en defensa del interés de la sociedad o cuando haya actuado con falta de objetividad e independencia. En otros casos se contempla como una regla específica reconocida por la jurisprudencia (Delaware) o como un uso como en Gran Bretaña. Cahn, A. y Donald, D.C., *Comparative Company Law*, edit. Cambridge University Press, 2011, pág. 372. Block, Dennis J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit. págs. 20-24. En otros muchos estados de Estados Unidos se reconoce esta presunción. En Delaware la regla supone una presunción de que las decisiones adoptadas por los administradores con la información necesaria, de buena fe y en el entendimiento de que se han hecho en favor de los intereses de la sociedad y opera como un principio jurídico no como una mera defensa. Arsht, S. Samuel (1979) "The Business Judgment Rule Revisited", cit. pág. 108. La carga de la prueba la tiene entonces el demandante frente a la presunción de la *business judgment rule*. Recoge el autor en su artículo, que en *Bodell v. General Gas & Electric Corp* de la Corte Suprema de Delaware se afirma que: "un error honesto de criterio no debe ser objeto de revisión por parte de los Tribunales". El tribunal sostuvo también que "el fraude, real o presunto, como las motivaciones desviadas o los beneficios personales o las acciones arbitrarias o la desviación consciente respecto de los intereses de la empresa y los derechos de sus accionistas" quedan fuera de esta regla.

²³⁶ Cahn, A. y Donald, D.C., *Comparative Company Law*, cit. pág. 371. En Alemania y Estados Unidos se distingue entonces lo que es cierto (la actuación profesional en el proceso de toma de decisiones) y lo que es incierto (la identificación de la decisión correcta). Explican estos autores que en Alemania la protección requiere probar previamente que se ha tomado la decisión desinteresadamente y con la información necesaria. En Gran Bretaña distinguen también entre la decisión que no resulta favorable del incumplimiento grave, frente al que sí cabe considerar una potencial responsabilidad.

distintos tribunales parten de la presunción de que los administradores que toman las decisiones actúan de buena fe al cumplir el deber de cuidado²³⁷.

Estos apuntes realizados de la doctrina y jurisprudencia norteamericana desarrolladas en torno a la *business judgment rule* dan muestra de las posibilidades que tiene de aplicación y que su alcance no tendrá otra limitación que el planteamiento de las partes en los procesos y la pericia de los tribunales en su interpretación.

Por este motivo, se puede apreciar que un adecuado examen de la *business judgment rule* y en definitiva, de la aplicación del art. 226 LSC exige realizar una primera operación de diferenciación entre los deberes de lealtad y de diligencia, ya que sólo si se ha hecho correctamente esta diferenciación, se podrá entonces delimitar dentro del deber de diligencia cuál es este espacio que merece la protección de la discrecionalidad. Lo expuesto constituye, por tanto, una serie de parámetros que pueden contribuir a acotar estas disposiciones tan abstractas y generales y estructurarlas debidamente en el esquema legal societario.

III.- INCIDENCIA DE LOS DEBERES GENERALES EN EL DEBER DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD Y EN LA FORMULACIÓN DE CUENTAS ANUALES

1.- El deber de informar

En conexión con lo dispuesto en el capítulo primero en el que se ha explicado la relevancia de la información económica que proveen los administradores para el buen funcionamiento de la sociedad y del mercado, se puede entender entonces la relevancia del deber al que quedan sujetos los administradores de informar, puesto que el administrador es un mero gestor que está actuando en nombre y por cuenta de la sociedad y responde frente a ésta, frente a sus socios y frente a los terceros que se relacionan con los mismos, lo que implica dar cuenta de las gestiones realizadas y acreditar que en todo momento su actuación en defensa del interés social²³⁸. La normativa societaria ha articulado el deber de informar a través de muy diferentes mecanismos, a través de los cuales se obliga a los administradores a

²³⁷ Cahn, A. y Donald, D.C., *Comparative Company Law*, cit. pág. 370

²³⁸ Pallisery, F., “*True and fair financial reporting: a tool for better corporate governance*”, cit. págs. 332-342. La transparencia de la información financiera promueve el crecimiento corporativo. La *disclosure* ha sido el mecanismo más efectivo y eficiente para inducir a los administradores a gestionar mejor (Lowestein, 1996). La transparencia debida es crucial para que los mecanismos de *corporate governance* operen eficientemente.

canalizar la información económica relativa a la sociedad por canales de muy diversa naturaleza, que incluso se amplían en el marco de sociedades cotizadas. Los documentos en los que proyectan los administradores la información económica cobran una importancia máxima, puesto que en los mismos queda reflejada la gestión llevada a cabo por los administradores.

Los documentos que con carácter general se generan en la empresa, pueden tener muy diferente naturaleza y forma, abarcando no solo la llamada documentación contable con carácter general y las cuentas anuales en particular, sino también toda la documentación subyacente que sirve de base a estos documentos, al igual que libros de actas que contengan los acuerdos adoptados por los órganos colegiados de la sociedad, junta general, consejo de administración y comisiones ejecutivas, comités de auditoría, así como los comités consultivos; libros registros de acciones representadas mediante títulos nominativos; libros registros de socios; libros-registros de contratos celebrados entre la sociedad y socio único; informes, comunicaciones internas y externas con organismos públicos y privados; declaraciones fiscales y otra documentación fiscal, así como la documentación comercial. Esta documentación general de la empresa ha de ser llevada, clasificada, registrada, ordenada, archivada y conservada y parte de ella es la base de las cuentas anuales, en lo que se corresponde con operaciones, actos o circunstancias que tienen una influencia en la situación económica o financiera de la empresa.

Entre todos estos documentos, se puede afirmar que son las cuentas anuales que han de formular los administradores de las sociedades mercantiles, el mecanismo vital de transmisión de la información relativa al patrimonio, a la situación financiera y a los resultados de la empresa, motivo por el cual se considera el documento societario por antonomasia que refleja la situación económica y jurídica de la sociedad y en definitiva, su imagen fiel. En orden a entender el proceso de formación de las cuentas anuales, analizaré previamente cómo se desarrolla el proceso contable que sirve de base para la elaboración de las cuentas anuales.

2.- El proceso contable

La contabilidad es un sistema muy antiguo de rendición de cuentas que se instituye como la piedra angular del Derecho mercantil²³⁹, al permitir reflejar los resultados de la

²³⁹ Cañibano, L., *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, Madrid, 1991, págs. 35-36. El autor explica los orígenes de la contabilidad. Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*.....cit. págs. 222 a 271. El derecho contable es derecho mercantil y, por tanto, ha de ser manejado por el jurista. Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, en *La Reforma de la Ley de*

sociedad mediante una declaración de conocimiento del titular de la actividad, que incorpora a un soporte los actos materiales de contenido económico²⁴⁰. La doctrina ha ofrecido muchas definiciones de la contabilidad, que la clasifican como una ciencia de naturaleza económica y como una técnica científica que ofrece la información económica, patrimonial y financiera relativa a un patrimonio y organización empresarial²⁴¹. Entender lo que representa este concepto permite, a su vez, entender las obligaciones que en torno a la misma se exigen a los sujetos que intervienen en el proceso contable. La *American Accounting Association*²⁴² lo define como “*el proceso de identificar, medir y comunicar información económica apta para permitir juicios y decisiones documentados a los usuarios de dicha información*”.

Sociedades Anónimas (dir. A. Rojo), ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 230. Cita Chuliá a Münster Bernhard Grossfeld, quien, a raíz de un estudio de la Ley alemana de incorporación de las Directivas 4ª, 7ª, 8ª, afirmó: “*El derecho contable es ahora derecho mercantil normal, de modo que nosotros los juristas podemos manejarlo con nuestras normales técnicas jurídicas (más unas técnicas añadidas-se refiere a las contables- fáciles de aprender)*”. Aun cuando las ciencias contables han alcanzado una notable complejidad, la cita del jurista es ineludible con el derecho contable tras la reforma”. Marina García-Tuñón, A., “*Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....*”, cit. pág. 1131. Explica el autor que: “*Las normas de elaboración de la contabilidad son normas jurídicas, dotadas de diferentes grados de imperatividad y con gran tecnicismo, por lo que constituye un marco normativo especial y complejo*”.

²⁴⁰ Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo.....*cit. pág. 142

²⁴¹ Cañibano, L., *Contabilidad, Análisis contable de la realidad económica*, cit. pág. 43. Comenta el autor que: “*la contabilidad es una ciencia de naturaleza económica que tiene por objeto producir información para hacer posible el conocimiento pasado, presente y futuro de la realidad económica en términos cuantitativos a todos sus niveles organizativos, mediante la utilización de un método específico apoyado en bases suficientemente contrastadas..*”. Vicent, F., *Introducción al Derecho Mercantil.....*cit. pág. 180, quien señala que la contabilidad presenta tres aspectos fundamentales: “*a) es un aspecto de la actividad de organización propia del empresario o sus administradores consistente en registrar las operaciones económicas mediante declaraciones de conocimiento o verdad (no declaraciones de voluntad); b) la contabilidad es objeto de una ciencia que produce una técnica contable, un vocabulario propio y soluciones peculiares para expresar los hechos contables; c) contabilidad es un sistema de información financiera objetiva dirigida a terceros (acreedores, inversores, competidores, trabajadores de la empresa, hacienda pública)*”. Marina García-Tuñón, A., “*Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....*”, cit. pág. 1133, con cita a Girón Tena, 1993, alude a que: “*La ciencia económica ideó una técnica imprescindible como es la contabilidad capaz de representar mediante una conjugación relativamente equilibrada de guarismos y palabras, la repetida situación de la empresa, hasta el punto de emplearse de forma sinónima información económica e información contable*”. Petit Lavall, Mª. Vª., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, edit. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1994, pág. 36. Alonso Espinosa, F.J., “*El deber de documentación de la empresa y de llevanza de contabilidad tras la Ley 16/2007, de 4 de julio*”, *La Ley*, RMV, nº 5, 2009, pág. 26. Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo.....*, cit. pág. 140. Este autor denomina la contabilidad como “*ciencia económica por excelencia*” y después clarifica que: “*Es una ciencia económica básicamente informativa, de aprehensión, representación y transmisión de hechos. En su primera fase destacan las notas de “normatividad e imperatividad” y supone dotar a los participantes del tráfico económico de un mecanismo analítico y de medición, que aúna aspectos estáticos y dinámicos.... La información individualizada que suministra puede ser objeto de comparación y permite obtener importantes conclusiones*”.

²⁴² Vara y Vara, M. y Gallego Díez, E., *Manuel Práctico de Contabilidad Financiera*, Edit. Pirámide, 2ª edic., 2009, Madrid, pág. 19.

La contabilidad constituye entonces un sistema que ofrece información relevante, útil, objetiva y fiable²⁴³ estructurada mediante el registro de hechos con trascendencia societaria, que atañen al proceso de creación y distribución del a renta²⁴⁴. La mecánica contable comprende el registro, clasificación y resumen de sucesos traducibles en unidades monetarias pasados o futuros²⁴⁵, la representación de la composición del patrimonio de la empresa, su valoración y las modificaciones que sufren las diferentes unidades económicas, lo que permite conocer el importe de los recursos económicos, su financiación y el resultado obtenido en su gestión.

El objeto de la contabilidad es todo aquello balanceable, por ser susceptible de ser registrado. Señala Vicent Chuliá, que jurídicamente el “objeto” de la contabilidad presupone un seguimiento cronológico de sus operaciones empresariales y una demostración ante los interesados de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa²⁴⁶.

La contabilidad tiene diversas finalidades y por tanto no solo tiene trascendencia en el marco estricto interno de la sociedad como instrumento que permite a los gestores tomar decisiones de gestión²⁴⁷ sobre la explotación de la actividad, detallar magnitudes internas como la formación de los costes y la valoración de productos o servicios, sino también ofrece información a terceros sobre la evolución del patrimonio empresarial y su rentabilidad, los resultados económicos de la actividad y las perspectivas sobre la evolución de la actividad²⁴⁸. Se puede por lo tanto dirigir al control interno de la gestión y rentabilidad o al control externo para dar información o rendir cuentas a terceros tomadores de decisiones que operan en el marco de actividad de la empresa. Se puede considerar así un sistema de información que refleja la realidad patrimonial de la sociedad²⁴⁹. Estas características que presenta la contabilidad, llevan a concluir que es una ciencia exacta basada en reglas aritméticas que permiten mostrar la situación económica y reflejar el resultado del análisis empresarial, que representa aspectos patrimoniales, financieros y de resultado²⁵⁰.

²⁴³ Pereira, F. *et. al.*, *Contabilidad para Dirección*, cit. pág. 24.

²⁴⁴ Cañibano, L., *Contabilidad...*cit. págs. 31-32.

²⁴⁵ Pereira, F. *et. al.*, *Contabilidad para Dirección*, cit. pág. 23.

²⁴⁶ Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*cit. págs. 222 a 271.

²⁴⁷ Rojo Fernández-Río, A., “La contabilidad (I) Introducción El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba” (dir. Menéndez, A. y Rojo, A.), en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13ª edic., edit. Civitas, 2015, pág. 117.

²⁴⁸ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación de la empresa...”cit. pág. 26.

²⁴⁹ Rojo Fernández-Río, A., “La contabilidad (I) Introducción...”, cit. pág. 118. Enfatiza el autor que la contabilidad “no crea una realidad patrimonial, pero sí informa sobre ella”.

²⁵⁰ Marina García-Tuñón, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario...*cit. pág. 30. El autor explica que: “la información contable es, por un lado, información económica y, por otro lado,

La técnica contable supone el registro de operaciones económicas por lo que constituye una técnica compleja que utiliza conceptos económico-jurídicos para expresar los hechos contables²⁵¹. Como aspectos generales a subrayar de esta técnica, se debe tener en cuenta que el método de registro se denomina “partida doble”, conforme al cual el patrimonio de la empresa se divide en dos grupos que representan el origen y destino del patrimonio, las fuentes de su financiación y su aplicación. En el “activo” se integran los medios económicos de producción y en el “pasivo” los medios de financiación. La cuenta es el instrumento de representación y medida de cada uno de los elementos patrimoniales; que se reflejan en una entrada doble para que se haga constar el origen y destino, denominados como debe y haber²⁵². Este registro que constituye el aspecto material de la contabilidad se ha de efectuar conforme a una serie de políticas y criterios establecidos en disposiciones de menor rango y en usos, lo que ha dado lugar a que un sector de la doctrina mercantilista resalte que existe una cierta aleatoriedad en la aplicación de la norma contable y un margen de discrecionalidad, que llevan a considerar su contenido como indeterminado e impredecible²⁵³. La traducción de sucesos o hechos de trascendencia económica en unidades monetarias se realiza mediante un conjunto de reglas que se denominan principios contables. La aplicación de estos principios permite diversos planteamientos en orden a determinar el beneficio, de forma que un aspecto a subrayar muy relevante es que la imagen de la situación de la empresa puede variar, ya que es una técnica y como tal no puede ser neutral de forma matemática²⁵⁴.

La política o práctica contable de la Sociedad se marca conforme a unos principios, métodos, convenciones, reglas y procedimientos adoptados por la empresa en la

patrimonial, financiera y de resultados (económico-financiera) cuyo objetivo común es manifestar la realidad y situación de los diferentes elementos que se vinculan a la organización empresarial, tanto en sus aspectos dinámicos como estáticos”. Vázquez Cueto, J.C., *Tratado de Derecho Mercantil*, Dir. D. Manuel Olivencia, Carlos Fernández- Novoa y D. Rafael Jiménez de Parga. Vol. 5 Las cuentas anuales y la documentación contable en la sociedad anónima, edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, pág. 18. Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo...*cit. pág. 143.

²⁵¹ Pereira, F. *et. al. Contabilidad para Dirección...*, cit. pág. 31. Los estados contables publicados se refieren a ejercicios pasados (contabilidad histórica o contabilidad financiera) y por tanto, reflejan las consecuencias de decisiones pasadas.

²⁵² Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 165.

²⁵³ Del Puerto Cabrera, L., *Formulación de las Cuentas Anuales en las Sociedades de Capital*, Edit. Reus, S.A., Madrid, 2011, págs. 62 y ss.

²⁵⁴ Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores...”cit. pág. 568. Para el autor: “No es lo mismo plantear las reglas contables desde una perspectiva de defensa del capital social, como técnica de protección de los acreedores y garantía de la estabilidad de la empresa que enfocarla desde una óptica de mercado, más preocupada por facilitar decisiones a la hora de colocar los ahorros del público y especialmente atenta a la protección de inversores potenciales y futuros”. También afirma el autor que de la aplicación del criterio contable se pueden derivar distintas consecuencias económicas que: “pueden resultar ventajosas o desfavorables en relación con los diferentes grupos de intereses que confluyen sobre la empresa”.

preparación y presentación de los estados financieros. Esta política deberá mantenerse en los sucesivos ejercicios por la empresa para posibilitar la comparabilidad de la información y solo se cambiará de forma motivada cuando proceda por Ley o por las circunstancias concurrentes²⁵⁵. Es importante entender entonces la relevancia de que el proceso contable se rodee de una serie de garantías técnicas formales y de naturaleza sustancial para que las cuentas anuales que resulten a partir de estos datos expresen la imagen fiel de la sociedad²⁵⁶.

La determinación de la técnica contable permite entrar a examinar una cuestión esencial lidiada por la doctrina como es la naturaleza de las declaraciones que contiene el documento contable, que se denominan anotaciones, registros, asientos o apuntes contables. De forma mayoritaria se sostiene que se trata de una declaración de conocimiento y que no constituye una declaración de voluntad ni una confesión. Vicent Chuliá afirma que la declaración contable no es una declaración de voluntad, puesto que por ella misma el declarante no dispone ni se obliga a nada, sino que se trata de una declaración de conocimiento o verdad sobre hechos contables que constan al declarante, lo que permite su rectificación posterior. La contabilización de forma acorde a los principios legislativos no transforma las declaraciones en declaraciones de voluntad²⁵⁷, por lo que se puede afirmar que la documentación contable²⁵⁸ responde a la naturaleza jurídica de declaración de conocimiento o verdad sobre hechos contables, que no constituye una prueba de los hechos de significación económica, pero que debe reflejarse de forma adecuada por imperativo legal y que es atribuible a los administradores²⁵⁹.

La relevancia que ha tomado la contabilidad como fuente de información ha desencadenado un desarrollo legislativo muy profuso en el ordenamiento español²⁶⁰ a raíz

²⁵⁵ Pereira, F. *et. al.*, *Contabilidad para Dirección*, cit. pág. 25.

²⁵⁶ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. págs. 18-19.

²⁵⁷ Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*.....cit. págs. 222 a 271. Apunta el autor las consecuencias de que no constituya una declaración de voluntad, sino de conocimiento: “*es eficaz con independencia de la voluntad y capacidad del declarante...no puede probar actos jurídicos... no permite, con base en ella, que los terceros adquieran derechos de buena fe...*”

²⁵⁸ Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*.....cit. págs. 222 a 271.

²⁵⁹ Rojo Fernández-Río, A., “La contabilidad (I) Introducción.....”, cit. pág. 125. Concluye el autor que: “*(...) aunque los asientos contables contengan, fundamentalmente, declaraciones de conocimiento sobre hechos, actos o negocios jurídicos, la Ley les atribuye consecuencias jurídicas propias...*”. El autor niega la posibilidad de que la contabilidad se considere un medio de prueba directo para acreditar la existencia de negocios jurídicos (pág. 129).

²⁶⁰ En la medida en que el acto de registro o declaración contable y la actividad de llevanza de la contabilidad y de información financiera constituyen “actos de comercio”, se aplica la normativa mercantil nacional. Las normas reguladoras del Derecho mercantil contable español son el Cco; las leyes especiales mercantiles; y los usos del comercio. Con carácter supletorio se aplican las normas de derecho civil. El PGC de la normativa contable en España tuvo su origen en 1973 y posteriormente sufrió diversas

de las iniciativas adoptadas a nivel comunitario²⁶¹ e internacional²⁶², en el que se ha ido buscando el perfeccionamiento del sistema contable, la objetividad mediante el cumplimiento de normas de índole general y la adaptación a las circunstancias

modificaciones y es la norma que comprende los principios de valoración y la estructura de los documentos contables. Vara y Vara, M. y Gallego Díez, *Manual Práctico de Contabilidad Financiera...*, cit. pág. 27. El PGC se divide en cinco partes, que se caracterizan como: marco conceptual de la contabilidad, normas de registro y valoración, cuentas anuales, cuadro de LSC y las normas especiales regulan las cuestiones formales relativas al proceso de elaboración de la contabilidad y cuentas anuales en función de la naturaleza o contenido de la actividad de la entidad. Las normas que rigen las cuentas anuales como instrumentos de publicidad frente a terceros, se recogen en los arts. 329 a 342 RRM. De forma complementaria a la normativa mercantil, las Resoluciones del ICAC constituyen normas reglamentarias generales de segundo grado en materia contable. Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*cit. págs. 222 a 271. El RD 1514/2007 atribuye competencia al ICAC, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, la función de desarrollar los principios y normas contables de obligado cumplimiento.

²⁶¹ En el marco de la Unión Europea se ha desarrollado el Derecho Mercantil Contable a través de las Directivas Primera, Cuarta, Séptima y Octava. La Ley 19/1989, *de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades* incorporó al Derecho español la Cuarta Directiva del Consejo de la CEE de 25 de julio de 1978 sobre cuentas anuales de sociedades de capital, la Séptima Directiva de cuentas consolidadas de fecha 25 de junio de 1983 y la Octava Directiva de los auditores de cuentas de 10 de abril de 1984. Vicent Chuliá, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, Volumen 2º, edit. José Mª Bosch, editor, S.A., 1991, pág. 685. Subraya el autor que la Cuarta Directiva constituye la primera unificación legal internacional en materia de cuentas anuales y que fue fruto de un largo proceso de elaboración, así como la primera Directiva en materia de sociedades que incorporó importantes conceptos ingleses.

²⁶² La concienciación a nivel internacional de que las normativas nacionales de la regulación contable no podían dar respuesta al ejercicio de actividades económicas desarrollado por empresas a nivel internacional, es lo que ha justificado la necesidad de encontrar una regulación transnacional que permita unificar en el plano internacional las normas por las que se rige la contabilidad. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que obliga a las sociedades que cotizan en mercados internacionales a aplicar las normas internacionales de contabilidad en las cuentas anuales elaboradas a partir de 2005. Se trata de las Normas Internacionales de Información Financiera (anteriormente denominadas Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) y actualmente denominadas como NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera), elaboradas por la IASB (Internacional Accounting Standards Board) y con intervención de la IOSCO. Estas normas denominadas como NIC-NIIF constituyen un sistema de información financiera que se orienta a proporcionar información útil para la adopción de decisiones económicas de inversión o desinversión, así como de utilización del capital. Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*cit. págs. 222 a 271. Estas normas exigen la prestación de información en forma de notas explicativas de las cuentas anuales. Las sociedades cotizadas deben reunir abundante información para poder elaborar las cuentas consolidadas según las NIIF, con notas explicativas y con cifras comparativas. El nuevo Derecho contable procedente de las NIC se enfoca en las valoraciones y en las estimaciones. Su articulado se ha integrado en la normativa de la Unión Europea, bajo el control de la Comisión, a través del asesoramiento, análisis y aplicación por parte del Comité Internacional de Interpretaciones de Información Financiera (EFRAG, European Financial Reporting & Advisory Group). En los Reglamentos 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio y 1725/2003, de 20 de septiembre la Unión Europea se compromete a adoptar las normas contables emitidas por el IASB. La Ley 15/2007 de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de enero de 2008, es el fruto del proceso armonizador contable imperante en la UE y supone la definitiva incorporación de las NIIF al Derecho español. Esta regulación fue desarrollada por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el PGC y por el RD 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan de Contabilidad de pequeñas y medianas empresas. El PGC y el PGC de Pequeñas y Medianas Empresas fueron posteriormente modificados por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre. Garreta Such, J. Mª, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 163.

concomitantes en las que tiene que operar²⁶³ para salvar los múltiples fallos detectados en el sistema a raíz de las crisis empresariales, sectoriales y en particular, la crisis global que ha afectado recientemente a los mercados, todo ello buscando su operatividad no solo a nivel comunitario sino también en el más amplio marco internacional.

Se puede entender así cómo en el marco internacional la contabilidad preserva su consideración como herramienta vital sobre la que hay que trabajar para preservar la eficacia y reforzar, si es posible, este mecanismo de protección de las sociedades y del mercado. La extrema importancia de este mecanismo de protección no impide que la técnica contable como ciencia y sistema de traducción de hechos de relevancia empresarial está expuesta a las limitaciones que se derivan de la aplicación de los principios que rigen el proceso contable y que es inevitable una cierta arbitrariedad en el registro de las operaciones que puede dar lugar a un margen de discreción, pero que en todo caso las declaraciones contenidas en los documentos contables constituyen declaraciones de conocimiento o de verdad que no se pueden instituir como prueba, pero que pueden ser sometidas a examen para valorar si responden a los cánones de veracidad exigidos a nivel legislativo.

3.- Los libros de contabilidad

La llevanza de los libros de contabilidad es un instrumento imprescindible para la organización de la sociedad y el cumplimiento o incumplimiento de este deber puede desencadenar implicaciones jurídicas y económicas. La relevancia de esta documentación es máxima por cuanto permite el control interno y externo de la actividad y de la gestión realizada en la sociedad, así como la adopción de decisiones coordinadas dentro de la sociedad y sustentadas en datos fidedignos²⁶⁴. Por este motivo, de forma breve analizaré las cuestiones básicas referidas al contenido de estos Libros.

El art. 25 Cco. establece la obligación de todo empresario de llevar una contabilidad ordenada, aclarando que: “llevará necesariamente...un libro de inventario y Cuentas Anuales y otro Diario”, añadiendo en el art. 28 siguiente que el Libro de Inventario y Cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa transcribiéndose

²⁶³Cañibano, L., *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, cit. pág. 32. Sánchez Calero, F., Régimen de cuentas anuales, pág. 716. Explica el autor que: “El ordenamiento jurídico ha de establecer una regulación cada vez más precisa o rígida para que nazca un clima de confianza recíproca”.

²⁶⁴Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad...*cit. págs. 106-111.

también “*el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales*”, mientras que en el Libro Diario “*se registrarán día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa*”. Estos libros sirven de soporte de las declaraciones contables y garantizan el proceso contable, que comprende la ordenación del conjunto de hechos económicos que se producen en la empresa durante el ejercicio en el desarrollo de su actividad, además de que constituyen un canal de información, de control y organización interna y externa de la sociedad, puesto que justifican la toma de decisiones en la empresa de forma racional y previsible²⁶⁵.

El Libro diario contiene una relación cronológica diaria de todas las operaciones con trascendencia económica realizadas por la empresa, como así dispone el art. 28.2 Ccom al establecer que: “*El libro diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa*” y que es posible la anotación resumida o conjunta “*de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate*”. Se trata de un libro obligatorio y debe contener todas las operaciones contabilizables. Este Libro permite conocer las partidas y contrapartidas de las anotaciones, el origen y destino de los bienes que figuran en los balances y además, la fecha o el momento de realización de las operaciones registradas²⁶⁶, por lo que se obtiene una información dinámica sobre la marcha de la empresa, que posteriormente y, en su caso, se debe trasladar al Libro Mayor.

El Libro Mayor no es obligatorio, pero es determinante para el desarrollo del proceso contable. El método a utilizar es el de la realización de asientos contables, a través del sistema contable de partida doble. Las anotaciones tienen una estructura bipartita, que comprende el “debe” constituido por las entradas y operaciones deudoras, en su acepción contable pero no jurídica, y el “haber” compuesto por salidas o anotaciones acreedoras e igualitarias, en el sentido de que las sumas de las anotaciones realizadas en el “debe” han de ser iguales a las del “haber”. En este libro se deben registrar hechos económicos con trascendencia final en el balance de la empresa, que provienen de diferentes soportes documentales para su posterior control²⁶⁷. El contenido de este Libro supone el punto de partida de los documentos que han de reflejarse en el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales.

²⁶⁵ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 201.

²⁶⁶ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad*...., cit. págs.125-130. Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 202.

²⁶⁷ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. págs. 202-203.

Examinado el contenido de estos libros, se puede entrar a valorar el proceso de elaboración del libro de inventarios y cuentas anuales, que en todo caso es un libro obligatorio destinado a recoger toda la documentación relativa al cumplimiento del deber de formulación de cuentas anuales y que incluye el balance inicial, los balances de comprobación y de sumas y saldos, así como el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales. Con el balance o inventario inicial de la empresa se abre el Libro y a la elaboración de dicho documento sucederán los balances de comprobación, que se transcribirán trimestralmente, el inventario del cierre del ejercicio y las cuentas anuales. El inventario inicial es la relación valorada en unidades monetarias de todos los elementos integrantes del patrimonio empresarial (bienes, derechos y otros recursos, así como las obligaciones contraídas por la empresa en una fecha determinada), que permite calcular el patrimonio neto²⁶⁸. Es una relación ordenada, detallada, descriptiva y completa del patrimonio activo y pasivo de la empresa²⁶⁹. Constituye una representación estática de la empresa, su fotografía económica en un momento determinado²⁷⁰ y de forma periódica resume la composición del patrimonio, la situación económico-financiera y los resultados, frente al Libro Diario que presenta la contabilidad de forma dinámica. Si la contabilización de las operaciones de la empresa se inicia con la relación detallada del patrimonio empleado por el empresario para el ejercicio de su actividad, una vez se produzca el cierre del ejercicio se debe relacionar también el patrimonio resultante. El inventario inicial debe reformularse para anotar todas las variaciones que se han producido, que afectarán a los resultados del ejercicio²⁷¹.

Los documentos que muestran la totalidad de los bienes y derechos de la empresa son el balance del ejercicio o el balance de comprobación de sumas y saldos, que incluye también inventariado el patrimonio empresarial. El balance de sumas y saldos integra todas las cuentas referidas en el sistema contable (activo, pasivo, gastos e ingresos), incluyendo los valores registrados, y se estructura en forma de lista en vertical sin imposición legal de orden predeterminado²⁷². Este balance debe actualizarse trimestralmente por medio de balances trimestrales que integran las cuentas del balance contenidas en el Libro Diario y su función es fijar e informar periódicamente a lo largo del ejercicio sobre la composición y valoración del patrimonio empresarial y de su situación financiera²⁷³. El balance de

²⁶⁸ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario...*, cit. pág. 134.

²⁶⁹ Alonso Espinosa, F.J., *El deber de documentación de la empresa...*, cit. pág. 38.

²⁷⁰ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 208.

²⁷¹ *Ibid.*, pág. 208.

²⁷² *Ibid.*, pág. 208.

²⁷³ Alonso Espinosa, F.J., *El deber de documentación de la empresa...*, cit. pág. 38.

situación es una relación patrimonial más compleja y detallada de bienes, que presenta el equilibrio valorativo de medios económicos como inversiones y de medios financieros como Activo y como Pasivo²⁷⁴.

Una vez finalizado el ejercicio, se redactará un inventario de cierre y las cuentas anuales. Se puede entender así como las cuentas anuales se construyen a partir de la valoración de la contabilidad ordinaria de la sociedad y constituyen una síntesis de la misma, que toma como datos a valorar los datos incluidos en el Libro Diario y en el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales. Constituyen de este modo documentos que se elaboran, auditan y justifican a partir de la contabilidad general referida a todo el patrimonio de la entidad, culminando así el denominado proceso contable que se inicia con el registro del hecho contable en el Libro Diario, continúa con la traslación de los asientos al Libro Mayor, procediéndose posteriormente a la redacción al final del ejercicio de un balance de sumas y saldos o de comprobación, a su confrontación con un inventario de cierre del ejercicio, a la regularización de las cuentas del Mayor y a la inclusión de asientos de cierre de las cuentas de los libros Diario y Mayor.

4.- El administrador ante el proceso contable y ante la elaboración de las cuentas anuales

Como se ha desarrollado en el primer capítulo de esta tesis, la razón de ser del deber de informar proviene de la posición deudora de la sociedad que obliga a los administradores a rendir cuentas de los bienes que administra²⁷⁵. Los deberes genéricos de los administradores se proyectan en deberes específicos referidos a la documentación general de la empresa, y en particular, a la documentación contable y a las cuentas anuales en la forma establecida por el Legislador. Los gestores tienen la obligación de cumplir un deber de carácter público de proporcionar una imagen contable clara que atienda no solo a los

²⁷⁴ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 208.

²⁷⁵ Vicent Chuliá, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vol. 2º, edit. José M^a Bosch, editor, S.A., 1991, 3ª edic, págs. 682-684. Explica el autor que el patrimonio de la sociedad anónima es dinámico y se encuentra invertido en actividades empresariales, de modo que la sociedad es su titular y al tiempo deudora de su valor frente a los socios y frente a los acreedores que le han concedido crédito, lo que le permite desarrollar su actividad asumiendo un pasivo real o exigible. Por este motivo: “*esta rendición de cuentas la realiza la sociedad a través de las cuentas anuales, que son declaraciones de conocimiento en cuya elaboración intervienen todos sus órganos, con el fin de determinar, al cierre del ejercicio, la situación de su patrimonio, financiera o de liquidez y el resultado del ejercicio. Quien rinde cuentas, por tanto, no es solo el órgano de administración frente a la Junta general, sino la sociedad misma frente a los socios y terceros*”.

intereses públicos, sino también los privados²⁷⁶, ya que a través de su cumplimiento se van a proteger los intereses de los sujetos que necesitan conocer la situación económica de la sociedad. Se trata de un deber legal que asumen los administradores, aun cuando el titular jurídico es la sociedad, como así se desprende de la propia dicción del art. 25 Ccom²⁷⁷, en el que se ordena que todo empresario deberá llevar “*una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios*”²⁷⁸. Los administradores son quienes toman las decisiones y conocen de primera mano los datos que han de reflejarse en la contabilidad, por lo que tienen sin lugar a dudas el papel más relevante del proceso informativo que obviamente condicionará los estadios posteriores y la actuación de los profesionales que tienen que intervenir sucesivamente en su desarrollo²⁷⁹. Por este motivo, se les exige garantizar que la entidad adopta un sistema contable apropiado, y que los estados contables son correctos y conformes a la legalidad vigente. Sin perjuicio de que asumen la responsabilidad de la confección correcta de la contabilidad, se debe tener presente que los administradores generalmente no se encargan materialmente ni se involucran en el diario de la fase previa de llevanza de contabilidad, que es delegada y queda a cargo de expertos contables o directores financieros que actúan en el cumplimiento de este cometido²⁸⁰, ya que lo cierto es que el administrador no suele tener la pericia para llevar el día a día de la contabilidad²⁸¹. De este modo, verificada la trascendencia de que el administrador cumpla el deber de garantizar que el proceso contable se tramite en forma, podemos adentrarnos a analizar la obligación que asume el órgano de administración de formulación de las cuentas anuales, que se trata de una competencia inherente al cargo exclusiva y excluyente²⁸².

²⁷⁶ Vázquez Cueto, J.C., Las cuentas anuales y la documentación contable en la sociedad anónima, Vol. 5, en *Tratado de Derecho Mercantil*, Dir. D. Manuel Olivencia, Carlos Fernández-Novoa y D. Rafael Jiménez de Parga, edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, pág. 19.

²⁷⁷ Sobre la calificación como deber legal, Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario...*cit. págs. 65-69.

²⁷⁸ La llevanza de otros libros y documentos de carácter estrictamente contable se instituye como la justificación subyacente al contenido de las cuentas y el cumplimiento de obligaciones contables formales (arts. 25 a 30 CCom.) como la legalización de libros y exigencias formales y garantías de corrección y autenticidad de las anotaciones y registros practicados en la documentación contable.

²⁷⁹ Sánchez Fernández de Valderrama, J.L., “Información corporativa, ética y auditoría”, Partida Doble, núm. 180, Septiembre, 2006, págs. 28 y 29. Analiza este autor los diferentes sujetos que intervienen en lo que denomina la “cadena informativa”.

²⁸⁰ Sobre la asunción de este deber legal por parte de los administradores como órgano de la sociedad legal, Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresarial...*cit. págs. 95-99.

²⁸¹ En el caso Banesto se pudo ver la complejidad de enjuiciar o concretar las competencias asumidas en relación con la contabilidad por los distintos directivos debido a la multiplicidad de departamentos que tocaban esta materia y el organigrama tan alambicado con el que contaba la entidad.

²⁸² En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 924/2005 de 24 noviembre, RJ 2005\7854 se explica la relevancia de la formulación de las cuentas anuales: “*La rendición de cuentas y gestión administradora se integra en el área competencial propia de los administradores sociales válidamente nombrados, tratándose de funciones de las que son exclusivos depositarios e inherentes al cargo, siendo actividad de*

El deber de formulación de las cuentas anuales por parte del administrador es un deber que tiene que asumir en todo caso, sin posible delegación formal, lo que permite entender la relevancia que tiene para el legislador el que el administrador traslade información a la sociedad, socios y terceros que represente la imagen fiel de la sociedad. Esta actuación de formulación y propuesta de las cuentas anuales es un acto de gestión llevado a cabo por los administradores dentro de las competencias en materia contable lo que da lugar al inicio de un proceso complejo de elaboración de las cuentas anuales, asumiendo los administradores la responsabilidad de su contenido. Supone entonces la formación de una contabilidad anual que debe cumplir las características de ser exacta y veraz, por medio de la confección de documentos contables específicos.

Determinado el alcance de la labor de formulación llevada a cabo por los administradores, se debe analizar el concepto de cuentas anuales, los documentos que las conforman y el proceso general de elaboración de las mismas. Solo tras concretar estas cuestiones, será posible determinar el alcance de la obligación asumida por el administrador²⁸³.

Las cuentas cierran el último estadio del proceso informativo contable que muestra el resultado de las operaciones económicas contabilizadas y permiten conocer la situación financiera de la sociedad tras la conclusión del ejercicio económico²⁸⁴. Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto, un estado de flujos de efectivo y la memoria y deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, para lo cual se redactarán con claridad, contabilizando las operaciones atendiendo su realidad económica y no solo su forma jurídica²⁸⁵.

su propia iniciativa por acatamiento de lo dispuesto en la Ley, de la que no les exonera y menos puede justificar el que la sociedad no hubiera exigido la referida rendición, como bien pudo hacerlo, como tampoco el hecho posterior de entrar en liquidación..”.

²⁸³ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...*cit., pág. 42. La evolución hacia modelos más desarrollados de las cuentas sociales se ha planteado como una necesidad en los desarrollos legislativos de la sociedad anónima, atendiendo al interés privado de los socios y de los acreedores de la sociedad en tener un conocimiento razonable y adecuado de la situación económica de la entidad. Se trata de lograr, nos ha dicho el maestro Garrigues, que los administradores “*presenten la contabilidad de modo que refleje con exactitud y precisión la situación patrimonial de la sociedad y los beneficios obtenidos o las pérdidas sufridas en cada ejercicio económico*”.

²⁸⁴ Sánchez Calero, F., Régimen de cuentas anuales, pág. 726. Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 166. Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, cit. pág. 241.

²⁸⁵ Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, cit. pág. 240. Señalaba el autor que el Ccom. partía de un concepto de cuenta que no define, pero en su caso debería comprender la presentación de los hechos económicos y patrimoniales de forma aritmética y las menciones que la ley exige. Vicent Chuliá, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, cit. págs. 690-693. Equipara el autor las cuentas anuales a

Las cuentas anuales vienen a ser un resumen de la contabilidad ordinaria y, en definitiva, constituyen la exhibición pública de la información ordenada que se contiene en los libros de contabilidad sobre el patrimonio y resultados de la sociedad, en los que se registran las operaciones económicas²⁸⁶. Estos estados contables deben reflejar los hechos y circunstancias patrimoniales, sus variaciones y su situación a una fecha determinada de forma fiel²⁸⁷ y permiten suministrar información sobre la situación financiera, actividad y flujos de efectivo de una empresa, de modo que permiten controlar los elementos que conforman la actividad empresarial, el resultado económico de la actividad, la operatividad de la empresa y la gestión llevada a cabo²⁸⁸. Constituyen *la manifestación externa y pública más genuina de la observancia de la obligación contable por parte del empresario*²⁸⁹, a través de la cual se refleja el estado patrimonial en el momento de cierre del ejercicio²⁹⁰. La memoria no tiene la naturaleza de una cuenta, sino que es un documento singular en el conjunto de las cuentas anuales que explica el contenido de las cuentas, de forma que en realidad los documentos que sí responden a dicha calificación son el balance del ejercicio y la cuenta de pérdidas y ganancias²⁹¹.

La información incluida en las cuentas anuales debe cumplir las características de ser relevante, fiable y veraz. Se entiende por “relevante”, como indica el PGC, la información que es útil para la toma de decisiones económicas, es decir, que ayuda a evaluar sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente, a cuyo fin las cuentas anuales deben mostrar los riesgos a los que se enfrenta la empresa. La información será fiable cuando esté libre de errores materiales y sea neutral, libre de sesgos y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar. La fiabilidad implica igualmente integridad, en la medida en que la información financiera contiene, de forma completa, todos los datos que pueden influir en la toma de decisiones, sin ninguna omisión de información significativa.

cualquier declaración contable y las define como “declaración de conocimiento de la Sociedad, que es competencia de la Junta general”. El acuerdo de la Junta General que las aprueba constituye una declaración y es el resultado de un largo proceso.

²⁸⁶ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada....”, pág. 1131. Las cuentas anuales constituyen: “*un mecanismo insustituible, capaz de exponer la situación, evolución y resultados de la actividad económica a lo largo del ejercicio económico*”.

²⁸⁷ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*...cit. págs. 138-139.

²⁸⁸ *Ibid.*, pág. 28.

²⁸⁹ Illescas Ortiz, R., “La formulación de las cuentas anuales de la sociedad anónima” en AAVV. *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Madrid, 1996, pág. 1926. Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*...cit. pág. 137.

²⁹⁰ Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”...cit. pág. 240.

²⁹¹ Vázquez Cueto, J.C., Las cuentas anuales y la documentación contable....., cit. pág. 20. Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 165. En puridad, la expresión cuentas anuales es equívoca por cuanto aquellos documentos no guardan relación con el concepto de “cuenta” utilizado por el sistema contable de partida doble.

La información financiera debe comprender también las cualidades de comparabilidad y claridad.

Las cuentas no se limitan a ser simple aritmética, por lo que no puede pretenderse una exactitud en la representación de la realidad societaria²⁹², sino que la imagen de la situación financiera o de disponibilidad de recursos para hacer frente al vencimiento de las deudas tiene que obtenerse necesariamente a través de la interpretación de los datos mostrados en las cuentas con periodicidad anual²⁹³. Tienen un valor informativo fundamentalmente histórico o relativo, que permite contrastarlas con el *ejercicio* anterior. Por la trascendencia pública de la información que contienen, responden a una estructura obligatoria determinada por la Ley, que permite que la información pueda llegar a ser comprensible y comparable por todos los usuarios²⁹⁴. De forma imperativa se establece por el legislador el contenido obligatorio de las cuentas anuales, la estructura formal y el contenido particular de sus componentes mediante principios y normas de valoración, en aras a representar la visión de la imagen fiel. Existen dos modelos de cuentas anuales, el normal y el abreviado, siendo este último el que permite la presentación de unas cuentas más reducidas a empresas de pequeño tamaño que cumplan unas determinadas condiciones (valor del activo, importe neto de su cifra de negocios, número de empleados...) y en el que el estado de flujos de efectivo no es obligatorio.

La contabilidad se mantiene como secreta, de tal manera que los terceros no pueden examinar directamente el registro de las operaciones de la empresa, pero a través de las cuentas se sintetiza el contenido de estos documentos y se pone a disposición de la empresa, socios, inversores, acreedores, trabajadores y del Estado la información económica considerada de interés público que encierran estos documentos²⁹⁵.

Las Directivas comunitarias ampliaron la información que debían cubrir las cuentas anuales, de modo que en la actualidad se comprenden dentro de las mismas el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto, un estado de flujos de efectivo y la memoria, que constituyen un cuerpo documental unificado.

²⁹² Uría, R., *Derecho Mercantil.....*, pág. 57.

²⁹³ Vicent Chuliá, F., "Las Cuentas Anuales"...cit. pág. 241.

²⁹⁴ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)...cit.* pág. 211.

²⁹⁵ *Ibid*, cit. pág. 210.

El contenido informativo de estos documentos es variado, al estar integradas de documentos que tienen diferente naturaleza²⁹⁶.

En definitiva, las cuentas permiten conocer el resultado económico de la empresa derivado de la composición del balance al inicio y al final del ciclo contable, si resultan beneficios o pérdidas, los ingresos y gastos realizados o soportados, variaciones patrimoniales, cobros y pagos, la capacidad de la empresa para pagar y la posible obtención de beneficios por parte de los inversores²⁹⁷, a través de los siguientes documentos:

(i) De acuerdo con la información obtenida del asiento de cierre, se elabora el balance en el que se debe reflejar con exactitud y veracidad la información sobre todos los elementos patrimoniales existentes al cierre del ejercicio, la situación económica de la empresa y el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias, es decir, el resultado del ejercicio que representa el beneficio que ha arrojado la sociedad y es susceptible de reparto. En origen el balance nace en el marco del Derecho de sociedades para que los socios y terceros, como son los acreedores, conozcan el resultado susceptible de reparto, el capital, pero posteriormente evoluciona desde la perspectiva del Derecho del mercado de valores y se orienta a la protección de los inversores a través de la información²⁹⁸. El mantenimiento del capital que refleja este documento constituye un medio de protección de los acreedores, pues es la cuenta general de la sociedad que permite obtener el resultado generado en el ejercicio en cuestión y la renta generada por el patrimonio, que arroja los beneficios repartibles al final del ejercicio sin riesgo del capital invertido. La función del balance es la de proporcionar información clara sobre el estado patrimonial de la empresa en los aspectos relativos a su composición para su valoración dineraria particularizada²⁹⁹, por lo que se destaca del mismo que constituye una recopilación de cuentas que tiene un claro trasfondo económico³⁰⁰. Los datos contables a incluir son los relevantes para determinar el

²⁹⁶ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 166. Los arts. 35 y 36 Cco recogen el contenido descriptivo de los documentos que constituyen las cuentas anuales. La información patrimonial, financiera y de gestión no se expresa en forma de cuentas, sino mediante informes y resúmenes. El Estado de Cambios en el Patrimonio Neto (ECPN) y el Estado de Flujos de Efectivo (EFE) se denominan estados a la vista de que su origen se sitúa en los *statements* anglosajones.

²⁹⁷ *Ibid.*, pág.173.

²⁹⁸ Gondra, J.M^a., “Los mercados internacionales de capitales marcan el rumbo del derecho europeo de balances, ¿Hacia dónde nos llevan?, pág. 126.

²⁹⁹ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación de la empresa...”, cit. pág. 38. En la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 5 de marzo de 2009 se afirma que: “*Dentro de las cuentas anuales, el balance es el documento contable del que debe resultar, con claridad y precisión, la situación patrimonial de la sociedad al final de cada ejercicio*”.

³⁰⁰ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*..., cit. págs. 140-141. Destaca el autor su carácter plurifuncional en el que se mezclan fines jurídicos y económicos, sin perjuicio de que estos últimos tienen una cierta primacía: “*Lo económico engloba una perspectiva más*

rendimiento económico obtenido en el ejercicio y determinar el beneficio a repartir en un determinado momento del cierre del ejercicio³⁰¹.

El balance comprende de forma separada los bienes y derechos que conforman el activo, las obligaciones que se consideran pasivo y patrimonio de la empresa a una fecha fija³⁰². Es preciso destacar que el contenido informativo de este documento comprende una visión retrospectiva y estática del patrimonio de la empresa al cierre del ejercicio, que permite apreciar los activos de los que dispone la empresa (el capital en funcionamiento) y las deudas a las que debe hacer frente (las fuentes u origen de financiación)³⁰³. Esta visión estática del patrimonio en un determinado momento prescinde de los valores reales de mercado, lo que desde determinado sector de la doctrina se interpreta como una contradicción con el principio de imagen fiel, como también se considera una contradicción la realización de valoraciones a través de estimaciones que pueden rectificarse en el futuro o conjeturas (como riesgos previsibles) de acuerdo con el principio de prudencia³⁰⁴. Estas contradicciones ponen de manifiesto la dificultad de mostrar la verdadera situación de la sociedad a través del balance de ejercicio y que este documento no ofrece un conocimiento completo de la situación de la sociedad y de su eficiencia económica, sino que presenta importantes carencias a estos efectos³⁰⁵. En todo caso, no puede dejar de afirmarse que es un documento fundamental para la representación de la imagen fiel.

En el balance se refleja a través de una estructura bifronte y mediante partidas agrupadas los elementos patrimoniales de la sociedad y de este modo se fija el valor de su patrimonio social³⁰⁶, se sintetizan las diferentes cuentas de la empresa y se confrontan las que componen su estructura económica, que integran los bienes poseídos destinados al

amplia que permite acotar con mayor exactitud y comprensión el hecho microeconómico de la empresa en su estimación de unidad económica". Rojo Fernández-Río, A., "La contabilidad (II). Las cuentas anuales. Los principios contables y la auditoría de cuentas" (dir. Menéndez, A. y Rojo, A.), en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13ª edic., edit. Civitas, 2015, pág. 133. Destaca el autor su notoria importancia para los administradores, socios y acreedores.

³⁰¹ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*....cit. pág. 288.

³⁰² Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*....cit. pág. 139.

³⁰³ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil*...cit. pág. 1001. Gondra, J.Mª., "Los mercados internacionales de capitales marcan el rumbo del derecho europeo de balances, ¿Hacia dónde nos llevan?", pág. 127.

³⁰⁴ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*...cit. pág. 289. Apuntan los autores el tratamiento diverso por prudencia valorativa de los beneficios de diferirlos hasta su realización, frente al de las pérdidas que es registrarlas anticipadamente es contrario a la visión real de la situación de la sociedad.

³⁰⁵ *Ibid.*, pág. 291.

³⁰⁶ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*....cit. pág. 141.

mantenimiento de la actividad empresarial, con las que representan los bienes invertidos en aquella adquisición, el origen de los fondos o la financiación requerida³⁰⁷.

En el activo se recoge el conjunto de elementos de que dispone la empresa para todas sus actividades, como así refleja el art. 36 Cco que dispone que el activo comprende: “*los bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro*”. El activo debe incluir de forma separada el activo fijo o no corriente y el activo circulante o corriente. La adscripción de los elementos patrimoniales del activo se realizará en función de su afectación. Por su parte, en el pasivo se han de recoger las fuentes de financiación de las cuales se han recogido los recursos necesarios a través de los cuales la empresa ha adquirido los elementos que figuran en el activo. Es decir, inicialmente el pasivo recogerá la cifra del capital. Según el art. 36.1 Cco el pasivo está constituido por las obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos, incluyendo las provisiones³⁰⁸. Es decir, recoge los recursos que proceden de terceros.

El patrimonio neto representa el valor efectivo de la empresa. Constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas por los socios (capital suscrito y prima de emisión), los recursos obtenidos por operaciones de la empresa, que se corresponden con los resultados acumulados u otras variaciones. Los fondos propios incluyen: (i) el capital, (ii) los resultados acumulados (que se corresponden con los resultados del ejercicio actual o pérdidas y ganancias alcanzadas, así como los provenientes de ejercicios anteriores, no distribuidos, y por tanto, mantenidos como reserva de libre disposición); (iii) los resultados del ejercicio pendientes de distribuir; (iv) las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores; (v) las acciones propias que por cualquier causa tenga la empresa en su poder; (vi) las variaciones producidas por incrementos de activos o disminuciones de pasivos que

³⁰⁷ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*, cit. pág. 235. Si han existido beneficios aumentarán las fuentes de financiación de que se dispondrá, mientras que si han existido pérdidas su inclusión en el activo equilibrará el origen de los fondos o de las necesidades de financiación reflejadas en el pasivo.

³⁰⁸ Para la incorporación de una obligación al pasivo del balance se requiere, al igual que para los activos, que sea probable que salgan recursos de la empresa para cumplir la obligación y que esta obligación y la disminución de recursos tenga un coste. Se diferenciará entre un pasivo corriente o no corriente. El pasivo corriente incluirá las obligaciones cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca durante el ciclo normal de la explotación empresarial, o bien no exceda del plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio. El pasivo no corriente comprenderá las obligaciones que excedan del plazo de un año desde el cierre del ejercicio (acciones rescatables o créditos subordinados). Finalmente, se deben incluir en el pasivo las provisiones u obligaciones en las que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento” (créditos litigiosos).

automáticamente producen el efecto de alterar el valor del patrimonio³⁰⁹. El capital es la primera partida del pasivo que constituye el patrimonio neto de la sociedad y es considerada una cifra inalterable que tiene una función de garantía del funcionamiento de la empresa³¹⁰.

En definitiva, el balance sintetiza o resume la contabilidad al mostrar en unas pocas partidas las modificaciones que se han producido en el patrimonio de la sociedad desde una visión estática, reflejando la forma en que se ha financiado su adquisición³¹¹. El patrimonio constituye la medida de lo que se posee para gestionar la empresa y para determinar su capacidad de reembolso de la financiación ajena. El balance incorpora los bienes, su valoración, los cambios en su valoración y podrá mostrar beneficios, la situación económica y financiera, en la que se concretarán los resultados³¹².

La posibilidad del balance de reflejar la imagen fiel del patrimonio ha de delimitarse conforme al contenido de este documento y así la doctrina ha entrado en un debate sobre la posibilidad de concretar la imagen fiel en un documento de carácter “estático” como es el balance, que obliga a incluir valoraciones de activos que no se corresponden con el valor real del mercado, que se determinan conforme a estimaciones o conjeturas, así como a interpretar de acuerdo con criterios subjetivos conceptos como “riesgos previsibles”, “pérdidas eventuales o potenciales”³¹³. La aplicación del principio de prudencia permitirá matizar la aplicación de estos conceptos, pero lo cierto es que este principio también debe quedar sujeto a la necesidad de reflejar la imagen fiel de la sociedad.

En este sentido, se entiende en la línea de la posición mayoritaria de la doctrina, que el balance tiene ciertas limitaciones por el hecho de que su contenido refleja una visión estática, que impide obtener una imagen verdadera y exacta de la situación de la sociedad, pero que en todo caso constituye la imagen fiel obtenida de la aplicación de las disposiciones legales aplicables, en el entendimiento de que se trata de “*un balance de ejercicio que ha debido ser confeccionado, necesariamente, con unos criterios legales que no buscan la realidad patrimonial de la sociedad en base a unos precios de mercado en la*

³⁰⁹ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...págs. 304-305.

³¹⁰ *Ibid.* cit. pág. 291.

³¹¹ Vázquez Cueto, J.C., *Las cuentas anuales y la documentación contable*....., cit. pág. 30. Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. págs. 236 y 237

³¹² Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*, cit. pág. 237

³¹³ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*...cit. págs. 288-293. Se deben tener en cuenta aspectos como el hecho de que las normas contables especifican principios de valoración por los que no se utiliza el valor real de mercado en el momento de la confección del balance, sino criterios como el precio de adquisición o el coste de producción.

fecha del cierre del ejercicio” con el fin de obtener el rendimiento económico producido por el patrimonio social durante un ejercicio³¹⁴.

(ii) La cuenta de pérdidas y ganancias recoge el resultado económico de la actividad de la empresa traducido en pérdidas o ganancias y el resultado contable del ejercicio derivado de la aplicación de los principios contables, por lo que permite conocer si la gestión de los administradores ha sido eficaz, la evolución económica de la empresa y las variaciones patrimoniales³¹⁵. Proporciona esta cuenta el detalle de la actividad de la empresa desarrollada a lo largo del ejercicio, distinguiendo las operaciones que han generado ingresos de las que han generado gastos, de forma que se puede establecer el resultado final con el saldo positivo o negativo (beneficio o pérdida) e identificar los factores que han influido en dicho resultado³¹⁶. Establece el art. 35.2 Cco que la cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados propios de la explotación de los que no lo sean³¹⁷. El resultado del ejercicio desde el punto de vista económico se traduce en la compensación entre todos los gastos e ingresos producidos en un ejercicio con independencia de su origen derivado de la explotación o financieros o de su caracterización como ordinarios o extraordinarios³¹⁸. En esta cuenta se detallan subtotales con la finalidad de informar sobre la gestión de la empresa³¹⁹ y en global permite obtener un enfoque dinámico del saldo al cierre del ejercicio, siempre y cuando su confección se haya guiado por el principio de imagen fiel³²⁰.

³¹⁴ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales...*, págs. 291-292. En consecuencia, como indican estos autores y se desarrollará más adelante, el auditor tendrá que verificar la imagen fiel que representa el balance confeccionado conforme a las disposiciones legales aplicables.

³¹⁵ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario...*cit. págs. 152-153.

³¹⁶ Vázquez Cueto, J.C., *Las cuentas anuales y la documentación contable.....*, cit. pág. 60.

³¹⁷ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit. pág. 1004. El origen de los ingresos es un dato de gran significación para proporcionar una imagen adecuada del resultado y para llegar mejor a conclusiones fundadas sobre la estabilidad y la marcha de la sociedad.

³¹⁸ El art. 36.2 Cco contempla como elementos de la cuenta, los ingresos (incrementos en el patrimonio neto, ya sea en forma de entradas o aumentasen el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios) y los gastos (decrementos en el patrimonio neto, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios). La cifra de negocios viene también establecida legalmente al señalar que comprende la adición de los importes de la venta de productos y de la prestación de servicios u otros ingresos propios de la actividad o actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el importe del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos relacionados con la cifra de negocios que deban ser objeto de repercusión sobre la misma (art. 35.2 Cco.). Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario...*cit. pág. 155.

³¹⁹ Pereira, F *et. al.*, *Contabilidad para Dirección...*pág. 69. El beneficio de explotación mide la eficiencia de la empresa en sus actividades de explotación, con independencia de su financiación y del efecto impositivo.

³²⁰ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales...*cit. pág. 294.

La doctrina también se plantea el alcance que puede tener la imagen fiel obtenida a través de la cuenta de pérdidas y ganancias y al igual que en el caso del balance, se llega a la conclusión que la imagen fiel que puede obtenerse de este documento es la extraída de la aplicación de las disposiciones legales, con la diferencia esencial de que del balance se obtendría la imagen fiel del patrimonio, mientras que de la cuenta de pérdidas y ganancias se obtendría la imagen fiel de los resultados obtenidos por la entidad de carácter ordinario y extraordinario³²¹.

(iii) El estado de cambios en el patrimonio neto es un nuevo documento integrado en las cuentas anuales que se ha de estructurar en dos partes. La primera ha de contener exclusivamente los ingresos y gastos generados por la explotación de la actividad propia de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando estos actúen como tales. Asimismo, debe informar sobre los ajustes realizados en el patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y a correcciones de errores. Este documento comprenderá los resultados del ejercicio, las variaciones por los cambios en los criterios contables, las correcciones de errores y otros ajustes y variaciones de valor, incluidos los derivados del valor razonable que deban imputarse al patrimonio neto. Esta información permitirá a los socios y terceros comprobar el resultado de la actividad, la utilidad de la financiación prestada, la política de dividendos o reparto del beneficio, así como las variaciones patrimoniales que se proyectan en la solvencia de la sociedad y en la capacidad de recuperación de los capitales o bienes prestados³²².

(iv) El estado de flujos de efectivo (EFE) no es de formulación obligatoria en todo caso y conforme con lo dispuesto en el art. 36.4 Cco debe comprender: “*debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio*”. Este estado financiero muestra los movimientos de tesorería de empresa, el flujo de efectivo, lo que permitirá conocer la situación de la empresa y predecir qué ocurrirá en el futuro. El examen de la cuenta de tesorería determinará los cambios en la posición financiera de la empresa, los flujos de efectivo, y ello permitirá obtener datos sobre su liquidez y solvencia, a través del análisis y explicación de la variación en caja (cobros y

³²¹ *Ibid.*, pág.293-295.

³²² Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*, cit. págs. 173 y 333-334.

pagos que dan lugar a la caja final) y otros activos líquidos, así como las operaciones, las inversiones y las actividades de financiación³²³. La información que ofrece este documento es muy relevante porque permite determinar la capacidad de la sociedad para generar liquidez, los resultados de la gestión de los administradores y las expectativas de que la empresa responda de las deudas a su vencimiento frente a los acreedores³²⁴.

(v) Por medio de una memoria confeccionada según las disposiciones legales aplicables, los administradores complementarán, ampliarán y comentarán la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas, lo que permite entender que la relevancia de este documento es máxima como vehículo de transmisión de la gestión llevada a cabo por los administradores en la sociedad³²⁵, al explicar, completar y salvar las limitaciones apuntadas respecto del resto de documentos que conforman las cuentas anuales hasta alcanzar la denominada imagen fiel de la situación económica de la sociedad³²⁶. Es un documento no solo de carácter auxiliar en la interpretación de otros estados contables de contenido numérico y relativamente objetivable como el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias³²⁷, sino que a través del mismo se puede dar una visión global más exacta y completa de la realidad a representar y entender la complejidad de las actividades económicas, que exigen mayor información³²⁸. El objetivo de este documento es que se comprendan las cuentas anuales en su conjunto, por lo que es un elemento vital para que los administradores cumplan su deber de mostrar la imagen fiel de la sociedad y los destinatarios de las cuentas, expertos o no en materia contable, conozcan la verdadera situación de la sociedad. No se puede desconocer el hecho de que también su contenido se contrae en determinados aspectos a las mismas limitaciones que presentan el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, pues su contenido se debe ajustar a los criterios predefinidos³²⁹. Constituye así el elemento de cierre de las cuentas anuales, y por ello establece el art. 35.4 Cco que “*completará, ampliará y comentará la información contenida*

³²³ Pereira, F. et. al., *Contabilidad para Dirección*, cit. pág. 63.

³²⁴ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*, cit. pág. 337.

³²⁵ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno.....”, cit. pág. 1134.

³²⁶ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales....*, págs. 296-297.

³²⁷ Lara González, R., “Verificación de cuentas anuales y elaboración del informe de gestión: nueva doctrina de la DGRN”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2014, pág. 1. Sánchez Calero, F., *Régimen de cuentas anuales*, pág. 728.

³²⁸ Girón Tena, J., “La reforma proyectada en España de la Sociedad Anónima”, en biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/644/26.pdf, pág. 638. La memoria hace inteligible el conjunto de documentos que integran las cuentas. La configuración de las cuentas anuales ha ido evolucionando en su composición material y en aspectos formales. Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....”, pág.1133.

³²⁹ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales....*, pág. 297.

en los otros documentos que integran las cuentas anuales”. Forma parte esencial de las cuentas y da sentido a los restantes estados financieros, completando su información cuando las operaciones no resulten esclarecidas al traspasarse al balance o cuenta de resultados, ampliándolas si figuraban pero insuficientemente o simplemente comentándolas para facilitar la interpretación del balance y restantes documentos³³⁰. La trascendencia de este documento recae en el hecho de que los administradores deben redactarlo de forma que se puedan entender las cifras contenidas en las cuentas, por lo que va a constituir un elemento de análisis y evaluación directa de la gestión empresarial y de las decisiones adoptadas por los administradores, que debe permitir el conocimiento de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, supliendo las deficiencias de los restantes documentos redactados en lenguaje numérico³³¹. El art. 260 LSC determina catorce contenidos que debe reflejar la memoria, además de los contenidos previstos en el Cco, en la Ley y en los desarrollos reglamentarios y el PGC también se refiere a los contenidos mínimos de la memoria³³²

(vi) En el marco de la consolidación de los estados contables en los grupos de sociedades, la empresa dominante y las dependientes deben elaborar sus cuentas individuales, pero a las mismas debe unirse los denominados estados contables consolidados, que se someten a la aprobación de la junta general de accionistas de la dominante. La consolidación pretende ofrecer la imagen fiel del grupo³³³, al presentar los activos de cuya gestión la empresa dominante es la principal responsable, y los recursos de terceros, que suponen también compromisos de la dominante. De estos activos y de

³³⁰ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 347.

³³¹ La realidad es que aquello que se quiera esconder no se mostrará en la memoria o en su caso, se tergiversará para desviar la atención de aquellos aspectos que son cuestionables. Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español*...cit. pág. 101. La memoria de los administradores debe ser más precisa y detallada de lo que suele ser en la práctica y hablar no solo de lo favorable, sino también de lo desfavorable para la marcha de la sociedad.

³³² El PGC resalta la importancia de la memoria en el conjunto de las cuentas anuales: “*La memoria completa, amplía y comenta la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales.con el fin de que las mismas reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa*”. Las menciones que requiere el PGC que debe contener la memoria son las siguientes: la actividad de la empresa; las bases de presentación de las cuentas anuales, la aplicación de resultados, las normas de registro y valoración, el inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias, el inmovilizado intangible, los arrendamientos u otras operaciones de naturaleza similar, los instrumentos financieros, las existencias, la moneda extranjera, la situación fiscal, los ingresos y gastos, las provisiones y contingencias, la información sobre medio ambiente, las retribuciones a largo plazo al personal, las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, las subvenciones, donaciones y legados, las combinaciones de negocios, los negocios conjuntos, los activos no corrientes mantenidos para la venta y las operaciones interrumpidas, los hechos posteriores al cierre, las operaciones con partes vinculadas y otra información.

³³³ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*...., págs. 298 y 299.

estos pasivos exigibles se deben eliminar los originados por operaciones puramente internas, que comienzan y terminan en el interior del grupo, y que por tanto no tienen consecuencias contables cuando se considera el referido grupo como una sola unidad económica³³⁴.

(vii) La necesidad de presentar un informe de gestión como documento independiente de las cuentas anuales la contemplaba la Cuarta Directiva. El informe de gestión debe comprender una exposición fiel sobre las actividades desarrolladas y la evolución de los negocios, de modo que se podrá tener una visión completa de los resultados, de la situación y de la evolución previsible de la sociedad, así como una descripción de los principales riesgos e incertidumbres. Se deberá efectuar para ello un análisis equilibrado de los resultados o la situación de la sociedad, que comprenderá indicadores financieros y no financieros, así como información complementaria relativa a otras materias como el sector en el que opera la sociedad, el mercado en su conjunto, medio ambiente y personal. Si es preciso, se incluirán explicaciones complementarias a los importes que se reflejan en las cuentas anuales e incluso se hará referencia a acontecimientos ocurridos tras el cierre del ejercicio. En este documento los administradores examinan la situación de la sociedad y justifican su actuación y su singularidad frente a las cuentas anuales se encuentra en que la información se expone por los administradores desde un punto de vista subjetivo, que comprende una opinión, frente a la perspectiva más objetiva de las cuentas anuales³³⁵.

En suma, las cuentas están integradas por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el Estado de cambios en el patrimonio neto y el Estado de flujos de efectivo, que forman una unidad y que en conjunto deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, integrando en la memoria toda la información adicional que precisen³³⁶.

³³⁴ Pereira, F. *et. al.*, *Contabilidad para Dirección*,.....pág. 234.

³³⁵ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*...cit. pág. 385. Igualmente, se exige que, con respecto al uso de instrumentos financieros por la sociedad, y cuando resulte relevante para la valoración de sus activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluya los objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura, así como la exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.

³³⁶ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*....cit. pág. 298.

5.- El principio de imagen fiel. Otros principios contables y los criterios de valoración

La actividad contable se rige por una serie de principios jurídicos generales que constituyen un conjunto de criterios, normas y procedimientos de referencia obligada para garantizar la adecuación de los estados financieros a la realidad económica de las empresas³³⁷. Estos principios son los postulados sobre los que se asienta la ciencia contable y versan sobre normas de registro, valoración de transacciones, así como sobre el proceso de agregación del que resultan los estados financieros³³⁸. Se trata de principios extraídos de la práctica profesional con vocación de generalidad, que pretenden extraer la información financiera de la sociedad a través de un entendimiento correcto de la racionalidad de las transacciones económicas, cuya observancia y aplicación es de carácter imperativo para lograr el objetivo de interés público consistente en representar la imagen fiel de la sociedad en la cumplimentación conforme a la Ley del proceso contable³³⁹. El apartado 2 del art. 34 Ccom. establece los principios jurídicos rectores para la redacción de las cuentas anuales, y el art. 38 Ccom. establece los criterios de valoración, del mismo modo que se contienen en el Plan General Contable.

El objetivo de la imagen fiel es el principio rector de toda la elaboración de las cuentas y como consecuencia de ello debe prevalecer en todo caso, quedando sometida la aplicación del resto de principios contables a su consecución³⁴⁰. En la redacción de la IV Directiva se utilizaron conceptos provenientes de los distintos sistemas de los estados miembros en orden a alcanzar un sistema contable común y uno de los conceptos principales que se consagró como objetivo principal del proceso contable fue el denominado “*true and fair view*” proveniente del sistema jurídico inglés³⁴¹. No obstante, en la legislación anterior de la mayor parte de los Estados miembros exigían la denominada sincerité, verité, veracidad y exactitud. Finalmente, en la IV Directiva se estableció que: “*Las cuentas anuales deberán ofrecer una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, así como de los resultados de la sociedad*”. La cláusula general se integraba con el texto de los párrafos 3, 4 y 5 del art. 2 de la Directiva.

³³⁷ Marina García-Tuñón, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*...cit. págs. 29-30.

³³⁸ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 19.

³³⁹ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*...cit. págs. 203-204. Respecto del carácter imperativo de la disciplina contable, Vázquez Cueto, J.C., *Las cuentas anuales y la documentación contable*....., cit. pág. 83.

³⁴⁰ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 41.

³⁴¹ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario*...cit. pág. 206.

Con la Ley 19/1989, de 25 de julio se introdujo en el ordenamiento jurídico español el principio de imagen fiel, en adaptación a lo dispuesto en la Cuarta Directiva y así se incluyó en el art. 34.2 Ccom³⁴². En el art. 34 Ccom. se dispone que las cuentas anuales han de “mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales”³⁴³. En los apartados 3 y 4 de este precepto se ofrece el contenido final del principio de imagen fiel, al establecer que cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado. Por otro lado, en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, se admite su no aplicación, siendo en la memoria donde se debe justificar la decisión³⁴⁴.

El principio contable inglés “the true and fair view” se ha traducido en el principio de “imagen fiel” en español y su introducción en nuestro ordenamiento se ha considerado por la doctrina más especializada como una “conquista fundamental”³⁴⁵. De acuerdo con sus orígenes en el ordenamiento anglosajón, el principio de *fair and true view* se convierte

³⁴² Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 218.

³⁴³ En el art. 102 LSA de 1951 se hablaba de exactitud y veracidad. Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 216.

³⁴⁴ En la línea marcada por el Cco, se dispone en el art. 254 LSC vigente que: “Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta Ley y con lo previsto en el Código de Comercio”. Arana Gondra y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales...*, págs. 279-280. El principio de imagen fiel es tan esencial que puede ser necesario acudir a otras disposiciones legales y principios, que se deben elegir a través de la medida de la imagen fiel. Machado, J., Comentario al artículo 268 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. E. Beltrán y A. Rojo), Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 2002. En ocasiones la plasmación de la imagen fiel precisará de informaciones complementarias a las legalmente previstas e incluso se prevé la inaplicación excepcional de una disposición legal contable cuando la misma impida o dificulte la imagen exacta y veraz que han de proporcionar las cuentas anuales. En este sentido, la STS de fecha 11 de febrero de 2002, RJ 2002/2890 dispone que: “en estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa”.

³⁴⁵ Girón Tena, J., “La reforma proyectada en España de la Sociedad Anónima”, cit. pág. 637. En la normativa inglesa originaria de la que se extrae el concepto se contemplaba el término “true and fair” y así lo contempla en la legislación vigente la secc. 393 de la *Companies Act* inglesa de 2006 en la que se dispone que: “(1) Los administradores de la compañía no deben aprobar las cuentas para los propósitos de este Capítulo a no ser que estén satisfechos con el hecho de dar una visión veraz y fiel de los activos, pasivos, posición financiera y beneficios y pérdidas; (2) El auditor de la compañía en el desempeño de sus funciones de acuerdo con esta Ley en relación con las cuentas anuales de la compañía debe cumplir los deberes del administrador de acuerdo con la subsección (1)”. GIRÓN, Las cuentas anuales de la SA, cit., p. 27. Las cuentas contienen una representación contable (true) y una apreciación subjetiva inspirada en la corrección, lealtad y buena fe en la operación de representación (fair). Ambas expresiones “true” y “fair” son interdependientes. La versión francesa difiere de la inglesa al referirse a la “image fidèle”. La fórmula italiana se refiere a la “rappresentazione veritiera e corretta” y la alemana es “tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild”.

en el principio rector de la disciplina de las cuentas anuales. Parte de la doctrina ha criticado la inclusión de la expresión “la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la empresa”, pues consideraban que la traducción directa del inglés debería comprender una “imagen verdadera y leal” y que la buena fe o la lealtad debían contemplarse junto con la veracidad³⁴⁶. En contra de estas posturas Arana Gondra ha defendido que la “imagen fiel” es idónea para ofrecer la fidelidad a la Ley y a los principios legales, y que la expresión es comprensiva de la noción de “imagen verdadera” de las cuentas anuales, que son conformes a las disposiciones jurídico-contables y principios de contabilidad³⁴⁷. Este debate planteado en la doctrina en torno a la imagen fiel muestra que se trata de un concepto de difícil delimitación³⁴⁸, que no viene definido por la Ley y que constituye un concepto jurídico indeterminado, respecto del que se ha dicho que ha creado una situación bastante confusa y un amplio margen de inseguridad jurídica. Por su parte, la doctrina italiana también ha llegado a la conclusión mayoritaria de que nada nuevo se añade con esta expresión³⁴⁹. En la línea marcada por la doctrina mayoritaria italiana, la claridad tendría que ver con el detalle o minuciosidad, la veracidad con la declaración o inclusión de los hechos objetivos contabilizados y la no inclusión de partidas o asientos ficticios, y la exactitud se referiría sobre todo a las valoraciones y a las estimaciones, y no solo a la corrección de las operaciones aritméticas³⁵⁰.

³⁴⁶ Petit Lavall, M^a. V^a., *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, cit. pág. 349. Se califica la imagen fiel como un principio jurídico más que técnico y con referencia a la jurisprudencia francesa la autora contempla la fidelidad como la apreciación razonada de la regla, la observancia de buena fe.

³⁴⁷ Arana Gondra, F.J. y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales de la sociedad anónima. Artículos 203 a 211 de la LSA*, edit. Edersa, Madrid, 2001, pág. 278.

³⁴⁸ Núñez Castaño, E. “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”, en RP, n^o 10, 2002, pág. 72. Indica esta autora que “*los juristas italianos mantienen que es una expresión actualizada del viejo principio de veracidad y exactitud, mientras que para la doctrina alemana, añade una mayor rigurosidad en la regulación de la contabilidad...*”. Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, cit. pág. 230. Como explica este autor, en la RFA la imagen fiel se interpretó como un plus normativo sobre la exigencia del mero respeto a los principios de una ordenada contabilidad, que condujo a suprimir aquella exigencia en el régimen general, aplicable a los comerciantes individuales y sociedades personalistas, y permitiendo afirmar tesis tan extremadas como que esta diferencia supone solo la contabilidad de las sociedades capitalistas protege el interés público, produciéndose una contraposición entre ellas y las demás empresas, similar a la que se da entre derecho público y derecho privado. En Italia la mayoría de la doctrina restó importancia a este nuevo término, afirmando que no expresa nada distinto a los principios de veracidad o verdad (verità), preciosione o sincerità (en Francia sincéreté) de la anterior legislación o exactitud. En Francia la regla general de imagen fiel añadida a los términos de regularidad (conformidad a normas y procedimientos en vigor) y sinceridad (aplicación de aquéllos de buena fe) implica exigencias contables nuevas y una orientación diferente.

³⁴⁹ Musco, E., “La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas”. Revista Penal, 2000, pág. 58. Señala el autor que nuevos criterios de valoración, más difusos y más complejos, han sido introducidos para el desarrollo de la IV Directiva C.E.E. en materia societaria con el DL. 127/1991 y particularmente, un principio general fijado por el nuevo artículo 2.423, apartado 2^o, c.c., para el cual el balance debe ser elaborado con “claridad” y debe representar de forma “verídica” y “correcta” la situación patrimonial y financiera de la sociedad y el resultado económico del ejercicio.

³⁵⁰ Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, cit. pág. 233.

Sin perjuicio de las referidas críticas, se puede afirmar que la doctrina mercantilista se ha mostrado favorable a la inclusión de este concepto de la imagen fiel como elemento que representa una información patrimonial de la sociedad estrictamente veraz, plenamente transparente y explicativa, y, en todo caso, coherente con la realidad subyacente, que responde a los dictados del Legislador, representados en forma de principios, criterios de valoración y normas técnicas de valoración³⁵¹. Este criterio rector de la confección de las cuentas responde a la premisa de que ha de primar el contenido sustantivo frente a las formalidades³⁵². El principio de imagen fiel no se viola porque se haya producido una valoración global incorrecta de las cuentas, sino cuando se produce la valoración irregular y relevante de los específicos elementos patrimoniales. La forma de analizar la valoración exige aplicar las técnicas económicas que dictan las normas y principios establecidos por la Ley, por lo que adquiere una dimensión jurídica. Si se determina que la técnica económica no se ha aplicado conforme a lo dispuesto en la Ley, entra en una segunda dimensión jurídica ya que los administradores responsables de dichas cuentas deberán responder jurídicamente por la firma de unas cuentas anuales que no reflejan la imagen fiel³⁵³.

El interrogante que en todo caso planea sobre el alcance de este principio es si la imagen fiel constituye una verdad absoluta o si es una mera verdad relativa, desde la perspectiva de que la contabilidad es una ciencia sujeta a principios comprendidos en disposiciones legales cuya aplicación tiene un margen de apreciación y que en ocasiones su

³⁵¹ Marina García-Tuñón, A., *Régimen Jurídico de la Contabilidad del Empresario...* cit. pág. 213. Señala el autor que la imagen fiel encierra la idea de la veracidad, de la que el destinatario de la información contable puede extraer la utilidad esperada.

³⁵² Arana Gondra y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales...*, cit. pág. 280.

³⁵³ La interpretación y alcance de la imagen fiel se ha ido concretando por la aplicación casuística de este principio por parte de la jurisprudencia. La STS de fecha 30 de septiembre de 2002, RJ 2002/8492 concluye que: *“las cuentas no expresaban una imagen fiel del patrimonio de la sociedad y con ello su situación financiera real y los resultados de sus operaciones y recursos obtenidos aplicados durante el ejercicio, ya que no había sido contabilizada la Deuda Pública Especial. La sentencia de 14 de noviembre de 2000 entendió de un caso análogo y decidió que se hacía necesario e inevitable el reflejo en el patrimonio social de la Deuda Pública Especial, al formar parte e integrarse en aquél de manera indiscutible, aunque su incorporación efectiva no se produzca hasta la terminación del plazo por el que se constituyó y resulta insuficiente su reflejo en la memoria”*. En el mismo sentido la STS de fecha 14 de noviembre de 2000, RJ 2000/8983. En la STS de fecha 11 de febrero de 2002, RJ 2002/2890 se expresa la necesidad de que las cuentas respondan al presupuesto de veracidad, en términos de que: *“son un medio de medición del patrimonio social que impiden tanto el reparto de beneficios ficticios como la ocultación de anomalías e inexactitudes...por lo que con la incorrecta valoración de esos activos, el balance integrador de las cuentas anuales de la recurrente no responde a los requisitos de exactitud, veracidad y de claridad exigibles*. La STS de fecha 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5545) declara como principios los de claridad e imagen fiel, exigiendo que: *“la contabilidad cerrada en cada ejercicio refleje con claridad y exactitud la situación patrimonial de la Empresa, y que el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria se redacten de modo que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación económica de la Compañía y del curso de sus negocios”*. El principio no se cumplió al reflejar las cuentas como deuda cierta, real y exigible un arbitrio no fiscal cuya legalidad estaba cuestionada judicialmente y que acabó siendo anulado.

seguimiento puede ser rechazado por imperativo legal en orden a la consecución de la imagen fiel. En este sentido, se puede afirmar que, efectivamente, como en todo ámbito científico se podrá acceder a una verdad relativa a través de la debida interpretación de las disposiciones legales en su conjunto y cuyos parámetros deberán valorar debidamente los administradores al formular las cuentas anuales y al justificar sus decisiones en la memoria³⁵⁴. Esta interpretación se extrae de lo dispuesto en el Plan General Contable, cuando establece en el primer punto de la primera parte cuatro apartados que se prevén desde diferentes perspectivas los caminos diferentes que se deben tomar para reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Se dispone así que las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables deberá conducir a que las cuentas muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En la contabilización de las operaciones se debe atender a su realidad económica y no solo a su forma jurídica. Cuando el cumplimiento de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en el PGC no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar dicho objetivo. En los casos excepcionales en los que el cumplimiento fuera incompatible con la imagen fiel que deban proporcionar las cuentas anuales, se considerará improcedente dicha aplicación. En tales casos, en la memoria se motivará suficientemente esta circunstancia y se explicará su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. Estas reglas llevan a concluir, como expone la Introducción del PGC, que la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa “continúa siendo el corolario de la aplicación sistemática y regular de las normas contables”. Esta imagen fiel se asienta sobre “el fondo económico y jurídico de las operaciones”, que constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de todas las transacciones, puesto que se busca que la contabilización muestre la sustancia económica y no solo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas.

Los administradores formularán las cuentas y responderán de su veracidad, de forma que a través de su firma harán una declaración explícita de que las cuentas anuales

³⁵⁴ En contra, Vázquez Cueto, J.C., *Las cuentas anuales y la documentación contable...*, cit. págs. 99-102. El autor defiende que tan solo se puede alcanzar una verdad relativa y que es imposible considerar la imagen fiel como una verdad absoluta y única cuya consecución deba procurar toda sociedad anónima al presentar sus estados financieros”.

reflejan la imagen fiel y si no las firman, deberán indicar la causa por la que falta la firma. Por el desempeño de su cargo, los administradores tienen la obligación general de actuar con lealtad, lo que les obliga de forma genérica a respetar la normativa aplicable, que comprende sin lugar a dudas el cumplimiento de sus deberes contables, ya que solo a través de dicha vía podrá expresar la imagen fiel de la empresa. Se traduce así el concepto de imagen fiel en una norma de conducta empresarial y profesional que obliga a efectuar las anotaciones contables con el objeto de conseguir una representación lo más exacta de la empresa³⁵⁵. Esta conducta debe ser en todo momento imparcial, de buena fe y objetiva, de forma que en todo momento se respete al máximo la legalidad vigente y la realidad económica que subyace a la operación.

La doctrina se ha planteado finalmente si existe una única imagen fiel o existen varias posibles imágenes fieles, lo que motivó un debate parlamentario en el que se defendió que no existe la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, ya que es una cuestión circunstancial que depende de los principios de valoración aplicados y del objetivo perseguido³⁵⁶. En este sentido, parece que lo lógico es pensar que existe una única imagen fiel, que es la que según los administradores representa la situación económica de la sociedad de acuerdo con unos parámetros elegidos de forma lo más ajustada posible a las disposiciones legales aplicables y a los usos de la profesión. Entre los criterios aplicables, el administrador determinará según su leal saber y entender cuál es el que refleja dicha situación económica de la forma más fidedigna posible.

La representación de la imagen fiel se erige como el fin último que persigue la emisión de las cuentas anuales, pero también como epicentro de todo el sistema, como “*axioma previo fundamentador de la disciplina que cumple una función ordenadora del contenido de la información contable legalmente predispuesto*”³⁵⁷. Toda conducta que perturbe o tergiverse esta imagen fiel representa una amenaza para el buen funcionamiento del mercado, que se basa en un juego equilibrado de las empresas que se someten legítimamente a la economía de mercado. Se comprende entonces la relevancia adquirida de los términos “imagen fiel” y por qué todos los desarrollos normativos a nivel internacional, nacional y comunitario se han centrado en reforzar y proteger su esencia. La imagen fiel de las cuentas anuales constituye la proyección de los deberes de los administradores, en la medida en que si las cuentas anuales constituyen una síntesis de la

³⁵⁵ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 218.

³⁵⁶ Arana Gondra y Zubiarre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales...*, pág. 285.

³⁵⁷ Vázquez Cueto, J.C., *Las cuentas anuales y la documentación contable.....*, cit. pág. 97.

contabilidad previamente conformada, los administradores quedan obligados a asegurar la correspondencia de las cuentas con dicha contabilidad y evitar toda conducta que suponga la distorsión de los apuntes contables. Están sometidos por tanto a un deber de veracidad, como también están sometidos a un deber de reflejar leal e imparcialmente la imagen de la sociedad en las cuentas anuales, la verdadera situación económica en la que se encuentra la entidad³⁵⁸. Desde esta perspectiva, cobra sentido el marco normativo que de forma encorsetada intenta canalizar este concepto de “imagen fiel” por cauces legítimos, reduciendo al máximo la posibilidad de conductas que lo distorsionen³⁵⁹. En definitiva, el interés de la sociedad debe guiar al administrador leal en la confección de las cuentas anuales. La elección de los principios contables aplicables debe realizarse conforme al principio de imagen fiel. El interés de la sociedad solo está protegido cuando las cuentas anuales ofrecen una imagen fiel.

Otros principios complementan el principio de aplicación principal de consecución de la imagen fiel. El principio de veracidad es la columna vertebral de las cuentas anuales. La veracidad es indispensable para que las cuentas anuales cumplan su función, al igual que en cualquier declaración contable, cuya naturaleza jurídica es la de una declaración de conocimiento. En definitiva, las cuentas han de contener información veraz. El art. 37.1 Ccom. obliga a firmar las cuentas anuales al empresario individual, a los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales y a todos los administradores, declarando que todas estas personas “responderán de su veracidad”. El principio de

³⁵⁸ Vázquez Cueto, J.C., Las cuentas anuales y la documentación contable....., cit. pág. 98.

³⁵⁹ Se pueden encontrar en la jurisprudencia civil diversas sentencias relativas a la impugnación de acuerdos de aprobación de cuentas anuales que no representan la imagen fiel de la sociedad. En un asunto de impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, la STS de fecha 20 de marzo de 2009, RJ 2009/1658 concluye que: “*si las cuentas anuales no se han formulado con claridad o no muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, el acuerdo que las apruebe es nulo, aunque se haya adoptado de modo formalmente correcto*”. La jurisprudencia en materia de impugnación de cuentas anuales ha sido profusa y así lo recoge en detalle la STS de fecha 20 de marzo de 2009, en la que se afirma que “*las SSTS de 15 de noviembre de 1956, 29 de marzo de 1960, 17 de junio de 1961, 13 de octubre de 1962, 8 de junio de 1971, 3 de noviembre de 1972, entre otras muchas, ya señalaban, bajo el marco normativa de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, que los acuerdos sociales a través de los cuales se aprueban las cuentas de la sociedad que vulneren el principio contable de la "imagen fiel" han de ser tenidos por nulos.....La Sentencia de 11 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2890), con apoyo en las de 12 de mayo de 1982 y 29 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6733), sostuvo la declaración de nulidad de un acuerdo de aprobación de cuentas por cuanto no reflejaban las cuentas la "imagen fiel", ya que un determinado elemento del activo inmovilizado fue valorado en una cantidad muy superior a su valor de adquisición. La Sentencia de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8492) desestimó el recurso planteado con la sentencia que había decretado la nulidad de los acuerdos por los que se aprobaron cuentas anuales sin haber contabilizado una partida de "deuda pública especial", aunque figuraba en la Memoria, por cuanto infringía los principios rectores de veracidad y exactitud, claridad, unidad y continuidad que rigen la confección de los balances, con carácter imperativo. La omisión de tal partida en el Balance produjo - decía la sentencia - la "trasgresión del principio de imagen fiel contemplado en el artículo 172.2 LSA y el acuerdo social impugnado resulta contrario a la Ley y determina la nulidad, conforme al artículo 115 1 y 2 LSA"*”.

veracidad aparece exigido en el art. 44 Ccom. para las cuentas anuales, y se conecta con el principio de responsabilidad de quienes deben firmarlas y responder de su veracidad. El art. 44.6 Ccom. también contempla este principio al exigir en relación con las cuentas y el informe de gestión consolidados de los grupos de sociedades, que sean “firmados por todos los administradores de la sociedad obligada a formularlos, que responden de la veracidad de los mismos”. Si faltara la firma de alguno de ellos, se señalará en los documentos en que falte, con expresa mención de la causa³⁶⁰.

El registro contable de hechos económicos exige la aplicación de una serie de criterios de valoración, que han sido recopilados por el legislador con el fin de tener la suficiente fuerza jurídica. Los empresarios de acuerdo con su criterio profesional deben justificar los criterios o principios contables objeto de aplicación, de acuerdo con la normativa aplicable. En el art. 38 Ccom. se relacionan y definen los criterios que deben ser aplicados. **El principio de devengo** dicta que las operaciones económicas se registrarán cuando se produzcan o devenguen, y se imputarán al ejercicio de las cuentas anuales en cuestión los gastos e ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o cobro (art. 38 Ccom.). **El principio de prudencia** exige actuar con prudencia en las estimaciones en condiciones de incertidumbre³⁶¹. Este principio es la guía a la que se someten el resto de previsiones y limita las decisiones del empresario. La prudencia en la valoración de los elementos de las cuentas permite calcular los beneficios efectivos acumulados desde la constitución de la entidad, así como los obtenidos en el último ejercicio³⁶². Ciertos activos y pasivos se deben valorar de acuerdo con el criterio de valor razonable, que se considera el “valor de mercado fiable” de los mismos (art. 38 bis CCom.). Solo se recogen en el balance los beneficios realizados a la fecha de cierre. Se deben tener en cuenta también las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro de los activos,

³⁶⁰ Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*....cit. págs. 222 a 271. Los administradores, al igual que el empresario individual y los socios ilimitadamente responsables, con su firma o sin ella, no se exoneran de responsabilidad por la veracidad de las cuentas anuales, en su caso, en los términos propios del régimen de responsabilidad de los administradores (cfr. arts. 133 y ss. LSA), de la que no podrían exonerarse más que demostrando que han seguido todas las recomendaciones de buen gobierno y han aplicado los sistemas de instrucciones y control sobre los ejecutivos competentes para la elaboración material de las cuentas anuales.

³⁶¹ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 42. Vara y Vara, M, Gallego Diez, E., *Manuel Práctico de Contabilidad*, cit. pág. 31.

³⁶² Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 43. Define el autor este principio como: “La imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la corriente real que los mismos representen y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos”. Vázquez Cueto, J.C., *Las cuentas anuales y la documentación contable*....., cit. pág. 84. La consecución del objetivo de representar la imagen fiel del patrimonio social a través del balance requiere indicar los excedentes acumulados por la sociedad o las pérdidas obtenidas y las circunstancias que de modo previsible pueden afectar negativamente al activo neto, por lo que se debe dar un distinto tratamiento a los beneficios y a los riesgos y pérdidas.

tanto si el resultado del ejercicio fuese positivo como negativo. La revalorización únicamente se reflejará en circunstancias muy concretas. Constituye una excepción legal al criterio general de valoración “histórico” o por precio de adquisición o, en su caso, coste de producción, que sigue siendo el principio general³⁶³. Se deben tener en cuenta todos los riesgos previsibles y pérdidas eventuales en cuanto se conozcan, incluso si se producen tras el cierre de las cuentas y antes de que se formulen³⁶⁴. Si los riesgos se conocen tras la formulación y antes de la aprobación de las cuentas, así se deberá reflejar en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias, así como se deberá indicar en la memoria. En la memoria se deben dar las explicaciones que justifiquen su aplicación y los riesgos valorados. No obstante, es posible que se produzca una disparidad cuantitativa que afecte a la situación financiera, patrimonial y a los resultados de la sociedad. Estas reglas abstractas pueden dar lugar a reflejar equívocamente situaciones empresariales, que impidan conocer la realidad empresarial subyacente³⁶⁵. El **principio de normalización contable** exige que los empresarios lleven la contabilidad de acuerdo con las normas, denominaciones y estructuras previstas de forma obligatoria por la normativa aplicable como garantía de su objetividad. Las estructuras formales no pueden modificarse de un ejercicio a otro, salvo casos excepcionales y de forma justificada, haciéndose constar en la memoria (art. 35.7 y 8 CCom)³⁶⁶. Estos documentos se deben ajustar a los modelos aprobados reglamentariamente. El **principio de uniformidad** determina que el criterio adoptado se mantenga y aplique a todas las transacciones en similares circunstancias que se contabilicen. La modificación de estas circunstancias permitirá cambiar el criterio y se hará constar en la memoria (art. 38 Ccom.)³⁶⁷. El **criterio de empresa en funcionamiento** presupone el que la gestión empresarial tiene una duración indefinida, como así establece el art. 38.a) Ccom, por lo que la aplicación de los principios contables no irá encaminada a determinar el valor del patrimonio a efectos de la enajenación global o parcial de la misma³⁶⁸. El **principio de correlación de ingresos y gastos** por el que el resultado del ejercicio estará constituido por los ingresos del periodo menos los gastos realizados para la obtención de los mismos, así como los beneficios y quebrantos no relacionados claramente con la actividad de la empresa³⁶⁹. El **principio de claridad en la concreción del origen de los ingresos y gastos** impone la obligación de ordenar las reglas de determinación del resultado de cada ejercicio según los ingresos y gastos provengan de la actividad ordinaria

³⁶³ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación de la empresa.....”, cit. pág. 49.

³⁶⁴ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 42.

³⁶⁵ Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo.....*, pág. 145.

³⁶⁶ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación...”, cit. pág. 51.

³⁶⁷ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 43.

³⁶⁸ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 42.

³⁶⁹ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 43.

de la empresa o de resultados extraordinarios (plusvalías) (art. 35.1-2 Ccom.)³⁷⁰. **El principio de no compensación** prohíbe compensar partidas de activo con partidas de pasivo, así como partidas de gastos con partidas de ingresos, por cuanto no tienen una naturaleza opuesta que permita su compensación³⁷¹. Se deben valorar separadamente los

diferentes elementos integrantes de las distintas partidas de Activo y Pasivo (art. 38.e Ccom.) para obtener una información completa que no conlleve la falta de registro de operaciones³⁷².

El principio de importancia relativa comporta el que, con carácter excepcional, se admite la no aplicación de alguno de los principios anteriores si es preciso en circunstancias en las que por su importancia relativa en términos cuantitativos y cualitativos la variación sea escasamente significativa y no altere la imagen fiel de las cuentas anuales (art. 34.4 Ccom.)³⁷³. Si la importancia relativa de las partidas o importes es escasamente significativa se podrán agrupar de acuerdo con su naturaleza o función. En la memoria se explicará las decisiones adoptadas al respecto. **El principio de registro** por el que los hechos económicos deben registrarse cuando nazcan los derechos u obligaciones que los mismos originen y el principio de precio de adquisición por el que todos los bienes y obligaciones se contabilizarán con carácter general por su precio de adquisición o coste de producción y las deudas por su valor de reembolso. Este último principio se ha de aplicar siempre, salvo que alguna norma autorice su no aplicación y se explique debidamente en la memoria. Finalmente, conforme al **principio de comparabilidad**, en cada una de las partidas además de las cifras del ejercicio que se cierra deberán figurar las del ejercicio anterior.

A partir de este esquema de principios generales serán de aplicación las normas de valoración contenidas en el PGC, renovado mediante la aprobación del RD 1514/2007, que ha adaptado los criterios dispuestos en la normativa del IASB y, en particular, en las NIC/NIFF adoptadas por la Unión Europea. La normativa europea ha ido desarrollando diferentes normas en las que se ha venido matizando la forma que deben tomar las cuentas anuales y los principios a los que se han de someter su elaboración, de forma armonizada y regular por parte de todas las entidades que operan en el marco de la Unión Europea.

³⁷⁰ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación....., cit. pág. 52.

³⁷¹ Vázquez Cueto, J.C., Las cuentas anuales y la documentación contable....., cit. pág. 88.

³⁷² Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 43. Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación...”, cit. pág. 52.

³⁷³ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 43.

6.- Síntesis de los deberes del administrador en el proceso de elaboración de las cuentas anuales. Especificación de otros profesionales y órganos que intervienen en el proceso

En los anteriores apartados se ha intentado esbozar en líneas generales el concepto de contabilidad, su relevancia en el marco de la empresa, el proceso contable y los principios y criterios de valoración a los que ha de quedar sujeto, los documentos que conforman los libros de contabilidad y las cuentas anuales, así como la síntesis del procedimiento de elaboración de las cuentas anuales con sus trámites. Aclarados estos aspectos, podemos enfrentarnos con la tarea de concretar los deberes que asumen los administradores en el marco del proceso de elaboración de la contabilidad y las cuentas anuales. El análisis de la verdadera implicación del alcance de las obligaciones y, consecuentemente, de las responsabilidades que asume cada uno de los sujetos o entidades que intervienen en el proceso de elaboración de las cuentas anuales, y en particular, por parte de los administradores y auditores, exige analizar cuáles son las formalidades que exige este proceso y así poder comprobar hasta qué punto están encadenadas, de modo que la intervención de cada uno de ellos puede predeterminar, obstaculizar, anular o salvar la de otros³⁷⁴.

El proceso de elaboración de las cuentas anuales incluye la formulación del proyecto de cuentas por los administradores; el informe sobre las cuentas de los auditores de cuentas; la aprobación por la Junta general de las cuentas y del informe de gestión; la documentación del acuerdo de la Junta general y la transcripción de ésta y de las cuentas al Libro de actas de la Asamblea y al Libro de inventarios y de Cuentas anuales; la certificación del acuerdo de la Junta general de aprobación de las cuentas para su depósito en el Registro mercantil y la publicación del anuncio del mismo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil³⁷⁵. Las cuentas anuales, por tanto, se someten a un proceso de

³⁷⁴ Sánchez Calero, F., Régimen de cuentas anuales, pág. 731: Las cuentas anuales no son fruto de un único órgano de la sociedad, sino que son el resultado de la colaboración de todos los órganos de la misma.

³⁷⁵ En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 197/2006 de 7 marzo. RJ 2006\1078 se hace alusión a la concurrencia de distintos profesionales en el proceso de elaboración de las cuentas anuales: “*La Ley de Sociedades Anónimas vigente establece, en los artículos 171-222, las normas relativas a las cuentas de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la 4ª Directiva (78/660/CEE). De acuerdo con estas disposiciones, los administradores no son los autores exclusivos de las cuentas que deben presentarse en la reunión de la Junta general, sino que solo formulan un proyecto, que será definitivo cuando, examinado por los auditores, sea aprobado por la Junta. Por ello puede decirse que el administrador presenta las pruebas, los auditores las comprueban y estos dos documentos son los que se examinan en la Junta general que los aprobará en su caso...*”. En la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de fecha 17 marzo 2006, AC 2006\442 se alude al juego de intervenciones de administradores y auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales: “*La Ley de Sociedades Anónimas vigente*

elaboración, revisión y aprobación, en el que, de forma sucesiva intervienen los administradores, los auditores, la Junta general, los administradores y el Registro Mercantil, con independencia de la posible intervención de los organismos supervisores³⁷⁶.

El ciclo contable se inicia con la constatación de un hecho económico balanceable, susceptible de valoración y de inclusión en el ciclo productivo de la empresa. Este hecho se anota en el Libro Diario con su reflejo en el Libro Mayor en donde se registran todas las operaciones pertenecientes a todas las cuentas de la empresa. Posteriormente, y tras su comprobación final se trasladan los saldos de estas cuentas al balance final del ejercicio mediante las operaciones de regularización y cierre. El cierre de la contabilidad es un proceso puramente contable y se puede definir como el conjunto de operaciones contables que se inicia tras comprobar que están contabilizadas todas las operaciones del ejercicio³⁷⁷. El art. 34 Ccom. impone al empresario “*al cierre del ejercicio*” la formulación de las cuentas anuales. Todos los gastos e ingresos del ejercicio se imputarán al mismo y en caso de que correspondan a ejercicios posteriores se fraccionará su importe y determinará la parte correspondiente al ejercicio actual, periodificándose adecuadamente. Efectuadas las comprobaciones y, en su caso, las periodificaciones aludidas, el empresario deberá realizar el inventario físico de existencias y anotar las variaciones habidas con las existencias iniciales del período, que se reflejarán en la cuenta de pérdidas y ganancias. A continuación se practicarán las amortizaciones del inmovilizado y dotarán asimismo las provisiones

establece, en los artículos 171-222, las normas relativas a las cuentas de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la 4ª Directiva (78/660/CEE). De acuerdo con estas disposiciones, los administradores no son los autores exclusivos de las cuentas que deben presentarse en la reunión de la Junta general, sino que solo formulan un proyecto, que será definitivo cuando, examinado por los auditores, sea aprobado por la Junta. Por ello puede decirse que el administrador presenta las pruebas, los auditores las comprueban y estos dos documentos son los que se examinan en la Junta general que los aprobará en su caso”.

³⁷⁶ Vicent Chuliá, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vol. 2º, edit. José Mª Bosch, editor, S.A., 1991, 3ª edic, pág. 684. La obligación de los administradores de formular el proyecto de cuentas constituye una declaración de conocimiento propia y por este motivo, tienen que firmarlas, junto con el informe de gestión. Posteriormente las presentan a los auditores y a la Junta General Ordinaria para su mera aprobación por ésta, debiendo ser firmadas después de nuevo por los administradores. Esta delimitación de competencias entre los diversos órganos sociales: “*determina la constitución financiera de la sociedad, que expresa la soberana voluntad del legislador en el doble aspecto de técnica de organización y de valoración ética de los intereses en presencia. Si los administradores, cediendo a su creciente peso sociológico (resultado, en su día, de la “managerial resolution” y sobre todo de la primacía actual de la economía financiera) invaden la competencia de la Junta general, se ponen fuera de la Ley*”. Subraya el autor que: “*la distribución de competencias es notablemente distinta a la que establece la AktG alemana, donde la aprobación de las cuentas anuales (“feststellung”) corresponde al “Vorstand”, es decir, al órgano de administración, con aprobación del Consejo de Vigilancia, tras el informe de los auditores de cuentas. Salvo que exista desacuerdo entre “Vorstand” y Consejo de Vigilancia, éste se limita a informar por escrito a la Junta general (art. 170 AktG). La aprobación por la Junta es, pues, excepcional*”.

³⁷⁷ Garreta Such, J. Mª, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*, cit. pág. 209.

necesarias. Practicadas éstas se reclasifican las deudas para situar adecuadamente aquellas con vencimiento a menos de un año con deudas a corto plazo y las restantes a largo plazo. Se procede a continuación al cálculo del Impuesto sobre Beneficios contabilizándolo como gasto o crédito. Finalmente, se trasladan los saldos de todas las cuentas de explotación, de ingresos y gastos, a la cuenta de pérdidas y ganancias, proceso que se denomina de regularización, operación de síntesis que permite refundir en una sola cuenta –pérdidas y ganancias- el movimiento de todas las cuentas de gestión. Los resultados de explotación así obtenidos, junto con los resultados financieros contabilizados forman el resultado ordinario de la sociedad, consecuencia de la actividad desarrollada en el ejercicio. De dicho resultado ordinario y tras la deducción de los impuestos ya contabilizados, se obtiene el resultado del ejercicio³⁷⁸. El proceso concluirá con la determinación del resultado alcanzado en el ejercicio³⁷⁹. El objetivo es obtener las magnitudes contables destinadas a las cuentas anuales.

Los administradores están obligados a formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, en el plazo de tres meses desde el cierre de ejercicio. La obligación se impone al órgano de administración exclusivamente, y no a mero título individual, pues es a éste a quien se encarga la gestión de la sociedad y la rendición de cuentas (art. 253 LSC)³⁸⁰. El administrador único se limitará a formular las cuentas. En el caso de administradores mancomunados, los administradores deberán tomar una decisión conjunta. Si la gestión está encomendada al consejo de administración, será preciso el acuerdo del órgano colegiado conforme a las mayorías del art. 248 LSC.

La formulación de las cuentas anuales se contempla como una obligación absoluta, sin excepción alguna, no condicionada³⁸¹. Esta obligación es exclusiva de los administradores, hasta el punto de que no puede ser ni delegada³⁸² ni suplantada por la Junta, ya que en el caso de que este órgano no apruebe las cuentas, los administradores deberán formularlas de nuevo, al igual que si los auditores de cuentas afirman que no se corresponden con la imagen fiel de la compañía. La Ley excluye totalmente la posibilidad

³⁷⁸ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 312

³⁷⁹ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 209.

³⁸⁰ Entre los sujetos responsables de la llevanza de la contabilidad a los que se refiere el art. 37 Ccom se encuentran los administradores, quienes de acuerdo con la normativa societaria son responsables únicos de la formulación de las cuentas anuales de la sociedad mercantil (art. 253 LSC). Machado, J., *Comentario al artículo 253 de la LSC*....cit. pág. 1934.

³⁸¹ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 211.

³⁸² En este sentido, el art. 249 bis LSC.

de delegar por parte de los administradores la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General³⁸³, sin perjuicio de que expertos del departamento financiero colaboren en la confección³⁸⁴.

El acto de formulación de las cuentas tendrá carácter anual, pero el periodo de tiempo se ha de adaptar a las circunstancias de su actividad³⁸⁵, entendiendo por formulación el proceso de redacción del proyecto de las cuentas. Es importante resaltar que los administradores al formular las cuentas anuales se responsabilizan del resultado del proceso contable, que constituye el punto de partida de la elaboración de las cuentas anuales y así lo plasmarán mediante su firma, al igual que a través de la firma del informe de gestión, asumiendo y respondiendo de su veracidad³⁸⁶. La exigencia legal de firma de las cuentas se ha interpretado como una presunción *iuris tantum* del conocimiento de la contabilidad de la sociedad y un refuerzo de la prohibición de delegación de la rendición de las cuentas³⁸⁷. Por este motivo, la ausencia de la firma de alguno de ellos se debe justificar mediante la expresión de la causa del incumplimiento de la obligación³⁸⁸, puesto que dependiendo de las motivaciones apuntadas el administrador puede incurrir en el incumplimiento de una obligación legal, de naturaleza individual, de la que puede derivar una responsabilidad civil por los daños causados³⁸⁹.

Los administradores tienen que formular las cuentas anuales y ajustarlas a una forma y contenidos concretos para cumplir el presupuesto de imagen fiel exigido por la Ley

³⁸³ León Sanz, F.J., “Artículo 249 bis. Facultades indelegables”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 533-534. Explica el autor que una interpretación integradora del deber de firma de las cuentas, de la consideración de facultad indelegable del consejo de la formulación de las cuentas y de la facultad de supervisión conduce a considerar indelegable también “la política de balances, el control de los procedimientos establecidos por la sociedad en materia contable financiera y la previsión de las medidas adecuadas que aseguren el cumplimiento de los deberes contables”.

³⁸⁴ Machado, J., Comentario al artículo 253 de la LSC....cit. pág. 1934. La confección material de las cuentas anuales puede ser delegada al amparo del art. 25.2 Ccom. en personas expertas en la elaboración de la contabilidad. En este proceso de elaboración de las cuentas, se debe asumir que los administradores tienen la capacidad técnica para determinar que la documentación contable es técnicamente fiable y que las normas técnicas y los principios que rigen la labor contable se han aplicado correctamente y reflejan la imagen fiel de la sociedad, que va a ser sintetizada en las cuentas y trasladada a todos los interesados. Esta intervención de terceros no excluye la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y los socios, sin perjuicio de la acción de responsabilidad civil que pueda ejercer la sociedad por los daños que, en su actuación negligente o dolosa, hayan ocasionado los técnicos o expertos contables. Por este motivo, de la llevanza de la contabilidad deben tener conocimiento los administradores, como responsables de la misma.

³⁸⁵ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación de la empresa....pág. 38.

³⁸⁶ Machado, J., Comentario al artículo 253 de la LSC...cit. pág. 1936.

³⁸⁷ Machado, J., Comentario al artículo 253 de la LSC....cit. pág. 1934.

³⁸⁸ Machado José, Comentario al artículo 253 de la LSC....cit. pág. 1936.

³⁸⁹ Machado, J., Comentario al artículo 253 de la LSC....cit. pág. 1937.

y representar así la situación patrimonial de la entidad³⁹⁰. La formulación de cuentas comprende una parte formal, de informar sobre la situación de la sociedad, así como una parte material que se deriva de la aplicación técnica de los criterios de valoración, estructura de las cuentas, forma y contenido legal. Los administradores deben acatar los aspectos formales y sustantivos utilizando siempre como referente el principio de imagen fiel, que supondrá el horizonte al que se ha de dirigir toda su labor. En las cuentas anuales los administradores tienen que mostrar la imagen fiel de la sociedad. Este reflejo de la imagen fiel es determinante para la buena marcha de la sociedad porque a través de las cuentas el administrador muestra el resultado de su gestión y de los resultados de la sociedad en el ejercicio correspondiente³⁹¹ y permite no solo conocer el patrimonio social, sino también “controlar” y “juzgar” la actuación de los administradores.

El cumplimiento de este deber exige que acaten y representen la imagen fiel como realidad de la sociedad con claridad y exactitud, en cumplimiento de las normas y principios contables, con independencia de que los resultados de la misma sean negativos o positivos. En ocasiones, este referente podrá incluso llevarles a inaplicar criterios contables y a modificar los esquemas prefijados, pero siempre siguiendo un estándar de conducta diligente y leal acorde a la normativa aplicable. Es cierto que en el cumplimiento de este deber el administrador entra en el terreno de una disciplina técnica, que se sitúa en el marco societario más amplio, pero la preparación y valía profesional que se presupone de la ostentación del cargo de administrador debe permitirle efectuar esta labor de formular las cuentas anuales que está implícita en su cargo de gestor de la entidad. Se trata de una obligación de medios y no de resultados, que obliga a los administradores a tener un comportamiento diligente sin ser exigible que alcance el resultado al que se dirige dicha conducta, como así se desprende del art. 225 LSC³⁹².

³⁹⁰ Garreta Such, J. M^a., La responsabilidad civil..., pág. 102. El administrador no puede actuar con desprecio del cálculo de probabilidades y del razonable riesgo.

³⁹¹ Como señala la STS de fecha 20 de marzo de 2009 (RJ\2009/1658), que hace referencia a las anteriores STS de fechas 7 de junio de 1963 (RJ 1963, 3023), 28 de abril de 1960 (RJ 1960, 1696) y 3 de mayo de 1956 (RJ 1956, 1958), “*profundizando sobre la claridad de las cuentas y su reflejo fiel del patrimonio social, dado que el control de la contabilidad es un instrumentos para poder juzgar la actuación de los administradores, un medio de control de la marcha de los negocios sociales, y el instrumento de medición del patrimonio social, impidiendo tanto el reparto de beneficios ficticios cuanto la ocultación de anomalías o inexactitudes*”.

³⁹² Los administradores cumplen deberes de diversa naturaleza, que pueden clasificarse entre deberes de gestión y deberes de representación. Mientras estos últimos suponen una obligación de medios, respecto de los primeros dependerá su naturaleza de las circunstancias concretas si se clasifica como de medios o de resultado. Del Puerto Cabrera, L., *Formulación de Cuentas Anuales...*, cit. pág. 15. Según este autor se debe distinguir también entre el deber de información contable concreto que se deriva de la solicitud del socio, o cuando lo solicite el experto contable en caso de auditoría, que supone una obligación de resultado (art. 272 LSC), por la que los administradores están obligados a facilitar los documentos que han de ser aprobados, así como los informes de gestión y de auditoría frente a la sociedad y los socios

No puede negarse que las cuentas anuales y la aplicación del resultado se proyectan en un programa de acción económica, que trasciende la pura anotación contable y se adentra en la propia gestión de los administradores³⁹³. La llevanza correcta de esta documentación impide que se oculten anomalías, irregularidades y conductas fraudulentas previas de disposición indebida de activos, por lo que es una obligación en la que confluyen una parte importante de los deberes del administrador. Es un filtro de evitación del fraude.

En este sentido de lo dispuesto en las sec. 386, 393, 394, 396 y 399 de la *Companies Act* inglesa de 2006 se desprende que los administradores tienen el deber de formular las cuentas anuales que representen la imagen fiel (“*True and fair view*”) de la entidad debidamente, por lo que no solo tienen que cumplir con este deber, sino también informarse debidamente de que se están efectuando correctamente y llevar un adecuado control de las cuentas para alcanzar el éxito de la compañía de acuerdo con la naturaleza y alcance del negocio. Del mismo modo tendrán que emitir el informe de gestión en el que se comprenda una visión fiel de los negocios de la entidad y una descripción de los principales riesgos y incertidumbres a las que se enfrenta (sec 415 a 419 de la *Companies Act*).

El acuerdo del órgano de administración³⁹⁴ requerirá de las exigencias legales y estatutarias de la concreta forma del órgano de administración. Este acuerdo no se trata de

(art. 253 LSC). Se trata de una obligación formal de facilitar documentación. El contenido de la información de esta documentación (art. 272.2 LSC) viene determinado por una obligación anterior (la de formular las cuentas de los arts. 253 LSC y 25 y ss Ccom). Con independencia de que las cuentas no reflejen la imagen fiel, si se entrega la documentación se habrá cumplido la obligación de información como resultado exigida por el legislador específicamente (constituye una obligación de hacer y formalmente de dar, cuyo resultado exigido es obtener la misma documentación que se da en la junta). En cambio, en la obligación de formular cuentas de los arts. 253 y ss. LSC que es de medios y que supondría dar sustantividad al derecho formal de información del art. 272 LSC. El carácter formal del deber de información de los administradores adquiere sustantividad gracias a la obligación sustantiva de formular cuentas y de llevar una ordenada contabilidad (LSC y Ccom). Explica este autor que se debe partir de la voluntad de las partes al convenir la obligación, de la naturaleza del facere debido y de la buena fe, así como de la equidad, entendida como buena fe, los usos y reciprocidad de intereses, como así disponen los arts. 1255 y 1289.1 Cc, con lo que se llega al esquema contractual del arrendamiento de servicios (obligación de medios) y del arrendamiento de obra (obligación de resultado).

³⁹³ Del Puerto Cabrera, L., *Formulación de Cuentas Anuales.....*, cit. pág. 66 y ss. Este autor apunta que se debe tener presente que las cuentas no se refieren a decisiones o estrategias futuras que tienen causa en la contabilidad, sino presentes con efectos futuros, que se toman y plasman en la contabilidad, por lo que se puede afirmar que el administrador desarrolla una actividad estricta de gestión, tomando decisiones desde la contabilidad. Como ejemplo de ello se cita la aplicación de resultados (reparto de dividendos o dotación de reservas).

³⁹⁴ Machado, J., Comentario al artículo 253 de la LSC, cit. pág. 1935. La naturaleza de proyecto de las cuentas anuales no empece a la necesidad de que sean objeto de acuerdo por el órgano de administración para su presentación a la Junta general. El autor afirma que la formulación de las cuentas anuales no se configura como un acuerdo confiado al consejo de administración dentro de su ámbito de competencias sino como <<una propuesta debida y necesaria para iniciar la secuencia de formulación-verificación-aprobación que culmina con el verdadero acuerdo en esta materia, reservado a la junta general de accionistas muy claramente>> (STS 5.7.,2002).

una “aprobación provisional”. La Jurisprudencia ha venido afirmando que el proceso de formulación de las cuentas anuales no se configura como un acuerdo confiado al Consejo de Administración dentro de su ámbito de competencias sino como una propuesta debida y necesaria para iniciar la secuencia formulación-verificación-aprobación que culmina con el verdadero acuerdo en esta materia, reservado a la Junta General de accionistas. Se considera así que no constituye como tal un acuerdo del órgano colegiado de administración sino de una propuesta orientada a la futura adopción del verdadero acuerdo de la Junta General de Accionistas³⁹⁵. Existe un debate doctrinal sobre si el acuerdo de aprobación de la formulación y presentación de las cuentas anuales es susceptible de impugnación. Parte de la doctrina considera que no es susceptible de ser impugnado, a diferencia del correspondiente acuerdo de aprobación o denegación de la junta general³⁹⁶.

³⁹⁵ La STS (Civil) de fecha 5 de julio de 2002 (Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán) se refiere a la naturaleza de la intervención del Consejo de Administración en el proceso de elaboración de las cuentas anuales: *“en el régimen de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 1989, la formulación de las cuentas anuales no se configura como un acuerdo confiado al Consejo de Administración dentro de su ámbito de competencias sino como una propuesta debida y necesaria para iniciar la secuencia formulación-verificación-aprobación que culmina con el verdadero acuerdo en esta materia, reservado a la junta general de accionistas muy claramente por los artículos 95 y 212.1 en relación con el 93.1, todos de dicha Ley. Así se desprende tanto de una visión de conjunto del Capítulo VII de la misma Ley, comprobando el orden de sus diez Secciones con sus correspondientes rúbricas, como de un estudio más pormenorizado en el que destaca ante todo la preceptiva revisión, salvo para las sociedades que puedan presentar balance abreviado, de las cuentas anuales y el informe de gestión por los auditores de cuentas (art. 203.1 LSA), a consecuencia de cuyo informe los administradores pueden verse obligados a alterar las cuentas anuales, con ampliación entonces de su informe por los auditores incorporando los cambios producidos (art. 210.2), todo lo cual revela que cuando el artículo 171 de la Ley denomina «formulación» al acto en cuestión de los administradores lo hace para excluir su carácter de acuerdo en sentido propio, del mismo modo que al tratar de la modificación de los estatutos en el Capítulo VI exige como requisito, también inicial, que los administradores, o en su caso los accionistas autores de la propuesta, «formulen» un informe escrito con la justificación de la misma. Ya se califique, por tanto, como acto debido, ya como deber u obligación de los administradores para con la sociedad, lo decisivo es que la formulación de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 171 de la Ley de Sociedades Anónimas no tiene el carácter de acuerdo del órgano colegiado de administración contra el que quepa impugnación autónoma al amparo del artículo 143 de la misma Ley, sino de propuesta orientada a la futura adopción del verdadero acuerdo por la junta general de accionistas, que será el acto realmente impugnable al amparo del artículo 115 de idéntica Ley. Finalmente, a la misma conclusión se llega mediante una relación sistemática de los preceptos hasta ahora citados con otros artículos de la Ley de Sociedades Anónimas: el 141.1.II, en cuanto excluye absolutamente de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general; el 142, que al tratar del libro de actas distingue entre discusiones y acuerdos del Consejo; o el 152 y el 164, en cuanto para el aumento y reducción del capital social exigen acuerdo de la junta general, remitiéndose a los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, y por tanto también a una propuesta inicial, preocupándose el artículo 153 de determinar las facultades que la junta general puede delegar en los administradores. Como también se llega a idéntica conclusión desde la consideración procesal de que, dada la remisión del art. 143.2 LSA a la impugnación de los acuerdos de la junta general, es la propia sociedad la pasivamente legitimada para soportar la acción de impugnación (art. 117.3 LSA), lo que necesariamente comporta, en lógica contrapartida, que el acuerdo impugnado sea atribuible a la sociedad en cuanto tal, es decir, en cuanto efectivamente adoptado y no en cuanto meramente propuesto”*.

³⁹⁶ Machado, J., Comentario al artículo 253 de la LSC.....cit. pág. 1935.

Con carácter previo a su aprobación y en los supuestos de obligación legal, dichas cuentas pueden ser objeto de verificación contable por los auditores de cuentas de la compañía³⁹⁷. En caso de auditoría obligatoria, entran en juego este cuerpo de profesionales ajenos a la estructura de la empresa, los auditores externos, quienes tendrán la labor de verificar y garantizar que las cuentas anuales se han elaborado conforme con los postulados del principio de imagen fiel. Los deberes de estos profesionales se examinarán a continuación.

Seguidamente, otro órgano de la Sociedad, como es la Junta interviene en el proceso de elaboración de esta documentación. Los administradores sociales deben dar conocimiento y someter a su aprobación y validación de los socios en la Junta General, que ha de reunirse necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio social, como órgano soberano de la entidad, la realidad de la gestión llevada a cabo³⁹⁸. Desde el momento en que los auditores hayan entregado a los administradores el informe, estos podrán cumplir su obligación de convocar la Junta General Ordinaria encargada de la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior, de la gestión social y de resolver sobre la aplicación del resultado conforme al balance aprobado para su celebración dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio³⁹⁹. En la convocatoria se hará constar el derecho de cualquier accionista a obtener copia de las cuentas formuladas que serán objeto de aprobación por la Junta, junto con el informe de auditoría y el informe de gestión, de acuerdo con su derecho de información. En caso de no ser convocada por los administradores, cualquier socio podrá solicitar la convocatoria judicial. La propuesta de formulación de los administradores junto con el informe de los auditores serán trasladados a la Junta General Ordinaria de accionistas, que será el órgano que adopte el acuerdo de aprobar o no las cuentas anuales⁴⁰⁰. La Junta al aprobar las cuentas no está obligada a seguir

³⁹⁷ Machado José, Comentario al artículo 253 de la LSC, cit. pág. 1934.

³⁹⁸ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil...*cit. pág. 1011.

³⁹⁹ Conforme a lo dispuesto en los arts. 173 y 174 LSC.

⁴⁰⁰ Ortuño Baeza, M^a. T., Comentario al artículo 272 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. E. Beltrán y A. Rojo), Edit. Civitas, 2011, Navarra, págs. 2023-2024. Del mismo modo, las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse por los administradores a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar, al tiempo que las cuentas anuales de esta sociedad (art. 42.5 Ccom). Para la válida constitución de la junta en las sociedades anónimas se requerirán los quórum previstos en el art. 193 LSC. En las sociedades de responsabilidad limitada, la necesidad de quórum es únicamente indirecta y para la aprobación de acuerdos. Así, la aprobación de las cuentas se adoptará por mayoría de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, sin que computen los votos en blanco (art. 198 LSC). Los estatutos podrán exigir un porcentaje superior, sin llegar a la unanimidad, así como el voto favorable de un determinado número de socios (art. 200 LSC). Una vez constituida, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados, salvo que los estatutos exijan una mayoría superior (art. 201). Será igualmente válida la aprobación de las cuentas anuales en la junta universal (art. 178.1), cuyo orden del día se ha aceptado por unanimidad. La unanimidad no será necesaria para la deliberación y adopción de acuerdos, considerándose lícita la aprobación de las cuentas habiéndose ausentado alguno

el criterio del informe de auditoría. En el caso de que se rechacen las cuentas, los administradores deberán reelaborarlas para someterlas de nuevo a aprobación por la junta general. Si los administradores alteran las cuentas anuales, esta circunstancia obligaría a su vez a los auditores a ampliar su informe para incluir los cambios producidos.

Es controvertido el alcance de la intervención de la Junta, pero de forma mayoritaria la doctrina entiende que la junta general no tiene facultades para modificar las cuentas anuales, salvo la rectificación de meros errores formales⁴⁰¹. Se afirma por la jurisprudencia que este trámite legal posterior a la formulación de las cuentas es la mejor garantía del derecho de los accionistas de emitir su voto con mayor conocimiento a la hora de adoptar el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales⁴⁰².

El acuerdo de aprobación de las cuentas constituye una mera declaración de conocimiento y no un instrumento de política de gestión, por lo que el margen de arbitrariedad de la Junta queda muy limitado, evitando así una interminable revisión de las cuentas, que suponga un peloteo entre los administradores y la Junta⁴⁰³.

Las cuentas aprobadas por la Junta general deben ser firmadas por los administradores y en el caso del Consejo de Administración por todos sus miembros. Esta firma es obligatoria y conlleva una asunción de su contenido, de modo que la omisión de la misma debe estar motivada. En el supuesto de que el Consejo haya designado un consejero delegado o una Comisión Ejecutiva Delegada también deberán firmar y responder todos los miembros del Consejo, porque la rendición de cuentas anuales y de la gestión no es delegable. Posteriormente, se emitirá una certificación que expresará, bajo fe del certificante, que las cuentas y el informe de gestión han sido firmados. Los administradores deben también presentar las cuentas y depositarlas ante el Registro Mercantil, como un acto de gestión de la sociedad. Este deber está condicionado a que la Junta haya procedido a la aprobación de las cuentas y aun cuando en realidad se impone a las sociedades, son los

de los socios. Es posible la renuncia de los socios para el ejercicio del derecho de información (272.2 y 3), bastando el examen documental en la propia junta. Una vez distribuido el texto de las cuentas a los accionistas, en la celebración de la Junta general ordinaria se debatirán las cuentas anuales formuladas por los administradores. La junta general podrá aprobar o rechazar las cuentas anuales (art. 160.a) y art. 164.1 LSC).

⁴⁰¹ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil*...cit. pág. 1012. No parece que la Junta pueda llevar a cabo una modificación o alteración de las cuentas, por lo que si discrepa con su contenido debe rechazarlas para que los administradores las revisen y las sometan de nuevo a la Junta. Ortuño Baeza, M^a. T., Comentario al artículo 272 de la LSC....pág. 2024.

⁴⁰² El informe se presenta por los administradores junto a las cuentas anuales ante la Junta General para su aprobación. La STS de fecha 5 de julio de 2002 del caso PSV subraya precisamente que el fin de la norma que obliga a efectuar el informe de auditoría es “*permitir la emisión consciente del voto sobre la aprobación de las cuentas sociales*”.

⁴⁰³ Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*....cit. págs. 649 a 687.

administradores quienes tienen este cometido y, consecuentemente, responden por los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento⁴⁰⁴.

Tras la aprobación por la Junta General de las cuentas anuales, a las que se une el informe de gestión, el informe de auditoría y la aplicación del resultado, se depositará estos documentos en el Registro Mercantil del domicilio social dentro del mes siguiente a su aprobación y se anunciará en el BORME⁴⁰⁵. El deber de depósito culmina el proceso de elaboración de las cuentas anuales “*como un paso adicional en el iter legal conducente a la determinación y aplicación del resultado del ejercicio*”⁴⁰⁶. Tras el depósito en el Registro Mercantil y la consiguiente calificación del Registrador, el acceso a las cuentas se hace universal y todos los interesados en general pueden obtener las mismas. Este depósito se anunciará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. El Registrador debe realizar el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas que deba llevarse al efecto y en la hoja registral de la sociedad solicitante. Desde ese momento, cualquier persona podrá obtener información de todos los documentos depositados.

Del examen del proceso de elaboración de las cuentas anuales se desprende cómo los administradores formulan las cuentas, los auditores emiten un informe de auditoría que verifica las cuentas formuladas y la Junta interviene con competencias propias en el proceso de formulación de las cuentas en orden a aprobar o rechazar las cuentas formuladas y finalmente, es a través de su inscripción en el RM como se dan a conocer a los potenciales interesados.

7.- Proyección del deber de lealtad en el deber de formular las cuentas anuales

Como se ha desarrollado a lo largo del trabajo, la Ley societaria de forma conjunta con las recomendaciones sobre buen gobierno han venido reforzando el deber de lealtad y la transparencia informativa como medios de garantía de que los potenciales destinatarios de

⁴⁰⁴ Vázquez Cueto, J.C., Comentario al artículo 279 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. E. Beltrán y A. Rojo), Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 2072. Son las sociedades las que constan en la relación de sociedades cumplidores que se remite al Registro Mercantil Central para su publicación en el BORME (art. 281.1) o en la de entidades incumplidores que se envía a la Dirección General de los Registros y del Notariado para la pertinente inscripción por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del expediente sancionador (art. 371 RRM), y que soportarán los perjuicios derivados del cierre de su hoja registral (art. 282).

⁴⁰⁵ Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil...*cit. pág. 1015. El Registrador no puede entrar a juzgar la validez y la fiabilidad de los documentos presentados, solo tiene que realizar un control formal, que no se adentra en la concreción material, sino únicamente si son los documentos exigidos. Esta obligación procedente del derecho comunitario permite que todos los que se relacionen o tengan intención de relacionarse con la sociedad puedan conocer su estado.

⁴⁰⁶ Vázquez Cueto, J.C., Comentario al artículo 279 de la LSC..., pág. 2068.

la información económica de la sociedad conozcan las operaciones sobre las que los administradores rinden sus cuentas en orden a reflejar el verdadero valor de la empresa, es decir, la imagen fiel. La adecuada información garantiza y evita distorsiones en el interés social que debe guiar como objetivo la conducta de los administradores⁴⁰⁷, motivo por el cual el interés de la sociedad es el criterio que rige la aplicación del deber de lealtad.

El deber de lealtad es vital en relación con la formulación de las cuentas anuales, por cuanto la información plasmada en la documentación societaria es un verdadero indicador de fidelidad y lealtad del administrador que al final del ejercicio rinde cuentas de la administración y gestión llevada a cabo de la sociedad. El administrador tiene que rendir cuentas de su gestión y este es el momento en que tiene que explicar de forma acorde a la realidad la situación de la sociedad, es decir, representar la imagen fiel de la sociedad. En la formulación de las cuentas anuales se ponen de manifiesto todas y cada una de las acciones relevantes acometidas a lo largo del ejercicio de la sociedad y los resultados que se han obtenido. De alguna forma, supone una exposición de la gestión llevada a cabo con el propósito de ser examinada por aquellos que estén interesados en conocer la situación económica de la sociedad. Constituye una información vital que tiene que ser conocida por todos los potenciales interesados para su posible examen en la que se conectan la gestión realizada por el administrador y los interesados en estos datos. El deber de lealtad comprende entonces el deber legal de veracidad en la confección de los documentos societarios, en la elaboración de la contabilidad con carácter amplio y en las cuentas anuales en particular. La conducta de suministrar información desviada relativa a la situación jurídica y económica de la sociedad con ánimo de confundir a la sociedad, a los socios o terceros sobre la realidad económica subyacente se integra sin duda dentro de los supuestos de incumplimiento de los deberes de lealtad por existencia de un claro conflicto de intereses. Esta conducta supone el desconocimiento deliberado del fin para el que se han configurado por el legislador al exigir en los arts. 253 y 254 LSC, que los administradores formulen unas cuentas anuales que muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en la LSC y en el Cco.

El administrador que algo tiene que ocultar en las cuentas anuales es porque tiene intereses particulares o de terceros e incumple la obligación que asume con la sociedad de

⁴⁰⁷ Sánchez-Calero Guilarte, J., "Creación de valor, interés social....",cit. pág. 888 y 905. Como indica el autor, la exigencia de una mayor información y transparencia empresariales constituye un primer paso para impedir la degeneración del criterio de actuar en interés de la sociedad. El objetivo debe ser la creación de valor para el accionista a largo plazo y evitar así medidas que desvirtúen la situación real de las empresas para obtener la creación de valor a corto plazo a cualquier precio.

rendir cuentas lealmente en interés de la sociedad. Estas situaciones de conflicto de intereses que ocultan la realidad son la forma de actuación desleal más extrema que se puede contemplar y evidentemente son ocultadas y no salen a la luz para evitar que se descubra la existencia de un comportamiento claro y paradigmático de incumplimiento del deber de lealtad.

IV.- CONCLUSIONES

La identificación correcta de los deberes que asumen los administradores con carácter general y en particular, en lo referido a la emisión de los documentos societarios informativos por antonomasia, como son las cuentas anuales, tiene una indudable relevancia, ya que es la pieza angular que permite precisar la trascendencia que ha dado el legislador a la información como medida de transparencia y garantía de buen funcionamiento del mercado, el nivel de exigencia que se puede pedir al administrador en el ejercicio de su cargo y, posteriormente, en caso de incumplimiento de dichos deberes, el alcance de la responsabilidad que les es exigible de forma coherente.

El deber de formulación de las cuentas anuales que asumen los administradores se ha de cumplir mediante la representación de la imagen fiel de la sociedad de acuerdo con el principio de veracidad, que exige que las cuentas representen de forma fidedigna, completa, relevante, transparente y suficientemente explicativa la situación económica de la sociedad de acuerdo con los principios y criterios de valoración dispuestos en la Ley. Esta imagen fiel representa una verdad relativa que se extrae de la contabilidad ordinaria a través de un examen valorativo de su contenido y se traduce en la verdad que los administradores pueden reflejar en las cuentas anuales a través de la aplicación por imperativo legal de los principios y normas de valoración sobre los datos obtenidos de la contabilidad, que debe constituir a su vez un conjunto de declaraciones de conocimiento o verdad sobre hechos contables (no de prueba) aunque prescindan de todo fin informativo. Los principios y normas de valoración son los parámetros a los que se deben ajustar el proceso de análisis de contabilidad y posterior elaboración de las cuentas para concretar la verdadera situación económica de la sociedad. Esta verdad que deben representar los administradores en las cuentas en cumplimiento de sus deberes de lealtad, diligencia, gestión y formulación de las cuentas anuales es un vehículo imprescindible de rendición de cuentas e información frente a la sociedad y los socios, pero también es un mecanismo informativo vital para terceros que están interesados en la marcha de la sociedad. A nivel global, el conjunto de las imágenes fieles representadas por los

administradores representativas de la verdadera situación económica de dichas sociedades son las que de forma conjunta construyen el mercado sobre cimientos sólidos.

En lo que se refiere a los deberes generales que han de cumplir los administradores, se ha justificado la necesidad de marcar una línea clara entre el deber de lealtad y el denominado el deber de diligencia, y a partir de esta distinción aclarar igualmente cuál es el alcance de responsabilidad por el incumplimiento de cada uno de estos deberes, tratando con mayor severidad los incumplimientos del deber de lealtad respecto de los del deber de diligencia. En este sentido, creo acertado considerar que las consecuencias que ha de asumir el administrador por el incumplimiento del deber de lealtad deben ser más severas que en el caso del deber de diligencia. El legislador ha reconocido un reducto de discrecionalidad inquebrantable en el ámbito de competencias de los administradores, como es la toma de decisiones estratégicas y de negocio, siempre y cuando la actuación del administrador se haya guiado por lo marcado en la Ley, a los trámites establecidos por la Ley y se haya tomado con información suficiente. Este reconocimiento se ha proyectado a nivel legislativo a través de la redacción del art. 226 LSC, cuyo origen se encuentra en los postulados de la doctrina jurisprudencial estadounidense denominada *business judgment rule*. En este espacio se considera que los administradores no asumirán ninguna responsabilidad por las decisiones tomadas, aun cuando los resultados obtenidos de las mismas hayan sido perjudiciales para la sociedad.

Al analizar cómo convergen los deberes generales de lealtad y diligencia en un deber concreto como es el de elaboración de las cuentas anuales, se puede afirmar que no existen como tal dos deberes separados y en abstracto de lealtad y de diligencia, sino que son dos planos diferentes dentro de cada deber específico y en nuestro caso, dentro del deber de obligado cumplimiento de formulación de unas cuentas anuales, de forma que el deber de diligencia alcanza a todas las obligaciones que corresponden al “ordenado comerciante” (orden y profesionalidad), mientras que el deber de lealtad corresponde a la actuación de buena fe en defensa de los intereses de la sociedad frente a toda conducta desviada. El incumplimiento de la obligación de formular unas cuentas anuales que no reflejen una imagen fiel de la sociedad y que no permitan conocer la situación jurídica y económica de la sociedad de forma intencionada entrañará una conducta desleal, de suma entidad y gravedad. Esta conducta de manipulación de la información relativa a la situación económica de la empresa normalmente irá unida a desvíos de dinero, de activos de la sociedad o de oportunidades de negocio, a situaciones de conflictos de interés, de autocontratación o de transacciones vinculadas. En aquellos supuestos en los que el

administrador de forma maliciosa y desleal no facilite información veraz, está desconociendo el deber de lealtad pues, con dicha actuación violenta la información como mecanismo de protección y garantía de posible conocimiento de la situación jurídica y económica de la sociedad, dañando así de forma directa el interés social y los intereses de aquellos que se relacionan con la sociedad. Distintos de estos supuestos serían aquellos en los que los administradores desconocen la obligación de informar de la situación económica de la sociedad de forma negligente, por ineficacia y falta de experiencia, conocimientos técnicos o por falta de asesoramiento debido, en los que no persiguen intereses desviados, particulares o de terceros, ya que se limita a incurrir en un incumplimiento del deber de diligencia. En estos casos se considerará que los administradores a lo sumo no han cumplido el nivel de diligencia marcado por el cargo.

En definitiva y como se desarrollará más adelante, los apuntes dados en relación con los deberes que asumen los administradores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales permiten afirmar que constituyen un instrumento imprescindible en orden a determinar el elemento del deber extrapenal que permitirá delimitar la estructura del delito tipificado en el art. 290 CP dentro de las categoría de los delitos de dominio o de infracción de deber.

Tras el proceso de formulación de las cuentas anuales, los deberes de los administradores se entrecruzan con los auditores de cuentas, en la medida en que el administrador deberá someter a una auditoría las cuentas anuales, de forma que, en determinados casos, los auditores habrán de realizar una labor de verificación de las cuentas, para su posterior presentación a la Junta General para su aprobación, por lo que no cabe duda de que existirá un verdadero interés por parte de los administradores en que los auditores den el visto bueno a las cuentas y que éstas sean aprobadas en la forma en la que han procedido a su formulación.

CAPÍTULO III

DEBERES EXTRAPENALES DEL AUDITOR DE CUENTAS EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

I.- LA RELEVANCIA DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS

Como se ha venido reiterando a lo largo de las páginas anteriores, la información económica contenida en las cuentas es el mecanismo de control de la sociedad y del mercado de mayor relevancia, de forma que se puede deducir de forma clara que el informe de auditoría es un mecanismo también de protección pero necesariamente de carácter complementario, a través del cual se debe verificar y confirmar si las cuentas reflejan la imagen fiel de la sociedad.

En España la normativa relativa a la auditoría ha estado sujeta a constantes procesos de reforma. La Ley 19/1988, de 12 de julio de Auditoría de Cuentas, supuso trasponer a la legislación española una institución como es la auditoría con raigambre en el mundo empresarial de Europa y en Norteamérica³⁹⁰, pero no demasiado extendida en España³⁹¹. De forma paralela, en la normativa mercantil se introdujo la obligación de las entidades de dar publicidad a sus cuentas anuales y algunas de ellas, las de cierta dimensión, de someter dichas cuentas a verificación por parte de un auditor independiente. De acuerdo con este marco legal nació la actividad de auditoría de cuentas y el ente público supervisor del

³⁹⁰ Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 55. El autor sitúa los orígenes de esta técnica de verificación tal y como hoy se como consecuencia de la Revolución Industrial con la creación de las grandes sociedades anónimas.

³⁹¹ Petit Lavall, M^a V^a, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, cit. pág. 67. La auditoría de cuentas a cargo de un experto independiente se introdujo en España a través de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de junio de 1951.

ICAC, que ha venido homologando las prácticas españolas a las del resto de países europeos³⁹².

En la Unión Europea se inició un Plan para mejorar la calidad de la auditoría y proteger a los inversores. El informe Winter de fecha 8 de enero de 2003 elaborado por la comisión de expertos que adoptó el mismo nombre que su Presidente, enfatizó la necesidad de promover transparencia y la exigencia de que las sociedades cotizadas implantasen políticas de buen gobierno en las que la canalización adecuada de la información económica debía ser su principal resorte. Entre las medidas legislativas adoptadas, se aprobó la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, a través de la cual se pretendió cubrir, en parte, la falta de un planteamiento uniforme de la auditoría de cuentas en los países de la Unión Europea, armonizando, aunque no completamente, los requisitos de la auditoría de cuentas exigidos por el derecho comunitario, modificando las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y derogando la octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de los documentos contables³⁹³. Por otro lado, la UE encargó a la London Economics la elaboración de un estudio sobre el impacto económico de los Regímenes de responsabilidad de los auditores. En junio de 2008 se publicó la Recomendación de la Comisión 2008/473/CE que confirmó la necesidad de limitar la responsabilidad civil de los auditores a nivel de la UE para asegurar un mercado competitivo en servicios de auditoría³⁹⁴. El 13 de octubre de 2010 fue publicado el *Libro Verde de la Comisión Europea sobre práctica de auditoría: Lecciones desde la Crisis*. En el Libro Verde se plantean nuevas cuestiones sobre la profesión de auditoría que debían ser reforzadas como la transparencia, independencia, competencia y calidad de la auditoría.

³⁹² Posteriormente, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero añadió la Disposición adicional decimoctava a la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, regulando el Comité de Auditoría y Control para las sociedades cotizadas. Gonzalo Angulo, J.A. y Castellanos Rufo, “La Reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas”, Partida Doble, núm. 224, Septiembre 2010, pág. 23.

³⁹³ Gonzalo Angulo, J.A. y Castellanos Rufo, “La Reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas”, cit. pág. 24.

³⁹⁴ Flores, Claudio, “New trends in auditor liability”, *European Business Organization Law Review*, 2011. Según este autor, la relevancia del papel del auditor no se ha tenido en seria consideración hasta el 10 de marzo de 2010 cuando el informe del administrador de Lehman de la quiebra se hizo público. Este informe puso de manifiesto serios interrogantes sobre el comportamiento de los auditores de Lehman. El alcance internacional de la naturaleza de Lehman supuso que los efectos del informe de auditoría trascendieran más allá de USA. El 16 de junio de 2010 el Financial Reporting Council (British Accounting Regulator) comenzó una investigación sobre los auditores de Lehman.

El ordenamiento jurídico español se adaptó a los dictados comunitarios por medio de la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modificó la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, que supuso una reforma determinante en el marco de la actual economía de mercado, puesto que incorporó a la normativa interna la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006 relativa a la Auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas. Por medio del Real Decreto 1/2011, de 1 julio, fue aprobado el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y finalmente, a través del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, se aprobó el Reglamento que desarrollaba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría Cuentas.

Las reformas posteriores comunitarias introducidas en 2014 han servido de abono para la gestación de una nueva reforma de la Ley de Auditoría de Cuentas. En efecto, el 16 de abril de 2014 fue aprobada la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE, en cuya Exposición de Motivos se establece que es necesaria una mayor armonización de la normativa de auditoría en el seno de la Unión. Como señala el apartado 5 del Preámbulo de la Directiva, aunque la responsabilidad principal de facilitar información financiera debe corresponder a los órganos de gestión de las entidades auditadas, los auditores legales y las sociedades de auditoría desempeñan un importante papel al someter activamente a la dirección a un escrutinio desde la perspectiva del usuario. La auditoría se convierte en una garantía de que los estados financieros representan la imagen fiel de la sociedad. También se destaca la necesidad de alcanzar una mayor convergencia en lo que respecta a las normas que sirven de base de las auditorías legales. La protección de los inversores justifica el que se intensifique la supervisión pública. En el apartado 31 del Preámbulo de la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo se establece que el objetivo de la Directiva es reforzar la confianza de los inversores en la veracidad y la imparcialidad de los estados financieros publicados por las empresas a través de la mejora de la calidad de las auditorías legales realizadas en la Unión³⁹⁵. Por otro lado, se aprueba el Reglamento (UE) nº 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público.

³⁹⁵ En el Preámbulo de la Directiva se enfatiza que para mejorar la calidad de la auditoría es importante potenciar la actitud de escepticismo profesional que deben adoptar los auditores legales y las sociedades de auditoría frente a la entidad auditada. Los auditores legales y las sociedades de auditoría deben aceptar la posibilidad de que existan incorrecciones materiales debidas a error o fraude, sea cual fuere su experiencia anterior en relación con la honradez e integridad de la dirección de la empresa auditada. Del mismo modo, se subraya que procede en particular reforzar la independencia como elemento esencial cuando se realicen auditorías legales y evitar todo conflicto de interés. El objetivo que pretende la Directiva es alcanzar auditorías legales de elevada calidad en la Unión sobre la base de normas internacionales de auditoría adoptadas por la Comisión.

En adaptación de las novedades implantadas a nivel comunitario, se ha aprobado la Ley 22/2015, de 20 de julio, cuyo objeto es adaptar la legislación interna a los cambios incorporados por la Directiva 2014/56/UE en la Directiva 2006/43/CE, así como lo dispuesto en el Reglamento 537/2014, de 16 de abril. Esta reforma nace como consecuencia de la alteración sustancial que la Directiva supone para la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, como el régimen de independencia, las normas sobre honorarios, los informes a emitir y demás requisitos exigidos a quienes auditan las entidades de interés público, el Comité de Auditoría, así como la supervisión pública y las cuestiones referidas a la estructura del mercado de auditoría.

Estas continuas reformas que ha venido sufriendo la normativa aplicable a la auditoría, muestran el panorama cambiante en el que la información societaria y la transparencia han sido los máximos exponentes. La actividad de auditoría de cuentas reivindica así su protagonismo como medio de garantía de la imagen fiel de las cuentas anuales en el marco legislativo. Como se verá a continuación, a través del desarrollo de esta normativa se han ido acotando legislativamente los deberes que asumen los auditores en el ejercicio de su actividad de verificación de las cuentas anuales. No obstante, la crisis sentida a nivel mundial ha acentuado el debate sobre todos los mecanismos concernientes a proteger y garantizar la calidad y transparencia de la información, y muy especialmente, el alcance de la labor de auditoría en el marco de la economía de mercado.

La credibilidad del auditor, su independencia y objetividad pierden fuerza cuando queda acreditado que la empresa ha suministrado al mercado información económica financiera que no respeta los cánones de veracidad exigibles, sin que el informe de auditoría muestre salvedad alguna. Cuando esta pieza clave de la información se adultera, la auditoría no lo detecta y los organismos supervisores con todas sus herramientas y mecanismos de inspección tampoco alcanzan a conocer la verdadera situación de la sociedad, cae todo el sistema de protección del mercado. La exposición entonces quienes operan con la sociedad es absoluta y los daños que pueden sufrir se multiplican de forma meteórica. Estas circunstancias llevan inexorablemente a considerar que cuando se producen estas situaciones el sistema entra en crisis al fallar los resortes fundamentales de control y protección de la sociedad y del mercado, con la consiguiente desconfianza por parte de los potenciales usuarios en este vehículo de garantía. En definitiva, es evidente que la auditoría, aun cuando supuestamente sometida a normas muy estrictas de control, también está expuesta a graves manipulaciones, lo que ha abocado a los legisladores a nivel mundial a

tomar medidas para extremar los controles de la auditoría obligatoria, para conseguir una implicación más directa de los auditores y, en definitiva, para acotar los cauces por los que debe discurrir la elaboración de su trabajo y estrechar su relación con el organismo supervisor.

La auditoría de cuentas anuales obligatoria se configura en nuestro sistema legal, como la actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de la información económico-financiera auditada³⁹⁶. La auditoría conlleva la realización de una doble actividad consistente en la revisión y verificación de los documentos contables y la posterior emisión de una opinión técnica³⁹⁷, lo que explica la alta cualificación profesional técnico-contable³⁹⁸ requerida y el control de los profesionales que la practican³⁹⁹. En cumplimiento de dichos cometidos, el auditor de cuentas debe respetar el sistema de incompatibilidades y limitaciones desde su nombramiento y contratación, así como cumplir las garantías de transparencia, fiabilidad, fidelidad e independencia en aras a preservar la objetividad de su labor en la emisión del informe⁴⁰⁰.

De acuerdo con dicha definición, la primera pregunta que cabe formular es cuál es la vinculación del auditor con la sociedad y en la actualidad se puede afirmar que la tesis mayoritaria se inclina por considerar que el auditor no es un órgano de la sociedad auditada, porque no trabaja en el seno de esta entidad, no actúa en su nombre⁴⁰¹. El hecho de que defienda en parte el interés público y se encuentre, por tanto, en el lado de la demanda del

³⁹⁶ Machado, J., “Comentario al artículo 269 de la LSC” en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. E. Beltrán y A. Rojo), Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 2004.

³⁹⁷ *Ibid.*, pág. 2001.

³⁹⁸ *Ibid.*, pág. 1975.

³⁹⁹ A través de la inscripción en el ROAC, cuya llevanza corresponde al ICAC.

⁴⁰⁰ El art. 22 de la Directiva de auditoría según redacción dada por la Directiva de 2014 se refiere a la independencia exigida al auditor. Los artículos 14-25 de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, se refieren a la independencia del auditor y regulan en detalle el régimen de incompatibilidades al que se somete. Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*, págs. 649 a 687. Hopt, Klaus J., “Protección y conflictos de intereses...cit. págs. 159-171.

⁴⁰¹ Vicent Chuliá, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vol. 2º, edit. José Mª Bosch, editor, S.A., 1991, 3ª edic, pág. 684. La doctrina comparada alemana, italiana y portuguesa también ha defendido que los auditores no expresan la voluntad social. En el mismo sentido se expresa Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil...* cit. págs. 222 a 271. En sentido contrario, parece que se pronuncia Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada....”, págs. 1140-1142 cuando expresa que el auditor a diferencia del administrador no representa a la sociedad. Al auditor cabe atribuirle la función de sujeto transmisor de la voluntad social en el caso de sociedades que están obligadas a auditar cuentas, por lo que el autor considera que estos profesionales alcanzan en la sociedad anónima una posición orgánica especial. Hemraj, Mohammed B., “Understanding the Company audit process in the UK, Canadá and USA: panacea or nuisance?”, cit. págs. 54-62. Expresa el autor cómo se ha desarrollado la auditoría externa ante el miedo de que los administradores y directores pueden acometer actos de negligencia o desfalcos.

mercado de información financiera, protegiendo a los inversores, refuerza esta afirmación, como así se desprende del Libro Verde de la Comisión Europea sobre “*Función, Posición y Responsabilidad Civil del Auditor Legal en la Unión Europea*” de fecha 24 de julio de 1996.

Igualmente la naturaleza jurídica del contrato de auditoría de cuentas que suscribe el auditor con la entidad ha sido debatida. La tesis mayoritaria en la doctrina se decanta por calificarlo como un contrato de arrendamiento de obra o de resultado⁴⁰². El auditor se obliga a hacer un informe tras un proceso que se plasma en unos papeles de trabajo; informe que debe cumplir unos presupuestos formales. No obstante, de los pronunciamientos jurisprudenciales analizados, entre otros la STS núm. 789/2008, de 9 de octubre, parece que se desprende que este contrato tiene la naturaleza de un arrendamiento de servicios en el que se evalúa la obligación de medios a la que queda sujeto el auditor, confirmando así la postura de un sector minoritario de la doctrina que aboga porque tiene dicha naturaleza⁴⁰³.

La doctrina está dividida en cuanto al alcance de la auditoría de cuentas. Existen partidarios de defender su relevancia como garantía de veracidad que permite detectar y poner de manifiesto irregularidades y fraudes⁴⁰⁴. Por otro lado, están aquellos que defienden que no puede tener este alcance, pues consideran que el auditor no es policía y que no puede asumir competencias propias de la CNMV. La configuración de este informe como herramienta de garantía de veracidad se debe inferir de la capacidad técnica e independencia de los profesionales, que verifican y garantizan que las cuentas responden de la imagen fiel de la sociedad⁴⁰⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en materia de responsabilidad civil de auditores especifica de forma reiterada que la labor de auditoría tiene como fin proporcionar una garantía al proceso de elaboración de las cuentas anuales. Se considera como un medio de acreditación de que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas⁴⁰⁶. Como garantía de veracidad y cumplimiento de las normas de contabilidad, se exige el informe de auditoría que ha de acompañar a las

⁴⁰² Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....”, págs. 1129 y 1136. Indica el autor que la actividad auditora implica tanto una actividad como un resultado.

⁴⁰³ Petit Lavall, M^a V^a, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, cit. págs. 132-135. Sánchez Calero, F., “Régimen de cuentas anuales”, cit. pág. 729. Se refiere el autor a que la revisión aparece así como un contraste de veracidad contable.

⁴⁰⁴ Núñez Castaño, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas.....”, pág. 74. Afirma esta autora que el auditor debe verificar la realidad objetiva y la correspondencia de esta realidad con la contabilidad.

⁴⁰⁵ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....”, pág. 1137.

⁴⁰⁶ En este sentido, la STS de 9 de octubre de 2008.

cuentas anuales y que tiene por objeto la verificación sobre si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social⁴⁰⁷.

El Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 de diciembre de 1.993 ha expresado de forma muy clara que la auditoría permite “*asegurar el funcionamiento eficaz y transparente del mercado y la protección de los muy diversos intereses concurrentes, la máxima fiabilidad de la información disponible sobre la verdadera y real situación económica, financiera y patrimonial de las empresas (imagen fiel)*”. En mi opinión, este pronunciamiento contiene las notas claves que sintetizan la naturaleza y relevancia de este medio de protección de la sociedad y del mercado, cuyo fin último se proyecta en asegurar la información sobre “la verdadera y real” situación económica de la sociedad, es decir, su imagen fiel. La auditoría garantiza que la información contable es la debida, y que se han evaluado aquellas situaciones que pueden adulterar indebidamente el proceso de la toma de decisiones de todos aquellos que tienen una relación con la sociedad y que han confiado en la información dada por las cuentas anuales⁴⁰⁸.

Como tal vehículo que canaliza la transparencia, también ha sido objeto de análisis la naturaleza de los intereses objeto de protección por la auditoría. Si se ha llegado a la conclusión de que la auditoría es una garantía frente a terceros de que la entidad presenta unas cuentas anuales que representan la imagen fiel de la situación económica y patrimonial de la sociedad, puede sospecharse que la actuación de los auditores de velar por la veracidad de las cuentas tiene interés público. De acuerdo con la relevancia del informe que han de realizar tras la evaluación de las cuentas anuales, se puede deducir fácilmente que el auditor es una pieza clave en el marco societario como proveedor de una verificación técnica de la información de la información económica y patrimonial, así como de los resultados de la sociedad. Desde esta perspectiva, se viene señalando que la labor de auditoría supone una defensa del interés público, que es necesaria para conseguir la verdadera transparencia de la sociedad y, por lo tanto, es esencial para la confianza pública en los mercados de capitales. Efectivamente, el interés general viene expresamente reconocido en la Exposición de Motivos de la Ley 19/1988, de Auditoría al señalar que esta actividad tiene *una amplia y profunda influencia sobre el funcionamiento de la economía*

⁴⁰⁷ Las STS de 5 de marzo de 2009, 14 de octubre de 2008 y 10 de diciembre de 1998.

⁴⁰⁸ Esta intervención en el proceso de emisión de las cuentas anuales y del informe de gestión exige una revisión y comprobación de estos documentos en búsqueda de la denominada “imagen fiel”, como así se desprende de los arts. 263, 268 y 269 LSC.

de mercado y los derechos e intereses de muy diversas personas y grupos⁴⁰⁹ y así se infiere igualmente de la publicidad que alcanzan las cuentas anuales a las que acompaña el informe de auditoría. Por otro lado, es evidente que concurre un interés privado, puesto que el auditor es contratado directamente por la sociedad. De lo expuesto se puede deducir que la auditoría tiene un carácter híbrido, en el que se mezclan aspectos de carácter público y privado.

Entonces es cuando nos debemos preguntar si es posible cumplir al tiempo con el llamado “interés público” al que sirve el auditor de forma general y con el “interés privado” de la empresa contratante, al que se sirve y con quien se tiene una relación contractual continuada en el tiempo. El auditor desarrolla una actividad común al ámbito público y al ámbito privado, en la que no hay ninguna línea de división que permita diferenciar los servicios prestados en uno y otro interés. De lo expuesto se deduce que la auditoría constituye una actividad de naturaleza privada de interés general, y no un ejercicio privado de una función pública⁴¹⁰. Aun cuando el auditor haya sido designado por la Junta de la sociedad, nunca puede desconocer que en su cometido de elaborar el informe de auditoría defiende el interés público y que el valor de su intervención en la realidad societaria es determinante⁴¹¹.

Asentadas las anteriores premisas, se debe valorar entonces la naturaleza del producto del trabajo del auditor que representa su labor y en el que se proyecta su opinión técnica, es decir, del informe de auditoría. Es un documento en el que se describen los estados financieros de la sociedad que han sido objeto verificación, la metodología que se ha seguido para la elaboración del trabajo y la opinión técnica del auditor sobre si la información suministrada por los administradores ofrece la imagen fiel, de acuerdo con el marco normativo de principios, normas y criterios contables⁴¹². Los elementos integrantes del informe de auditoría responden a diversa naturaleza y parte de la doctrina los ha clasificado como elementos de información, elementos de constatación y elementos de

⁴⁰⁹ En este sentido, STC (Pleno) nº 386/1993, de 23 de diciembre, cita de Pantaleón Prieto, F., *La responsabilidad civil de los auditores. Extensión, limitación, prescripción*. Editorial Civitas, S.A., 1ª edición, 1996, pág. 55.

⁴¹⁰ Pantaleón Prieto, F., *La responsabilidad civil de los auditores.....*, cit. pág. 28 y 29. Los auditores de cuentas, a diferencia de los Notarios o Registradores, no están obligados legalmente a ejercer su actividad, ni la cuantía de sus honorarios viene determinada reglamentariamente.

⁴¹¹ Núñez Castaño, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas.....cit. pág. 80.

⁴¹² En el art. 28 de la Directiva de auditoría de cuentas, según redacción dada por la Directiva de 2014, se determina el contenido mínimo del informe de auditoría y así lo recoge el art. 4 en relación con el art. 5 de la Ley 22/2015.

opinión⁴¹³, pero también se puede distinguir entre elementos de carácter subjetivo y objetivo, temporales, de comprobación y de opinión técnica⁴¹⁴. En síntesis, se puede concluir que el informe debe contener una declaración de conocimiento de los datos de la sociedad verificados y una opinión técnica sobre si las cuentas reflejan la imagen fiel de la sociedad, en sentido favorable, con salvedades, desfavorable o denegación de opinión.

De acuerdo con el proceso de elaboración de este documento, el origen de los datos de la propia sociedad que se plasman en el mismo y el fin último que pretende alcanzar de determinar si representan la imagen fiel de la sociedad, se puede afirmar que se trata de un documento privado de naturaleza mercantil, cuyo contenido y alcance viene regulado en la LSC y en la LAC como pieza relevante del proceso de elaboración de las cuentas anuales⁴¹⁵.

Lo expuesto lleva a concluir que debido a la función de garantía que desempeña el ejercicio de esta actividad, los auditores ocupan una posición de garantes de la transparencia y veracidad de la información societaria comprendida en las cuentas anuales y el informe de gestión, cuyo alcance es de interés público, que tiene por objeto soterrar los peligros que puedan acechar a la entidad auditada y, por extensión, al sistema económico en su conjunto, como así ha subrayado de nuevo la Exposición de Motivos de la Ley 22/2015⁴¹⁶. El cometido profesional del auditor de cuentas implica una servidumbre a la veracidad de la situación contable de las empresas auditadas, pues si este informe es confeccionado según Ley, refuerza la consideración de que las cuentas son veraces y se convierte en un vehículo de transparencia.

En definitiva, cuando la labor del auditor se efectúa conforme a Derecho, esta figura se erige como una pieza fundamental en el proceso de formación de las cuentas anuales, que garantiza el cumplimiento adecuado por los administradores del deber de informar sobre la

⁴¹³ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas y Responsabilidad de los Auditores*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 306.

⁴¹⁴ El informe del auditor de cuentas ha de contener necesariamente un contenido mínimo legal como los datos de identificación, alcance de la auditoría realizada, la opinión técnica, valoración del informe de gestión, datos y firma del auditor y la fecha del informe. Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas y Responsabilidad de los Auditores*...cit. págs. 308 y 311. Como indica esta autora, los elementos de comprobación comprenden la referencia de las normas técnicas de auditoría aplicadas, de los procedimientos no aplicados y de las incidencias puestas de manifiesto en el desarrollo de los trabajos.

⁴¹⁵ Marina García-Tuñón, A., "Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....", págs. 1137-1138. Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*..., cit. págs. 325-330.

⁴¹⁶ Núñez Castaño, E., "La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas"...cit. pág. 74. La STS de 9 de octubre de 2008.

gestión realizada y sobre la situación en que se encuentra la sociedad al final del ejercicio, es decir, que reflejan la imagen fiel de la sociedad. El cumplimiento de los deberes extrapenales por este profesional actúa como una cortapisa a la propia labor del administrador, que verá al auditor que actúa conforme a la Ley un obstáculo difícil de salvar en el curso de una potencial maniobra fraudulenta⁴¹⁷.

II.- LOS DEBERES DEL AUDITOR

Salvo cuando las sociedades puedan presentar balance abreviado, tanto las cuentas anuales como el informe de gestión deben ser revisados por auditores de cuentas nombrados por Junta de acuerdo a una serie de formalidades comprendidas en la LSC. El plazo mínimo del que disponen los auditores para emitir el informe es el de dos meses, a partir del momento en que los administradores les entreguen las cuentas formuladas. En el cumplimiento de estos cometidos los auditores están sometidos a una serie de deberes que vienen contemplados con carácter general en la recién aprobada Ley de Auditoría. En el marco de esta investigación me ceñiré a los deberes principales asumidos por el auditor con carácter imperativo, como son la verificación de las cuentas anuales, la emisión de la opinión sobre si las mismas reflejan la imagen fiel de la situación económica de la sociedad y la elaboración de un informe que comprenda el resultado de dicha comprobación, ya que la concreción de estos deberes extrapenales se presenta como un aspecto absolutamente estratégico para poder dictaminar a posteriori si pueden asumir una potencial responsabilidad penal.

1.- El deber de verificar las cuentas anuales y de emitir una opinión técnica

Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores que comprueben que las cuentas anuales ofrezcan una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio⁴¹⁸, de acuerdo con una interpretación del

⁴¹⁷ *Ibid.*, pág. 57.

⁴¹⁸ Núñez Castaño, E., La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas....cit. pág. 73. Marina García-Tuñón, A., "Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada.....", cit. Pág. 1138. Cañibano, L., *Curso de auditoría contable*, cit. pág. 53. La secc. 495 de la *Companies Act* de 2006 inglesa de 2006 relativa al informe de auditoría de las cuentas anuales de la compañía establece que: (3) *El informe debe claramente mostrar si, de acuerdo con la opinión del auditor, las cuentas anuales: a) Ofrecen una visión veraz y fiel...* ”.

marco normativo que resulte de aplicación y, en particular, de los principios y criterios contables.

Si el auditor puede o no encontrar y comprobar “la verdad” que representa la imagen fiel de la sociedad, es la cuestión principal que plantea el deber principal de verificación de las cuentas anuales. Como he señalado anteriormente, el concepto de “imagen fiel” es indeterminado, tiene carácter preeminente respecto del resto de normas y principios dispuestos para la elaboración de la contabilidad⁴¹⁹, es la base de la formación de la contabilidad y de las cuentas anuales y, en definitiva, es el “común denominador” que debe alcanzarse en la elaboración de las cuentas anuales. Si la imagen fiel se equipara con una imagen verdadera, no cabe duda, como sostiene la doctrina dominante, de que la verdad que representa y se puede obtener del balance es una verdad relativa, por lo tanto, es una verdad de algún modo singular, que no puede alcanzar la denominación de absoluta⁴²⁰. Esto me lleva a considerar la dificultad que tiene el profesional de auditoría de verificar una verdad relativa, que está construida en muchos casos a través de valoraciones no comprobables materialmente, sino obtenidas a través de estimaciones⁴²¹. La operación se complica más si se tiene en cuenta que la auditoría se asienta en comprobaciones estimativas y se realiza de acuerdo con la técnica del muestreo.

La conclusión a la que se llega es que el cometido del auditor se reduce entonces a pronunciarse sobre si las cifras reflejadas documentalmente con las explicaciones que pueda aportar la memoria, responden a los cánones dictados por las normas y principios de auditoría, contabilidad y formación de las cuentas anuales. Desde esta perspectiva, puede dimensionar y valorar si las cuentas entrañan “la verdad” que representa la imagen fiel. Como expresa Arana Gondra, *el auditor no certifica la verdad de dichos documentos contables, sino que emite su opinión técnica sobre la fiabilidad o credibilidad de aquéllos*⁴²².

⁴¹⁹ Una relación detallada de los antecedentes del principio de imagen fiel se puede encontrar en Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales de la sociedad anónima*....cit. págs. 269-282.

⁴²⁰ Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*, cit. pág. 274-276. Especifica el autor que: “pese a que con relación a las cuentas anuales no es factible asegurar, en términos absolutos, su veracidad, sí es posible, en cambio, contrastar aquéllos con un parámetro que sirva de objeto de comparación. Naturalmente, la referencia a dicho parámetro no quiere significar que los términos de comparación hayan de ser siempre de carácter material o físico, toda vez que, a veces, se tratarán de contrastar cuestiones y actuaciones en las que intervenga un cierto grado de subjetividad”.

⁴²¹ Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*, cit. pág. 264.

⁴²² *Ibid.*, pág. 265.

De esta forma, el auditor deberá constatar si se han aplicado correctamente los principios contables, si estos principios se han aplicado de forma uniforme respecto del ejercicio precedente, los hechos posteriores a la formulación de las cuentas que se consideren significativos para su debida interpretación, si se justifican debidamente las excepciones a la aplicación de dichos principios que hayan resultado reseñables y, consecuentemente, se deberá pronunciar globalmente sobre si las cuentas representan la imagen fiel de la sociedad. El auditor debe realizar su labor de verificación técnica en orden a encontrar la imagen fiel con una mente interrogativa, escéptica⁴²³ y deberá cumplir dicho cometido con sometimiento pleno a las normas técnicas de auditoría (NTA), que dan las pautas de comportamiento al auditor y proporcionan los parámetros técnicos esenciales para enjuiciar la corrección o incorrección de la auditoría. Estas normas sirven para orientar la práctica profesional del auditor, someterla a estándares mínimos de calidad y comprobar la corrección de la auditoría. Los elementos de opinión técnica sobre los que debe entrar a valorar el auditor comprenden globalmente aquellos aspectos de las cuentas anuales que afectan significativamente a la imagen fiel, no de cada uno de los conceptos o partidas individualmente considerados⁴²⁴.

Analizada la relevancia de que el auditor se someta al principio de imagen fiel y que, en definitiva, se convierta en un garante de su consecución, creo que es determinante subrayar que su intervención es plenamente relevante en el proceso de elaboración de las cuentas anuales y está sometido de alguna forma a un específico deber de lealtad que se construye desde otra perspectiva diferente de la de los administradores, pero que resulta muy trascendente tenerlo en cuenta puesto que muestra la exigencia de que estos profesionales actúen de forma leal⁴²⁵.

Lo cierto es que no es posible determinar a priori qué concretos cometidos comprende la realización de esta labor de auditoría, pues de acuerdo con las circunstancias concurrentes en la entidad será el auditor quién debe establecer el análisis que debe realizar, los parámetros que debe utilizar y cuáles son las concretas pruebas que de llevar a cabo para realizar un examen de los estados financieros, y todo ello sin dejarse influir por el propio

⁴²³ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas...*cit. pág. 345

⁴²⁴ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas...*cit. págs. 308-315. Conforme con lo dispuesto en las referidas NTA el auditor debe comprobar: “a) Si las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera de la empresa o entidad auditada y de los resultados de la sociedad. La NTA 3.2.5 exige que el auditor manifieste si las cuentas anuales contienen la información suficiente para su interpretación y comprensión adecuada; b) Si las cuentas anuales se han preparado de conformidad con los principios y normas contables (art. 3.1.c)...”

⁴²⁵ Hopt, Klaus J., “Protección y conflictos de intereses...”cit. págs. 158 y 166.

criterio de los gestores, que pueden intentar predeterminar el curso de dicha labor en defensa de intereses ajenos a los de la propia entidad⁴²⁶. El auditor debe evaluar el nivel de control interno de la entidad con el fin de determinar la forma de realizar las pruebas de auditoría, así como planificar, ejecutar y evaluar el trabajo a desempeñar⁴²⁷. En la realización de las pruebas sustantivas el auditor selecciona operaciones registradas mediante la técnica de muestreo, en base al análisis de una fracción de los referidos elementos denominada muestra. La muestra se proyecta sobre un gran número de partidas similares que presentan las mismas características y que reflejan la serie completa⁴²⁸. En definitiva, la elaboración del informe de auditoría no exige la comprobación de todos los saldos que figuran en las anotaciones contables para determinar si concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultados, ya que no se ha de rehacer el proceso contable en su totalidad. Esta concreción del alcance del proceso de verificación permite entender que la opinión que emite el auditor se refiere a la contabilidad y a las cuentas en su conjunto, sin perjuicio de que es preciso que en el informe se describan las comprobaciones realizadas y el alcance del trabajo efectuado para que pueda ser correctamente valorado.

La auditoría requiere una estrecha relación de trabajo con los administradores, que tienen que facilitar información al auditor para el mejor entendimiento de las cuentas⁴²⁹. El auditor tiene que conocer la forma en la que han actuado los administradores y entender el modo en el que han representado en las cuentas las decisiones tomadas y las operaciones realizadas⁴³⁰, para lo que debe exigir a los administradores que expliquen todas las circunstancias relevantes, con independencia de que resulten desfavorables. Tras obtener estas explicaciones, el auditor deberá analizar si los datos facilitados se corresponden con una actuación regular conforme a la Ley societaria y a la normativa contable, si las operaciones llevadas a cabo se corresponden con lo reflejado en las cuentas. Esta tarea de indagación, evaluación y contrastación es compleja y en su desarrollo siempre debe primar

⁴²⁶ La secc. 498 de la *Companies Act* inglesa de 2006 relativa a los deberes del auditor establece que: "1) *El auditor de una compañía, al preparar su informe, deberá llevar a cabo las investigaciones que permitan formarse una opinión sobre:* a) *Si la sociedad ha llevado las cuentas adecuadamente y si le han enviado informes adecuados para su auditoría de las sucursales que no haya visitado,* y b) *Si las cuentas individuales de la sociedades concuerdan con los registros e informes contables,* y c) *Para el caso de sociedades cotizadas, si la parte auditable del informe sobre la remuneración de los administradores de la sociedad concuerda con los registros e informes contables*".

⁴²⁷ Villarroya Lequericaonandia, M^a.B y Morales Guerrero, A., "La responsabilidad de los auditores frente al fraude"...pág. 24.

⁴²⁸ Cañibano, L. *Curso de auditoría contable*, cit. págs. 322-323.

⁴²⁹ Sánchez Calero, F., Régimen de cuentas anuales, cit. pág. 717. Indica el autor que la tarea del auditor ha de facilitarse como garantía natural de la claridad y exactitud contable.

⁴³⁰ Hemraj, Mohammed B., "Understanding the Company audit process in the UK, Canadá and USA: panacea or nuisance?", cit. págs. 54-62. Afirma el autor que: "El objetivo de la auditoría es comprobar la fiabilidad de la información financiera mediante la investigación por la compañía".

el fondo sobre la forma⁴³¹. En conexión con esta obligación de solicitud de información, el profesional debe utilizar los instrumentos materiales adecuados que sirvan de soporte de su opinión y en particular, los papeles de trabajo en los que conste el desarrollo de sus cometidos⁴³².

En el sistema inglés se encuentra muy reforzado el derecho de los auditores a acceder a la información que estimen necesaria para acometer la auditoría (sec 499 de la *Companies Act 2006*) y los consiguientes deberes que asumen los administradores de facilitar información adecuada a los auditores externos para confeccionar la auditoría de acuerdo con el Plan de auditoría, incluyendo la identificación de los riesgos que no advierta el auditor, hasta el punto de que puede constituir una actuación delictiva el que el administrador realice declaraciones falsas al auditor. Con el objetivo de que el auditor obtenga toda la información necesaria para el cumplimiento de sus cometidos, se detalla el deber que tienen los auditores de una empresa de exigir a los administradores la información y las explicaciones que estimen necesarias para el desempeño de sus funciones. Constituye delito el que un administrador, a sabiendas o imprudentemente, realice una declaración materialmente falsa o engañosa a los auditores de la empresa en cuanto a cualquier asunto que los auditores tienen que analizar en su labor de verificación de las cuentas anuales. También puede considerarse delito el que un administrador no proporcione la información y las explicaciones exigidas por el auditor⁴³³.

En el caso de sociedades cotizadas, las relaciones entre los auditores externos y los administradores quedarán sujetas a la organización singular del Consejo de Administración, en el que se instituirán, entre otras comisiones, la Comisión de Auditoría. Efectivamente, en el seno del Consejo de administración de las sociedades cotizadas se deberá constituir en todo caso una comisión de auditoría, según dispone el art. 529 terdecies, cuyas actas deberán estar a disposición de todos los miembros del consejo de administración. La creación de comisiones de auditoría dentro de estas sociedades cotizadas se ha introducido como un mecanismo interno de control que intenta poner cortapisas a las conductas fraudulentas que puedan realizarse en torno a la contabilidad, elaboración de las cuentas anuales y verificación de las cuentas a través de los auditores externos⁴³⁴. En el apartado 24

⁴³¹ Sánchez Fernández de Valderrama, J.L., “Información corporativa, ética y auditoría”, cit. pág. 30.

⁴³² En este sentido, NTA 1.4.4. Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas...* cit. pág. 337.

⁴³³ La cobertura legal del auditor para requerir información se comprende en la secc. 499 de la *Companies Act* inglesa de 2006.

⁴³⁴ De Urquijo, J.L. y Crespo, A., *El Consejo de Administración...*, cit. pág. 280. Resultan llamativos los datos que aportan estos autores cuando indican que esta medida de control instituida en sociedades

del Preámbulo de Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE, se establece que los comités de auditoría, o bien los órganos que ejerzan una función equivalente dentro de la entidad de interés público auditada, desempeñan un papel decisivo al contribuir de forma decisiva a lograr que las auditorías alcancen una calidad elevada. Reviste especial importancia, recuerda la Directiva, reforzar la independencia y capacidad técnica del comité de auditoría, exigiendo que la mayoría de sus miembros sean independientes, y que al menos uno de ellos posea competencias en materia de auditoría y/o contabilidad. En la regulación vigente relativa a las sociedades cotizadas, la LSC contempla en su art. 529 quaterdecies la necesidad de formar una comisión de auditoría dentro del Consejo de Administración⁴³⁵, compuesta mayoritariamente por consejeros independientes, con cometidos específicos de supervisión de todo el proceso de elaboración de la información financiera de las empresas, y que se constituya como útil mediador entre la auditoría externa y la información financiera interna. La comisión debe revisar con carácter periódico los sistemas de control interno, establecer relaciones con el auditor externo, supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera informar a la Junta General sobre las cuestiones que se planteen en relación con estas materias y al Consejo de Administración con carácter previo sobre las materias objeto de su competencia.

La existencia de comisiones dentro del Consejo es congruente con la configuración del modelo supervisor del Consejo de Administración en las sociedades cotizadas, puesto que su competencia será controlar a los administradores ejecutivos, tendrá que estar en permanente contacto con los departamentos internos y se especializará en materias muy relevantes para la sociedad como la detección de riesgos, la relación con los auditores externos⁴³⁶. Este control exhaustivo y continuo permitirá advertir las irregularidades que se detecten en la información financiera que se traslada a la contabilidad primero y posteriormente en el proceso de elaboración de las cuentas anuales. Las comisiones

cotizadas por la que consejeros independientes deben ser los competentes para la designación de auditores externos nace en los años sesenta en Estados Unidos cuando el *American Institute of Certified Public Accountants* recomendó la creación de comités de auditoría compuestos por consejeros externos para aquellas sociedades cotizadas en Bolsa, que posteriormente fueron objeto de desarrollo en las décadas posteriores por la SEC, la Bolsa de Nueva York, la Comisión Treadway y la Comisión que redactó el Informe Cadbury. La Recomendación de la Comisión, de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de los consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa, estipula la forma en que han de establecerse y funcionar los comités de auditoría.

⁴³⁵ Este artículo ha sido modificado por la DA 4ª de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

⁴³⁶ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Autonomía y responsabilidad de las comisiones del Consejo (Auditoría y Nombramientos y Retribuciones”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 127, sept. 2012, edit. Lex Nova – Thomson Reuters, pág. 238-242.

permiten así una mayor implicación en la gestión diaria y la conformación de los estados contables y de las cuentas anuales a lo largo de todo su desarrollo. Obliga en definitiva a tomar decisiones continuas y a permitir la supervisión constante por parte de consejeros especializados en esta materia⁴³⁷. En el Código de Buen Gobierno aprobado en febrero de 2015 se hace referencia a aspectos relevantes de la organización del Consejo de sociedades cotizadas y en particular, en el Principio 20 y en las Recomendaciones 39 a 44 se establece que la comisión de auditoría, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros, en particular el presidente, se designarán teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación.

En síntesis, el proceso de actuación de administradores y auditores en el marco de las sociedades cotizadas se inicia cuando el administrador asume la obligación de elaborar la contabilidad, delega esta competencia en expertos técnicos que constituyen lo que sería el Departamento financiero, posteriormente supervisa esta contabilidad y el proceso de elaboración de cuentas anuales a través de los auditores internos y del Comité de Auditoría, lo que permite al Consejo formular las cuentas anuales que serán objeto de verificación por parte de los auditores externos, por lo que la Comisión de Auditoría vuelve a tener un papel determinante al ser la comisión encargada de gestionar la relación con los auditores externos.

Tras la realización de todas estas comprobaciones, el auditor tiene que emitir una opinión técnica cuando alcance un grado de evidencia suficiente del estado de la empresa. Con este fin tiene que considerar adecuadamente la importancia relativa de las partidas que componen las cuentas anuales y el riesgo de error en el que se puede incurrir al decidir no revisar determinados hechos económicos y constatar que los procedimientos aplicados (comprobaciones de control internos⁴³⁸ y pruebas sustantivas, complementarias y de

⁴³⁷ Hemraj, Mohammed B., “Understanding the Company audit process in the UK, Canadá and USA: panacea or nuisance?”, cit. págs. 54-62. ¿Cómo pueden los auditores ser verdaderamente independientes y adecuadamente ejercer sus deberes cuando la administración tiene el poder de contratar y echar a los contables y el poder de seleccionar entre diversos principios contables y de auditoría lo que sea que piensan que se ajusta o es apropiado? La solución ha sido alcanzada mediante la selección o designación de comités de auditoría principalmente de miembros administradores no ejecutivos. En general, para que sea efectivo, los administradores ejecutivos tienen que tomar una parte activa en vez de “rubber stamp” decisiones tomadas por la administración.

⁴³⁸ Hemraj, Mohammed B., “Understanding the Company audit process in the UK, Canadá and USA: panacea or nuisance?”, cit. págs. 54-62. Los standards profesionales requieren auditores externos revisar y evaluar los controles internos administrativos y contables de los clientes.

carácter externo) para la obtención de la evidencia adecuada son los convenientes y no quedan desvirtuados por otras circunstancias colaterales⁴³⁹.

La forma en la que se debe expresar la opinión técnica sobre las cuentas anuales también requiere efectuar una serie de matizaciones en orden a obtener la garantía de que se ha plasmado fiel y lealmente la imagen de la sociedad. Para la comprensión de dicha opinión técnica, se deben conocer igualmente las circunstancias relevantes constatadas sobre la sociedad y ofrecer explicaciones suficientes respecto de su situación, la evolución de sus negocios, las operaciones más relevantes y sus circunstancias igualmente esenciales. Concretamente, examinadas con detalle las circunstancias que le puedan hacer dudar de la continuidad de la actividad de la entidad, el auditor debe determinar con objetividad e imparcialidad, si lo expuesto en las cuentas anuales refleja que los administradores han cumplido las reglas formales y materiales del proceso de elaboración de los estados contables, si se han elaborado correctamente y si indican la realidad patrimonial, financiera y económica. De esta forma, se convierte en un control preventivo de situaciones de insolvencia definitivas, así como de control sobre la suficiencia de controles internos en la gestión que permitan confiar en la documentación generada por los administradores⁴⁴⁰. Por este motivo, se puede afirmar que el auditor garantiza que ha llevado a cabo las comprobaciones precisas que le llevan a la convicción de que la entidad podrá continuar su actividad durante el siguiente ejercicio económico.

El interrogante que surge entonces sobre el alcance de su labor, es hasta qué punto se puede pedir al auditor que detecte los riesgos que penden sobre una determinada sociedad a la vista de la información contenida en las cuentas anuales. La emisión de la opinión sobre la situación de la empresa en marcha y sobre su solvencia se debe asentar en juicios de valor sobre el futuro de la compañía y en las informaciones disponibles incluidas en sus estados contables o en su propio informe. En este sentido, se puede afirmar que las funciones del auditor no incluyen la predicción de sucesos futuros, pues no puede exigirse al auditor que prevea el desenlace de operaciones y sus circunstancias, pero lo que sí que se les exige es que si la situación económica refleja cifras de solvencia cuestionables, incluyan en el informe las salvedades que correspondan, las incertidumbres relativas a la marcha de la sociedad y si es necesario, expliciten las complicaciones por las que está atravesando. En suma, el informe debe reflejar fielmente lo que ocurre en la sociedad, ofrecer todas las incertidumbres y reservas necesarias para cumplir su función de garantía y los defectos

⁴³⁹ En este sentido, la SAP de Barcelona de fecha 31 de julio de 2000.

⁴⁴⁰ Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil...* págs. 649 a 687.

extrínsecos o intrínsecos de los que adolecen las cuentas⁴⁴¹. Estos últimos relativos a elementos de comprobación y de opinión técnica son los más relevantes. Sin perjuicio de que se trate de una opinión técnica, su contenido debe resultar comprensible y permitir a terceros no expertos conocer la situación de la sociedad.

En este informe, el auditor vendrá obligado a hacer constar si su opinión es favorable a las cuentas o si es preciso formular salvedades, lo que presupone la obligación de reflejar las eventuales infracciones de normas legales o estatutarias, así como los riesgos detectados que puedan poner en peligro la situación financiera de la sociedad⁴⁴².

Los informes con salvedades o los que deniegan la opinión pueden tener efectos devastadores en la empresa auditada, por lo que el auditor debe ser claro y conciso en la redacción del informe. En el informe de auditoría favorable, se constata que las cuentas anuales expresan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera, de los resultados de las operaciones y de los recursos obtenidos, contienen la información necesaria y suficiente para su interpretación, de conformidad con los principios y normas contables generalmente aceptados. En los informes con reservas el auditor manifiesta salvedades u observaciones: alcance del trabajo, errores o inaplicación de principios y normas contables, omisiones de información, incertidumbres, cambios significativos que se han producido durante el ejercicio en la aplicación de normas y principios que hayan podido desvirtuar la imagen fiel de las cuentas anuales. Los informes de auditoría desfavorables son en los que se constata que: “*las cuentas anuales no manifiestan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, del resultado de las operaciones o de los cambios en la situación financiera de la entidad auditada, de conformidad con los principios y normas contables generalmente aceptadas*”. Este informe debe comprender la existencia de errores y/o el incumplimiento de principios y normas, así como defectos en la presentación de la información que afecten en una cuantía o concepto muy significativo o en un número elevado de capítulos. El informe desfavorable o que contenga salvedades no puede autorizar las cuentas anuales ni el informe de gestión. Finalmente, los informes con opinión denegada corresponden a situaciones en las que el

⁴⁴¹ Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales*, cit. pág. 312. Las secc. 495 y 498 de la *Companies Act* establecen los deberes de los auditores en la preparación de su informe. El informe de auditoría debe indicar si, en la opinión de los auditores, las cuentas anuales se han preparado adecuadamente de conformidad con la ley y, en particular, si muestran una imagen fiel.

⁴⁴² Existe un debate doctrinal sobre cuál es el alcance de la labor del auditor a este respecto. Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas*.....cit. pág. 315. La autora afirma que: “*El deber de denuncia de infracciones legales o estatutarias se extiende a cualquier ámbito legal (fiscal, laboral, mercantil, civil y penal), pero la obligación de conocer el Derecho y apreciar la existencia de tal infracción se circunscribe, a nuestro juicio, al sector del Derecho contable*”.

auditor no ha accedido a la información necesaria para emitir una opinión, por el alcance de la auditoría o por las incertidumbres de importancia y magnitud tan significativas que impidan al auditor formarse una opinión⁴⁴³.

2.- El deber de apreciar el fraude, errores o infracciones. Obligación de investigar y denunciar hechos sospechosos

El alcance del deber del auditor frente al fraude ha sido un aspecto bastante controvertido en el marco de la profesión de la auditoría, de la doctrina mercantilista y en general, es una cuestión que ha preocupado y preocupa a los responsables de las entidades sujetas a auditoría obligatoria.

La respuesta parece clara a tenor de la redacción de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, en concordancia con la Directiva de 2014, en la que se regula con carácter expreso la necesidad de que el auditor actúe con escepticismo profesional, con mente inquisitiva y especial alerta ante cualesquiera circunstancias que puedan indicar una posible incorrección por error o fraude⁴⁴⁴. También requiere la Ley que los auditores realicen una evaluación crítica de la evidencia de auditoría obtenida, que cuestionen la documentación e información a la que accedan. En todo caso, el auditor debe partir de la presunción de que existen riesgos de error y fraude⁴⁴⁵.

El auditor debe aplicar procedimientos para conocer la entidad⁴⁴⁶, sus mecanismos de control interno y supervisión e indagar sobre la labor realizada por los administradores y directivos, puesto que estos se encuentran en una posición privilegiada para cometer fraude debido a su capacidad de manipular los registros contables y preparar los estados financieros mediante la elusión de controles⁴⁴⁷. Debe buscar de forma proactiva los puntos

⁴⁴³ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas...*cit. págs. 318-319.

⁴⁴⁴ El art. 21 modificado por la Directiva 2014 dispone que al realizar la auditoría legal, “el auditor legal o la sociedad de auditoría mantengan un escepticismo profesional a lo largo de toda la auditoría, reconociendo la posibilidad de que existan incorrecciones de importancia relativa debidas a hechos o actuaciones que presenten indicios de irregularidades, incluyendo fraudes y errores. A los fines del presente artículo, "escepticismo profesional" significa aquella actitud que implica mantener una mente inquisitiva y alerta ante cualquier circunstancia que pueda apuntar a una posible incorrección debida a error o fraude, y examinar críticamente las conclusiones de auditoría”. La Norma Internacional de Auditoría nº 240 se refiere a las: “Responsabilidades del auditor en la auditoría de los estados financieros con respecto al fraude”.

⁴⁴⁵ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales de Auditoría y Control de Calidad*, 2011, págs. 259-261.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, pág. 261.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, págs. 261-263.

de riesgo potencial en transacciones o partidas anómalas, investigarlos⁴⁴⁸ y solicitar explicaciones que estime necesarias de los empleados, con los auditores internos, con los administradores y directivos⁴⁴⁹. La labor de estos profesionales debe centrarse en detectar incorrecciones materiales y relevantes⁴⁵⁰, como pueden ser las debidas a información financiera fraudulenta y a una apropiación indebida de activos. El auditor puede identificar la existencia de riesgos o conductas presuntamente constitutivas de fraude, de acuerdo con su pericia y experiencia práctica⁴⁵¹, pero no puede calificarlo como tal⁴⁵². Después de esta labor de investigación, el auditor tiene que informar sobre cualquier aspecto relevante que pueda suponer un riesgo para la entidad⁴⁵³.

La visión y expectativas que se generan en torno a la actividad de auditoría por parte de los usuarios difieren de la de los auditores⁴⁵⁴, de forma que las divergencias se plantean principalmente en torno a la detección y denuncia del fraude⁴⁵⁵. El debate sobre el alcance del deber del auditor frente a supuestos fraudulentos está en constante cambio, sin que exista consenso alguno sobre ello⁴⁵⁶. Se debe tener conciencia de que los administradores

⁴⁴⁸ En este sentido, la sentencia de la AP de Barcelona (Secc. 16ª), de 31 de julio de 2000.

⁴⁴⁹ *International Federation of Accountants* (IFAC), Manual de Normas Internacionales...pág. 257-259.

⁴⁵⁰ Hemraj, Mohammed B., "Preventing corporate scandals", 2004, 11 (3), págs. 268-276. La dificultad se presenta en casos de fraude muy sofisticado y colusivo y el fraude menos material (en la frontera entre el fraude y actos ilegales).

⁴⁵¹ Nieto Martín, A., "El régimen penal de los auditores de cuentas", en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Vol. II, (L. Arroyo Zapatero e I. Berdugo Gómez de la Torre), Edic. de la Universidad de Castilla La Mancha y Edic. Universidad de Salamanca, 2001, pág. 421. La pregunta que se plantea el autor es hasta qué punto debe investigar el auditor posibles irregularidades.

⁴⁵² *International Federation of Accountants* (IFAC), Manual de Normas Internacionales...pág. 253. La Norma Internacional de Auditoría (NIA) 240 trata de las responsabilidades que tiene el auditor con respecto al fraude en la auditoría de estados financieros. En concreto, desarrolla el modo de aplicar la NIA 315 y la NIA 330 en relación con los riesgos de incorrección material debida a fraude. Hemraj, Mohammed B., "Preventing corporate scandals", cit. págs. 268-276. Argumenta el autor que el fraude es un concepto jurídico muy amplio.

⁴⁵³ Hemraj, Mohammed B. "How to restore confidence in auditing and prevent corporate scandals", *Comp Law*, 2005, 26 (8), págs. 235-244. Según el autor, los auditores deben informar sobre los riesgos financieros y otros que se corresponden a riesgos de control de gestión (management), fraude y otros actos irregulares e ilegales.

⁴⁵⁴ Pacheco Cañete, M., *Régimen legal de la auditoria de cuentas...*, pág. 346. Señala esta autora que el auditor debe contribuir a proteger a los interesados, la continuidad, el funcionamiento y la solvencia de la sociedad y evitar el fraude.

⁴⁵⁵ En la introducción de las NTA se establece que "en la planificación de su examen el auditor debe considerar la detección de los errores e irregularidades producidos que pudieran tener un efecto significativo sobre las cuentas anuales...".

⁴⁵⁶ Hemraj, Mohammed B., "How to restore confidence in auditing and prevent corporate scandals", cit. págs. 235-244. Muchos expertos (Joan Madone) consideran que los auditores sí deben tener un papel más proactivo relevante en la eliminación del fraude, puesto que el público quiere que se audite para evitar el fraude y los auditores tienen que responder por el fraude material que deberían detectar, pero el autor concluye (págs. 268-276) que los auditores no son el grupo más idóneo para detectar el fraude, sino la administración y que tienen muchos impedimentos para llevar a cabo ese cometido. Stolowy, N., "Company related offences in French legislation", *Journal of Business Law*, 2007, *Jam*, 1-15: La auditoría tiene indudablemente un valor importante, porque es la única manera de sacar a la luz los delitos que de otra manera se hubieran mantenido indetectables. Stevenson Smith, G. "Can an auditor ever be a

son los responsables del diseño, implantación y efectividad del sistema de control interno⁴⁵⁷ y que la auditoría tiene sus limitaciones naturales de acuerdo con su proceso de elaboración. Lo cierto es que en la detección del fraude es muy difícil establecer un procedimiento estándar para proceder a realizar una investigación sistemática⁴⁵⁸. En la Directiva 2014/56 se ha subrayado cuáles son los límites de la auditoría legal y así se ha establecido en el apartado 11 del Preámbulo que la auditoría legal da lugar a la expresión de una opinión sobre la medida en que los estados financieros ofrecen una imagen fiel de las entidades auditadas de conformidad con el marco pertinente de información financiera y enfatiza que *“las partes interesadas pueden no ser conscientes de las limitaciones de una auditoría, en lo que atañe, por ejemplo, a la importancia relativa, técnicas de muestreo, función del auditor en la detección del fraude y responsabilidad de la dirección, lo que puede generar un desfase entre las expectativas y la realidad. Para reducir ese desfase es importante definir con mayor claridad el alcance de la auditoría”*.

El grado de cumplimiento de esta obligación se ha de medir en función de la capacidad del auditor de acceder a hechos ocultados mediante engaño u otros mecanismos subrepticios utilizados por los administradores. La obligación no puede alcanzar a irregularidades que no pudieran razonablemente ser descubiertas mediante las técnicas de revisión y verificación idóneas, con independencia de que hayan sido dolosamente provocadas o maquilladas por los administradores, o incluso que de forma negligente las hubieran provocado⁴⁵⁹. La concurrencia de determinadas circunstancias en las relaciones entre el auditor y la dirección ponen de manifiesto situaciones de riesgo de ocultación de actuaciones fraudulentas⁴⁶⁰. Entre estas circunstancias se pueden enumerar la denegación de acceso a los registros, a las instalaciones, empleados, clientes y proveedores; presiones por la dirección para resolver cuestiones complejas; la obstrucción al acceso a documentación e

first responder to financial frauds?”, *Journal of Financial Crime*, J.F.C., 2012, 19(3), 291-304: ¿El auditor es una medida de prevención? ¿Una barrera de contención? ¿Un tapón a la fuente de pérdidas?

⁴⁵⁷ Villarroya Lequericaonandia, M^a.B y Morales Guerrero, A., “La responsabilidad de los auditores frente al fraude”.....pág. 23. Hemraj, Mohammed B., “Preventing corporate scandals”, 2004, 11 (3), págs. 268-276. Señala el autor que la mejor forma de prevenir el fraude es un sistema efectivo de control interno.

⁴⁵⁸ Villarroya Lequericaonandia, M^a.B y Morales Guerrero, A., “La responsabilidad de los auditores....”, cit. pág. 27. La 1.5.3 NTA establece: *“el auditor debe planificar su examen teniendo en cuenta la posibilidad de que pudieran existir errores o irregularidades con un efecto significativo en las cuentas anuales”*. G. Stevenson Smith, cit. págs. 291-304. Los standards profesionales de auditoría proporcionan directrices que deben seguir al identificar actos fraudulentos o ilegales: the *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA); the *Public Accounting Oversight Board* (PCAOB); and the *International Federation of Accountants* (IFAC).

⁴⁵⁹ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas y Responsabilidad de los Auditores*.....págs. 345-346. Con cita de jurisprudencia inglesa y americana, la autora explica cómo el ordenamiento jurídico anglosajón no siempre ha dado la misma respuesta de si existe obligación de investigar el fraude por parte del auditor.

⁴⁶⁰ *International Federation of Accountants* (IFAC), *Manual de Normas Internacionales*....., cit. pág. 317.

información contenida en archivos de la entidad; falta de disposición para revisar información de los estados financieros, para tratar incidencias en el ámbito del control interno, falta de acceso a los gestores, políticas contables discordantes con la práctica del sector; y cambios frecuentes en las estimaciones contables no justificadas. Como señala la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no cabe hacer responsable al auditor por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada -algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena-, sino solo aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto⁴⁶¹.

El horizonte que puede alcanzar el auditor es la obtención de una seguridad razonable de que los estados financieros considerados en su conjunto están libres de incorrecciones materiales por fraude, aunque siempre existe un riesgo de que puedan no detectarse⁴⁶². La tarea de detección del fraude es compleja a la vista de que las tramas a través de las que se prepara implican la ocultación de operaciones, falsificaciones, omisión del registro de datos y explicaciones fraudulentas de los administradores. De forma sintética, la posible detección de estas acciones fraudulentas en relación con estimaciones contables y en las cuentas anuales dependerá de la pericia del responsable, la frecuencia y el alcance de la manipulación, el grado de colusión, la dimensión de la entidad y las personas implicadas, que pueden ser directivos y administradores con capacidad para dificultar la detección del fraude al tener capacidad y visión global para eludir controles o meros empleados que se limitan a seguir órdenes y que no tienen dicha visión global⁴⁶³.

Cuestión completamente diversa de la relativa a que el auditor pueda tener conocimiento indirecto de las operaciones fraudulentas por el desarrollo de su actividad, es que hubiera participado directamente en dichas actuaciones delictivas de forma conjunta con los administradores, con lo que se convierte en un obstáculo más para su detección.

En síntesis, la auditoría comprende la comprobación de la información que proporcionan los administradores está libre de inexactitudes y errores, si han podido ser cometidos fraudes por los administradores o directivos, si se han producido incumplimientos de obligaciones legales que deban ser consignados y permite valorar a continuidad de la entidad auditada a corto plazo, en interés no solo de los socios sino

⁴⁶¹ En este sentido, la STS de 9 de octubre de 2008

⁴⁶² *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales...* pág. 253.

⁴⁶³ *Ibid.*, pág. 255.

también del público en general. Por eso, la auditoría presupone el que al auditor emita su opinión sobre la fiabilidad que merecen las cuentas como reflejo de la imagen fiel de la sociedad, además de analizar la gestión llevada a cabo por los administradores y los riesgos que soporta la entidad auditada.

III.- EL STANDARD DE DILIGENCIA. *LEX ARTIS DEL AUDITOR DE CUENTAS*

Como señala Díaz Picazo, la teoría normativa de la diligencia nace en el ámbito penal como contraposición de las teorías psicológicas y se fundamenta en la observancia de específicos deberes jurídicos⁴⁶⁴. Desde el punto de vista de esta concepción normativa, resulta claro que el incumplimiento de las normas legales establecidas para la prevención de daños conlleva de forma automática la consideración de que la conducta es negligente, siempre y cuando el daño producido quede dentro del ámbito del fin de protección de la norma.

Los cometidos a los que están sujetos los auditores por Ley se han de llevar a cabo con diligencia⁴⁶⁵. La pregunta obligada entonces es qué es y cómo se determina la *lex artis* del auditor. Ninguna norma dicta cuál es el nivel exigible para concluir que un informe se ha emitido de acuerdo con la *lex artis*. Sin perjuicio de la inexistencia de una definición legal específica y aun cuando esta actividad de naturaleza técnica está sometida a unas reglas que están sometidas a constantes cambios, no se puede perder de vista la necesidad de acudir a las normas comunes y a la *lex artis* común. El legislador con carácter general exige a todo profesional que actúe con diligencia y conforme con las reglas de su profesión, como así se desprende de lo dispuesto en el art. 1104 Cc. Como señala Díez Picazo, la determinación de las fuentes de los deberes de diligencia de acuerdo con la teoría normativa exige tener en cuenta aquellas normas con rango de ley o reglamentarias que comprenden reglas de conducta con prohibiciones de creación de riesgos y cuya infracción es el

⁴⁶⁴ Díez Picazo, L., *Derecho de Daños....*, págs. 357 y ss. Cita este autor a Mir Puig y a Engisch por referencia del primero. Este autor puso en conexión la imprudencia con el injusto, de forma que establece en la imprudencia y en la negligencia un aspecto objetivo-normativo (infracción de objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico) y un aspecto individual (poder individual del autor de observar el cuidado objetivamente debido).

⁴⁶⁵ En el artículo 24 bis f) de la Directiva de auditoría introducido por la Directiva de 2014 se concretan los cometidos del auditor.

incumplimiento de un deber que fundamenta la creación de un peligro no permitido⁴⁶⁶. En el campo específico de la auditoría, se trata de una normativa muy compleja de alcance nacional e internacional, en la que no se regula la forma concreta de llevar a cabo la labor del auditor, por lo que es necesario extraer los criterios del conjunto de normas contables, societarias y de auditoría para extraer los parámetros que permitan evaluarla correctamente⁴⁶⁷. La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo se asienta en cimientos claramente casuísticos, por lo que tampoco permite llegar a una solución unívoca al respecto.

Si el primer parámetro claro es el sometimiento a la Ley, el segundo parámetro que no puede obviarse es el del “*buen padre de familia*”, ya que permite medir la diligencia del auditor de acuerdo con las reglas que disciplinen su arte o profesión en el marco de unas circunstancias concretas⁴⁶⁸. La auditoría es una disciplina muy técnica, de clara trascendencia pública, que tiene una finalidad de garantía a su vez de la legitimidad de las cuentas anuales, que a su vez, presentan una complejidad técnica en su elaboración, lo que nos sitúa ante una actividad que por su naturaleza exige un alto grado diligencia⁴⁶⁹.

Esto implica el que el auditor deba tener un alto grado de organización, planificar adecuadamente la forma en la que va a trabajar o llevar a cabo el encargo⁴⁷⁰ y adoptar cuantas medidas sean precisas para que la labor de análisis que va a llevar a cabo sea efectiva. Los procedimientos establecidos por el auditor se convertirán entonces en una forma de medir el nivel de diligencia del profesional. La revisión exigida por la praxis no implica volver a realizar la contabilidad, sino la aplicación de procedimientos acordes a una serie de directrices para llegar a la conclusión de que la contabilidad se ha sometido a la regulación legal aplicable a la entidad en cuestión⁴⁷¹. En definitiva, aunque ningún balance

⁴⁶⁶ Díez Picazo, L., *Derecho de Daños...*, pág. 359. Cita el autor a Claus Roxin, *Derecho Penal*, Madrid, 1997, vol. 1, pág. 1001. La concreción de si la infracción de normas constituye una negligencia exige determinar si el resultado dañoso se encuentra dentro del fin de protección de la norma.

⁴⁶⁷ El art. 2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas relaciona las normas a las que somete su aplicación. En este sentido, la STS de fecha 26 de octubre de 2012, RJ 2013/2271. La Norma 1.4 impone una obligación genérica de actuar con diligencia profesional y, posteriormente, incluye unas reglas de conducta. Igualmente, el considerando decimonoveno de la Directiva 2006/43 /CE establece que los auditores obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida. Los parámetros para medir la diligencia del auditor se apuntan en las STS de 14 de octubre de 2008 y de 15 de diciembre de 2010.

⁴⁶⁸ Gutiérrez Gilsanz, J., “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”...cit. pag. 784. Garreta Such, J.M., *La responsabilidad civil de los auditores...*, cit., págs. 152 y 172.

⁴⁶⁹ En este sentido, la STS de 5 de marzo de 2009.

⁴⁷⁰ Como explica la STS de 9 de octubre de 2008, la diligencia y pericia del auditor constituyen una regla de determinación de la exactitud del cumplimiento de la prestación por él debida y de forma paralela un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad.

⁴⁷¹ El ICAC establece los criterios de cuándo es adecuado realizar muestras y el tipo de muestreo que se ha de aplicar.

es exacto, y la aplicación de principios incluye márgenes de actuación, se debe determinar en términos totales, si la contabilidad se ha elaborado correctamente y, por tanto, si las cuentas anuales presentan una imagen fiel.

De lo expuesto resulta que el planteamiento correcto de la auditoría, el nivel de examen de la realidad de los hechos económicos, la solicitud de información por parte de los auditores a los responsables de la sociedad, la adopción de cautelas en el tratamiento de la información y la realización de comprobaciones suficientes permiten demostrar que han efectuado su trabajo de forma diligente.

Si en el desarrollo del trabajo le surgen dudas o incertidumbres de posibles riesgos relevantes el auditor debe mencionarlo en el informe⁴⁷². Esta afirmación se debe unir al hecho de que sin perjuicio de que se le exige un alto grado de previsión⁴⁷³, se debe tener en cuenta que esto no incluye la predicción de sucesos futuros, por lo que el nivel de diligencia no se puede medir en función de que los contenidos del informe se ajusten a los acontecimientos de la sociedad que se suceden a posteriori⁴⁷⁴. Solo se responde de lo previsible, de forma que lo imprevisible y el caso fortuito constituyen factores que en ningún caso se podrán atribuir al profesional.

Los criterios expuestos permiten obtener un modelo de conducta diligente que corresponde a un buen profesional de la auditoría⁴⁷⁵ y aunque no existen criterios ciertos para determinar qué es la *lex artis* o una *mala praxis*, los parámetros esbozados anteriormente permitirán operar con una mayor seguridad jurídica. En suma, es precisamente esta pericia y diligencia que se exige en la confección del desempeño de la labor de auditoría lo que permitirá calificar el informe resultante como una garantía de que los estados financieros no adolecen de inexactitudes significativas. La naturaleza garantista y profesional, así como el contenido técnico de la prestación de la auditoría explican el alto nivel de exigencia a estos profesionales que se desprende del marco legal aplicable⁴⁷⁶.

⁴⁷² En este sentido, NTA 1.5.3.

⁴⁷³ Gutiérrez Gilsanz, J., “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”....cit. pag. 788.

⁴⁷⁴ En este sentido, Díez Picazo, L., *Derecho de Daños....*, pág. 361.

⁴⁷⁵ STS de fecha 5 de marzo de 2009. En esta sentencia se afirma que el incumplimiento no nace de la omisión de la diligencia exigible a un deudor común, sino de la diligencia propia de su profesión, de la llamada *lex artis*.

⁴⁷⁶ STS de 9 de octubre de 2008.

IV.- CONCLUSIONES

Si bien la responsabilidad principal de facilitar la información financiera de la sociedad a través de las cuentas anuales corresponde a los órganos de gestión, la auditoría externa constituye una pieza fundamental de garantía de la veracidad de la información económica que contienen dichas cuentas. El informe de auditoría se proyecta en la imagen fiel de la situación económica de la sociedad, al entrar a evaluar si las cuentas anuales reflejan dicha imagen de forma certera. Los auditores se convierten así en garantes del funcionamiento correcto del mercado y de la protección de los intereses que en el mismo concurren, dado que se trata de una actividad que se erige en defensa del interés público. El auditor debe actuar de forma diligente de acuerdo con las normas que dictan la *lex artis* e, igualmente, de forma leal en el cumplimiento de su cometido.

CAPÍTULO IV

INCUMPLIMIENTOS GRAVES DE LOS DEBERES EXTRAPENALES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES Y DE LOS AUDITORES

Los administradores tienen que administrar la sociedad cumpliendo los deberes de gestión leal y diligente, que comprenden la emisión de una serie de documentos societarios en la forma prescrita por la Ley, llevar una contabilidad ordenada y formular las cuentas anuales⁴⁷⁸. La elaboración fraudulenta de las cuentas anuales supondrá la infracción de deberes extrapenales.

En nuestro país y fuera de nuestras fronteras se han tramitado múltiples procedimientos en relación con escándalos empresariales en los que se ha planteado la potencial responsabilidad penal de administradores que habían manipulado fraudulentamente la información económica reflejada en las cuentas anuales, de forma tan grave que las mismas de modo alguno reflejaban la imagen fiel de la sociedad, así como de auditores que habían emitido informes de dichas cuentas, en los que en algunos casos de forma intencionada no habían hecho constar la verdadera situación de dichas entidades. Muchos de estos asuntos están pendientes de tramitación, otros han llegado a sentencia en el orden civil y/o penal y en múltiples ocasiones simplemente no han alcanzado la vía judicial, por cuanto se han llegado a acuerdos transaccionales. Este elenco de casos se han multiplicado de forma meteórica y prueba de ello es cómo en los últimos años han sobrevenido un gran número de asuntos en los que concurren circunstancias fácticas de naturaleza y alcance similar.

En España, actualmente, las denominadas conductas de ingeniería financiera y manipulación contable se siguen asociando automáticamente al caso Banesto, sin duda, el

⁴⁷⁸ Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios.....”, cit. pág. 932.

primero de muchos de esta naturaleza y el que ha tenido mayor trascendencia a nivel de comentarios doctrinales⁴⁷⁹. Los hechos de este caso son notoriamente conocidos dentro de nuestras fronteras, por lo que únicamente daré unas breves pinceladas sobre los aspectos más relevantes que permiten entender la realidad que subyace a este caso. En 1987 Mario Conde se convierte en presidente y consejero delegado de esta entidad, cargo que ocupa hasta el año 1993, en el que se produce la intervención de la entidad bancaria que motiva su cese de ambos cargos. Tras la intervención de la entidad, se cifran las pérdidas en la suma de casi 3.800 millones de euros, aun cuando, posteriormente, la nueva administración de la entidad las cuantifica en el importe de 4.096 millones de euros⁴⁸⁰. La sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, analizó, entre otras muchas cuestiones, los déficits de provisiones detectados en la entidad desde el año 1992 en el marco del apartado denominado como "artificios contables" y consideró probado que: *"En el año 1992 la inspección del Banco de España, tras examen del balance y la cuenta de resultados, detectó que existía un déficit de provisiones de aproximadamente 104.000 millones de pesetas, de los cuales 52.898 millones correspondían a créditos de dudoso cobro"*.

La sentencia determina como hecho probado que por el Departamento de Auditoría interna del Banco se clasifican los créditos como morosos y dudosos y se fijan las necesidades de provisión, siendo responsabilidad del Departamento de Control la contabilización de las mismas: *"El sistema de contabilización de provisiones por razón de créditos morosos requería, parcialmente, el trabajo manual de personas que trabajaban adscritos al departamento de Auditoría interna del banco. En la Comisión para la provisión de Créditos morosos y dudosos se determinaban mensualmente los créditos de esta clase y las necesidades de provisión. Así determinadas, el Departamento de Control, adscrito a la Auditoría interna, tenía la responsabilidad de su contabilización"*.

Asimismo, se determina como hecho probado el inicio de un Plan de saneamiento para atender a las necesidades detectadas por el Banco de España: *"Conocidos por los correspondientes servicios del banco los déficit apreciados relativos al ejercicio 1992, se*

⁴⁷⁹ Entre otros, se pueden citar: Fernando Teruelo, J.G., "El caso del Banco Español de Crédito: Un "Banco de Pruebas" para la determinación del sentido de los delitos societarios", en La Ley, núm. 5614, 2002. Rodríguez Montañés, T., "Administración societaria fraudulenta y derecho penal (Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, "Caso Banesto")", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 9 (2002), págs. 255-295. Gómez Benítez, J.M., *Curso de derecho penal de los Negocios a través de casos*, edit. Colex, 2001.

⁴⁸⁰ Noceda, M.A. y De Barrón, I., "La caída de un banco que no sirvió de escarmiento", El País, 22 de diciembre de 2013, accesible en <http://economia.elpais.com>. El artículo describe los efectos de la crisis de los noventa en las entidades bancarias, que dio lugar a que entre 1986 y 1999 se cerraran 25 bancos, 27 cajas, 51 cooperativas y 222 entidades financieras.

inició por los administradores de Banesto un plan de actuaciones en ese año con la finalidad de atender a las necesidades de saneamiento establecidas por el Banco de España. Este plan fue aprobado por el Banco de España mediante escritos del 23 de noviembre y 14 de diciembre de 1992; aquel plan se hizo público en la memoria correspondiente a 1992. En el plan se contemplaba la creación de un Fondo de provisión de insolvencias, que quedaría constituido antes del 31 de diciembre de 1994, y que los beneficios netos que se generasen con la venta del Banco de Madrid se destinarían a dotar dicho fondo. En los escritos de aprobación del Plan, el Banco de España adujo falta de información sobre las relaciones de Banesto con el Grupo Oasis Internacional Group., y su representante Pedro P., exigiendo una provisión del 10% respecto de unos riesgos cuantificados en 19.860 millones de pesetas”.

Se hace referencia también en la sentencia al informe de auditoría externa refrendando las cuentas anuales y aprobación del Banco de España respecto a las actuaciones encaminadas para el saneamiento de la entidad: *“El 26 de abril de 1993 la entidad Price Waterhouse presentó su informe de auditoría relativo a las cuentas de 1992, en el que no se manifestaban reparos y se consideraba que las cuentas anuales reflejaban fielmente la imagen de la sociedad según los acuerdos obtenidos en el Plan de saneamiento de 1992. En el verano de 1993 se acordó una ampliación de capital en la que se suscribieron por los Consejeros que tenían capital en Banesto nuevas participaciones y en la que invirtieron la sociedad JP Morgan y el Fondo de Inversión Corsair. El folleto de la ampliación, en el que había colaborado la JP Morgan, se registró el 28 de junio de 1993 ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El Banco de España no planteó objeción a la ampliación de capital”.*

Y se deja constancia de la elaboración de un plan de saneamiento en el ejercicio 1993 (página 131 de la sentencia): *“Los servicios de Inspección del Banco de España, que supervisaban las cuentas del banco de modo continuado, determinaron que en junio de 1993 existían déficit de provisiones por créditos morosos, algunos de los cuales habían sido renovados y no considerados de dudoso cobro, indebidamente a juicio de los inspectores del Banco de España”.*

En relación con el apartado de los artificios contables, el broche que pone la sentencia de la Audiencia Nacional es determinante, al afirmar de forma taxativa: *“No quedó acreditado que persona alguna de las encargadas en el Banco de la contabilización*

recibiera instrucción de alguno de los acusados sobre la contabilización de operaciones particulares o las provisiones a realizar por razón de créditos de dudoso cobro”.

Posteriormente, el pronunciamiento de la STS de fecha 6 de Julio de 2002, en base a los referidos hechos, condena al Presidente y Consejero Delegado de la entidad por su participación en los llamados "artificios contables", teniendo en cuenta que: *"Desde una perspectiva de la determinación de la autoría por el dominio funcional del hecho, no existe duda que **estos dos acusados, tuvieron una participación directa en la confección de las falsedades contables**, sin perjuicio de que se materializasen en personas distintas. Un Presidente y un Consejero Delegado de una entidad financiera, asumen una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales, lo que les convierte en autores de las alteraciones falsarias. No puede llegarse a la misma conclusión respecto de las demás personas a las que el Ministerio Fiscal imputaba los denominados artificios contables."*

Con motivo de los hechos referidos a este asunto, en agosto de 2001 la prensa se hace eco de que la Asociación de Defensa del Accionista (ADA) ha interpuesto una querrela ante la Audiencia Nacional contra la entidad auditora y su socio, auditor con motivo del informe de auditoría de las cuentas del año 1993, que permitió llevar a cabo una ampliación de capital de aproximadamente 90.000 millones de euros, meses antes de la intervención efectuada por el Banco de España. En marzo de 2002, la Audiencia Nacional decretó el archivo de la querrela contra la firma auditora y su socio director.

No cabe duda de que este asunto representa un caso paradigmático de responsabilidad penal de administradores en el escenario del sistema financiero español de los años noventa, que tuvo su cierre formal con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002, dictada, precisamente, apenas unos meses después de que se declarara la quiebra de la entidad Enron, como así puntualiza el Alto Tribunal en su sentencia para hacer referencia a los efectos devastadores que desencadenan las conductas de fraude contable.

Estas circunstancias permiten introducir la visión desde España del panorama que da apertura al siglo XXI, con la sucesión de una serie de casos de ingeniería financiera y elaboración fraudulenta de cuentas anuales de gran trascendencia, que tuvieron su origen en Estados Unidos y en Europa, de tal envergadura que afectaron a las distintas economías

nacionales e incluso tuvieron repercusión a nivel mundial⁴⁸¹. Entre estos casos se pueden destacar a título meramente ejemplificativo en Estados Unidos los afamados casos *Enron*, *Global Crossing*, *Worldcom*, en Italia el caso *Parmalat*, en Francia el caso *Vivendi*, en Alemania el caso *Flowtex*, como muestras que permiten entender la gravedad que pueden alcanzar conductas fraudulentas de esta índole.

De todos los asuntos que se han tramitado se pueden obtener importantes “bancos de pruebas” y supuestos prácticos del alcance de las conductas fraudulentas llevadas a cabo por administradores y auditores. No es posible en este trabajo describir todos los casos, ni tampoco aportar todas las cuestiones de hecho relativas a lo ocurrido en los asuntos indicados, pero sí que se puede hacer una descripción sucinta del caso quizás más paradigmático de este tipo de conductas como fue el caso Enron, el primero de muchos casos que tuvo una especial repercusión mundial y generó una notable literatura a través de un sinnúmero de escritos, informes de organismos estadounidenses e internacionales, por lo que constituye un claro ejemplo de la trascendencia de las conductas fraudulentas de manipulación de cuentas anuales pueden tener para la sociedad, socios y terceros, y en definitiva, para el mercado en su conjunto.

Enron era una entidad que se creó en 1986 tras la fusión de dos entidades productoras y transportistas de gas (Houston Natural Gas and Internoth), por lo que llegó a tener la mayor red de gaseoductos en Estados Unidos, pero la desregulación del transporte de energía en el país a finales de los ochenta y la llegada de un nuevo consejero delegado de la filial financiera supusieron un giro en su actividad, pues dicho consejero delegado se propuso que se convirtiera en una entidad especializada en proporcionar sofisticados servicios de gestión de riesgo asociados a la energía⁴⁸², es decir a la comercialización al por mayor de la energía⁴⁸³. La entidad contaba con un Consejo de Administración de quince miembros, muchos de los cuales tenían más de veinte años de experiencia en dicho Consejo

⁴⁸¹ Flores, C., “New trends of auditor liability”, *European Business Organization Law Review* (E.B.O.R.), 2011, 12(3), págs. 415-436. Como señala el autor: “Among all bankruptcies, that of the global investment bank Lehman Brothers on September 2008 stood out not only for being the largest in the US history, but also because it would be a source of important revelations about the participation of its auditors”.

⁴⁸² Los datos de este caso han sido extraídos principalmente de Benston, G. J. y Hartgraves, Al L., “Enron: what happened and what we can learn from it”, *Journal of Accounting and Public Policy* 21 (2002), págs. 105-127 y De la Torre, I., *Ingeniería Financiera*, edit. Ildeditorial.com, capítulo 7, punto 4.

⁴⁸³ Olcense Santoja, A., *Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo*, edit. Marcial Pons, 2005, pág. 241.

o en los de sus predecesoras y dentro del Consejo existía un Comité de Auditoría y Cumplimiento que revisaba la contabilidad de Enron y los programas de cumplimiento⁴⁸⁴.

Los factores de riesgo que concurrieron en esta situación fueron múltiples. La empresa suscribía constantemente contratos de derivados que requerían preservar una buena calificación por parte de las agencias, que a su vez exigían a la entidad evitar niveles de deuda altos. La diversificación de servicios generaba la aparición de pérdidas que debían ser ocultadas⁴⁸⁵. Existía una clara vinculación con la firma auditora que cobraba sumas millonarias por los servicios de consultoría equivalentes a los servicios de auditoría y emitía informes favorables en los que afirmaba que las cuentas representaban fielmente la imagen de la entidad⁴⁸⁶. Los conflictos de interés existentes con bancos de inversión, que recomendaban a Enron a cambio de altas comisiones eran evidentes⁴⁸⁷. La valoración de contratos de derivados no cotizados se efectuaba de acuerdo con criterios ciertamente subjetivos. La retribución del equipo directivo ascendía a cantidades millonarias de acuerdo con parámetros variables sujetos al valor de la acción.

Enron utilizó de forma recurrente un esquema por el que tenía cantidades relevantes de deuda fuera del balance de situación a través de sociedades de vehículo de inversión (denominadas *Special Purposes Entities* cuyos activos y pasivos quedaban fuera del balance), de forma que aislaba el riesgo de cada actividad y no afectaba a la inversión dirigida a financiar dicha actividad. Enron procedió a desconsolidar sus filiales a través de SPV a las que transfería activos⁴⁸⁸. Enron utilizó tres sociedades desconsolidadas del

⁴⁸⁴ Informe sobre “The Role of the Board of Directors in Enron’s Collapse”, preparado por el *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate*, 2002, págs. 8 y 9.

⁴⁸⁵ Informe sobre “The Role of the Board of Directors in Enron’s Collapse...”, pág. 21. En este Informe se menciona también otro informe llevado a cabo sobre el asunto Enron (pág. 4): “*Report on Investigation by the Special Investigative Committee of the Board of Directors of Enron Corporation*”, pág. 4 y se afirma también cómo se incumplieron principios básicos de contabilidad (pág. 21): “*The Powers Report also criticized Enron actions to “conceal from the market very large losses resulting from Enron’s merchant investments” and to “circumvent accounting principles” through the use of complex transactions “that lacked fundamental economic substance”.*”

⁴⁸⁶ Feinman, J.M., “Liability of accountants for negligent auditing: doctrine, policy and ideology” en www.ssrn.com, 2003, pág. 17.

⁴⁸⁷ Olcese Santoja, A., *Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo*, cit. pág. 246.

⁴⁸⁸ Benston, G. J. y Hartgraves, Al L., “Enron: what happened and what we can learn from it”, *Journal of Accounting and Public Policy* 21 (2002), págs. 107. Explica el autor que: “The transaction involving SPE at Enron, and the related accounting issues are, indeed, very complex”. El informe sobre “The Role of the Board of Directors in Enron’s Collapse”, preparado por el *Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate*, 2002, pág 13 explica el conocimiento de los miembros del Consejo de las prácticas contables irregulares: “*Enron’s high-risk accounting practices were not hidden from the Board. The Board knew of them and took no action to prevent Enron from using them....Enron’s extensive off-the-books activity was not only well known to the Board, but was*

balance de situación y con sede en las Islas Caimán para adquirir activos a Enron mediante préstamos bancarios avalados por ella misma. La deuda que emitían las SPV se garantizaba con sus propios activos y por Enron, pero al calificarse la deuda de Enron como basura se procedió a la reconsolidación de las SPV por importe de 4.000 millones. Se trataba de prácticas contables que los expertos denominaban como “*high risk accounting practices*”.

La entidad auditora Andersen con conocimiento pleno de estas prácticas contables arriesgadas en ningún momento puso ninguna objeción a ninguna transacción particular o práctica contable de Enron y todos los años emitió informes favorables y sin reservas⁴⁸⁹. En el año 2000 la acción había subido mucho y el equipo directivo se asignó fuertes retribuciones, pero en el año 2001 comenzó una fuerte bajada del precio de la acción⁴⁹⁰. El resultado de todas estas prácticas dio lugar a que el diciembre de 2001 Enron, la séptima entidad cotizada estadounidense fuera declarada en quiebra, desencadenando sus efectos inmediatos en Wall Street, miles de empleados fueron despedidos, los inversores vieron como sus inversiones desaparecieron y miles de entidades a nivel internacional se constituyeron como acreedoras de Enron. El CEO de la entidad reconoció haberse apropiado de sumas millonarias. Los auditores de Arthur Andersen, tras desaparecer esta entidad auditora, fueron absueltos por el Tribunal Supremo que declaró nula su condena por defectos procesales⁴⁹¹. Existían importantes conflictos de interés con bancos de inversión como JPMorgan y Citigroup con los que llegaron a acuerdos indemnizatorios para saldar sus responsabilidades por ayudar a estructurar operaciones para reducir el nivel de deuda del balance, mientras que los analistas recomendaban la compra de acciones de Enron. En el juicio contra altos directivos de la compañía estos se defendieron aduciendo que los

made possible by Board resolutions authorizing new unconsolidated entities, Enron preferred shares, and Enron stock collateral was made featured in many of the off-the-books deals”.

⁴⁸⁹ Bratton, W. W., “Rules, principles and the accounting crisis in the United States”, E.B.O.R. 2004, 5 (1), págs. 7-36. Indica el autor que: “*El desastre de ENRON no fue provocado por el dictado de las normas, sino por la corrupción de los administradores de ENRON y los perversos incentivos financieros que inclinaron a sus auditores hacia la cooperación*”.

⁴⁹⁰ Bratton, W.W., “Rules, principles....”, cit. págs. 7-36. Introduce el autor el artículo con las siguientes menciones: “*American equityholders awoke in 2002 to realize they no longer could trust corporate financial reports*”. La conclusión a la que llega parte de la doctrina estadounidense es que: “*Contrary to the conventional wisdom, then, the central problem at Enron lay not with the rules themselves but with the company’s failure to follow them. The Enron disaster stemmed not from the rules’ structural shortcomings but from the corruption of Enron’s managers and perverse financial incentives that inclined its auditors towards cooperation*”.

⁴⁹¹ Benston, G. J. y Hartgraves, Al L., “Enron: what happened and what we can learn from it”, Journal of Accounting and Public Policy 21 (2002), págs. 126-127. En relación con las irregularidades detectadas en la auditoría de cuentas se establece por los autores que: “*We also believe that the UK GGAAP which requires auditors to report a “true and fair view” of an enterprises’ financial condition is preferable to the highly specified US model*”. Indican también la importancia de que los auditores planteen la auditoría con cierto escepticismo, postura que no se adoptó en el caso Enron como se significa en los siguientes términos: “*The most important lesson with respect to GAAS is that Andersen’s partners and staff do not appear to have exercised the requisite excepticism that auditors should adopt*”.

problemas de Enron derivaron de la situación económica de los mercados en los años 2001. El resultado fue que el director financiero se autoincurpó de los cargos de fraude, que dieron lugar a una condena pactada de diez años de cárcel, el expresidente fue condenado a cuarenta y cinco años de cárcel y el consejero delegado a veinticuatro años de cárcel. Todos ellos habían obtenido sumas millonarias de la venta de opciones sobre acciones. Varios directivos intermedios de la compañía fueron absueltos por el jurado al no alcanzar a comprender las complejas transacciones financieras y contables que denunció la Fiscalía.

Las prácticas fraudulentas acometidas en esta entidad unidas a los fraudes llevados a cabo desviando la información de los cauces regulares que podrían permitir conocer a los inversores y al mercado las conductas llevadas a cabo por los administradores constituyen el tándem básico para localizar una conducta de manipulación de cuentas anuales. Adam Smith en su obra de la Riqueza de las Naciones⁴⁹² afirmaba que: *“El comerciante especulador no cultiva un quehacer normal, establecido y bien conocido”*.

La lección extraída de Enron es que todas las actuaciones fraudulentas llevadas a cabo en la entidad (inflar beneficios y los ingresos contabilizando como ganancias contratos que podían llevar años en cumplirse, librarse de deuda trasladándola a sociedades fuera de balance, manipular los resultados, evitar los impuestos o minimizarlos a través de negocios que quedan fuera de balance como la utilización de sociedades instrumentales) se repitieron de forma recurrente en otros casos nombrados a nivel internacional y todos ellos fueron posibles porque se trasladó al mercado información financiera distorsionada, a través de la cual se hizo creer a los inversores que la situación de la entidad era solvente y confiaron en que estaba operando correctamente⁴⁹³, pero como se puede apreciar de la breve descripción efectuada del caso, se debe contar con otras muchas circunstancias que pueden concurrir al tiempo que se acometen graves conductas de manipulación de las cuentas y que de algún modo las motivan o propician, como son decisiones políticas y concretamente regulatorias.

Es posible encontrar parámetros comunes que permiten identificar conductas de manipulación de las cuentas anuales que desembocan en una completa manipulación de la

⁴⁹² Smith, A. *La riqueza de las naciones*, cit. pág. 171.

⁴⁹³ Benston, G. J. y Hartgraves, Al L., “Enron: what happened and what we can learn from it”, *Journal of Accounting and Public Policy* 21 (2002), pág. 55: *“...We illustrate how Enron was condemned because of its purely speculative objectives. Enron was the illustration of the very type of companies striving within the abstract and the unnecessary and betting on speculation and astuteness to make rapid profits. Investors and even analysts were scrambled and did not see the company bankruptcy coming. It is because they trust numbers and did not realize the rhetoric employed by Enron executive managers in their discourses, which had contributed to mistify the company results and representation and to displace attention from its unwise strategic choices”*.

información relativa a la situación económica y financiera de la sociedad. Son múltiples los motivos que pueden llevar a los administradores a manipular la información societaria.

Es incuestionable que los mecanismos de control fallaron en esta sociedad estadounidense y en particular la cultura del *corporate governance* resultó estrepitosamente desastrosa en esta sociedad. En particular, el caso Enron mostró al mundo las insuficiencias del sistema de auditoría e hizo surgir de manera apremiante la necesidad de adoptar medidas legislativas para alcanzar un control efectivo y una mejor actuación de los auditores. Este escándalo empresarial con trascendencia a nivel mundial saltó, como se explicó anteriormente, en Estados Unidos, país probablemente que tiene la normativa y técnicas más avanzadas en materia de auditoría y dio lugar a que en 2002 se aprobara en USA la Ley Sarbanes-Oxley para intentar erradicar los grandes escándalos financieros desde la perspectiva de que el gobierno de las sociedades cotizadas tiene que ser objeto de regulación imperativa.

Con independencia de que puede tratarse de una cuestión sociológica, es importante señalar que la falta de ética y profesionalidad de los agentes que intervienen en la gestión de la empresa, en el proceso contable y en la posterior elaboración de las cuentas anuales, puede ser la razón más básica y el primer peldaño del complejo problema al que nos enfrentamos no solo a nivel nacional sino también internacional⁴⁹⁴.

El segundo peldaño vendría constituido por los cambios que se producen en el entorno general externo a la entidad que engloba el sistema legal, el fiscal, los factores políticos, los económicos, los socioculturales propios de cada país (en el caso Enron se aprecia el cambio regulatorio en el sector y la burbuja bursátil provocada en los años noventa por las empresas tecnológicas)⁴⁹⁵. La aprobación de nuevas normativas, las situaciones de insolvencia, la situación de la economía, las épocas de recesión, las dificultades económicas propias de las empresas y en el entorno en general dan lugar a conductas de huida hacia delante, por las que se pretende captar inversores, financiación, ocultar distracciones de fondos de la entidad, disminuir el pago de impuestos, mantener una remuneración que no es acorde al estado y solvencia de la entidad, todo ello a través de prácticas de manipulación contable. En el extremo contrario estaría un contexto de

⁴⁹⁴ Kant, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit. pág.101. Respecto de la ética, como expone Kant, hay que contar con que las obligaciones de esta índole ética no pueden ser sometidas a la legislación externa porque por su naturaleza están dirigidas a un fin, el cuya prosecución no puede imponer una legislación externa, ya que se trata de un acto interno del ánimo.

⁴⁹⁵ Olcense Santoja, A., *Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo*, cit. pág. 261.

ganancias exageradas que invita a la fácil desviación de dinero a cuentas particulares. En el mismo nivel, la introducción de cambios en la normativa contable en particular y en la societaria, administrativa y penal en general, puedan favorecer la creatividad contable por las lagunas interpretativas que genera la aplicación de nuevas normas⁴⁹⁶.

El tercer peldaño podría venir constituido por el sector en el que se integra la entidad, que puede predeterminar los usos y la ética asumida a nivel colectivo en el ejercicio de la actividad empresarial, así como fluctuaciones en la competencia que vengan determinadas por el nivel de crecimiento, la rentabilidad y el tipo de agentes que operan en el mismo. En este contexto pueden acometerse este tipo de conductas para obtener ventajas directas para la Sociedad, como son la concesión de préstamos o el mantenimiento de líneas de crédito por las entidades de crédito, la captación y el mantenimiento de inversores, así como el mantenimiento de una imagen de la empresa en el marco del sector concreto y en general del mercado, que genere confianza en el desarrollo de su actividad⁴⁹⁷. En otros casos, el objetivo puede establecerse en beneficiar directamente a los accionistas por medio de una sobrevaloración de la sociedad que no atiende a parámetros reales⁴⁹⁸. El incentivo para proporcionar información financiera que no responda al principio de imagen fiel también puede existir cuando se tienen que cumplir objetivos financieros, de ventas o de rentabilidad que por cualquier motivo no se pueden alcanzar⁴⁹⁹. La finalidad perseguida puede ser igualmente el engañar a la Hacienda Pública con el fin de disminuir la carga fiscal⁵⁰⁰.

En el último peldaño se encontraría el entorno específico de la entidad en cuestión, que se refieren al propio negocio de la empresa y el riesgo de las actividades que desempeña⁵⁰¹, su dimensión, cultura, establecimiento de controles y programas de

⁴⁹⁶ Olcese Santoja, A., *Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo*, cit. pág. 273. En el caso Enron resalta el autor cómo con una regulación claramente detallada y sin margen de interpretación para el regulador han demostrado ser un fracaso para investigar la realidad de los negocios

⁴⁹⁷ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales de Auditoría y Control de Calidad*, 2011, pág. 301. La naturaleza del sector o el tipo de operaciones que se efectúan en el marco del mismo pueden facilitar la distribución de información financiera distorsionada.

⁴⁹⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”, cit. pág. 890. Menciona el autor que los administradores pueden querer favorecer a sus accionistas haciendo que el valor de la empresa aumente por vías irregulares, como la realización contable, no patrimonial, de la creación de valor.

⁴⁹⁹ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Creación de valor, interés social...”, cit. pág. 890. El autor subraya que son especialmente graves “*las prácticas de revalorización puramente contable del patrimonio de la sociedad o de ocultación de las pérdidas o pasivos por medio de su atribución a sociedades que no están incluidas en los estados consolidados y que, en no pocas ocasiones, han sido expresamente constituidas a propósito*”.

⁵⁰⁰ Uría González, R., *La información del accionista en el Derecho Español...*cit. pág. 101.

⁵⁰¹ Smith, A., *La riqueza de las naciones*, cit. pág. 167. Smith establece que: “*las bancarrotas son más frecuentes en actividades más peligrosas*”.

compliance, carácter de multinacional, resultados, perfil de los gestores, objetivos empresariales, políticas de captación de personal y tipos de remuneración.

Al margen de todas estas circunstancias, los administradores pueden tener intereses financieros particulares significativos en la entidad y en estos casos, la manipulación puede obedecer a fines de obtención de ventajas remuneratorias particulares. La retribución sujeta a resultados, en forma de primas, opciones sobre acciones y contratos con cláusulas ligadas a los resultados, cotización, situación financiera o flujos de efectivo, la prestación de garantías personales con respecto a deudas de la entidad. En estos casos los administradores pueden tener incentivos para ofrecer información que muestre un beneficio superior al que corresponde a la realidad⁵⁰². El administrador puede tener, asimismo, intereses personales en mostrar una buena imagen de la sociedad en el mercado para optar a negocios personales a título particular o a través de sociedades, que resulten perjudiciales para la sociedad, socios y terceros. Los administradores pueden también manipular los resultados para engañar a los usuarios de los estados financieros, trasladándoles una imagen distorsionada de los resultados y de la rentabilidad de la entidad⁵⁰³. En casos extremos, los administradores pueden intentar ocultar a través de la distorsión de la imagen fiel de la situación económica de la sociedad, apropiaciones indebidas, distracciones de dinero u otros bienes sociales, así como el uso desviado de activos sociales.

En estas situaciones fallan los mecanismos de garantía con los que debe contar la sociedad, puesto que los interesados reciben una información distorsionada de la situación económica de la sociedad, no tienen acceso a la imagen fiel de la misma y no existe la transparencia que exige el conocimiento de las operaciones relevantes que lleva a cabo la sociedad. No se puede conocer a qué razones obedece el mayor valor y resultados que exhibe la sociedad ante el público. El mercado recibe entonces una imagen adulterada y todo el mecanismo de funcionamiento de dicho mercado en el que participan las empresas en competencia y de acuerdo con unas reglas comunes se desdibuja.

El resultado de estas conductas delictivas da lugar a una realidad o escenario singular en el seno de la sociedad que se traduce en indicios de conductas delictivas que pueden indicar que las transacciones significativas y extraordinarias se han realizado con el fin de engañar a través de la información financiera fraudulenta⁵⁰⁴. Entre estas

⁵⁰² Sánchez-Calero Guilarte, J., "Creación de valor, interés social...", cit. pág. 892.

⁵⁰³ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales de Auditoría y Control de Calidad*, 2011, pág. 269.

⁵⁰⁴ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales...* cit. pág. 289.

circunstancias se pueden enumerar las transacciones excesivamente complejas en las que participan varias entidades de un grupo consolidado o múltiples terceros no vinculados, transacciones en las que participan partes vinculadas no consolidadas. La elección de una política contable que no se ajusta a la actividad de la entidad. La autorización de transacciones que son extrañas a la actividad de la entidad. Una fuerte presencia financiera o de dominio de un determinado sector de la industria que permite a la entidad imponer condiciones a los proveedores o a los clientes. La existencia de activos, pasivos, ingresos o gastos basados en estimaciones significativas realizadas a través de juicios subjetivos. La realización de operaciones significativas transfronterizas o realizadas en el extranjero. La utilización de intermediarios. La realización de operaciones de una sociedad dependiente o de una sucursal en jurisdicciones que sean paraísos fiscales. En particular, cuando la manipulación de la información societaria está unida a la apropiación indebida de bienes, se producen movimientos de grandes cantidades de efectivo y de caja. Existen mecanismos inadecuados en la entidad relativos al sistema de supervisión de gastos de la alta dirección, a los procesos de selección de personal para puestos con acceso a activos, a los sistemas de registro en relación con los activos y en particular con las existencias objeto de la actividad, a los sistemas de autorización y aprobación de compras, a las medidas de salvaguarda física del efectivo y de las inversiones.

En relación con la formalización de transacciones⁵⁰⁵, se suele apreciar que estas conductas por las que se refleja información de forma fraudulenta en las cuentas anuales van acompañadas de la ausencia de documentación sobre las transacciones (abonos por devolución de mercancías, transacciones no registradas adecuadamente por importe, periodo contable, clasificación o política de la entidad, saldos sin justificación documental o autorización y ajustes que afectan significativamente a los resultados) y la alteración de documentos relevantes, falta de originales y disposición de meras fotocopias, partidas de conciliación significativas no explicadas, cambios inusuales en el balance de situación, o cambios en las tendencias o en ratios o relaciones importantes de los estados financieros, número elevado de abonos y otros ajustes realizados en los registros de las cuentas a cobrar, diferencias sin justificar o inadecuadamente justificadas entre el libro auxiliar de cuentas a cobrar y la cuenta de control, o entre los estados de cuenta de los clientes y el libro auxiliar de cuentas a cobrar, ausencia de cheques cancelados, desaparición de existencias o de activos físicos de magnitud significativa, falta de registro informático, bases de datos y sistemas de registro inadecuados.

⁵⁰⁵ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales* cit. pág. 315.

En España se siguen sucediendo la apertura de casos de esta índole, que se suman a los ya pendientes de tramitación que fueron abiertos en la primera década del siglo, como los casos de Forum Filatélico, Gescartera, Viajes Marsans, Gowex, Pescanova, y todos los referidos a entidades financieras como Bankia, CAM, Caja Castilla La Mancha, Cajasur, Unnim, Catalunya Caixa, Novagalicia Banco, Banco de Valencia, que han causado un desconcierto generalizado. Si existe un termómetro idóneo que permite entender la verdadera problemática que plantea la adulteración de la información societaria contenida en las cuentas anuales, este es el conjunto de casos analizados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los que se han ido perfilando los puntos conflictivos que presenta la aplicación del art. 290 CP. De su análisis se pueden extraer interrogantes recurrentes a los que se ha enfrentado la jurisprudencia española, cuya respuesta exige la concreción de la estructura del tipo del art. 290 CP:

1.- La necesidad de protección penal y la dificultad de delimitación del bien jurídico que debe ser objeto de protección en supuestos de manipulación fraudulenta de las cuentas anuales. La jurisprudencia española se ha pronunciado en diversas ocasiones y en casos de gran envergadura sobre el alcance del bien jurídico protegido, cuestión que ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios. A título de ejemplo se puede mencionar la sentencia de fecha 29 de julio de 2002 del denominado caso Banesto en cuyo fundamento noveno el Tribunal Supremo defendió la naturaleza falsaria de este delito en los siguientes términos: *“No podemos compartir las tesis expuestas por la sentencia recurrida, en orden a la inexistencia de una falsedad en documento mercantil, ni a la naturaleza del falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos societarios”*. Este y otros pronunciamientos posteriores han dado lugar a una doctrina jurisprudencial fluctuante que se ha unido a tesis doctrinales en las que se ha planteado si el bien jurídico del tipo del art. 290 CP era la fé pública, la veracidad de la información societaria, los derechos de información de los sujetos interesados, el deber extrapenal que asumen los administradores, el patrimonio o el orden socioeconómico en su conjunto.

2.- En el caso Enron se explica de forma muy gráfica el número relevante de personas que de una forma u otra contribuyeron, conocieron y participaron en las prácticas contables denominadas como de alto riesgo que llevaron a la sociedad a una situación económica crítica, en las que intervinieron el departamento financiero, altos directivos de la entidad y, en particular, el director financiero, el consejero delegado, el Consejo de Administración en su totalidad, con conocimiento de los auditores pertenecientes a una firma auditora de renombre internacional en el sector, de entidades financieras y en

particular, de bancos de inversión y en el seno de los mismos, de analistas y responsables. En el caso Banesto también se puede advertir el número de imputados respecto de los que se valoró su posible intervención en los hechos catalogados como ingeniería financiera.

En casos de esta índole, la jurisprudencia española ha entrado a plantear en múltiples asuntos cuál es la posible responsabilidad penal que pueden asumir estos sujetos en el marco del tipo correspondiente del art. 290 CP en conjunción con las normas de autoría y participación establecidas en nuestro Código Penal.

En concreto, en estos complejos y enmarañados cúmulos de intervenciones cruzadas en el marco de macroprocesos, pero también en procesos de menor entidad, la sala segunda del TS ha tenido que entrar a dirimir quienes son aquellos que verdaderamente deben responder de los hechos delictivos ocurridos en el seno de la entidad.

En la sentencia de 29 de julio de 2002 del caso Banesto se afirma en el relato de hechos probados que no ha quedado acreditado que persona alguna de las encargadas de la contabilidad del Banco recibiera instrucción alguna de los acusados sobre la anotación de operaciones particulares o las provisiones a realizar por razón de créditos de dudoso cobro, pero posteriormente se determina la autoría del Presidente y del Consejo de Administración de la entidad financiera en los siguientes términos: *“Desde una perspectiva de la determinación de la autoría por el dominio funcional del hecho, no existe duda que estos acusados tuvieron una participación directa en la confección de las falsedades contables, sin perjuicio de que se materializasen por personas distintas. Un Presidente y un Consejero Delegado de una entidad financiera, asumen una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales, lo que les convierte en autores de las alteraciones falsarias. No puede llegarse a la misma conclusión respecto de las demás personas a las que el Ministerio Fiscal imputaba los denominados artificios contables”*.

Esta sentencia del Alto Tribunal encierra una diversidad de interrogantes desde el punto de vista de la autoría, que bajo mi punto de vista solo pueden obtener una respuesta adecuada adentrándose en la redacción del tipo para determinar a qué estructura responde y ello desde la perspectiva que se plantea esta tesis, de que existe la posibilidad de que al margen de los delitos de dominio, existan otros delitos que responden a una configuración diversa como son los delitos de infracción de deber. Del mismo modo, sobre este aspecto relativo a la autoría se pueden considerar otras cuestiones colaterales como si es tan solo el administrador de derecho el que se erige formalmente de acuerdo con la Ley societaria con

su firma en protector y responsable de las cuentas anuales formuladas o si por el contrario, puede considerarse también responsable penal el administrador de hecho que contempla el tipo en su dicción literal.

3.- La problemática respecto del alcance de la figura del administrador de hecho en el tipo del art. 290 CP es planteada por la doctrina jurisprudencial, siendo ejemplo de ello la STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034: *“quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa”* y *“adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales”*.

4.- De otro lado, también la jurisprudencia penal ha entrado a examinar supuestos referidos a conductas de los administradores que son miembros del Consejo de Administración respecto de otros consejeros que actúan fraudulentamente. En este sentido, la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ\2010\4482, viene a concluir que los miembros del Consejo de Administración no tienen una posición de garante respecto de otros miembros del Consejo de Administración. La conclusión final a la que se llega en la sentencia es que: *“No existía pues, posición de garante, ya que los recurrentes no tenían la obligación de vigilar la actividad de los demás miembros del Consejo de Administración en la ejecución de las actividades propias del giro de la sociedad hasta el extremo de comprobar que no aprovechaban su cargo para cometer alguna acción delictiva.*

5.- La STS referida al caso Banesto se adentra también en una problemática referida a la potencial participación de un sujeto no obligado especial (*extraneus*) en un delito especial, de forma conjunta con una incógnita que se presenta de mayor calado como es si el auditor puede ser sujeto activo del delito. Con alusión al caso Enron como muestra de la plena conciencia de la relevancia que pueden alcanzar estas conductas delictivas, se afirma así en la STS de 29 de julio de 2002: *“Por último, quisiéramos hacer referencia a que, si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falsos”*.

Es indudable que en prácticamente todos los casos que han llegado a asuntos judiciales notoriamente conocidos en España, los auditores miembros de firmas auditoras líderes a nivel mundial en el sector de la auditoría han resultado imputados (a título de ejemplo, Forum Filatélico, Gowex, Pescanova, Viajes Marsans), mientras que por ejemplo en el caso Gescartera comparecieron como meros testigos. Como se ha explicado en el capítulo tercero, la figura del auditor se encuentra inmersa en el proceso de elaboración de cuentas anuales y sus deberes se erigen como una garantía de protección de la imagen fiel de la compañía. La Sala Segunda del Tribunal Supremo muestra de forma clara su postura de considerar posibles responsables penales a estos profesionales, de acuerdo a su posición preeminente en el marco del proceso de elaboración de las cuentas anuales, que les obliga a convertirse en guardianes de su legalidad, en garantes penales, que desde su posición deben actuar en todo momento y no pueden mantenerse pasivos ante posibles conductas de adulteración de las cuentas anuales. Sin perjuicio de lo cual, las condenas en la vía penal a estos profesionales no se han materializado en ninguna resolución, tras años de imputación y con el pesar de haber sido objeto durante años de procesos penales de compleja instrucción, enjuiciamiento e impugnación, inconvenientes que son finalmente compensados con sentencias absolutorias. Es preciso entonces concretar si de *lege lata* se puede afirmar que responden como partícipes porque ostentan una posición de garantes en el proceso de elaboración de las cuentas, si esta posición permite equiparar su conducta por acción y por omisión y si de *lege ferenda* sería recomendable introducir una modificación en el Código Penal que contemplara al auditor como sujeto activo de un delito específico de manipulación del informe de auditoría que no represente una opinión técnica cabal y acorde a la Ley.

6.- En la misma línea argumental surge el interrogante de si dentro de los *extraneus* que podrían considerarse partícipes de este delito se deberían considerar los directivos de la entidad y en particular, en lo que a la materia de esta tesis se refiere, los directores responsables de los departamentos en los que se confeccionara la contabilidad y se procede a la elaboración de las cuentas anuales. También la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha entrado a calibrar la intervención del director financiero de la entidad en la confección de unas cuentas anuales que resultan ser fraudulentas y ejemplo de ello es la sentencia de fecha 18 de marzo de 2014, nº 211/2014, en la que se valora la conducta del director financiero que ha alterado las cuentas anuales con carácter grave: “*sería necesario el examen de otros aspectos relativos al tipo. Entre ellos, al menos las funciones concretas del acusado en la sociedad y que el tipo exige que el autor sea el administrador de hecho o de derecho; en su*

caso, considerar su responsabilidad al confeccionar un documento que luego el administrador asume y entrega al Consejo de Administración”.

7.- La siguiente cuestión que se debe valorar es cuál es la pena que debería imponerse al *extraneus* que participa en el delito especial, pregunta que sí ha venido obteniendo respuesta a través de una jurisprudencia sentada en relación con diversos delitos especiales con apoyo en lo dispuesto en el art. 65.3 CP, cuyos fundamentos es interesante analizar en relación con las conclusiones a las que se llegue respecto de la estructura del delito. La jurisprudencia también se ha referido a esta cuestión de forma expresa, como así consta en la STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034 en la que se argumenta que: “...*el quebrantamiento de los deberes de lealtad que vertebran el tipo penal del art. 290 CP los ejecutó el administrador de derecho --el intraneus --, el actual recurrente coadyuvó eficazmente en la realización de la actividad como un extraneus , que por ello, debe responder con la pena atenuada prevista en el art. 65-3º CP, con lo que se da una respuesta proporcionada a la distinta situación de Epifanio --administrador de derecho-- y de Celso -- extraneus que colabora eficazmente en el delito de infracción del deber junto con el autor propio del delito... ”.*

De acuerdo con el planteamiento de la presente tesis, todos los interrogantes señalados pueden obtener una respuesta a través del análisis de la estructura del tipo del art. 290 CP que comprende el denominado delito de “falsedad contable” y que se considera una conquista alcanzada por el ordenamiento jurídico español en la dirección marcada por los ordenamientos europeos, que han servido de guía en su proceso de redacción y definitiva validación. Si se asume, como se ha señalado anteriormente, que existe una categoría de delitos diferenciada por su estructura como son los delitos de infracción de deber, el examen se deberá principiar por la determinación de los deberes legales extrapenales proyectados en la elaboración de las cuentas anuales, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así como las aportaciones efectuadas por la doctrina española y comparada en cuestiones vitales como la diferenciación del deber de diligencia y de lealtad, la aplicación de la *business judgment rule* y su proyección en un proceso tan complejo como es el de aprobación de las cuentas anuales, y a partir de esta labor, concretar el alcance de los elementos típicos comprendidos en dicho precepto⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ En este punto considero determinante tener en cuenta la tesis del profesor Paz-Ares comentada, en virtud de la cual se debe mantener una diversificación del régimen de responsabilidad en el ámbito civil/mercantil entre el deber de diligencia y el deber de lealtad, que bajo mi punto de vista debe ser permeable por coherencia al ámbito penal: “*el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con*

8.- Con esta trayectoria analítica creo que se podrá alcanzar a concretar el elemento típico nuclear denominado “idoneidad para causar un perjuicio económico”, que ha atraído un sinnúmero de pronunciamientos jurisprudenciales y estudios doctrinales, y que delimita a su vez la conducta típica, establece la fórmula de protección del bien jurídico protegido y los titulares del mismo; elemento que por sí mismo igualmente encierra una gran complejidad técnica, como así han recogido también los pronunciamientos jurisprudenciales y entre otros, la STS nº 1318/2000, de 14 de julio de 2000 (RJ 6583/00): *“En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, sea alterando los datos reales, sea ocultándolos; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)”*.

El análisis de los parámetros que deben servir para la concreción de este elemento, puede conectarse, a su vez, con las conclusiones alcanzadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en resoluciones dictadas en materia de responsabilidad civil extracontractual de auditores de cuentas, por potenciales incumplimientos de sus deberes en casos de gran envergadura relativos al fraude contable, como los descritos al inicio del capítulo, en los que se ha analizado en detalle cuestiones como los parámetros de imputación objetiva del resultado.

9.- En relación con la pena que tiene establecida en la actualidad el art. 290 CP, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo incluyó una expresiva mención en la sentencia de fecha 29 de julio de 2002, referida al caso Banesto, por la que el Alto Tribunal de forma directa y sin ni siquiera mencionar la figura agravada que se contempla en el apartado segundo de dicho precepto, considera que el marco penal dibujado en relación con las conductas de fraude contable es insuficiente: *“Por ello estimamos y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión) pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional”*.

las infracciones del deber de diligencia”. En este sentido, Paz Ares, C., “Retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores”, cit. pág. 16.

Los pronunciamientos jurisprudenciales citados permiten centrar el objeto de esta investigación, que no es otro que el de contribuir a clarificar los parámetros jurídicos que deben permitir la resolución de estos interrogantes que han sido objeto de valoración en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para acceder a una clasificación clara de cada una de las contribuciones de los diferentes sujetos implicados en conductas de manipulación de cuentas anuales como responsables penales a título de autores o partícipes. De otro lado, también se pretende poner de manifiesto las posibles cuestiones que pueda plantear la redacción del tipo del art. 290 CP y que deben, por tanto, merecer un estudio de *lege ferenda* del referido tipo, a los efectos de determinar si debe ser objeto de modificación.

CAPÍTULO V

LA HERRAMIENTA DE RESOLUCIÓN DE ESTOS CASOS: EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA

I.- ANTECEDENTES

En el apartado anterior se han sintetizado los problemas recurrentes planteados en casos célebres en materia de defraudación contable, en los que los administradores han incumplido de forma estrepitosa los deberes asumidos por Ley de administración, gestión, lealtad y formulación de unas cuentas anuales redactadas con claridad, mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. El incumplimiento grave del deber de formulación de las cuentas en la forma establecida por el legislador, sin respeto al referido deber de lealtad, habrá de considerarse un incumplimiento del compromiso específico que la Ley atribuye a los administradores.

Partiendo del referido deber de actuar que recae sobre los administradores, el art. 290 CP establece que es típica la conducta de falsear las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Es decir, la actuación del administrador especialmente obligado por la que incumple el deber anteriormente establecido respecto a la formulación de la documentación contable, en la forma y con los presupuestos exigidos por el tipo, constituye parte de la conducta delictiva, ya que otra parte viene referida al incumplimiento de otros deberes vinculados a obligaciones atribuidas a los administradores de documentar decisiones adoptadas en el seno de la sociedad con trascendencia económica o jurídica diversas a las referidas en las cuentas anuales.

El legislador, siguiendo la influencia de los ordenamientos de nuestro entorno, ha venido contemplando tradicionalmente la conveniencia de tipificar esta figura del balance

fraudulento y así lo ha venido incluyendo en los distintos Proyectos anteriores al Código Penal e incluso en Códigos anteriores⁵⁰⁵. Su inclusión en el Código Penal de 1995 fue acogida muy positivamente por la doctrina mayoritaria, salvando las críticas que se opusieron a su inclusión por considerar la suficiencia de los mecanismos mercantiles para su neutralización⁵⁰⁶, en el entendimiento de que era una necesidad que se había puesto de manifiesto en la doctrina y en la jurisprudencia, por la insuficiencia de los tipos de falsedad y la estafa para resolver los problemas que estas conductas plantean⁵⁰⁷. El merecimiento de pena era indudable, pero era necesario adulterar la interpretación de textos legales para lograr soluciones político-criminalmente adecuadas⁵⁰⁸.

Este delito societario se encuadra dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, que constituye el contexto en el que se encuadran los bienes jurídicos objeto de protección en dicho título⁵⁰⁹ y se configura como parte del denominado Derecho penal económico, referido según apunta Tidemann siguiendo la teoría de Sutherland, al conjunto de delitos de cuello blanco cometidos por personas de elevado status social en su profesión, en los que se abusa de la confianza socialmente exigible en el tráfico económico a través de una conducta que se opone al comportamiento exigible a un correcto

⁵⁰⁵ Foffani, L., “Delitos societarios”, trad. de J.A. Brandariz García y Luz de Puente Aba, en www.ruc.udc, 1998, pág. 58. Este autor señala que la vitalidad de la aplicación judicial del derecho societario alcanza solamente a determinados delitos societarios, empezando por la norma principal del art. 2621 n 1 Cc. Explica el autor que la falsedad de balance se ha convertido en uno de los tipos más visibles de todo el Derecho Penal Económico. Los delitos societarios tradicionales se han desarrollado junto al Derecho penal del mercado financiero y la evolución conjunta ha sido positiva, con la afectación fundamental de las fuentes normativas supranacionales y en particular, las directivas comunitarias dando lugar a la reformulación de tipos y al nacimiento de otros de diversa índole. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales...* pág. 76. Afirma el autor que: “*La protección de la información societaria es instrumental en la prevención de daños patrimoniales*”.

⁵⁰⁶ Terradillos Basoco, J.M^a, “Globalización, administrativización...”, cit. pág. 231 y las referencias contenidas en la nota a pie de página n^o 35. Menciona este autor en la pág. 232, cita 44, cómo otras voces en la doctrina critican la atipicidad de otras conductas que deberían considerarse delictivas como la no inscripción registral de las cuentas anuales.

⁵⁰⁷ Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, edit. Cívitas, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 46. Señala el autor que lo societario define el “ámbito de referencia delictiva” y en el caso del delito de falsedad contable se trata de delitos realizados en la sociedad mercantil.

⁵⁰⁸ Bacigalupo Zapater, E., “Los delitos societarios en el nuevo Código penal”, AAVV en *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, pág. 416. Heredero, J.L., *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, edit. Bosch, Barcelona, 1969, pág. 100. Afirma el autor que: “*Pero cuando la jurisprudencia se ha enfrentado con manifiestas violaciones de estas normas ha declarado que la tramitación formal que recogen ha de ser entendida con “cierta elasticidad” y no como “una rígida estructuración”, mostrándose así, con tales declaraciones, abiertamente contraria a la penetración de la norma penal en esta materia*”.

⁵⁰⁹ Stampa, J.M^a y Bacigalupo, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, edit. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pág. 25. Señalan estos autores que en la Constitución se configura un modelo de “orden socio-económico” en cuyo perímetro ha de estar incluido el bien jurídico exigente de protección penal”. En la EM del Proyecto de CP de 1980 se define el orden socio económico en sentido amplio como: “*equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de tan elevada importancia para el desarrollo del país*” y a continuación se apunta que entre estos delitos se encuentran los delitos financieros.

comerciante. Se abusa así de la institución económica a nivel formal y estructural, poniendo en peligro la vida económica o el orden correspondiente⁵¹⁰.

El origen de estos delitos económicos se encuentra en las transformaciones que se producen a inicios del siglo XX, cuando debido a la elevada tecnificación e industrialización se dan diversas circunstancias que dan lugar a una modificación de las relaciones económicas. Este contexto provoca un cambio en la concepción clásica de Economía liberal, con la libre concurrencia en el mercado, a una concepción social de mercado en la que existe un intervencionismo estatal. Este intervencionismo viene provocado por una concepción social del Estado de Derecho asentado sobre la idea de un mercado libre que es objeto de regulación. En el seno de esta última concepción nace el derecho penal económico con la idea de que el Estado tiene que proteger la economía nacional y los intereses de los individuos en el desarrollo de su actividad de forma acorde a su voluntad, de modo que el Estado interviene en la economía a través de su poder sancionador⁵¹¹. Se trata así de delitos realizados en estructuras societarias que responden a la definición contenida en el art. 296 CP, en los que las fronteras entre el derecho privado y el derecho público se muestran ciertamente difusas. De los estudios criminológicos se ha derivado que se trata de delitos en los que se ponen en peligro, sobre el perjuicio de intereses individuales, la vida económica y su orden⁵¹².

En este escenario, se tomó la decisión de introducir el instrumento penal para la protección de una serie de bienes jurídicos de corte societaria que se consideraron potencialmente peligrosos desde el punto de vista criminal⁵¹³, en el entendimiento de que se

⁵¹⁰ Tiedemann, K., “El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico”, en Revista Chilena del Derecho, Vol. 10, págs. 59-60. Schünemann, B., “Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, Crónicas extranjeras, trad. del artículo Strafrechtsdogmatische und krimiinalpolitische (Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Seteuer, Strafrecht, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, págs. 41-50, realizada por Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín, pág. 1. Este autor describe los delitos económicos como “todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometan en el marco de participación de la vida económica o en estrecha conexión con ella”.

⁵¹¹ Tiedemann, K., “El concepto de derecho económico....cit. pág. 67. Señala el autor que el Derecho Penal Económico tutela “*primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto, y en consecuencia, el flujo de la economía nacional en su organicidad, en una palabra, la economía nacional*”. Bajo Fernández, M., “El derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español”, Ponencia del Seminario “Derecho penal de sociedades” celebrado en la Facultad de Derecho de la UAM, págs. 93-96.

⁵¹² Tiedemann, K., “El concepto de derecho económico....cit. págs. 59-60.

⁵¹³ El art. 734 del CP de 1928 establecía que: “*El miembro de un consejo de administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una sociedad anónima, o el director, gerente o liquidador de una de estas sociedades que, en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la junta de accionistas, consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de 5000 a 12.000 pesetas*”. En el Proyecto de CP de 1931 se establecía: “*En el caso de que la falsificación recaiga sobre*

cubría así una laguna de punibilidad que se había hecho patente en el ordenamiento jurídico español, con el ánimo de tutelar el modelo económico instaurado por la Constitución de 1978⁵¹⁴. La introducción de estas figuras típicas en el capítulo de delitos contra el orden socioeconómico suponía de forma inevitable tener en cuenta la normativa extrapenal que desde el punto de vista mercantil venía protegiendo hasta la fecha dichos bienes jurídicos (el patrimonio de la sociedad, la veracidad de la información societaria...). La construcción de estos tipos penales requirió la utilización de conceptos normativos puramente mercantiles y atender a la realidad económica y social que subyacía en la utilización de los mismos hasta la fecha. Estas consideraciones permiten entrar a analizar por qué motivos se ha considerado necesario tipificar estas conductas concretas y cuál es la ratio de cada norma. También nos permite entender de qué forma han sido configurados y cuál es su estructura típica⁵¹⁵.

En otros ordenamientos europeos (Alemania, Italia..) la tipificación del delito de falsedad de cuentas ha mantenido su ubicación en la legislación mercantil y civil, al

letras de cambio, facturas de operaciones comerciales, pólizas o contratos privados entre comerciantes, o en los libros de contabilidad mercantil, que, con arreglo a las leyes, deben tener los que ejerzan esta profesión y hacen fe en los casos y formas que determina el Código de comercio, la pena será de cuatro a seis años de obras públicas". El Proyecto de la Ley Orgánica de CP de 1980, en su artículo 364 establecía que: "los administradores o directores que, para ocultar a los socios o terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen balances, haciendo lucir u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas, o usando de cualquier otro artificio que suponga inflación o disminución de las partidas del activo o del pasivo, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses". En la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, en cuyo art. 294.1: "los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen balances reflejando u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contable, y causen de esta manera un perjuicio a otros, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, y multa de doce a veinticuatro meses". En el artículo 299 del Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1992: "Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio a la misma, o alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años, multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de 2 a 5 años". En la EM de este Proyecto se establecía que: "El capítulo dedicado a los delitos societarios es nuevo en nuestro derecho positivo, aunque viene proponiéndose desde el Proyecto de 1980. En la doctrina española se ha planteado en ocasiones la posibilidad de prescindir de estos delitos, en favor de una ampliación del ámbito de otras figuras que estructuralmente les son próximas como la estafa, la apropiación indebida o la falsedad documental. Frente a esta opinión se alza otra mayoritaria, que entiende precisa la específica incriminación de determinados comportamientos con la actividad de las sociedades mercantiles...". El art. 292 del Proyecto de 1994 establece que: "los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses".

⁵¹⁴ Marina García-Tuñón, A., *El Derecho contable.....*, cit. pág. 344. En relación con la influencia de la Constitución sobre el Derecho Penal, vid. Rodríguez Mourullo, G., "Delito, Pena y Constitución", RJUAM n 8, 2003, págs. 311-312.

⁵¹⁵ Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares), edit. Thomson Reuters, 9ª edic, 2011, Pamplona, pág. 957- 961.

contrario de la opción del legislador español de insertarla específicamente en un título relativo a los delitos contra el orden socio económico dentro del Código Penal. La doctrina ha venido a debatir los pros y contras de esta configuración del delito societario en general y del art. 290 en particular. En suma, se defiende que la inclusión en el Código Penal evita la dispersión normativa, unifica en un solo precepto todas las modalidades de conducta delictiva con independencia del objeto del delito, preserva las garantías de aplicación de la norma penal y refuerza la aplicación de criterios unitarios interpretativos. Frente a la postura de mantener estos preceptos en la legislación especial mercantil o civil, parece que se toma una cierta distancia de estos ámbitos extrapenales que puede llevar a generar distorsiones en cuanto al alcance de los conceptos. En todo caso, atendiendo a la autonomía del Derecho Penal, se debe entender acertada la ubicación sistemática del precepto, pero de ningún modo desconocer el hecho de que la normativa privada es el caldo de cultivo de los conceptos que sirven de base para la interpretación del tipo, como es el bien jurídico protegido, los deberes legales cuyo incumplimiento puede dar lugar a la conducta penal y el alcance de los elementos objetivos del tipo, como son el sujeto (administradores de hecho y de derecho), y objeto (documentos)⁵¹⁶. Lo relevante no es la ubicación del precepto sino su estructura con las consideraciones relativas a los institutos extrapenales⁵¹⁷.

El texto vigente del art. 290 CP no ha sufrido modificación alguna desde la promulgación del CP de 95 en el que fue introducido, pero a raíz de la experiencia obtenida desde la creación de esta figura típica, en el ámbito legislativo se abrió un debate sobre la redacción de este precepto, al plantearse en un Proyecto de Ley de 15 de enero de 2007 de modificación del CP que el art. 290 no tenía el alcance necesario para abarcar conductas de indudable relevancia penal. Esto motivó el que la configuración y los elementos de este tipo falsario fueran objeto de debate parlamentario en el curso de la tramitación de esta propuesta de reforma. Los motivos por los que se planteó esta reforma eran, según se expresa la Exposición de Motivos del citado Proyecto de Ley, que se trataba de “*una fórmula lacónica en su expresión y estrecha en su alcance tanto en lo que atañe a los sujetos protegidos como a la clase de perjuicios que se pudiera causar*”. Concretamente en

⁵¹⁶ En Alemania se carece de una codificación más o menos completa del Derecho penal económico. Como explica Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 75, el Proyecto Alternativo de 1977 intentó reunir, sistematizar y reformar el Derecho penal económico introduciendo un capítulo sobre “Delitos contra la Economía”. Según Tiedemann, la integración en el CP de estos delitos es la técnica recomendable desde el punto de vista de prevención general positiva.

⁵¹⁷ Pedrazzi, C, *La reforma...*, pag. 356, quien considera que lo fundamental es la estructura del tipo, la relación con los “institutos extrapenales” y ello teniendo en cuenta que: “*la disciplina penal funciona necesariamente como disciplina de segundo grado vinculada a las limitaciones y condicionamientos que le vienen impuestos por el Derecho privado*”. Pérez Valero, I., *El Delito Societario de Falsedad en las Cuentas Anuales (art. 290 CP)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 41 y 42, notas a pie 27 y 28.

la Exposición de Motivos del Proyecto se justifica la nueva redacción de este tipo, señalando que: *“se introduce una descripción que además de ser acorde con las exigencias del mercado, amplía poderosamente el radio de acción de la tutela penal al castigar el falseamiento de cuentas apto para causar perjuicio económico a la sociedad o a sus socios o accionistas, burlando su derecho a los legítimos beneficios, o para evitar abandonos de accionistas o ventas de acciones”*, y se introduce así la responsabilidad penal de los auditores, hasta el momento considerada como no típica: *“Debe destacarse además que se colma una laguna que venía siendo denunciada por toda la doctrina que había estudiado este delito: la incomprensible ausencia de los auditores cuya intervención es preceptiva y que, pudiendo incurrir en la conducta típica o en su ocultación, eran los grandes ausentes de la previsión legal sin que hubiera razón que lo explicara”*. La propuesta de reforma en lo atinente a los auditores se centraba en la siguiente redacción: *“Las mismas penas se impondrán a los auditores que incumplimiento sus obligaciones y conociendo la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos a los que se refiere el artículo anterior, emitieran un informe favorable sobre ellos”*.

Lo cierto es que esta Reforma no salió adelante y la redacción del art. 290 CP ha quedado intacta, sin que fuera siquiera objeto de mención en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal ni en ninguna modificación posterior. No obstante, los interrogantes planteados por este intento de reforma y otros que han surgido en la doctrina y jurisprudencia sobre la aplicación de esta figura continúan sin respuesta.

De forma más específica y como interrogante de base, planean dudas sobre si es necesaria la intervención penal en este terreno y la consiguiente penalización de las conductas de manipulación de las cuentas anuales, atendiendo a los principios mencionados de intervención mínima y proporcionalidad que deben regir el marco penal. El planteamiento crítico que se plantea es si la herramienta penal es legítima o si se está utilizando indebidamente como un elemento de presión para erradicar este tipo de conductas, con el inconveniente de que pueda haberse asentado en cimientos inciertos y se adentre indebidamente en el ámbito de decisiones estrictamente empresariales, es decir, si se está produciendo una extralimitación de la rama penal en detrimento de la legislación societaria. Esto obliga a plantear toda la problemática del derecho penal económico sobre la que pesa el interrogante de si estamos en un terreno movedizo respecto del ámbito civil, que se encuentra constantemente bajo la amenaza de que la herramienta penal es subsidiaria y ha de someterse de forma estricta a los principios de legalidad e intervención mínima. El fin preventivo de la norma penal y el mecanismo de desincentivación de conductas desleales y

fraudulentas por estos profesionales que ataquen a la sociedad y al mercado debe quedar oportunamente dimensionado y no extenderse más allá de lo estrictamente necesario.

En el siguiente capítulo entraré a analizar estos aspectos de la configuración como delito penal económico y la fundamentación del bien jurídico objeto de protección, pero ya se puede adelantar, por lo expuesto, que de acuerdo con las anteriores consideraciones, se puede afirmar que el resultado obtenido desde el punto de vista de política criminal con la introducción del tipo del art. 290 en el CP ha sido satisfactorio y que la experiencia de su aplicación en los tribunales lo confirma, pues junto con el “desaparecido” delito de administración desleal es el que ha tenido una mayor aplicación efectiva. En la actualidad es incuestionable que la opción tomada por el legislador español en la línea del resto de ordenamientos comunitarios está perfectamente justificada y que pocos cuestionan actualmente la procedencia de tipificar este tipo de conductas.

II.- EL FRAUDE CONTABLE EN LOS SISTEMAS ALEMÁN E ITALIANO

Como se ha señalado anteriormente, la normativa contable ha sufrido un desarrollo común a nivel europeo con una clara influencia de las iniciativas adoptadas en el marco internacional. Este desarrollo y armonización no se ha producido en el ámbito penal, de modo que cada país europeo mantiene su propio tratamiento legislativo sobre esta materia. Sin perjuicio de que esta afirmación es cierta, se debe tener en cuenta que el hecho de que el tipo del art. 290 CP se haya construido sobre elementos normativos, entre los que se comprende el término “cuentas anuales”, debe llevar a considerar que existe un grado de cohesión en la delimitación del alcance e interpretación de este término que supone una base común que subyace a los tipos previstos en distintos países miembros de la Unión Europea. En todo caso, se debe subrayar que las soluciones adoptadas por los legisladores europeos que sí han tomado la opción de prever una conducta penal en materia de defraudación contable son diferentes. En unos casos las ilicitudes están comprendidas en un capítulo diferenciado dentro del sistema de los códigos penales, en otros se extraen de preceptos más generales, y en otros se regulan específicamente en normas no penales, como son la legislación civil y la legislación mercantil. En este panorama se puede entender que las penas aplicables son igualmente de lo más diversas y de diferente gravedad⁵¹⁸. Como

⁵¹⁸ Bacigalupo Zapater, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, AAVV en *Gobierno Corporativo y derecho penal* (Coords. Bajo Fdez., M., Bacigalupo Saggese, S. y Gómez Jara Díaz, C.), ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 162.

afirma Foffani⁵¹⁹, con la aprobación del Código Penal español, la presencia de delitos societarios está generalizada en todos los ordenamientos que reconocen la organización societaria y en particular, en países de Europa oriental como Polonia y Hungría. En concreto, el tipo referido como de falsedad de balance se contempla entre otras legislaciones en Italia, Alemania, Francia, Austria, Inglaterra, Principado de Andorra, República de San Marino y Grecia, y además, algunos de ellos incluyen dentro de los sujetos activos de este delito al auditor que en el ejercicio de sus funciones elabora el informe de auditoría que no responde a la realidad constatada en su verificación de las cuentas sobre la situación de la sociedad⁵²⁰. La doctrina española ha visto en el art. 290 CP una clara influencia de las soluciones tomadas en estos ordenamientos y una apuesta común por tipificar un tipo de conducta que atenta contra el orden socioeconómico en general y en particular, contra la transparencia de los mercados y el patrimonio de los sujetos que operan en los mismos. En concreto, se afirma que la influencia del modelo italiano es clara⁵²¹. En este escenario comunitario resulta de utilidad apuntar las principales características de la tipificación de este tipo de conductas del ordenamiento alemán e italiano, teniendo en cuenta que en ambos se contempla como sujeto activo del delito al auditor.

1.- Alemania

En el sistema alemán existe una clara dispersión normativa, ya que se contemplan múltiples tipos penales cuyo fin es la protección de la veracidad de las comunicaciones sociales⁵²². En particular, el Derecho penal referido a los balances se concentra en el § 331 y ss. del HGB (Código de Comercio alemán), pudiéndose destacar como figuras principales el § 331⁵²³ y el § 332 HGB. Posteriormente, el § 335 del HGB sanciona con carácter

⁵¹⁹ Foffani, L., “Delitos societarios”, cit. pág. 77. En Alemania el Derecho penal societario corresponde a una praxis marginal y el instrumento sancionador extrapenal es más significativo. En el modelo francés la tutela extrapenal y civil es menor frente a la penal. Sintetiza el autor que la disparidad de legislaciones en materia de delitos societarios puede ser un factor de alteración de la competencia.

⁵²⁰ Martínez-Buján Pérez, C., “Administración fraudulenta en sociedades de inversión”, en *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Coord. J. M. Terradillos y M. Alcalde, Edit. Trotta, 2004, pág. 59.

⁵²¹ Bacigalupo Zapater, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. pág. 162. Afirma este autor que el legislador español parece que ha utilizado como modelo el derecho italiano, e incluso que podría haber tenido en cuenta derecho francés.

⁵²² Pérez Valero, I., *El Delito Societario de Falsedad en las Cuentas Anuales (Artículo 290 CP)*..., cit. pág. 33 y ss. En relación con los “datos falsos”, se incluye tipos diversos bajo distintas denominaciones: estafa de fundación; estafa de emisión; estafa de ampliación o disminución de capital; estafa de liquidador, así como la “presentación incorrecta” de datos frente al público.

⁵²³ Como recoge Del Rosal Blasco, B., *Los delitos societarios en el Código Penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Dispone el § 331 HGB: “Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa, quien: 1. Como miembro de los órganos de representación legítima o del Consejo de Vigilancia de una sociedad de capital, exponga incorrectamente o encubra la situación de la sociedad en su balance de apertura, en las cuentas anuales, en el informe de situación o en las cuentas intermedias”.

específico la infracción del deber de publicar el balance anual tratándose de sociedades de capital. Estas disposiciones del HGB vienen complementadas por otros preceptos como el § 400.1.1 AktG (Ley de Sociedades Anónimas), el § 82 párr. 2 GmbH-G (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), y el § 147 párr. 2 Ley de Cooperativas, preceptos que se refieren a balances distintos al inicial y a las cuentas anuales, es decir, balances provisionales y mensuales⁵²⁴, así como otros documentos que no son balances⁵²⁵ y que abarcan también informaciones incorrectas entregadas a los auditores y afirmaciones incorrectas realizadas por los auditores⁵²⁶.

Según la doctrina mayoritaria y al igual que el §§ 331 HGB, estos preceptos del § 399, 400 y 401 AktG tienen como bien jurídico protegido la confianza en que la información sobre aspectos importantes de la sociedad sean correctos y completos. Los intereses tutelados incluyen a la sociedad, a los socios y a los terceros, actual o potencialmente relacionados con la sociedad⁵²⁷.

Los §§ 331 y 332 del HGB tienen carácter general y común para todo tipo de sociedades. El §331 del HGB es la disposición fundamental referida a los datos sociales y castiga la “exposición incorrecta”. Se trata de un precepto que integra criterios y normas que provienen de la legislación especial de sociedades anónimas y limitadas. En su párrafo primero contempla la conducta delictiva del miembro de los órganos de representación o del Consejo de Vigilancia de una sociedad de capital, que exponga incorrectamente o encubra la situación de la sociedad en su balance de apertura, en las cuentas anuales, en el informe de situación o en las cuentas intermedias. En la redacción del tipo se hace referencia a las cuentas anuales y en particular al balance inicial con el fin de asegurar la transparencia del capital propio existente al inicio de la actividad empresarial (§§ 242.1 Código de Comercio)⁵²⁸, pero en este concepto de balance no se comprende la contabilidad general. Entre las conductas delictivas comprendidas en esta disposición no se encuentra la no presentación o la presentación fuera de plazo del balance inicial o de las cuentas anuales, que solo resultarán punibles si forman parte de un delito de insolvencia⁵²⁹. Entre las conductas que pueden considerarse típicas se comprenden tanto las acciones como las omisiones. La conducta de omitir datos en el balance puede presuponer su calificación

⁵²⁴ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*cit. pág. 424.

⁵²⁵ *Ibid.*, pág. 425.

⁵²⁶ *Ibid.*, pág. 80.

⁵²⁷ Del Rosal Blasco, B., “El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995...”cit. pág. 98.

⁵²⁸ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*cit. pág. 424.

⁵²⁹ *Ibid.*, pág. 426.

como falso. La omisión puede referirse a activos patrimoniales de toda índole⁵³⁰. Se considera punible la ocultación de activos a través de una presentación de la situación económica demasiado favorable o una presentación demasiado desfavorable de las relaciones patrimoniales⁵³¹. Por otro lado, la sobrevaloración e infravaloración de activos patrimoniales para ocultar pérdidas o quiebras existentes o previsibles, la ocultación de créditos y otras prestaciones (ej. subvenciones) o la creación de reservas ocultas también se considerarán también típicas⁵³².

Por su parte, el §§ 332 del HGB contempla la infracción del deber de informar, señalando que será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien, como interventor de cuentas o como auxiliar de un interventor, informe incorrectamente sobre el resultado de la intervención de las cuentas anuales, del informe sobre situación, de las cuentas anuales del consorcio o del informe de situación del consorcio de una sociedad de capital o de las cuentas intermedias; silencie circunstancias relevantes en la exposición de su informe de intervención o expida una certificación incorrecta, en cuanto al contenido de lo verificado en su intervención. La conducta se contrae, por tanto, a la información escrita en el informe de auditoría de obligatoria emisión o en la certificación y no se extiende a la información oral⁵³³. Este precepto, al igual que el § 400 párr. 1.1 Ley de Sociedades Anónimas y el § 82 párr. 2 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, protege la confianza en la exactitud de la información relativa a las relaciones patrimoniales de la sociedad, más allá del patrimonio, ya que hay tener en cuenta el significado de la información mercantil en la vida económica que es objeto del tráfico mercantil. Mientras las cuentas anuales no se pongan a disposición de un círculo

⁵³⁰ *Ibid.*, pág. 429.

⁵³¹ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*, cit. pág. 429. El autor considera que la verdad contable es relativa y en relación con las conductas apunta que: “*En relación con el pasivo es punible el silencio con ciertas posiciones del debe. Las anotaciones inexactas abarcan activos y pasivos irreales. Las sobrevaloraciones de bienes patrimoniales existentes intentan silenciar pérdidas importantes, quiebras, deudas con la sociedad y existencias de mercancías. La afloración de reservas ocultas como ingresos aparentemente procedentes del giro normal de la empresa tampoco responden al seguimiento de una contabilidad ordenada*”.

⁵³² Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*...cit. pág. 431. En relación con la conducta considera el autor que: “*Las sobrevaloraciones pueden pretender la preparación o ejecución de un fraude de inversiones o de participaciones y suelen referirse a deudas con la sociedad cuya falta de solvencia y el necesario reajuste de valor no resultan fácilmente reconocibles. Entre otros, la inclusión de activos falsos en informes de existencias, que de acuerdo con la forma de almacenamiento a menos son difíciles de controlar. La sobrevaloración de de obras públicas no terminadas. La disminución artificial del pasivo se refiere a menudo a deudas*”.

⁵³³ Nieto Martín, A., “El régimen penal de los auditores de cuentas”...cit. pág. 424: “*La conducta típica consiste en presentar un informe discordante con la situación de la empresa o silenciar las circunstancias relevantes*”. El bien jurídico no es la corrección del informe, sino el que este se corresponda con los resultados obtenidos en el informe.

amplio de personas, conforme con lo dispuesto en el § 331 de HGB es posible rectificar y evitar la imposición de pena⁵³⁴.

La condición de autores en el contexto de ambos preceptos queda limitada entonces a los órganos de representación social, a los miembros del consejo de vigilancia (§ 331), a los auditores de cuentas y a los auxiliares que han intervenido en la auditoría (§332)⁵³⁵.

2.- Italia

El art. 2621 CC⁵³⁶ referido a la regulación referida al régimen general de las sociedades, tipifica la conducta de difundir falsas comunicaciones sociales por parte de los promotores, socios fundadores, administradores, directores generales, auditores⁵³⁷ y liquidadores. Se refiere esta disposición a las “Comunicaciones falsas y establece que: *“Salvo que el hecho constituya delito más grave, se castigan con la reclusión de uno a cinco años y con la multa de dos a veinte millones de liras: 1) los promotores, los socios fundadores, los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores, que en los informes, en los balances o en otras comunicaciones sociales, expongan fraudulentamente hechos que no respondan a la verdad acerca de la constitución o sobre las condiciones económicas de la sociedad u oculten en todo o en parte hechos concernientes a dichas comunicaciones; 2) los administradores y los directores generales que en defecto del balance aprobado o separándose de él o a base de un balance falso, bajo cualquier forma, cobren o paguen utilidades ficticias o que no puedan ser distribuidas”*”.

⁵³⁴ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*...cit. pág. 427.

⁵³⁵ *Ibid.*, cit. pág. 427. Las actuaciones en lugar de otro (§ 14) no permiten ampliar el círculo de autores en el § 331, ya que incluso en caso de una delegación amplia (ej. asesor fiscal) no es posible admitir la existencia de representación o vigilancia. En los casos de delegación a una empresa de auditoría, sus órganos (socios con facultades de representación) son autores idóneos de acuerdo con los §§ 332 y 333 de HGB. En la pág. 431 se afirma por Tiedemann que estos tipos en realidad no tienen aplicación práctica. Explica el autor que las Fiscalías del Estado utilizan los tipos penales de las cuentas anuales como “tipos de recogida”, pero no los persiguen debido a la complejidad del Derecho contable y a las dificultades que presenta la prueba del dolo, utilizando directamente los delitos de estafa, administración desleal o quiebra.

⁵³⁶ Pérez Valero, I., *El Delito Societario de Falsedad en las Cuentas Anuales (art. 290 CP)*...cit. pág. 30 y ss. Este precepto fue incluido inicialmente en el CC de 1942 y pretendía evitar los perjuicios de naturaleza patrimonial que pudieran ser causados a la sociedad, terceros o socios, que se pueden ver perjudicados por la gestión adoptada en la entidad, pero como indica Pérez Valero, posteriormente ha sufrido una clara evolución por la que se interpreta en otros términos.

⁵³⁷ El art. 14 d.r.p. 136/1975, referido específicamente a los auditores, tipifica la conducta de estos profesionales de falsear cualquier tipo de información, expresada en forma escrita o verbal. En este sentido, Foffani, L., en *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, 2ª ed., Monduzzi, Bologna, 2000, pág. 347 y ss.

En definitiva, se contempla la conducta de exponer hechos falsos u ocultar hechos relevantes relativos a la situación económica de la sociedad⁵³⁸, que históricamente se había considerado un instrumento de formación de provisiones o fondos negros o para la ocultación de pagos efectivamente realizados y que en la actualidad se considera un tipo que puede interceptar operaciones comerciales mucho más complejas y que según Foffani refleja mejor que cualquier otro delito “*la parábola de todo el Derecho Penal de sociedades de Italia*”⁵³⁹. La realidad es que como apunta este autor italiano, en Italia se ha producido una reconducción de la ilicitud penal a la ilicitud civil del balance, que se ha acentuado con las prescripciones comunitarias, con la codificación de los principios de redacción del balance y con el criterio de la “representación veraz y concreta”⁵⁴⁰.

La jurisprudencia y doctrina italianas han fluctuado en los argumentos referidos al bien jurídico protegido por este delito. Es mayoritaria la postura de que se trata de un ilícito pluriofensivo⁵⁴¹ que tutela la veracidad de la información como bien jurídico supraindividual con carácter preeminente y secundariamente el patrimonio⁵⁴². El tipo alcanza a la protección/tutela de la falsa información corporativa y a la mera amenaza en relación con la ofensa al patrimonio, pero también comprende la confianza entre los usuarios/destinatarios de la comunicación en la veracidad y la exactitud de los estados financieros y de las otras comunicaciones corporativas de la empresa. Se protege la transparencia, comprendiendo en este término la información societaria abierta, que es orientada al interior y exterior de la sociedad de forma indeterminada⁵⁴³, por lo que se trata de un bien jurídico supraindividual que comprende el correcto funcionamiento de las

⁵³⁸ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*...cit. nº 83, pág. 78. Del Rosal Blasco, B., “El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código Penal de 1995”...cit. pág. 95: “*El derecho italiano también contempla la figura de la estafa de crédito (mendacio e falso interno bancario)*...”.

⁵³⁹ Foffani, L., “Delitos societarios”, cit. pág. 61.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pág. 63.

⁵⁴¹ *Ibid.*, cit. pág. 62. Del mismo autor, “*Verso una europeizzazione del diritto penale dell’economia: la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul falso in bilancio (caso Berlusconi)*”, en AFDUDC, 12, 2008, pág. 340.

⁵⁴² Seminara, S., “La evolución del Derecho penal del Mercado Financiero desde la Perspectiva Europea”, en *La Política Criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004, pág. 285. Explica el autor que el falsedad contable históricamente ha venido anticipando la tutela penal del peligro para los intereses patrimoniales tutelados “a la luz de su relevancia supraindividual”, pero apunta que “esta originaria connotación en clave patrimonialista ha venido atenuándose posteriormente, ya que junto a la perspectiva microeconómica, se ha venido afianzando otra de tipo macroeconómico, sintetizada en los conceptos de veracidad, transparencia y complitud de la información societaria y finalísticamente proyectada sobre el interés colectivo a la eficiencia y a la estabilidad del sistema económico, a su confianza y competitividad, a la libertad de competencia y a la correcta distribución de los recursos”. Mazzacuva, N., *Problemi attuali di Diritto Penale Societario. La tutela penale dell’informazione societaria*, nº 68, Quaderni di Giuriprudenza Commerciale, edit. Giurffré, Milano, 1985, págs. 82-84.

⁵⁴³ Foffani, L., “Delitos societarios”, cit. pág. 62.

sociedades en el marco de la economía nacional⁵⁴⁴. El verdadero contenido de la información de la situación económica de la entidad, su veracidad e integridad, es directamente objeto de protección. Se protege el interés de los accionistas de controlar la gestión de los administradores y por tanto, se establece un mecanismo de control en términos de absoluta transparencia de la gestión social a todos los que participan en la sociedad en particular y no tienen dichos poderes de gestión⁵⁴⁵. La mención a los interesados en la información pone de manifiesto que la misma alcanza a la protección de intereses dentro y fuera de la empresa⁵⁴⁶.

En Italia se incluye a los auditores entre los sujetos activos que cometen el delito de falsedad de información contable⁵⁴⁷. Si la culpabilidad del auditor de cuentas concurrió con la actuación dolosa de los administradores de la sociedad auditada en la redacción de las cuentas anuales, se puede declarar la responsabilidad solidaria de ambos, como defiende la doctrina y jurisprudencia (y establece expresamente el art. 2407.2 del Cc. italiano). Los síndicos son responsables penalmente de la veracidad de las manifestaciones vertidas en el informe de auditoría (arts. 2621 y 2622 Código Civile)⁵⁴⁸.

El objeto material de la conducta de falsedad son los "estados financieros", los "informes" y "otras comunicaciones corporativas" requeridos por la ley y dirigidos a los accionistas o al público⁵⁴⁹, de modo que se excluyen las comunicaciones internas. La memoria comprenderá información complementaria al contenido del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como información sobre los criterios aplicados⁵⁵⁰, por lo cual será determinante considerar las manifestaciones contenidas en la misma para valorar el conjunto global de las cuentas.

Se plantea la doctrina italiana si es posible contemplar una conducta de falsedad, como declaración que no se corresponde con la realidad, en relación con hechos que son

⁵⁴⁴ Foffani, L., "Delitos societarios", cit. pág. 64. Mazzacuva, N., *Problemi attuali di Diritto Penale Societario. La tutela penale dell'informazione societaria*, n° 68, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, edit. Giurffré, Milano, 1985, págs. 76-79.

⁵⁴⁵ Mazzacuva, N., *Problemi attuali di Diritto Penale Societario. La tutela penale dell'informazione societaria*, n° 68, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, edit. Giurffré, Milano, 1985, págs. 80-81.

⁵⁴⁶ Ambrosetti Enrico, M., Mezzetti Enrico, Ronco Mauro, *Diritto Penale Dell'Impresa*, edit. Zanichelli, 2009, pág. 114.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, cit. pág. 115. El auditor viene referido por la "cláusula extensiva" contenida en el artículo. 2639 cc.

⁵⁴⁸ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas...* cit. pág. 329, nota a pie de pág. 192.

⁵⁴⁹ Ambrosetti Enrico *et al.*, cit. pág. 116.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, págs. 118-119.

objeto de una valoración estimatoria⁵⁵¹. Se trata de falsas representaciones de la realidad que se proyectan en elementos materiales del balance de situación. La evaluación exacta, la representación verdadera y correcta, se corresponde entonces con una elección legítima de criterios. No obstante, se admite que la aplicación de criterios de valoración acordes a parámetros técnicos profesionales puede variar y que, por tanto, existe un margen. Coincide Mazzacuva con la doctrina dominante española al afirmar que el contenido del balance no responde a una verdad objetiva y absoluta, dado que la mayoría de las partidas de los estados financieros requieren una valoración a través de unas normas preestablecidas. Lo que para este asunto pierde el sentido la diferenciación entre una "verdad jurídica" de acuerdo con los dictados de la Ley o a una "verdad relativa" que se conecta con lo razonable. El principio de veracidad se cumplimenta a través de la correcta aplicación de las normas de valoración contempladas en la norma extrapenal respecto de las operaciones realizadas por la entidad, que constituyen parámetros ciertos y seguros que permiten evaluar la corrección de las cuentas anuales⁵⁵². Estas consideraciones llevan a afirmar que se trata de un tipo abierto en cuya interpretación se adentran los principios y normas contables⁵⁵³ y que la conducta típica se refiere a las alteraciones esenciales del resultado reflejado en la documentación que ataquen a la veracidad por incumplimiento de deberes de informar. La falsedad relevante no es cualquier desviación de la verdad y claridad, sino el desconocimiento trascendente del deber de informar⁵⁵⁴. La expresión "la situación económica patrimonial y financiera" de la empresa o el grupo se debe reconducir a las situaciones empresariales complejas en las que los destinatarios de las cuentas de la empresa son indeterminados.

La segunda modalidad delictiva es la omisión de información veraz⁵⁵⁵. La consideración de la omisión de información verdadera como conducta típica se deriva de las obligaciones legales extrapenales que determinan el núcleo de los deberes precisos de información. Constituye delito la exposición de hechos materiales inciertos o por el ocultamiento de los hechos que los administradores tenían la obligación legal de comunicar, de forma que las reservas se constituyen como resultado de la creación de pasivos inexistentes o a través de la ocultación, total o parcial, de las actividades que forman parte de los activos de la compañía

⁵⁵¹ Mazzacuva, N., *Problemi attuali di Diritto Penale Societario*, cit. págs. 51-54.

⁵⁵² *Ibid.*, cit. págs. 51-54, así como pie de página nº 78 y 79 de la pág. 61. Para el autor la discrecionalidad que puedan tener los administradores se deberá medir de acuerdo con parámetros de razonabilidad.

⁵⁵³ *Ibid.*, cit. pág. 71

⁵⁵⁴ *Ibid.*, cit. pág. 59.

⁵⁵⁵ Ambrosetti Enrico *et. al.*, cit. pág. 120.

La conducta debe tener capacidad de engañar, en cuanto que requiere que se haga de una manera idónea para inducir a error a los destinatarios sobre la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa⁵⁵⁶.

Efectivamente, se pueden apreciar las claras similitudes que presente el tipo español comprendido en el art. 290 CP con la regulación italiana.

III.- CONCLUSIONES

La tipificación de una conducta realizada por los administradores de manipulación de la información societaria contenida en documentos de esta naturaleza, se debe considerar desde el punto de vista de *ultima ratio* del Derecho Penal, la medida más radical adoptada en el ordenamiento español de control de la sociedad y del mercado en su conjunto. La introducción del tipo del art. 290 CP en nuestro sistema ha sido aplaudida por un sector mayoritario de la doctrina mercantilista y penalista, sin perjuicio de que su aplicación por los tribunales no ha resultado fácil, a la vista de tratarse de una materia colindante a la rama mercantil y muy técnica. El hecho de que en otros sistemas comparados europeos, como Alemania e Italia, existan figuras típicas que cubren esta materia, debe hacernos pensar que la línea marcada por el legislador español ha sido correcta, sin perjuicio de lo cual la redacción del tipo puede requerir ciertas adaptaciones, a la vista de las soluciones adoptadas por estos sistemas europeos y de la experiencia obtenida en los tribunales españoles, en los que se ha podido comprobar el alcance de los elementos del tipo del art. 290 CP y los problemas que se presentan en su aplicación.

⁵⁵⁶ Ambrosetti Enrico *et al.*, cit. págs. 122-123. Fernández Teruelo, J. G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 91 y 92. El autor explica que se percibe una cierta necesidad de interpretar de modo amplio las posibilidades de aplicación del precepto italiano, por el importante papel que ha jugado este precepto en la lucha contra la corrupción.

CAPÍTULO VI

ESTRUCTURA DEL DELITO SOCIETARIO DE MANIPULACIÓN DE CUENTAS ANUALES. ¿DELITO DE DOMINIO O DE INFRACCIÓN DE DEBER?

I.- INTRODUCCIÓN

El alcance de la responsabilidad penal que pueden asumir los administradores en relación con la manipulación de las cuentas anuales y otros documentos societarios es una cuestión controvertida a nivel doctrinal y jurisprudencial, como se ha introducido en el capítulo cuarto, puesto que la encrucijada de la estructura empresarial presenta un escenario complejo en el que es difícil determinar el alcance de las potenciales conductas delictivas de quienes se sirven de la estructura societaria en el ejercicio de sus cargos y, en particular, de los administradores sociales. En esta misma encrucijada se adentran los directivos y empleados de la sociedad que intervienen en este proceso, así como el auditor externo que elabora el informe de auditoría obligatorio de las cuentas anuales.

Para determinar la extensión de esta responsabilidad debemos adentrarnos en el análisis del tipo comprendido en el art. 290 CP y determinar cuál es su verdadera estructura. Este examen se realizará sobre los postulados de la teoría principal y dominante de los delitos de domino, de forma paralela a la teoría aceptada de forma minoritaria en Alemania y España, pero que va sumando adeptos de forma gradual, de los delitos de infracción de deber. Son dos teorías que determinan de forma diversa la forma de estructuración de los tipos y que desembocan en reglas diversas en materia de autoría y participación, por lo que la correcta calificación del tipo permitirá llegar a una interpretación correcta a la hora de atribuir la potencial responsabilidad penal a los sujetos que intervengan en la adulteración de la información societaria comprendida en las cuentas anuales y otros documentos societarios.

II.- DELITOS DE DOMINIO VS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

La categoría de los delitos de infracción de deber, diferenciada de los delitos de dominio, ha sido concebida por Roxin y presupone la existencia de una duplicidad de modelos de regulación de las responsabilidades que se han de atribuir a los intervinientes en un hecho delictivo y, por tanto, de dos formas diversas de determinar la autoría y la participación. En esta división entre delitos de dominio y de infracción de deber Roxin ve un reflejo de la realidad social, ya que los tipos de delitos de infracción de deber tratan de proteger la "capacidad de función" de diversos campos de la vida, que se encuentran preformados, mientras que en los delitos de dominio, el autor quebranta un espacio que, "según el Derecho, debiera haber dejado intacto".⁵⁵⁶

Jakobs también distingue entre delitos de dominio, en los que se atiende a la responsabilidad en virtud de la propia organización, y delitos de infracción de deber, en los que se atiende a una relación de carácter institucional⁵⁵⁷. Para este autor, en los delitos de dominio los criterios de imputación dependerán de la relación sinalagmática entre la "libertad de organizar" y la "responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice", y se imputan consecuencias de la propia organización, mientras que los delitos de infracción de deber se atienen al contenido de ciertas instituciones que equivalen a la misma fórmula que los delitos de dominio, de forma que la responsabilidad trae causa de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor.⁵⁵⁸ La autoría y participación en los delitos de organización se constituye mediante el dominio del hecho y en los delitos de infracción de deber mediante la lesión del deber.⁵⁵⁹

La diferencia material-estructural entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, es evidente en un Derecho penal dirigido a cumplir con la función social de mantener la vigencia de expectativas de conducta, que se defraudan de manera distinta en uno y en otro caso, dando lugar a la configuración de criterios diferenciados de imputación de responsabilidad⁵⁶⁰. En este contexto, entender la doctrina de los citados autores sobre la noción de los delitos de infracción de deber, en contraposición con los delitos de dominio,

⁵⁵⁶ Con referencia a Roxin, así lo explica Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, 2002, pág. 31.

⁵⁵⁷ Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber...*, pág. 38

⁵⁵⁸ Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber...*, pág. 38. En la misma línea, cita el autor a Ramos Tapia, *Prevaricación Judicial*, págs. 136 y ss.

⁵⁵⁹ Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber...*, pág. 39.

⁵⁶⁰ García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, cit. pág. 43.

no es posible sin analizar la teoría del dominio del hecho, que permitirá concretar previamente el ámbito de aplicación de estos delitos.

III.- LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO. DELITOS DE DOMINIO

1.- Origen y fundamentos de la teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho requiere para la determinación de la autoría y la participación de elementos subjetivos y objetivos. A tenor de sus postulados, es autor del delito la persona que *consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho*⁵⁶¹, dirigiendo su acción a la realización de un fin. Desde el punto de vista subjetivo, dicho control se proyecta en la lesión del bien jurídico y, desde el punto de vista objetivo, el sujeto tiene la capacidad de interrumpir el hecho delictivo. Como explica Roxin, las características del concepto dominio del hecho fueron determinadas por Hegler, aunque su contenido material se remonta al comienzo de las teorías de la participación, en las que se esbozan los elementos de los que se pudo extraer la teoría del dominio del hecho⁵⁶². Sin embargo, el punto de partida de la evolución de esta teoría se sitúa en la tesis formulada por Welzel, como mostró en su trabajo de 1939, en la que enlaza el dominio del hecho con la doctrina de la acción final⁵⁶³. A través de esta asociación, el citado autor concluiría que, al igual que hay que distinguir la realización final de un delito doloso de la de un delito imprudente, también habrá que distinguir según el autor realice uno u otro de los referidos delitos. De este modo, en los delitos imprudentes, como todas las causas son equivalentes, no se puede distinguir entre autoría y participación. En cambio, en el caso de los delitos dolosos, autor será el que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser⁵⁶⁴. Esta concepción de autor se sustenta en la concurrencia de tres presupuestos de índole subjetiva, objetiva y relativos al dominio final del hecho. Solo si se dan todos ellos, el autor tiene el dominio del hecho más amplio, en sentido no meramente final, sino también social. Se exige que el autor tenga una voluntad incondicionada de realización, lo que, desde el punto de vista material, equivale a la tesis de la teoría del dolo de que el autor “no reconoce otra voluntad superior a la suya”⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Quintero Olivares, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 614.

⁵⁶² Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. 2ª edic. Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2000, pág. 85.

⁵⁶³ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 85.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, pág. 88.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pág. 20.

El desarrollo de esta concepción de la teoría del dominio del hecho en su configuración actual lo llevó a cabo Roxin, siendo tal la aceptación de la misma que, actualmente, se puede decir que es dominante en la doctrina alemana⁵⁶⁶ y que en España se aprecia una clara tendencia al reconocimiento de sus postulados. Por su parte, la Jurisprudencia alemana, que venía aplicando desde sus inicios conceptos subjetivos de la autoría, comienza una evolución a mediados de los años cincuenta hacia la teoría del dominio del hecho⁵⁶⁷.

Las aportaciones que han realizado cada una de las teorías antecedentes sobre la autoría y participación a la del dominio del hecho han sido determinantes para su configuración y desarrollo, y así lo ha mostrado el propio Roxin⁵⁶⁸. Según este autor, de la teoría subjetiva del dolo, la del dominio del hecho ha extraído la necesidad de dolo. Por su parte, la teoría objetivo-formal también ha contribuido a la teoría del dominio del hecho, pues la idea del dominio de la acción se ajusta al principio final. La teoría de la necesidad ha permitido a la teoría del dominio del hecho solucionar los supuestos de dominio conjunto, a través de la idea de que la aportación al hecho de cada coautor tiene que ser necesaria para la ejecución. De la teoría de la simultaneidad se ha extraído que la coautoría solo es posible donde se ha aportado una acción en la fase ejecutiva, no en la preparatoria. Finalmente, la teoría de la causalidad física y psíquica ha aportado la idea de que no cabe hablar de dominio donde la realización última del tipo dependa aún de la decisión única y responsable de otro.

En este contexto, no se puede dejar de apuntar la existencia de una serie de vertientes de la teoría del dominio del hecho que han tenido cierta relevancia, denominadas por Díaz y García Conlledo⁵⁶⁹ como “versiones heterodoxas” de la misma. Entre todas ellas destaca el autor la de Bloy relativa a las formas de intervención como tipos de imputación, la pertenencia del hecho al autor de Mir Puig, así como la del dominio o determinación objetiva y positiva del hecho de Luzón Peña.

2.- Desarrollo de la teoría por Roxin: Configuración de los delitos de dominio

Señala Roxin que *“los tipos en los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deber especiales, sino por el dominio del hecho,*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, págs. 89 y ss.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, pág. 22.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, pág. 354.

⁵⁶⁹ Díaz y García Conlledo, M., *La Autoría.....*, pág. 603 y ss.

*cabría calificarlos como delitos de dominio*⁵⁷⁰. Esta teoría presupone la necesaria concurrencia de elementos objetivos y subjetivos. El elemento subjetivo es el dolo o voluntad de realizar el dominio del hecho objetivamente entendido. Roxin exige la concurrencia del elemento subjetivo (finalidad o dolo), al señalar que debe existir “*un conocimiento fundamentador del dominio...el autor debe conocer las circunstancias del hecho, y además deber ser consciente de las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento*”⁵⁷¹. Esta interpretación se asienta en la premisa básica aceptada por Roxin de que, desde la perspectiva del concepto del dominio del hecho, el dolo y otros elementos psíquicos no se pueden ubicar en la culpabilidad, pues supondría desmembrar el concepto unitario de dominio, quedando en el plano del injusto solo un concepto objetivo. Por consiguiente, para el autor el dolo pertenece al tipo. No obstante, para el análisis de la autoría, entiende que puede ser necesario en la comprobación del injusto, adelantarse al ámbito de la culpabilidad y tener ahí en cuenta elementos que le pertenecen. De este modo, el dolo, aunque es un elemento subjetivo del tipo también adquiere un significado esencial como grado de culpabilidad.

2.1.- Concreción del concepto de autor como figura central de la acción.

El citado autor se enfrenta al análisis del dominio del hecho, tras realizar una serie de consideraciones metodológicas respecto del concepto de autor, que le llevan a la conclusión de que *autor es la figura central, la clave del suceso en forma de acción*⁵⁷². Sin embargo, desde el punto de vista dogmático, la cuestión que se plantea es qué concretas circunstancias convierten a la persona en la clave del curso del hecho. Con el fin de determinar dichas circunstancias, entiende que es preciso concretar previamente si el concepto del dominio del hecho se ha de presentar como un concepto indeterminado, fijado o abierto. Si fuera indeterminado se delimitaría en cada caso en función de las circunstancias globales concurrentes, si fuera fijado, el dominio del hecho se definiría por referencia a elementos individuales determinados, con los que se podría resolver todo supuesto mediante un proceso deductivo y si fuera abierto, no estaría sujeto a delimitación alguna⁵⁷³. Mientras el primer concepto se revela como inidóneo, en el marco de los principios de seguridad jurídica y de justicia, consustanciales a la idea de Derecho, la segunda categoría también se muestra insuficiente, a tenor de la experiencia extraída de la aplicación de las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales. Descartadas las dos

⁵⁷⁰ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho...* pág. 388.

⁵⁷¹ Díaz y García Conlledo, M., *La Autoría...*, pág. 575.

⁵⁷² Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho...* pág. 130.

⁵⁷³ *Ibid.*, págs. 130 y ss.

primeras propuestas, concluye Roxin que la opción del concepto abierto, que responde a una descripción y al empleo de unos principios regulativos, se considera la más propicia para encasillar el dominio del hecho, en la medida que, por un lado, permite una adaptación a los cambiantes fenómenos vitales, sin renunciar a una cierta determinación y, por otro lado, admite una regulación general que se amolde suficientemente y de forma justa a los casos concretos⁵⁷⁴.

2.2.- Búsqueda de la forma de aplicación del concepto del dominio del hecho.

Sobre la base de las referidas premisas, el autor se adentra en el análisis de todas las posibles formas de intervención para extraer cómo es aplicable el concepto del dominio del hecho, diferenciando inicialmente, entre autoría única, autoría mediata y coautoría. Dicho análisis lo realiza de forma escalonada, centrándose en primer lugar en el grado de influencia ejercida por la realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción). Seguidamente, dando respuesta a la cuestión de si, a tenor del poder de la voluntad, cabe autoría sin intervención propia en la ejecución del hecho (dominio de la voluntad). Finalmente, valorando en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con estos, puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional)⁵⁷⁵.

Del examen que realiza Roxin sobre la posible influencia del sujeto en la realización del tipo se colige que, el que realiza todos los elementos del tipo de propia mano, dolosa y libremente, en todo caso tiene el dominio de la acción y es autor⁵⁷⁶. En todos estos supuestos se considera que tiene dominio del hecho⁵⁷⁷. Por el contrario, quien realiza algún elemento del tipo no es ya por eso autor. Resulta irrelevante si otro le ha coaccionado, ha ejercido sobre el sujeto una presión motivacional socialmente inadecuada, lo ha planeado o se ha llevado el provecho, pues se trata de cuestiones ajenas a la determinación de la autoría⁵⁷⁸. El elemento nuclear es el dominio de la acción como circunstancia apreciable objetivamente, dado que describe una conducta dirigida finalmente y no se centra en el elemento del dolo exclusivamente, pues en dicho aspecto también puede concurrir el partícipe.

⁵⁷⁴ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho.....*, pág. 146.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pág. 149.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, pág. 152.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, pág. 162.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, pág. 154 y ss.

Distintos de los casos de dominio de acción anteriormente mencionados, se encuentran los que falta la acción ejecutiva del sujeto de detrás, de modo que el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora, es decir, se abre el campo del llamado dominio de la “voluntad del autor”⁵⁷⁹. El dominio de la voluntad se corresponde con la autoría mediata y se puede ejercer por medio de coacción, mediante la utilización de un agente no libre, sirviéndose de quien sufre error o es inferior intelectualmente, o a través de maquinarias de poder organizadas. Se apreciará la concurrencia del dominio de la voluntad por coacción y, por tanto, de una autoría mediata en el sujeto de detrás, en todos los supuestos en que la persona que actúa queda exonerada de responsabilidad penal por el ordenamiento jurídico, a tenor de la actuación del sujeto de detrás⁵⁸⁰. En la línea mantenida por la doctrina dominante, Roxin entiende que en el estado de necesidad coactivo el sujeto de detrás ha de ser considerado señor del hecho y autor mediato⁵⁸¹. Tratándose de situaciones de error, se atiende a *la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor*.⁵⁸²

Desde esta perspectiva, se apela al carácter gradual del dominio del hecho, que se estructura en cuatro grados, de los cuales el superior confiere al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo⁵⁸³. El dominio del hecho de primer grado conlleva el mero conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho. El de segundo grado presupone la consciencia de la antijuricidad material. Un tercer grado que requiere la captación del contenido de culpabilidad de la acción que tiene lugar en realidad. Finalmente, el cuarto grado y más amplio, consiste en la realización voluntaria del sentido concreto de la acción. Este último grado atribuye al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo. Este dominio por parte del sujeto de detrás se fundamenta en su mayor conocimiento, que le permite configurar el sentido del suceso de la acción, sin que el que ejecuta directamente pueda alcanzar a entender la trascendencia de su acción. Esta solución es independiente de las teorías sobre el error, de la ubicación del dolo y del alcance de su contenido. En el supuesto de inimputables y menores⁵⁸⁴, el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse en que domina la formación de voluntad del ejecutor directo (como en las situaciones en las que se ejerce una coacción) o en que es capaz de dirigir el suceso en virtud de la supradeterminación configuradora de sentido (como en las situaciones de error).

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pág. 166.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, pág. 193.

⁵⁸¹ *Ibid.*, pág. 169.

⁵⁸² Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 196.

⁵⁸³ *Ibid.*, pág. 222.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, pág. 259 y ss.

El dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, es la última modalidad de esta forma de dominio⁵⁸⁵. En el marco de la misma se ha de señalar que es autor mediato quien es empleado en una maquinaria organizativa e imparte órdenes a subordinados, si utiliza sus competencias para realizar acciones punibles, siendo irrelevante si lo hace por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y por órdenes suyas⁵⁸⁶. Según Roxin, son consideradas formas básicas de autoría mediata las de los que ostentando el poder estatal cometen delitos con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, y las de grupos que cometen delitos como atentados políticos, asesinatos de asociaciones secretas en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. En cambio, para Roxin, los supuestos del instrumento doloso no cualificado no se pueden resolver a partir de la teoría del dominio del hecho⁵⁸⁷. Al ser el ejecutor directo libre al formar su voluntad no se dan ninguna de las posibles formas de dominio de la voluntad.

Finalmente, sobre los postulados de la teoría del dominio del hecho tampoco cabe considerar autoría mediata los supuestos en los que se utiliza el instrumento doloso sin intención, que no actúe coaccionado, ni los del instrumento cooperador doloso⁵⁸⁸. Entre el dominio de la voluntad y el dominio de la acción existe un abanico de supuestos de participación activa en delitos en los que actúa otro. Dentro de estos supuestos se puede diferenciar la cooperación que se realiza en la fase ejecutiva y la que se lleva a cabo en la fase de preparación⁵⁸⁹. Se trata del dominio del hecho “funcional”, independiente del dominio de la acción y de la voluntad, que viene determinado por la función que tiene el sujeto en el conjunto del plan. Roxin comienza por señalar que, al no ser posible englobar todos los grupos de casos referidos a varios intervinientes con funciones heterogéneas, hay que entender que el concepto de dominio funcional debe ser un concepto abierto que se adapte a la forma de cooperación⁵⁹⁰. Partiendo de este concepto, diferencia entre los comportamientos que suponen una cooperación en la fase de ejecutiva y los que se concurren en la fase preparatoria, ya que, uno y otro han de tener diverso tratamiento.

Cuando concurre un dominio conjunto del hecho por varios sujetos, Roxin establece los presupuestos que han de analizarse para concluir que se trata de una cooperación constitutiva de coautoría. Por la propia naturaleza de esta forma de intervención, cada

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pág. 269.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, pág. 275.

⁵⁸⁷ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 286.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, pág. 286 y 287.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, pág. 306.

⁵⁹⁰ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 315.

individuo controla el desarrollo global del suceso en cooperación con los demás. Ninguno de los intervinientes tiene por sí mismo el dominio total del hecho, sino que este lo tienen varios y solo pueden actuar conjuntamente, aunque cada uno tiene en sus manos el destino del hecho global. De aquí se deduce que la idea básica de la coautoría es que, si *dos personas gobiernan conjuntamente una región*, cada uno en su actuación estará vinculado a la cooperación del otro, lo que se traduce en que, si uno no interviene, el suceso no llegará a su fin. Si cada uno de ellos obra libremente y sin coacción, todos dominan el desarrollo del suceso por igual, siendo por tanto coautores⁵⁹¹.

La calificación del interviniente como coautor lleva implícita el tener atribuida una función que en el conjunto del plan es imprescindible para alcanzar el resultado delictivo. A sensu contrario, no será considerado como tal el que no tiene atribuida el desempeño de actividad independiente alguna, el que realiza una aportación en el marco del plan irrelevante, el que realiza un servicio auxiliar o el que proporciona una mera motivación. Para apreciar si hay coautoría y, por tanto, interdependencia entre los intervinientes, también es preciso acudir al criterio del acuerdo de voluntades con respecto a la ejecución del hecho⁵⁹². Se considerará que concurre coautoría, en el supuesto de que un sujeto A y otro C idean un plan por el que A, que trabaja en el departamento financiero de una empresa sustrae cheques mensualmente y se los da a C, que los rellena con nombres de clientes y los presenta al cobro en diferentes entidades bancarias. En este caso, existe un dominio funcional del hecho conforme al plan trazado por los autores, en el que se han dividido las funciones. Por el contrario, no se apreciará coautoría cuando solo uno de los intervinientes conoce la conexión de las partes del hecho, cuando uno se excede conscientemente de lo acordado, cuando uno incurre en un error en la víctima, cuando uno desconoce la intervención del otro, cuando un interviniente es menor, inimputable o actúa por error y se haya de resolver por los criterios de la autoría mediata⁵⁹³ (si, a su vez, el autor mediato ejerce una función esencial para realizar un delito junto a otro, sí habrá coautoría).

Asimismo, cabrá apreciar una coautoría sucesiva, cuando el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros, pero no se le podrá atribuir al segundo interviniente circunstancias cualificantes que el primero ya realizara con carácter previo a su colaboración⁵⁹⁴. En lo que se refiere a la intervención en los actos preparatorios, según los postulados de la tesis de Roxin, no podrá

⁵⁹¹ *Ibid.*, pág. 309.

⁵⁹² *Ibid.*, pág. 311.

⁵⁹³ *Ibid.*, pág. 316.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pág. 320.

considerarse coautor al que no colabora en la realización del hecho y, por tanto, al que no domina el desarrollo de la acción delictiva⁵⁹⁵. A tenor de esta delimitación negativa del alcance de la coautoría, tampoco el criterio de división del trabajo será suficiente para apreciar que existe dominio del hecho, pues ni la preparación del hecho es suficiente para atribuir su autoría, ni se puede considerar que cualquier colaboración en el marco de una división de trabajo, implique la intervención como coautor⁵⁹⁶. El dominio sobre la preparación no puede fundamentar el dominio del hecho.

El ámbito de la coautoría se extenderá a todas las formas de conducta que junto con la realización formal del tipo, aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparable. Para resolver el interrogante de cuándo nos encontramos ante un acto preparatorio y cuando ante una aportación susceptible de entrañar coautoría, Roxin propone aplicar los criterios que se han conformado de la tarea de diferenciar entre actos preparatorios y tentativa⁵⁹⁷. De esta forma, se estimará que constituye parte de la fase ejecutiva lo conectado inseparablemente a la acción típica, lo que forma parte necesaria del acto de realización y, por tanto, lo que es relevante desde el punto de vista de la acción en conjunto.

De acuerdo con los postulados de esta teoría, solo puede caracterizar a la figura central del suceso delictivo cuando el comportamiento punible configurado por la ley es dominable, entendiendo como tal aquellos sucesos cuyos efectos prohibidos residen en el plano material o psíquico⁵⁹⁸. En consecuencia, para la mayoría de los delitos es aplicable el concepto de dominio del hecho. Lo que conlleva que, a sensu contrario, cuando la ley tipifica acciones contrarias a valores por sí mismas, no sería aplicable esta teoría. Tampoco podrá atenderse a la idea de dominio para determinar la figura central del acontecer delictivo cuando el legislador define la persona del autor mediante elementos especiales entre los intervinientes, que entrarían en la categoría de delitos de infracción de deber, como por ejemplo en el caso de los tipos referidos a funcionarios.

Aun cuando se puede considerar que esta teoría es dominante en la doctrina en Alemania, por un lado, existen posiciones confrontadas en cuanto al planteamiento de ciertas cuestiones y, por otro lado, existen autores que han venido formulando otras teorías

⁵⁹⁵ *Ibid.*, pág. 325

⁵⁹⁶ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 333.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pág. 334.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, pág. 369.

que se alejan de sus postulados⁵⁹⁹. Entre los planteamientos divergentes, señala el propio Roxin que hay partidarios de un concepto del dominio del hecho estructurado normativamente, que se acercan más a las relaciones reales de dominio. En este grupo se encasillaría Jakobs, para quien el dominio del hecho "*se determina en la doctrina en general demasiado naturalísticamente (dominio como hecho) y demasiado poco normativamente (dominio como fundamento de incumbencia)*". Por el contrario, se refiere el autor a Renzikowski, quien defiende la posición de que: "*Una dogmática penal normativa sin relación a hechos carece de fundamento*"⁶⁰⁰. En segundo lugar, mientras un sector rechaza la figura del autor de detrás del autor, por entender que detrás de un autor responsable ningún otro puede tener el dominio del hecho, el propio Roxin defiende la posición, refutada por la propia jurisprudencia, de que diversas manifestaciones del dominio pueden concurrir simultáneamente y con distinto grado. Entre los defensores de otras teorías que propugnan una delimitación de la autoría y participación sobre criterios diversos al dominio del hecho, Roxin nombra a Schimidhäuser, Stein, Kohler/Kleschzewski y Freund⁶⁰¹.

En España también esta doctrina ha ido ganando adeptos, aun cuando en algunos casos han venido introduciendo ciertas variantes, entre los que se puede citar Bacigalupo⁶⁰², Gimbernat Ordeig⁶⁰³ y Gracia Martín⁶⁰⁴.

3.- La posición de Jakobs sobre los delitos de dominio: los delitos de organización

El dominio del hecho, según Jakobs, permite al partícipe configurar su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito y se limita a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que esta no sea dañosa⁶⁰⁵. Se trata de delitos en los que la responsabilidad se asocia a los actos organizativos del titular de un ámbito organizativo que

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pág. 688.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, pág. 690.

⁶⁰¹ *Ibid.*, pág. 699.

⁶⁰² Bacigalupo, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, ed. Akal/Iure, Madrid, 1997, págs. 360-362.

⁶⁰³ Gimbernat Ordeig, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966, págs. 146 y ss.

⁶⁰⁴ Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I*, edit. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, págs. 266 y ss.

⁶⁰⁵ Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª edic., Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997. Traducción Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González Murillo, pág. 791. Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, edit. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1995, pág. 67. Como explica Lesch, imputación objetiva se basa en el quebrantamiento de los límites de un rol social, según lo cual se puede diferenciar entre delitos por competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional. La definición del riesgo típico depende de qué clase de competencia se fundamente.

se denomina dominio del hecho⁶⁰⁶. Es así como, en la mayoría de los delitos, la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización⁶⁰⁷. Se consideran como tales los delitos en los que el interviniente tiene con la víctima una relación exclusivamente negativa, es decir, quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no se extralimite en detrimento del ámbito de organización ajeno. Este es un ámbito de organización del comportamiento en general, del quebrantamiento de un rol común. Las expectativas ligadas al rol son definidas negativamente. La persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo ha de configurarlo de forma que no se dañen los bienes jurídicos. La facultad y libertad de organización es el fundamento de la competencia y supone que la persona se ha de responsabilizar por las consecuencias⁶⁰⁸.

3.1.- *Las formas de autoría en Jakobs.*

Entre las formas de autoría, este autor distingue cómo operan las diferentes modalidades. Es autor el que ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, presentando las cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito. Comprende la realización directamente del tipo⁶⁰⁹. Según Jakobs, la distribución de aportaciones necesarias para la ejecución del hecho delictivo, en todos o algunos de los estadios del delito y de acuerdo con un plan preestablecido, constituye coautoría⁶¹⁰. Por tanto, requisitos de la coautoría son la existencia de una decisión común del hecho, que ha de llevar implícito un acuerdo expreso sobre la distribución de las aportaciones singulares y la intervención en la comisión a título de autor. Si falta este elemento, tan solo habrá responsabilidad a título de autor. Esta decisión no tiene que nacer libre de coerción o error, pues la responsabilidad es consecuencia del ajuste e independiente de la voluntad de tener responsabilidad. Ha de concurrir el dolo al realizar la propia aportación al hecho, pero si desaparece antes de la acción ejecutiva que lleva a cabo otro, no impide la coautoría si esta

⁶⁰⁶ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*cit. pág. 718.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, pág. 730.

⁶⁰⁸ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva...*págs 67 y ss. La libertad de organizar engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo, ya que varias personas pueden organizar sus comportamientos y actuar como una unidad organizativa colectiva, asumiendo una administración común, por la que responderán también colectivamente. El ámbito de la organización conjunta de comportamientos es el ámbito de la intervención accesoria.

⁶⁰⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*cit. pág. 744. Solo existe una persona que organiza el delito, por sí misma, actuando de propia mano.

⁶¹⁰ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*cit. págs. 745 -746. Señala este autor que la coautoría es relevante para fundamentar la responsabilidad a título de autoría en personas que no realizan ningún elemento del tipo de propia mano y tampoco son superiores al ejecutor (autoría mediata) ni determinan el suceso delictivo en menor medida que el ejecutor, por lo que son plenamente responsables en igualdad con el ejecutor.

conserva su eficacia⁶¹¹. Así, la responsabilidad la limita el dolo y otros elementos delictivos personalísimos. Por el exceso de uno de los intervinientes no cabe responder en concepto de coautor. El error en la persona por parte del ejecutor se convierte en un exceso de este, si aun intentando ajustarse a los criterios dados, no habría actuado de dicha forma⁶¹². Desde el punto de vista objetivo, se requiere la comisión en común. Cuando falta la participación en el dominio formal del hecho también falta siempre en el ámbito de la coautoría el dominio de la decisión, siendo el ejecutor no subordinado quien decidirá si se realizará o no el hecho⁶¹³. Aun cuando no se intervenga en el dominio de la decisión es posible la coautoría, a través de la configuración conjunta. La configuración del hecho consiste en disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto, tal y como se perfecciona desde la acción de ejecución hasta la consumación⁶¹⁴. Para ser considerado coautor tiene que codeterminar la acción ejecutiva. Dicha determinación conjunta del hecho, puede llevarse a cabo mediante la realización única de un acto ejecutado de propia mano. En cuanto a los partícipes que configuran determinadas modalidades en conexión con la ejecución del hecho, pero independientes del mismo, no tienen ninguna incidencia en el marco de la coautoría (aseguramiento del lugar, facilitar la huida).

En los supuestos en los que hay una multitud de intervinientes en acciones paralelas dirigidas a ejecutar un único resultado delictivo, pero no todas las acciones de los participantes causan el resultado, se ha de tener en cuenta que la imputación de la consumación presupone la configuración de la acción ejecutiva que produce el resultado. Coautores pueden serlo también los intervinientes que influyen en la acción mediante la configuración conjunta coordinada, aun cuando, de haberse apartado ellos, los habrían reemplazado otros, ya que al fin y al cabo han configurado realmente⁶¹⁵. Cuando las aportaciones al hecho son alternativamente eficaces y se realizan por distintas personas se siguen las reglas generales. Es decir, solo quien al menos configura conjuntamente la aportación de los otros, responde en concepto de autor en ambos casos⁶¹⁶. La coautoría conlleva que se responde plenamente por el hecho delictivo, al haberse realizado actos de organización de la misma importancia. Por consiguiente, no responderá como coautor el que realice acciones que ya antes de su colaboración fueron realizadas por otros. Los coautores cometen conjuntamente un hecho, cuando comienzo y terminación de ese hecho

⁶¹¹ Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General...*, pág. 747.

⁶¹² *Ibid.*, pág. 748.

⁶¹³ *Ibid.*, pág. 749.

⁶¹⁴ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*cit. pág. 750. Las configuraciones son la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio y de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo.

⁶¹⁵ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*cit. pág. 754.

⁶¹⁶ *Ibid.*, pág. 754 y 755.

se ejecutan unitariamente⁶¹⁷. Se apreciará tentativa de delito en coautoría cuando el hecho, si lo ejecutase en su totalidad un interviniente, llegaría al estado de tentativa.

Por su parte, en la autoría mediata se emplean *acciones de otras personas*, siendo característica de esta forma de autoría la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión. El autor mediato es responsable de dificultar al instrumento que evite la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación⁶¹⁸. El instrumento también es autor mediante el dominio de la acción o de la configuración. La superioridad del dominio de la decisión ha de determinarse normativamente, según su efecto sobre la imputación al ejecutor, y puede dividirse entre varias personas que uniendo sus fuerzas empleen para sí un instrumento⁶¹⁹. El autor mediato debe realizar en su persona los elementos de la autoría específicos del delito. Si le falta la cualificación de autor, no puede ser más que partícipe. El autor comete mediante un instrumento un hecho propio. El comienzo de la influencia sobre el instrumento, supone el inicio de la tentativa. La acción por parte del autor mediato concluye al acabar de influir sobre el instrumento, es decir, cuando concurren los presupuestos de la tentativa acabada. En los supuestos en los que el ejecutor incurre en un error en la individualización de la víctima, continúa existiendo autoría mediata, siempre que el ejecutor se atiene a las pautas marcadas por el autor mediato⁶²⁰. Concurrirá también autoría mediata en los supuestos en los que el instrumento actúa sin dolo e incurre en un error en la individualización⁶²¹. El hombre de atrás puede responder por consumación dolosa, si el instrumento ha de localizar dolosamente al objeto de ataque y se atiene a las pautas marcadas. El autor mediato para ser “superior”, deberá conocer que realiza las circunstancias que le hacen autor, es decir, las circunstancias que excluyen el comportamiento responsable del instrumento. En este sentido, concluye Jakobs que *“El marco penal del comportamiento en autoría mediata es el mismo que se aplica a la autoría de propia mano o a la coautoría. Sin embargo, el derecho positivo comprende como autoría mediata algunos supuestos en que se aprovecha un instrumento que actúa sin dolo, supuestos que en realidad constituyen participación en un hecho no doloso. En tanto que en estos casos de participación comprendidos dentro de la autoría mediata se trata de complicidad, hay que reducir el marco penal.”*⁶²²

⁶¹⁷ *Ibid.*, págs. 759 -760.

⁶¹⁸ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*, pág. 763. Como afirma Jakobs, en esta forma de autoría también es posible que el acto antijurídico quede excluido por una causa de justificación.

⁶¹⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General...*cit. pág. 765.

⁶²⁰ *Ibid.*, pág. 785.

⁶²¹ *Ibid.*, pág. 767.

⁶²² *Ibid.*, págs. 786-787.

Finalmente, Jakobs hace referencia a otra forma de autoría, como es la “autoría simultánea”, en la que varias personas cometen, independientemente unas de otras, cada una un hecho, sin que se pueda calificar como participación⁶²³.

3.2.- Estudio de la autoría en los delitos de omisión.

En lo que se refiere a los delitos de omisión, en los que se actúa en virtud de la responsabilidad por la organización, la distinción de las formas de intervención se realizará de igual forma que en los de comisión. Habrá autoría por omisión en todas sus formas y además participación por omisión. Para ser autor, el que omite tiene que ostentar los especiales elementos objetivos y subjetivos de autoría. En la intervención por omisión en los casos de coautoría y participación con dolo de consumación, tiene que omitirse evitar un hecho principal doloso y antijurídico, o la tentativa de este. La delimitación entre coautoría y complicidad se deberá efectuar atendiendo a si las partes del curso causal, que pertenecen al ámbito de organización del autor de la omisión, codeterminan la configuración del hecho en plano de igualdad con el autor principal (coautoría) o son menos trascendentes (complicidad). Solo en casos de amplia división del trabajo habrá coautoría. La complicidad se tratará igual que en los supuestos de comisión de acuerdo con el criterio de causalidad hipotética. Es cómplice por acción el que presta una aportación reemplazable y por omisión el que, infringiendo su deber, no prepara un obstáculo superable para el hecho. En coautoría se trata de igual forma.

En cuanto a la autoría mediata por omisión se daría cuando la circunstancia que en el ejecutor excluye la imputación es el fundamento de responsabilidad para el autor de la omisión. Ejemplo es el mecánico que no arregla una pieza del motor y el sujeto tiene un accidente.

Según Jakobs, la doctrina dominante aplica para los deberes de garante en virtud de responsabilidad por organización las reglas generales de los delitos de infracción de deber, aun con ciertas modificaciones, lo que provoca problemas en relación con la tentativa de delitos irresolubles. La cuestión de cómo distinguir las formas de participación en el delito de comisión, a partir del lado de omisión, se resuelve mediante la atenuación de la pena general para la omisión. Pero entiende el autor que estas dificultades no se producen cuando se aplica su criterio de derivar las formas de participación a partir del fundamento de

⁶²³ *Ibid.*, pág. 787.

responsabilidad. No obstante, en ocasiones se excluye la inducción por omisión y la autoría mediata por omisión.

IV.- LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

El nacimiento de los delitos de infracción de deber ha supuesto la apertura de un espacio diáfano en el que diversos autores han venido conformando los criterios que permiten su aplicación y difusión, siendo determinante para dicha construcción las aportaciones doctrinales del propio creador de la categoría, Roxin, de Jakobs y de otros autores que, a la luz de los postulados de estos, han dado respuesta a interrogantes que planteaban sus teorías⁶²⁴. Todavía son muchas las cuestiones que quedan por perfilar y diversas las críticas de los que son objeto sus tesis, pero, como veremos, las bases en las que se asientan son sólidas y, en general, dan una respuesta convincente a los problemas que se generan para delimitar la autoría y la participación en los supuestos en los que interviene un sujeto al que se atribuyen unos específicos deberes.

1.- Construcción de la categoría de delitos de infracción de deber por Roxin.

1.1.- Origen de los delitos de infracción de deber. El deber extrapenal.

Roxin coincide con la doctrina dominante en que, mientras que en los tipos se describe la acción y la persona del autor, los preceptos sobre participación hacen referencia a causas de extensión de la pena, de forma que, si el tipo requiere características especiales para describir al autor, su concurrencia es imprescindible para atribuir la autoría. De lo anterior deduce que solo el *intra-neus* puede ser autor de los delitos especiales⁶²⁵. No obstante, este autor se percata de que, más allá de las condiciones especiales establecidas por el legislador para atribuir la autoría, se aprecia la existencia de una serie de delitos en los que se considera autor a aquel que viene obligado por un deber específico a comportarse adecuadamente⁶²⁶. En estos delitos, la infracción consciente del deber específico o no evitadora del resultado típico por el obligado al que se encomienda una concreta materia jurídica fundamenta su estructura, en la que lo relevante no es la configuración externa de la conducta del autor sino la contravención de las exigencias del deber asumido. La figura

⁶²⁴ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 742. No obstante, Roxin ha apuntado que son muchas las cuestiones a las que hay que dar respuesta.

⁶²⁵ *Ibid.*, pág. 386.

⁶²⁶ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 386.

central es entonces el infractor del deber extrapenal por la que contribuye por acción u omisión al resultado, siendo intrascendente para la configuración del tipo el dominio del hecho⁶²⁷.

En este sentido, se puede constatar que no es la caracterización de un delito como especial lo que determina la estructura y por lo tanto, la forma en la que se determina la autoría⁶²⁸, sino la vinculación con un deber extrapenal que no es el de no transgredir la norma penal, que afectaría a todos los delitos, sino un deber extrapenal que no obliga necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesario para la realización del tipo⁶²⁹. En definitiva, se alude a deberes específicos de diferentes tipos configurados con carácter previo en otras ramas del ordenamiento, por los que el constreñido tiene una especial relación con el contenido de injusto del hecho⁶³⁰. El alcance de estos deberes que son objeto de protección por la disciplina penal vienen establecidos en normas de derecho público o privado.

Debido a su carácter de obligado, el sujeto se sitúa en el centro del suceso de la acción. Estos deberes no se extienden necesariamente a todos los implicados en el delito, pero son necesarios para la realización del tipo. No obstante, a posteriori el citado autor ha venido a apuntar que no todos los deberes especiales cuya transgresión fundamenta la punibilidad han de ser de índole extrapenal. En síntesis, el criterio normativo del deber especial extrapenal fundamenta la autoría, sin tener en cuenta la voluntad del autor ni el dominio del hecho⁶³¹. Cuestión diversa es determinar cuáles son los concretos deberes extrapenales fundadores de la autoría, que Roxin plantea como uno de los aspectos que menos ha analizado. Ejemplo de ello es el cambio de posición que ha mantenido respecto de los delitos imprudentes, que en un primer momento incluyó como delitos de este tipo y, posteriormente, los excluyó afirmando que *la vulneración del deber general de*

⁶²⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito, trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Director) y otros, edit. Civitas, Navarra, 2014, pág. 179.

⁶²⁸ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 386. La concepción de Roxin de los delitos de infracción de deber presupone que los delitos especiales aplican un concepto unitario de autor respecto de todos los intervinientes especialmente obligados.

⁶²⁹ *Ibid.*, pág. 387. En lo que se refiere a los delitos imprudentes, señala Roxin que solo entrarán en la categoría de los delitos de infracción de deber cuando se requieran deberes especiales extrapenales que impliquen requisitos de autoría especiales. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 181.

⁶³⁰ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 387. No obstante, en la parte final de 1999 afirma que le parece dudoso que los deberes especiales fundadores de la punibilidad sean todos de índole extrapenal. García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho*.....cit. pág. 47 y referencia a Tiedemann en nota a pie de página nº 104, quien mantiene que los deberes jurídico-penales, en principio están referidos a su contenido extra-penal y solo en el supuesto de que no exista dicha norma penal o la misma sea imprecisa se admite su configuración desde una perspectiva fáctica.

⁶³¹ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 390.

*cuidado, constitutiva del injusto, simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los tipos dolosos*⁶³².

De acuerdo con estas características, los delitos de infracción de deber nacen con estructura propia en sectores de la vida ya conformados jurídicamente, como son las relaciones entre el administrador con el patrimonio y mandante, cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida⁶³³. Subrayado el papel social que desempeñan los deberes en los que se asientan estos tipos, es indiferente si la infracción se realiza por acción o por omisión. Partiendo de estas premisas, si nos encontramos ante un administrador que permite la distracción del patrimonio societario ofreciendo información fraudulenta podría considerarse de partida como autor del delito, mientras que el *extraneus* o persona ajena al cargo de administración, aunque domine la sucesión de conductas delictivas, únicamente podrá llegar a ser un mero cómplice⁶³⁴.

Bajo estas proposiciones, Roxin parte de una teoría de la autoría y participación que diferencia en dos vertientes de forma justificada y muestra sus diferencias⁶³⁵. Según el autor, el dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso y, por tanto, se centra en mayor medida en criterios descriptivos (el autor orienta conscientemente la causalidad hacia el resultado típico y, por tanto, domina el hecho). En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención y el dominio del hecho es indiferente y los criterios de delimitación se deducen intelectivamente. Mientras los delitos de dominio extraen su contenido normativo de la teoría dominante de los bienes jurídicos, los de infracción de deber se centran en la persona del autor (funcionario) y en el deber especial extrapenal que surge de una determinada situación jurídica y que es diverso y se antepone al deber común de no incurrir en una conducta penal típica y antijurídica. Son diferencias que resultan de la estructura dispar de los tipos. El legislador configura el tipo como un delito de uno u otro tipo, en función de si considera importante la infracción del deber y es por tanto, en la norma penal donde se determina si el delito se estructura como de dominio o de infracción de deber.

Dada la diferente estructura de estos delitos, la teoría del dominio del hecho deviene inaplicable, siendo necesario delimitar las formas de autoría y participación con diferentes

⁶³² *Ibid.*, pág. 743.

⁶³³ Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, 2ª edic, Edit Hammurabi, 2002. Trad. Fco. Muñoz Conde, págs. 63 y 64. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 181.

⁶³⁴ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 181.

⁶³⁵ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*....cit. pág. 413.

parámetros. Surge así el entendimiento de que en determinados tipos de delitos el deber extrapenal determina la figura central del suceso y, a su vez, la autoría. La autoría es un término equivalente a la infracción del deber. El autor por tanto viene determinado por la ley penal y la identificación de este tipo de delitos se ha de extraer de la estructura del tipo.

El legislador toma la decisión de configurar el delito como un tipo como delito de dominio o de infracción de deber, tras realizar un juicio valorativo. Si considera que es la posición de deber el elemento que debe erigirse como principal a los efectos de considerar la lesión del bien jurídico, el obligado se convierte en el centro o figura principal en torno al cual se aplica el tipo. Por el contrario, en los delitos de dominio el comportamiento externo es el elemento relevante y pierde significación la posición del sujeto. Los conceptos de dominio y de deber constituyen elementos o realidades previamente conformadas que pueden identificarse o apreciarse del examen de la estructura del tipo. Por lo tanto, la determinación de si un delito se clasifica como delito de infracción de deber exigirá la interpretación individualizada de los tipos de la parte especial. Una vez efectuada dicha clasificación, quedarán predefinidas las normas a aplicar en torno a la autoría y participación. En todo caso, el fundamento de la punición en ambos tipos de delitos de dominio y de infracción de deber es la lesión del bien jurídico, de forma que ambas categorías de delitos se diferencian en sede de autoría y participación.

En el análisis de determinados tipos, la virtualidad fundamentadora de la autoría del elemento del deber se extrae automáticamente de la formulación del tipo. En otros, se requiere un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la autoría, que no resulta tan evidente desde el tenor literal.

1.2.- Delimitación de las formas de autoría en los delitos de infracción de deber.

Las formas de autoría reciben un distinto tratamiento en el marco de los delitos que responden a esta estructura de los delitos de infracción de deber. Mientras en los delitos de dominio del hecho se exige la representación de las circunstancias relevantes del curso del hecho, la posición de deber es independiente de si el agente se la ha representado en concreto, aunque se exige la consciencia de las circunstancias fundamentadoras del deber. La posición especial de deber que fundamenta la autoría se ubica sistemáticamente, igual que el dominio, en el ámbito del injusto típico.

Dicha diferente estructura se aprecia en el terreno de la **coautoría**, en el sentido de que solo entrará en juego esta figura cuando la determinación del resultado se produzca, no por la aportación común en la fase ejecutiva ni por el dominio del hecho, sino por el quebrantamiento conjunto por varias personas de un mismo, común y único deber. La estructura de la coautoría de los delitos de infracción de deber difiere del concepto general de autor y reduce su ámbito de aplicación al quebrantamiento conjunto de un deber común, cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber a la vez.

Esta premisa permite deducir que la coautoría deviene inaplicable cuando la obligación se limita originariamente a un individuo. También decaerá la coautoría cuando los sujetos no se encuentren obligados por un deber de la misma entidad de forma concurrente. Se refiere a asuntos confiados a varias personas a la vez, como puede ser el deber encomendado a varios funcionarios para evitar una evasión de presos⁶³⁶. De forma contraria a los delitos de dominio, en los que el favorecimiento o la prestación de ayuda conllevarían una mera participación, en los delitos de infracción de deber estas formas de intervención se convertirían en autoría. El empleo de conceptos como son el de “favorecer” o “prestar ayuda” que aluden en general a una participación, muestran cómo las descripciones típicas delimitan entre sí al autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber. Desde el punto de vista de los delitos de dominio, favorecer constituye complicidad y desde los de infracción de deber es autoría⁶³⁷.

El favorecer a un delito de manipulación de cuentas anuales por parte de un administrador obligado especialmente a su correcta confección se consideraría simplemente complicidad desde la perspectiva del dominio del hecho, pero desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber sería coautoría. En este sentido, es gráfico el empleo del ejemplo referido a dos sujetos que han de administrar conjuntamente un patrimonio. Ambos tienen el plan de embolsarse caudales, pero la ejecución la lleva a cabo solo uno, mientras que el otro se limita a la fase preparatoria. Ambos son autores del delito de administración desleal porque el que solo auxilia también infringe el deber de velar por el patrimonio, ya no es necesario que concurra el dominio del hecho⁶³⁸. Del mismo modo, si un administrador único desde el extranjero pide a un *extraneus* que haga desaparecer el dinero, el que actúa no es autor del delito de administración desleal, por no estar sujeto al deber de lealtad y, del mismo modo, el administrador tampoco respondería por faltar el dominio del hecho. Esta solución no sería lógica, por cuanto el administrador es autor de una deslealtad,

⁶³⁶ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 391.

⁶³⁷ *Ibid.*, pág. 392.

⁶³⁸ *Ibid.*, pág. 389.

sin que interfiera de modo alguno el criterio del dominio del hecho. Entonces, la delimitación entre la autoría y la participación se habría de realizar en función de si el interviniente ocupa o no la posición de deber extrapenal descrita por el tipo⁶³⁹ con independencia del dominio del hecho.

En el campo de la autoría mediata también se atenderá solo a la infracción del deber especial extrapenal y no al dominio del hecho⁶⁴⁰. En los delitos de infracción de deber la autoría mediata no requiere dominio del hecho, sino que es suficiente con que el obligado por el deber asigne la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría⁶⁴¹. En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. En los delitos de infracción de deber la autoría mediata no requiere el dominio del hecho, sino que el sujeto esté sometido al cumplimiento de un deber y que deje la ejecución de la acción a otra persona ajena a dicho deber⁶⁴².

Al fundamentarse la teoría de la infracción de deber en que el sujeto cualificado, por la infracción de deber extrapenal subyacente al tipo (el dominio del hecho deviene irrelevante), se convierte en figura central del suceso, ya se resuelve el problema de la autoría mediata del sujeto de detrás especialmente obligado cuando este emplea a un *extraneus* que domina el transcurso externo del hecho⁶⁴³. En efecto, en los supuestos del instrumento doloso no cualificado, entendiéndose que el obligado especial que determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, pues ha vulnerado su deber extrapenal y ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo. El *extraneus* que tiene el dominio del hecho será cómplice. Aunque la fundamentación no coincide con la doctrina dominante, el resultado sí⁶⁴⁴. Si el obligado especial omite impedir que un tercero produzca el resultado antijurídico también resulta ser autor mediato. Es decir, el sujeto obligado infringe el deber que da lugar al resultado típico (figura central), mientras que permite a otro sujeto no obligado por el deber que ejecute la acción que va a dar lugar a la afectación del bien jurídico de forma dolosa o imprudente. El

⁶³⁹ *Ibid.*, pág. 389.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, pág. 393.

⁶⁴¹ *Ibid.*, pág. 394.

⁶⁴² Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 394.

⁶⁴³ Zugaldía Espinar, J.M., *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edic., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. Afirma el autor que también cabe la autoría mediata en este tipo de delitos, ya que basta que el sujeto obligado por un deber especial deje la ejecución de la acción a una persona que no esté sometida a la posición institucional de la que nace el deber que fundamenta la autoría.

⁶⁴⁴ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 394. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 183.

sujeto obligado es así el único autor del hecho delictivo y sin su presencia no habría conducta típica alguna⁶⁴⁵.

Si se aplicara el criterio del dominio del hecho, la conducta del administrador que utiliza a un empleado no obligado por los deberes extrapenales para elaborar un documento recogido en el art. 290 CP y, en particular, las cuentas anuales devendría impune por carecer del dominio del hecho y en consecuencia podría eludir fácilmente sus competencias situándose detrás de otro sujeto que llevara a cabo la ejecución material del hecho delictivo. El sujeto de delante no reuniría la cualificación del autor exigida por la Ley y el sujeto de atrás que es el obligado especial no tendría el dominio del hecho⁶⁴⁶. Por este motivo, en los supuestos en los que el sujeto no tiene el deber específico determinado por el tipo, tiene el efecto de que, al margen de la intensidad del auxilio, no pasa de ser partícipe del delito del sujeto obligado⁶⁴⁷. De acuerdo con la clasificación de los delitos de infracción de deber, el administrador es un autor mediato que vulnera el deber especial extrapenal y menoscaba el bien jurídico descrito en el tipo. Se diferencia la autoría mediata de la coautoría, en que en esta varios obligados infringen el deber conjuntamente, mientras que en la autoría mediata cooperan *intraneus* y *extraneus*⁶⁴⁸. En cambio, el *extraneus* que actúa a lo sumo puede considerarse cómplice. El principio de accesoriedad aplica porque el *extraneus* depende de la infracción del deber especial, en vez del dominio del hecho. La condena más leve para el *extraneus* responde a consideraciones de merecimiento de pena que nada tienen que ver con la autoría.

Los delitos que responden a la estructura de delitos de infracción de deber también tienen especialidades en relación con la inducción, puesto que en el caso contrario de que fuera el *extraneus* quien fuerza a un *intraneus* obligado especial a la comisión del delito, no se considerará autor sino inductor, aunque tenga el dominio del hecho⁶⁴⁹. Del mismo modo, se considera partícipe a aquel que coopera en la realización del hecho. Lo expuesto permite

⁶⁴⁵ En contra de esta concepción de la autoría mediata, Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los Delitos Societarios*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2002, Madrid, págs. 100-102.

⁶⁴⁶ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 184-185. El autor cita que si bien la jurisprudencia en Alemania no ha admitido esta doctrina, de facto ha adoptado resoluciones (ej. BGHSt 9, 217) en las que considera que se refiere a la especialidad de determinados tipos hace que los propios miembros del círculo de personas respondan por regla general como autores, siempre que concurren los elementos especiales del tipo, de modo que desde su posición “cuando solo permitan o fomenten o favorezcan que otro perjudique inmediatamente con su conducta a la corporación, infringen sin embargo un deber de proteger y ocuparse del patrimonio precisamente impuesto a ellos personalmente”. Responden en estos casos por “el deber de proteger y ocuparse del patrimonio impuesto personalmente”.

⁶⁴⁷ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*....., pág. 397.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, págs. 394-395.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, pág. 397.

concluir que el concepto de autor de los delitos de infracción de deber se extrae del análisis del tipo.

1.3.- las omisiones en los delitos de infracción de deber.

Según Roxin, en los delitos de infracción de deber no se diferencia entre acción y omisión. No existe diferencia entre actuar y omitir. La infracción del deber presupone el vínculo entre el sujeto y el bien jurídico dañado, sin que la forma de actuar como tal tenga relevancia. De acuerdo con el elemento del deber o especial posición de garante, acción y omisión se muestran como equivalentes. En su análisis sobre la delimitación entre autoría y participación, Roxin expone que todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, cuya fuente es el deber extrapenal. Por lo tanto, es la infracción del deber y no el dominio del hecho lo que determina la comisión del delito. El dominio del hecho no puede equipararse a la capacidad de evitar el resultado, porque no cabría diferenciar autoría y participación. Defiende este autor que de considerar a los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, la vulneración del deber extrapenal de garante convierte por sí solo al omitente en autor. La participación por omisión solo cabe allí donde el tipo no es realizable por omisión⁶⁵⁰.

De este modo, la infracción del deber es el criterio que determina la autoría tanto en el caso de las conductas activas de algunos delitos como en las omisivas de los sujetos obligados por un deber extrapenal. De acuerdo con lo anterior, en los delitos de dominio por comisión se siguen las reglas generales de los delitos de dominio y si se efectúan por omisión su estructura se equipara a los delitos de infracción de deber y como tales serán tratados en sede de autoría y participación. Responden por tanto a una estructura doble. No obstante, el autor reconoce que la delimitación de autoría y participación en las omisiones se trata del punto menos esclarecido en la teoría de la participación, dándose la circunstancia de que cada vez es más inestable la doctrina dominante que venía considerando que en caso de autoría comisiva simultánea, siempre es cómplice el que omite su deber⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 749.

⁶⁵¹ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 753. Analiza el autor la evolución de los delitos de infracción de deber y, en particular, la autoría y la participación en los delitos de omisión. Apunta el autor que muchos estudios nuevos reconocen su tesis de la autoría por omisión en caso de autoría por comisión simultánea de otro. Asimismo, señala que el legislador alemán ha reconocido también la tesis defendida de atenuación facultativa de la pena para delitos omisivos (13.2 StGB).

En los supuestos de infracción de deber por omisión, la delimitación entre autoría y participación se ajusta también, según la tesis de Roxin, a unas reglas particulares. Según la teoría de Roxin habría que distinguir las conductas omisivas en función de los tipos a las que se refiere. En primer lugar, estarían los tipos positivizados en los que resulta determinante la lesión de un deber específico y no el comportamiento del autor, por lo que es intrascendente si dicho comportamiento es por acción o por omisión. Del mismo modo, es irrelevante la comisión por acción o por omisión a los efectos de la determinación de la pena. En segundo lugar, estarían en los que el legislador ha realizado una descripción del tipo muy precisa, pero en los mismos pueden ser subsumidas tanto acciones como omisiones. Mediante una omisión no podría ser dominado nada. Se trataría de tipos en los que no hay un deber especial (lesiones), pero que pueden ser cometidos por omisión. Se trata de delitos "impropios del dominio del hecho" (ejemplo del policía que no impide unas lesiones, es una omisión y no hay dominio, pero se formula como un delito del dominio del hecho). El criterio debería ser el del dominio del hecho, pero al ser una omisión y no un comportamiento activo no cabe aplicar el mismo.

Se plantea Roxin la posibilidad de aplicar el criterio del dominio social del hecho, pero al intentar adaptarlo a los diferentes casos, comprueba que no es asumible. El omitente es autor por incumplir el deber de evitar el resultado, que a su vez determinará la pena, no por el dominio social del hecho. Finalmente, llega a la conclusión de que se trata de lesiones de bienes jurídicos que cometidas por comisión constituyen delitos de dominio del hecho, al realizarse por el autor lo descrito por el tipo, pero se convierten en delitos de infracción de deber cuando se realizan por omisión. Se entiende que el omitente garante, el que tiene un deber, es el que puede cometer el delito. La posición de garante residiría en el deber extrapenal. Los delitos de dominio del hecho con estructura omisiva se convierten en delitos de infracción de deber y por tanto, la autoría y participación quedan sujetas a reglas diversas. Si se cometen por acción, darán lugar a delitos de dominio y si se cometen por omisión a delitos de infracción de deber: "Todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto son ejecutables por omisión, presentan una estructura doble: son delitos de dominio como de infracción de deber, y por eso, en función de si se trata de un hacer o un omitir, están sujetos a una delimitación completamente distinta en las formas de participación"⁶⁵²

En los delitos de infracción de deber las acciones son totalmente equivalentes a las omisiones, sin distinción entre mandatos y prohibiciones. Es irrelevante si la infracción del

⁶⁵² Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 497.

deber se produce por acción u omisión. Se tratan de tipos unitarios que abarcan la acción y la omisión. Los presupuestos del tipo objetivo del delito de omisión impropia serán entonces los siguientes: (i) la situación típica, como una situación que exige una intervención, que consiste en el peligro de producción del resultado; (ii) la no realización de la acción requerida; (iii) la capacidad individual de acción del omitente; (iv) la imputabilidad objetiva del resultado, por la que la realización de un riesgo no permitido fundamenta la imputación al igual que en el delito comisivo, pero el omitente encuentra previamente el riesgo ilícito en la situación típica y no lo crea él mismo; y (v) la posición de garante y la equiparación con la conducta activa descrita en la Parte Especial, además de los presupuestos establecidos en el precepto por el que se regula la comisión por omisión⁶⁵³.

Las formas de autoría en los delitos cuya configuración omisiva responden a una serie de peculiaridades. El garante que deja que un tercero que actúa por error, o en estado de inimputabilidad lesione el bien jurídico garantizado es un autor directo. La autoría mediata no es posible en el marco de los delitos de infracción de deber omisivos⁶⁵⁴, frente a algunas posiciones doctrinales que sí la admiten con carácter general. No es admisible, señala Bacigalupo, que un autor mediato actúe omisivamente cuando el instrumento realiza un acto positivo, por cuanto no pueden coexistir omisión y dominio del hecho⁶⁵⁵.

En cuanto a la coautoría, Roxin admite que es posible cuando hubiere más de un obligado que omitiere de acuerdo con otro. Los omitentes infringen un mismo y único deber de impedir el resultado, como en el caso de que varios administradores omiten de común acuerdo adoptar medidas de custodia de bienes. Cada omitente es autor por sí mismo por lo que solo tiene sentido apreciar la coautoría cuando la acción requerida no puede ser llevada a cabo de otra manera. Roxin admite igualmente la posibilidad de apreciar una coautoría si un autor actúa positivamente y otro omisivamente, como un funcionario que abre la puerta y otro que omita intervenir en la huida, ya que ambos realizan el mismo tipo penal e infringen un deber común de vigilancia, cuya vulneración los hace autores, sin tener en cuenta la naturaleza de la conducta externa⁶⁵⁶. Bacigalupo afirma que es difícil comprender que alguien pueda omitir solo una parte de la acción que se le exige, mientras otro omita el resto. De este modo: *“una parcialización de la omisión –del incumplimiento del deber resulta incompatible con un hecho que se caracteriza porque toda infracción del deber emergente de una posición de garante no admite subdivisión alguna. Tal imposibilidad*

⁶⁵³ Roxin, C., *Derecho Penal*...., cit. págs. 813-815.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, pág. 813.

⁶⁵⁵ Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 171 y ss.

⁶⁵⁶ Roxin, C., *Derecho Penal*...., cit. págs. 812-813.

determina que la hipótesis de una pretendida coautoría sea impensable. El posible acuerdo solo supondría uno de los requisitos, pero no permitiría unificar en una sola infracción de deber a la que concurrirían las diversas “partes de la omisión” correspondientes a cada obligado”⁶⁵⁷.

En lo que se refiere a la determinación de la pena, sí sería relevante el criterio del dominio social del hecho. Si se comete el delito por omisión con dominio social del hecho, la pena no se vería aminorada. Si, por el contrario, el delito se comete por omisión sin dominio social del hecho, la pena se vería aminorada, aunque se consideren una categoría de los delitos de infracción de deber y el omitente responda como autor. En síntesis, el injusto del delito de omisión se considera menor que el de comisión y, por tanto, merecedor de menor pena.

No obstante, como hemos señalado anteriormente, Roxin admite que las soluciones a las que llega en relación con los delitos de omisión son las menos claras. En este sentido, el referido autor ha mostrado cambios en su tesis inicial, apuntando que no todos los hechos de omisión impropia han de considerarse delitos de infracción de deber⁶⁵⁸. En todo caso, la idea de que el dominio de hecho está fuera de lugar en la omisión sí que es una premisa cierta y está siendo admitida por la doctrina⁶⁵⁹.

1.4.- Posiciones que cuestionan la concepción de Roxin de los delitos de infracción de deber.

Este examen de la estructura de esta categoría diferenciada de delitos, se ha de completar con las críticas que se han realizado por otros muchos autores, que no aceptan la existencia de una concepción autónoma de los delitos de infracción de deber, sometida a unas reglas de imputación diversas a las del dominio del hecho. Roxin desgana también los argumentos esgrimidos por diversos autores para rechazar la categoría de los delitos de infracción de deber considerar que la posición de esta teoría de cualquier contribución al hecho vulnera el principio “*nullum crimen sine lege*”⁶⁶⁰. Estos autores, entre los que se encuentran Stratenwerth, Jescheck, Bottke, Pizarro Beleza⁶⁶¹, según explica Roxin, no niegan que la autoría presuponga en estos delitos la infracción del deber específico del tipo

⁶⁵⁷ Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión*, cit. págs. 171 y ss.

⁶⁵⁸ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 744

⁶⁵⁹ *Ibid.*, pág. 749.

⁶⁶⁰ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 744. Este apunte se introduce en la parte final de 1999.

⁶⁶¹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. págs. 186-187.

en cuestión, pero exigen que en todo caso concurra además el dominio del hecho, solución que bajo su punto de vista no permite explicar los supuestos de instrumento doloso no cualificado, en los que el instigador *intraneus* carece del dominio del hecho ni los delitos omisivos, donde por principio no hay dominio del hecho⁶⁶².

Roxin argumenta que esta teoría no vulnera el principio de determinación al delimitar la realización del tipo a través de la infracción de un deber típicamente específico y la producción de un resultado provocado por una determinada acción, sino que al contrario, la diferenciación entre autores y partícipes es más detallada que la teoría del dominio del hecho. El autor argumenta en este sentido que no se extiende la punibilidad de los obligados especialmente que responden como autores por toda contribución externa, sino que se distribuyen de diferente forma los papeles respecto de los *extranei* cuya responsabilidad se ve restringida por carecer de la cualificación especial exigida por el tipo. Del mismo modo, defiende el autor que la descripción de las acciones típicas en estos delitos también se efectúa en detalle para precisar el objeto de la infracción de deber de forma legalmente determinada⁶⁶³. Con independencia de lo anterior, afirma Roxin que en muchos casos el legislador sobreentiende en la configuración de diversos tipos que se corresponden como infracción de deber, que cualquier contribución al hecho del obligado especial va a realizar el tipo, con independencia de su configuración externa, como son los delitos de funcionarios públicos⁶⁶⁴.

Bottke se muestra contrario a la construcción de los delitos de infracción de deber, en virtud de la cual la omisión contraria al deber y carente de dominio constituye siempre autoría, pues, según este autor, se aleja de modo inadmisiblemente del contenido de sentido que tiene la expresión autor en el lenguaje cotidiano. Solo puede ser autor el que tiene el poder de hacer el suceso típico, *el que configura el hecho haciendo con pleno poder*. De esta forma, el ejercicio del dominio del hecho configurativo del proceso de actuación está reconocido como necesario para la autoría en el ámbito de los delitos comunes⁶⁶⁵.

La teoría de los delitos de infracción de deber no constituye opinión dominante ni en Alemania, donde se exige que junto a la lesión del deber, también concurra en el autor

⁶⁶² *Ibid.*, pág. 187.

⁶⁶³ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General...*cit. pág. 187.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, págs. 185 y 186.

⁶⁶⁵ Bottke, W, "Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica" en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña), Edit. JM. Bosch Editor.

el dominio del hecho, ni en España⁶⁶⁶. Las críticas a la tesis mantenida por Roxin respecto de los delitos de infracción de deber por parte de la doctrina española también se han centrado en diversos aspectos. Entre estas posturas críticas, destaca la que denuncia que la teoría de los delitos de infracción de deber atenta contra el principio de legalidad, por cuanto acude a un elemento extrapenal para determinar la conducta típica⁶⁶⁷. Esta posición se ha de considerar inconsistente puesto que los delitos de infracción del deber se centran en la concurrencia de un deber extrapenal, como elemento integrante del delito, que es atribuido a un sujeto específico por una norma que se antepone a la norma penal. El hecho de que se acuda a una norma extrapenal no puede considerarse como contrario al referido principio, por cuanto la determinación de este elemento se realizaría de forma similar a los elementos que han de integrarse cuando nos encontramos ante un tipo penal en blanco.

Precisamente, el planteamiento de esta tesis responde al objetivo de buscar, a través del posible reconocimiento de los delitos de infracción de deber, unos criterios claros y ciertos que permitan encauzar la interpretación de tipos que respondan a una estructura singular, como son los delitos societarios, en términos de seguridad jurídica para cumplir el mandato constitucional del art. 9 CE.

Se denuncia también la naturaleza del deber infringido en estos delitos, pues entienden que el reconocimiento de un deber especial extrapenal implica reconocer una especie de sumisión o pérdida de autonomía del Derecho Penal respecto de otros sectores del ordenamiento, lo cual tampoco resulta pausable por cuanto la construcción del tipo en el que entra el deber extrapenal como elemento que conforma su estructura delimita los elementos típicos que justifican la intervención del orden penal de forma autónoma. En la misma línea argumentativa resulta también inconsistente la denuncia de que la aceptación de esta categoría de delitos conlleva una dificultad de diferenciar entre responsabilidad civil y penal. En este sentido, se ha de señalar que en los delitos de infracción de deber se exige de igual modo la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo,

⁶⁶⁶ Bolea Bardón, C., *Autoría Mediata en Derecho Penal*...cit. pág. 420.

⁶⁶⁷ Gimbernat Ordeig, E., *Autor y Cómplice*, págs 296 y ss: “Pero Roxin va demasiado lejos. El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice expresamente”. Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los Delitos Societarios*, cit. pág. 92. Se citan como detractores de la teoría de los delitos de infracción de deber (nota a pie nº 284) a Luzón Peña, M., *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Madrid, 1996, págs. 305 y 306, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edic, Valencia, 2000, pág. 517. Bolea Bardón, C., *Autoría Mediata*...cit. pág. 421. Faraldo Cabana, P., *Los Delitos Societarios*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 83-84, señala esta autora que en sentido estricto el art. 294 CP es el único que podría clasificarse como tal delito de infracción de deber.

sin que el hecho de que responda a una estructura diferente implique que sea más complejo delimitar la responsabilidad civil o penal. De hecho, al encuadrar adecuadamente un delito como de infracción de deber, facilitará la tarea del aplicador del derecho para determinar cuándo el incumplimiento del deber extrapenal puede alcanzar relevancia penal.

Bolea Bardón argumenta que existen razones por las cuales no se debe sustituir el dominio del hecho por la infracción de un deber extrapenal como criterio general para afirmar la relación de autoría en determinadas categorías de delitos, como son los delitos especiales, ya que en estos la cualificación especial es un presupuesto de la realización típica, pero el hecho requiere algo más que la infracción de un deber. La lesión de un deber siempre concurre, pero también se debe concretar en una conducta que ponga en peligro un concreto bien jurídico⁶⁶⁸. Asimismo, en contra de acoger la categoría de los delitos de infracción de deber para resolver los supuestos del instrumento doloso no cualificado, se opone la inaplicabilidad del principio de accesoriedad, con el consiguiente adelantamiento del inicio de la tentativa que conlleva. La citada autora considera que la existencia de esta categoría de delitos conlleva problemas de seguridad jurídica, ya que ni los propios autores que están a favor de su aplicación se ponen de acuerdo sobre los delitos que se han de considerar como tales, la definición de los deberes, su carácter jurídico penal o extrapenal y si son puros o mixtos.

Bajo mi punto de vista, carece de toda virtualidad el argumento de que esta teoría supone una vulneración del principio de seguridad jurídica, por cuanto no existe consenso respecto de la forma de determinar el deber que obliga al sujeto. En este sentido, partiendo de la concepción de Roxin, es suficiente con realizar un análisis de las normas extrapenales para concluir que, el hecho que la clasificación de esta categoría de delitos se haga en función de deberes determinados por normas de otras ramas del ordenamiento jurídico, implica de facto el que el principio de seguridad jurídica en todo momento queda salvaguardado. Negar esta conclusión, supondría negar la realidad de que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas penales en blanco, elementos normativos en los tipos procedentes de otras ramas y principios como de intervención mínima permiten discernir con coherencia el paso del terreno extrapenal al penal dentro del conjunto del ordenamiento.

⁶⁶⁸ Bolea Bardón, C., *Autoría Mediata*.....cit. pág. 419.

Gracia Martín⁶⁶⁹ también argumenta que la infracción de un deber específico no se puede considerar un elemento esencial del tipo de lo injusto de los delitos especiales, pues “si lo decisivo en estos delitos fuera la infracción de un deber extrapenal”, habría que deducir necesariamente que lo injusto de estos delitos se agota en el desvalor de la acción. En lo que se refiere a la autoría mediata, este autor igualmente critica la concepción de Roxin, al considerar que si la autoría en los delitos de infracción de deber se agota en la mera infracción de deber, todo el que lo infrinja será autor directo, independientemente de que realice él por sí mismo la actividad o de que se sirva de otro, pero no autor mediato. Por tanto, se considera que Roxin no es coherente a sus postulados, al admitir los supuestos de autoría mediata. Considero que en estos delitos el injusto no se agota en el desvalor de acción por cuanto concurren otros elementos que se proyectan en el desvalor de resultado, como podría ser por ejemplo en el marco del tipo objeto de la presente tesis la exigencia de que concurra “la idoneidad para causar perjuicio” comprendida en el tipo del art. 290 CP.

Respecto de la crítica relativa a la autoría mediata, es una realidad que el obligado especial se puede servir de un instrumento y se califica como autoría mediata, sin perjuicio de que, efectivamente, a efectos prácticos responderá como un autor inmediato. Esto no empece el que desde la teoría de los delitos de infracción de deber se da una respuesta coherente a supuestos en los que es el *extraneus* el que se sirve como instrumento de un *intraneus* que actúa sin dolo, ya que de otro modo la conducta de ambos quedaría impune, puesto que el *extraeus* no es un obligado especial que pueda considerarse sujeto activo del delito, lo cual se aprecia a través de la interpretación de la estructura del delito de infracción de deber de forma conjunta con las normas de autoría mediata.

Luzón Peña afirma⁶⁷⁰ que: “(...)no se puede admitir con carácter general e independiente de formulación típica la categoría de los delitos de infracción de deber en todos los delitos de funcionarios (o de otros sujetos con deberes especiales, como administradores o encargados de empresas o negocios, o particulares frente a parientes próximos)(...). Solamente habrá delitos de infracción de deber cuando un tipo configure efectivamente en ese sentido la descripción típica, esto es, de tal modo que resulte indiferente que el sujeto realice una conducta u otra, se comporte activa o pasivamente, con tal de que infrinja su deber específico”. En esta línea de justificar los tipos que concretamente responden a la estructura de los delitos de infracción de deber se plantea esta

⁶⁶⁹ Gracia Martín, *El actuar en nombre de otro I*, cit. págs. 335 y ss. En la misma línea, Rueda Martín M^a A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65. 3 del Código Penal*, cit. págs 20 y 21.

⁶⁷⁰ Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.

investigación con objeto de determinar si efectivamente en el tipo del art. 290 CP se puede afirmar que es un delito infracción de deber.

Sánchez-Vera acepta la existencia de la categoría de los delitos de infracción de deber, pero se opone a la concepción de Roxin de que todos los delitos de omisión lo son de infracción de deber⁶⁷¹. El autor no comparte la tesis de que, en todo caso, la omisión del deber extrapenal de evitar el resultado como garante se haya de someter a las normas de los delitos de infracción de deber, de modo que el interviniente solo es considerado si tiene una posición de garante, ya que en caso contrario no respondería. Considera Sánchez-Vera que los incumplimientos de “mandatos” que no tengan que ver con un comportamiento solidario, no deben ser incluidos entre los delitos de infracción de deber. A título de ejemplo explica el autor que la posición de garante emanada de la injerencia no se corresponde con un comportamiento solidario por parte del autor respecto de la víctima, y además la posición del garante penal no es un deber especial extramuros del derecho penal, *conditio sine qua non* según Roxin para considerar estos supuestos como delitos de infracción de deber.

Como señala el propio Roxin, en términos generales se aprecia una evolución en la doctrina a aceptar la tesis de que la delimitación entre autoría y participación en este tipo de delitos se ha de realizar de acuerdo con criterios diversos al del dominio del hecho. Entre los autores alemanes que se muestran a favor de la teoría de los delitos de infracción de deber, nombra a Blauth, Blei, Herzberg, Jakobs, Schönke-Shröder-Cramer, Wagner, Wessels-Beulke, Gropp, Schünemann y Murmann⁶⁷². En la doctrina española podemos nombrar autores que se han mostrado favorables a la teoría de los delitos de infracción de deber como Gómez Benítez⁶⁷³ y Queralt Jiménez⁶⁷⁴.

Otros autores que también se han mostrado claramente favorables a la admisión de los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber son Bacigalupo⁶⁷⁵, Sánchez-Vera⁶⁷⁶ y Zugaldía⁶⁷⁷.

⁶⁷¹ Sánchez-Vera Gómez Trelles, J., “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, págs. 250-252.

⁶⁷² Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*....., pág. 742.

⁶⁷³ Gómez Benítez, J.M., *Estudios penales*, edit. Colex, 2001, págs. 122-130. El citado autor se muestra a favor de los delitos de infracción de deber, como pone de manifiesto en su artículo *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, ADPCP, 1984 (págs. 114-118).

⁶⁷⁴ Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed. 1992

⁶⁷⁵ Bacigalupo, E., *Principios de Derecho Penal*..., cit. pág. 361. En la STS de fecha 18 de noviembre de 2000 (Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater), se reconoce expresamente la categoría de los delitos de infracción de deber. Bustos Ramírez, J., “Autoría y participación: Otra visión”, en *La Comisión por*

De entre las aportaciones efectuadas por todos estos autores que han contribuido a la evolución de esta categoría de delitos, me centraré a continuación en desarrollar la posición de Jakobs en Alemania sobre los delitos de infracción de deber y la de García-Cavero y Sánchez-Vera en España.

2.- Desarrollo de la concepción de los delitos de infracción de deber por Jakobs

Desde que Roxin formulara la teoría de los delitos de infracción de deber, esta ha experimentado un avance muy considerable gracias a Günter Jakobs y sus discípulos⁶⁷⁸.

2.1.- Aportaciones a la teoría de los delitos de infracción de deber. El deber institucional.

Para Jakobs el elemento que determina la autoría en los delitos de infracción de deber es la lesión de un deber asegurado institucionalmente, de forma que solo el titular de dicho deber podrá ser considerado autor, mientras que las personas no obligadas tan solo podrán alcanzar la categoría de partícipes⁶⁷⁹. Coincide, por tanto, Jakobs con Roxin, en que el obligado especialmente habrá de responder, en principio, como autor⁶⁸⁰. Con estos delitos se pretende garantizar la propia existencia del bien jurídico en general o frente a determinados peligros, solidariamente⁶⁸¹. El autor está relacionado con este bien siempre de

omisión, Tomo I, (Direc. E. Gimbernat Ordeig, CJPJ, Madrid, 1994, págs. 733-742. Señala este autor que: “en el delito especial para que el sujeto activo sea autor es necesario que infrinja el deber propio que es básico en la configuración del tipo legal...solo el autor es cualificado por el tipo legal. En los delitos de especiales propios la cualificación es constitutiva de la prohibición...”.

⁶⁷⁶ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Edit. Marcial Pons, 2002

⁶⁷⁷ Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, 2010, págs. 408-409. Este autor afirma de forma categórica que en los delitos de infracción de deber la autoría se determina por el criterio de la infracción de un deber extrapenal.

⁶⁷⁸ Robles Planas, R., *Garantes y cómplices*, Edit. Atelier, 2007, pág. 32. Este autor explica que en realidad, lo que sucede es que solo se acoge la denominación acuñada por Roxin para desarrollar un nuevo título de imputación de la responsabilidad penal (responsabilidad institucional), que se añade al clásico de la “responsabilidad por el comportamiento organizador”.

⁶⁷⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General....*, pág. 718.

⁶⁸⁰ Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber....*cit. pág. 39. El obligado especial responde como autor, ya que, al no tener relevancia el dominio del hecho, de la organización, no tiene sentido la diferencia entre autoría y participación. No obstante, para Roxin la infracción del deber fundamenta la autoría, pero no el injusto. En cambio, para Jakobs la infracción de deber fundamenta el injusto, de modo que el injusto de los delitos de infracción de deber se asienta en la lesión de la institución que protege el deber en cuestión. Igualmente, para Jakobs el deber no tiene que estar establecido por la norma, ya que reconoce la existencia de instituciones que pueden permitir la consideración como tal delito aunque se formule como delito común.

⁶⁸¹ Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General....*, pág. 791. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, aunque sea incidental, autor por comisión. No tiene sentido la distinción entre omisión y comisión. La relación entre el autor y el bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo, sino que ya existe con anterioridad a este.

forma directa. El criterio de la lesión del deber no es solo una regla para determinar la autoría, sino que además es el fundamento esencial de la imputación jurídico penal. En el tipo del delito de infracción de deber se atiende a un determinado comportamiento que el propio obligado debe realizar, de modo que sin este comportamiento queda excluida la autoría. Cada interviniente obligado se encuentra situado frente al bien afectado directamente, de modo que el comienzo de la tentativa solo cabe determinarlo en función de su propio comportamiento.

La atribución al interviniente del hecho delictivo se realizará en función del especial status del sujeto en relación con el bien, no de su posible dominio del hecho. Por ello, todo obligado especial que quebrante el deber, con independencia de su posible dominio, será autor. El *status*, según Jakobs, “*está vinculado a contextos regulados (es decir, instituciones), preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites*”⁶⁸².

Diferencia así este autor dos categorías de deberes⁶⁸³: (1º) los deberes en virtud de la "**responsabilidad por organización**" (aseguramiento de la relación, injerencia y asunción de deberes), que se derivan de "ámbitos de responsabilidad por peligros", en los que el sujeto tiene que cuidar de que en dicho "ámbito de organización" nadie resulte dañado, siendo indiferente si los daños se producen por omisión o por comisión; y (2º) los "**deberes en virtud de responsabilidad institucional**" (relación paterno filial, matrimonio, relaciones estatales de poder, deberes de cargo elementales), en los que la responsabilidad del omitente se basa en deberes de sacrificarse, de garantizar la solidaridad⁶⁸⁴.

Jakobs ha centrado su labor en analizar los deberes que tienen su origen en las “instituciones”, que “*impregnan la configuración social como una convivencia en un mundo en común, y para las cuales, por regla general, no existe alternativa*”. Se trata de instituciones de contenido positivo⁶⁸⁵, como: “*el mandato de edificar de forma general o parcialmente un mundo en común, lo que sobre todo significa que el contenido de la institución reside también en la prestación de ayuda, ayuda que no solo compensa los*

⁶⁸² Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General*....., pág. 266 y 267.

⁶⁸³ Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General*....., págs. 948 y 949.

⁶⁸⁴ Jakobs, G., "Acción y omisión en Derecho Penal", Cuadernos de Política Criminal, nº 74, 2001, Págs. 285 y ss. Según el autor, el intento más relevante de determinar qué son los deberes positivos lo ha llevado a cabo Gallas. Analiza el autor en este artículo someramente los deberes de los empleados públicos y admite también los deberes positivos en derecho medioambiental, en policías y en los padres frente a sus hijos.. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General*....., pág. 949.

⁶⁸⁵ Esta mención de Jakobs la recoge Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, 2002, de la obra de Jakobs, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und Pflichtdelikten*.

perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar quien tiene que prestar la ayuda, sino que coloca al receptor de la ayuda en mejor posición". Una de las funciones que siempre tienen estas instituciones es la protección de bienes jurídicos y consiste en *"la garantía de expectativas, que se encuentran referidas al mantenimiento de bienes"*. La protección jurídico-penal también fortalece dichas instituciones. La responsabilidad que deriva de la relación institucional es inmediata, por lo que el obligado especial siempre tiene que responder por la protección del bien jurídico, no a causa de la accesoriedad. En relación con esta postura, Roxin considera que su admisión depende de si los "ámbitos de organización" y "los deberes" resulta posible delimitarlos suficientemente, pero, en cualquier caso, admite que se trata de una aportación trascendental al progreso de la teoría de los delitos de infracción de deber⁶⁸⁶.

En este sentido, Jakobs aporta una serie de reglas para precisar cuáles son los límites de los deberes positivos y negativos, dejando claro que existen más reglas y que no existe diferencia alguna entre comisión y omisión. El primer criterio se refiere al denominado "riesgo permitido", en virtud del cual, nadie tiene el deber de configurar su organización de tal manera que otros resulten protegidos también de los peligros que en la vida cotidiana son prácticamente ineludibles. El Jefe de policía que manda a otro policía a comprar comida y resulta herido en la tienda por un ladrón. Otro criterio que esgrime el autor es el de "competencia de la víctima", en virtud del cual, la víctima podría tener que responder por su parte de un peligro y el autor resultar exonerado de la suya. Ejemplo de este supuesto podría ser el del propietario de un coche deportivo al que otro que le acompaña le pide que se lo deje conducir. Tienen un accidente y se mata el conductor. El criterio de "prohibición de regreso" también entra dentro del planteamiento de Jakobs, y a tenor del mismo nadie debe excederse de su rol para evitar un peligro. Un médico que atiende un paciente con una fuerte fiebre y cuando se está marchando, le oye que va a cometer un delito, no tiene que detenerlo.

El garante que lesiona su deber asegurado institucionalmente realiza un delito autónomo, ya que ejecuta por sí mismo el tipo. Es posible la ejecución en forma de división fáctica de trabajo con otros, pero se deja de lado la accesoriedad, pues atendiendo a que se ha producido una realización inmediata del hecho, el comportamiento ajeno se le imputa al especialmente obligado como si fuese causalidad natural y no como un actuar en forma

⁶⁸⁶ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 751.

accesoria de división de trabajo⁶⁸⁷. Según Jakobs: “*el verdadero obligado especial responde como tal no por lo que realiza con los otros intervinientes, sino, de forma inmediata, por lo que le debe al bien*”, lo que permite fundamentar que, en casos de división fáctica de trabajo, aportes cuantitativamente de menor significado conduzcan a la autoría.

Concreta el autor que tales deberes, no provienen como los negativos del *status* general de la persona, sino de una relación especial (empleado público con ciudadano; médico y paciente; padre e hijo). Esta relación especial marca importantes consecuencias en el marco de la autoría y participación: 1º) El deber positivo presupone una vinculación institucional directa⁶⁸⁸, siempre en concepto de autor. Nos encontramos ante una forma de autoría más amplia en detrimento de las formas de participación; 2º) En el marco de los deberes positivos, no es admisible la división del trabajo, en la medida en que el obligado tiene un rol especial que le une de forma personalísima con el bien jurídico. Por consiguiente, no es admisible la coautoría; y 3º) En el campo de la omisión, Jakobs sigue la misma línea que Roxin, para afirmar que en los delitos de infracción de deber se equiparan la lesión del deber por acción y por omisión⁶⁸⁹, de forma que ambas conductas constituirán con carácter general una forma de autoría.

El interviniente es, al menos, autor por omisión, y si realiza alguna conducta activa, autor por comisión, sin que dicha distinción tenga ningún efecto. Lo único relevante es si cumple su deber o no⁶⁹⁰. Concurrirán las características propias de los delitos de infracción de deber, en todos aquellos casos en los que los autores estén obligados como garantes a la tutela de un bien. No obstante, no considera todo omitir impropio como delito de infracción de deber, sino que traslada la distinción propugnada entre los delitos comisivos de infracción de deber y los de dominio a los de omisión.

⁶⁸⁷ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva...*cit. págs 69 y ss. Considera el autor que: “El delito de infracción de deber es una forma de responsabilidad especial y autónoma, fundamenta un riesgo típico especial, autónomo”. El deber institucional, se constituye por medio de un acto especial y altamente personal. La infracción del deber es una circunstancia personal, por lo que infracción de deber y accesoriadad no son armonizables.

⁶⁸⁸ De la responsabilidad directa por el bien se desprende que incluso no importa la tipicidad de un hecho principal, considerando autores de un delito contra la vida a los padres que no impiden el suicidio del hijo.

⁶⁸⁹ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber....*cit. pág. 39. Puntualiza el autor cómo: “*En el delito de infracción de deber la relación entre el autor y el bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo sino que ya existía con anterioridad a este, y por ello, es indiferente que el autor actúe u omite, sino solo si cumple o no con su deber*”.

⁶⁹⁰ Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber....*cit. pág. 47.

2.2.- Alcance de la relación institucional que fundamenta los delitos de infracción de deber.

Según la concepción de Jakobs, nos encontraremos ante un delito de infracción de deber cuando el autor sea un obligado especial, sujeto a los deberes que conlleva una determinada institución, tanto desde el punto de vista de la conducta activa como omisiva. Ej. El padre que facilita al asesino de su hijo un cuchillo no es un mero cómplice, sino autor del mismo, porque ha quebrantado un deber especial (patria potestad).

Así, a todos los tipos de la Parte Especial, se les aplica la distinción entre ambas categorías de delitos. Por consiguiente, por delito de infracción de deber no habrá que entender solo los configurados como tales en la Parte Especial, sino también los que conlleven una forma de conducta que pueda lesionar una institución, aunque se haya formulado como un delito común y el interviniente es un obligado especial o garante de la institución. De esta manera, se amplía, frente a la tesis de Roxin, el contorno de los delitos de infracción de deber. Existe un status en el sentido del delito de infracción de deber, cuando el deber sancionado jurídico-penalmente es parte de una institución (funcionario, padre) o, en su caso, cuando el deber incluye al obligado en una institución (testigo). En efecto, Jakobs amplía la categoría de los delitos de infracción de deber más allá de lo que se desprende del tipo (que puede haber sido estructurado como un delito común) y abarca los supuestos de concurrencia de un deber institucional, que excede del ámbito del deber extrapenal que propugna Roxin. El rol institucional determina en la teoría de Jakobs quién es el sujeto obligado especial y garante del bien protegido que fundamenta los delitos de infracción de deber, mientras que en la teoría de Roxin es la estructura del tipo conformada en torno al deber extrapenal la que determina si un delito es de infracción de deber.

Por otro lado, el ámbito de los delitos de infracción de deber se restringe frente a la tesis de Roxin. En primer lugar, dicha restricción se deriva de que los términos delito especial y delito de infracción de deber no son términos intercambiables en Jakobs. Los primeros responden al criterio del dominio del hecho, delimitando el círculo de posibles autores en función de unas determinadas características, siendo lo relevante el comportamiento delictivo que ha dañado el bien⁶⁹¹. Los segundos restringen dicho círculo a la existencia de una

⁶⁹¹ Entre estos, el delito de apropiación indebida y el de alzamiento de bienes. En este tipo de delitos se describe el ámbito de organización del autor, pero no se establece un deber especial. La condición de deudor de este último no se basa en una institución y, por tanto, no se convierte en un delito de infracción de deber. Se distinguen así entre los delitos en los que existe mera restricción del círculo de autores y los otros en los que la restricción se efectúa por la existencia de una institución.

institución, es decir, a determinados deberes específicos que garantizan una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, con independencia de la comisión delictiva⁶⁹². En segundo lugar, Jakobs, a diferencia de Roxin, no considera como delitos de infracción de deber a todos los delitos de comisión por omisión, sino únicamente a aquellos en los que el autor sea garante en virtud de una relación institucional. Al margen de estos, entiende el autor, que hay otros delitos de omisión que atienden al criterio del dominio del hecho.

En relación con los delitos especiales cometidos a través de un sujeto no cualificado, afirma que: *“el obligado (intraneus), aunque su aportación sea insignificante (o por omisión), es autor (porque siempre es plenamente competente)”*. Considera el autor que *“al margen de los delitos consistentes en la infracción de un deber y al margen de la falta de dominio del hecho en el cualificado, no cabe fundamentar ninguna responsabilidad penal”*. La forma que hace derivar de la infracción del deber es la autoría inmediata, en vez de la mediata que propugna Roxin⁶⁹³.

2.3.- Omisiones

Para Jakobs, en contra de la tesis de Roxin, los delitos de omisión no son equivalentes a delitos de infracción de deber, ya que hay delitos de responsabilidad por organización que se cometen por omisión. En lo que sí coincide Jakobs con la línea mantenida por Roxin es que los delitos de infracción de deber se pueden realizar de forma equivalente por acción y por omisión⁶⁹⁴: *“Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional”*. En los delitos de infracción de deber, en los que el elemento relevante es la infracción de la institución o deber positivo, es evidente la equiparación entre acción y omisión, ya que la forma de actuar no influye en la operatividad de los criterios de imputación.

Esta característica no solo es propia de los delitos de infracción de deber, ya que también concurre en los delitos de responsabilidad por organización. Por lo tanto, no tiene relevancia la diferencia entre acción y omisión, sino la distinción entre deberes y delitos de responsabilidad por organización y deberes y delitos de infracción de deberes institucionales,

⁶⁹² Ejemplo de estos últimos sería el deber del testigo.

⁶⁹³ Cit. Bolea Bardón, C., *Autoría mediata*.....cit. pág. 425, según Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed. 1991.

⁶⁹⁴ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*.....pág. 267.

ya que esta división es la que acierta en el fundamento de la responsabilidad y es, por tanto, la más impropia desde el punto de vista material⁶⁹⁵. El concepto de acción no se asocia a un movimiento natural sino al rol social, al deber jurídico, a la competencia o expectativa normativa. Todo obligado por el deber positivo tiene una relación directa con el bien y, por tanto, tendrá condición de autor, con independencia de su contribución. El garante tendrá condición de autor aunque solo se limite a no impedir que se produzca el resultado en un hecho ejecutado por otro. Estos son los delitos de infracción de deber en los que la autoría está limitada al *intraneus*. Al *extraneus* se le aplicará la pena atenuada. En el marco de los delitos ejecutables por cualquiera, el garante comete un delito de infracción de deber. Al obligado especial se le podrá imputar el resultado sin perjuicio de la atipicidad del hecho principal.

2.4.- Posturas críticas a la concepción de Jakobs de los delitos de infracción de deber.

De forma generalizada⁶⁹⁶, se critica de Jakobs los fundamentos de su tesis al equiparar acción y omisión en los delitos de infracción de deber, pues entienden que por motivos de conciencia habría que tratar con más indulgencia la omisión, dado que la sociedad se puede adaptar mejor a la "no aportación" que a una acción antijurídica y agresiva. El autor responde a estas posturas afirmando que está de acuerdo con que hay conductas que deben ser tratadas con mayor indulgencia, pero no atendiendo al binomio acción-omisión, sino al de deberes positivos-deberes negativos. Los deberes negativos, señala el autor, son resistentes a la conciencia (no se debilitan por la misma) y, por tanto, la sociedad no es indulgente con los mismos, ni cuando se realizan por acción ni cuando se realizan por omisión (Ej. padre que mata a hijo a golpes). Por el contrario, en lo que se refiere a los deberes positivos, en ciertos extremos, los motivos de conciencia pueden jugar su papel, tanto en la comisión como en la acción (Ej. padre por motivos religiosos no lleva al hijo al hospital).

Del mismo modo, se ha criticado el que instituciones positivas resultan sumamente formales, al hacer referencia a la mera titularidad de la posición jurídica del sujeto en virtud del cual participa (por ejemplo, funcionarios públicos o padres), y porque no responden a la cuestión de quién es el concreto sujeto obligado a establecer relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico. El concepto de "institución" es cuestionado por la doctrina y así señala Suárez González⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ *Ibid.*, pág. 267.

⁶⁹⁶ Así lo afirma el propio autor, en su artículo "Acción y omisión en Derecho Penal", Cuadernos de Política Criminal, nº 74, 2001, Pág. 291.

⁶⁹⁷ Suárez González, "Los delitos consistentes en la infracción de un deber", (dir. Silva Sánchez y Suárez González) en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*.

que se ha de considerar débil la construcción de los delitos de infracción de deber de Jakobs, al no concretarse suficientemente el término “institución”. Este autor considera que se echa en falta un criterio material para delimitar “*cuáles son los contextos regulados preformados*”, y a lo sumo disponibles dentro de los estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que se propone”.

Robles Planas⁶⁹⁸ no admite los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber de Jakobs por los que se llega a castigar conductas que no han exteriorizado aún nada lesivo, solo por el hecho de que el obligado especial haya infringido su derecho⁶⁹⁹. Robles Planas critica también de esta teoría⁷⁰⁰ el que no ha demostrado por qué la cualidad especial (el deber extrapenal) fundamenta, por sí sola, un aspecto penal como es la configuración de la autoría⁷⁰¹. De los postulados de las teorías y de las consecuencias que se derivan de la aceptación de los delitos de infracción de deber⁷⁰², el autor rechaza particularmente la solución que se da respecto de la punibilidad del partícipe *extraneus* en un delito especial.

Argumenta Robles Planas que esta teoría presupone la asunción de un sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma, lo que implica un quebrantamiento del principio del hecho, ya que castiga conductas que no son lesivas o no han iniciado su ejecución, solo por la infracción del deber. Critica la postura de Jakobs de que son “delitos en los que no debería operar la accesoriedad”, ya que entiende que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63 del Código Penal, no es admisible que se castigue a un *intraneus* que ha realizado una aportación de favorecimiento (complicidad) a otro *intraneus* que ni tan siquiera empieza a ejecutar el delito como autor de una tentativa.

Considera el citado autor que no es admisible la aceptación de instituciones sociales donde el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado *status*. En este sentido, mantiene que no cabe afirmar que existen instituciones

⁶⁹⁸ Robles Planas, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Edit, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 229.

⁶⁹⁹ Robles Planas, R., *La participación en el delito*....cit. núm. 150 “El ocaso del dominio del hecho”, en Jakobs y Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, p. 193 “. Se pregunta el autor: “¿Cómo puede afirmarse que participa en el injusto del hecho, esto es, en la no mejora de la institución, quien no tiene el deber de mejorarla (el *extraneus*)? En realidad, por lo único que puede responsabilizarse a quien no es titular de ese deber especial es por empeorar la institución, pero entonces el título de su responsabilidad es otro: precisamente el *neminem laedere*”.

⁷⁰⁰ Robles Planas, R., *La Participación*.....cit. pag. 226.

⁷⁰¹ Pizarro Beleza, “La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: titularidad versus dominio del hecho?”, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, dir. Silva Sánchez, (coords. Schünemann y De Figueiredo Días), pag. 341, ss.

⁷⁰² Robles Planas, R., *La participación en el delito*.....cit. pág. 227.

especiales que determinan la vinculación positiva, ya que se deja en manos de la sociedad la decisión de cómo se vincula una persona, cuando esta vinculación debe partir del propio individuo y además, considera que el concepto de institución no está debidamente determinado y que, por tanto, no es un referente sólido para determinar si la acción desaprobada tiene como referente un deber institucional. Estos comentarios llevan a concluir a Robles Planes que se ha de concretar la posición de garante.

Considera el autor igualmente que la proliferación que en la doctrina y jurisprudencia ha tenido el recurso a la teoría del delito de infracción de deber, para resolver problemas relacionados con la atribución de responsabilidad penal, no se ha acompañado del debido estudio de si la infracción de un deber se utiliza solo como criterio de autoría (Roxin) o si es fundamento del injusto del hecho, como defienden Jakobs y sus seguidores. En su opinión, la calificación de un delito como de infracción de deber no legitima el castigo del obligado especial, sino que, muy al contrario, la calificación como tal delito exige legitimar o justificar de dónde surge tal deber y por qué razón debe castigarse penalmente su infracción⁷⁰³.

Como se explicó en el apartado referido a las críticas relativas a la teoría de Roxin, estos argumentos por los que Robles Planas cuestiona la admisión de los delitos de infracción de deber resultan infundadas a la vista de que se trata de una categoría asentada en los contornos legítimos del principio de legalidad, cubierta por el tipo de determinadas figuras típicas como podrían ser los delitos societarios, en las que la admisión de la participación del *extraneus* y la minoración de su pena se presentan como soluciones perfectamente encuadrables en nuestro Sistema, según se demostrará a posteriori mediante la disección del complejo contenido del tipo objetivo del art. 290 CP.

3.- Análisis de los delitos de infracción de deber por Sánchez -Vera.

3.1.- Planteamiento de la diferente naturaleza de los deberes que obligan a los sujetos en el marco de conductas omisivas.

En su obra *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Sánchez-Vera analiza los cimientos sobre los que Roxin construyó la teoría del delito de infracción de deber y la solución a la que llegó para resolver los supuestos de los delitos de omisión como

⁷⁰³ Robles Planas, R., *Garantes y cómplices*. cit. 2007.

parte de los delitos de infracción de deber⁷⁰⁴. Dicho análisis lo complementa con las aportaciones realizadas por Jakobs, que, según considera este autor, responden a algunas de las lagunas que habían quedado en la tesis propuesta por Roxin⁷⁰⁵. A raíz de dicho estudio, Sánchez-Vera se plantea si la postura de Roxin sobre los delitos de omisión como delitos de infracción de deber es correcta o no, pues, según la tesis del primero, una omisión punible no implica necesariamente un deber especial ni, por tanto, un delito de infracción de deber, sino que, en ciertas ocasiones, tiene su origen en los deberes que surgen de las expectativas asociadas a toda persona (ciudadano) por el hecho de serlo⁷⁰⁶.

Puesto que con carácter general toda persona, excepto el inimputable, puede “organizar”, con las implicaciones jurídicas que ello conlleva del mismo modo, “*también toda persona podrá ser autor- y no solo unos pocos con un deber especial- de un delito común de omisión, cuando deba actuar para mantener indemnes las esferas jurídicas ajenas y no lo haga*”.⁷⁰⁷ De dichas consideraciones extrae el autor que es difícil justificar una aminoración general de la pena para todas las omisiones punibles, porque si lo relevante es la defraudación de la expectativa en sí, y no la forma de comisión por acción u omisión, “*es obvio que no podrá privilegiarse a las formas de defraudación omisivas con una aminoración de la pena en detrimento de las formas de defraudación activas*”. A través del estudio de la filosofía y de las consecuencias que ha producido el nacimiento de una sociedad automatizada, Sánchez-Vera advierte que se pueden distinguir tres tipos de deberes que determinan de forma diferente la conducta de los sujetos obligados por los que se pueden convertir en delincuentes mediante una omisión de forma igual que mediante acción.

3.2.- Caracterización de los deberes

La clasificación de deberes que propone Sánchez-Vera se efectúa en función del sujeto al que se atribuyen y del alcance de las obligaciones que se sujetan a los mismos.

Distingue el autor una primera obligación genérica de “no dañar”, que tiene el carácter de una institución negativa. En el caso de los delitos de dominio, en los que no se

⁷⁰⁴ Cit. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber y participación...*cit. pág. 34. En el capítulo I de su obra, el autor apunta los conceptos que han resultado más cuestionados de la tesis de Roxin, como son la posición de que el obligado especial *siempre* es autor, el de que el criterio decisivo es en *exclusiva* el concepto de infracción de deber, la equiparación entre acción y omisión en los delitos de infracción y el que todos los delitos de omisión sean también de infracción de deber.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, págs. 37 y ss.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, pág. 35 y pág. 61.

⁷⁰⁷ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delitos de infracción de deber...*cit. págs. 50 y ss.

exigen roles especiales, el sistema jurídico se asienta en expectativas referidas a personas, y no en si las conductas son acciones u omisiones. De este modo, “*lo relevante es la interpretación que el Derecho penal realiza de una acción u omisión como construcción propia, en relación al principio de identificación persona*”. El sistema protege el que la persona respete a los demás como personas, por lo que solo si defrauda esta expectativa su conducta tendrá relevancia, sin que tenga interés si la defraudación se ha manifestado de forma activa u omisiva. Se trata de no quebrantar la prohibición de dañar y de respetar la “obligación original” de toda persona, que se corresponde con la institución negativa, ya conocida en el derecho romano y desarrollada en su contenido por representantes de la Filosofía del Derecho⁷⁰⁸, como *neminem laede*, es decir, no causar daño a otro. De esta forma concluye que la punibilidad con causa en la defraudación por omisión de la expectativa negativa que pende sobre toda persona, no precisa de un fundamento jurídico especial, puesto que nace de la “obligación originaria” de no dañar esferas jurídicas ajenas, igual que las acciones. Se trata de delitos de dominio del hecho y no de infracción de deber.

Alude posteriormente a una segunda obligación específica de fomento de un bien jurídico, que tiene el carácter de una institución positiva. Como explica el autor, no solo las instituciones negativas determinan la conducta de las personas, sino que también existen instituciones positivas que obligan jurídicamente a la edificación de un mundo en común, para fomento y ayuda respecto de un bien jurídico. De estos deberes y de los roles específicos que exigen, como los familiares o los estatales⁷⁰⁹, se derivan expectativas que obligan a “*mantener su capacidad de ayuda preparada*”. Si una persona se encuentra unida a un determinado bien jurídico de forma positiva⁷¹⁰, es para su fomento y si es de forma negativa, es solo como persona.

Por último, se puede diferenciar una tercera categoría de deberes, como son los que se derivan del delito de la omisión del deber de socorro del art. 195 del Código Penal. Estos deberes constituyen obligaciones genéricas, son casuales, no sometidos a roles específicos y obligan a todos a prestar ayuda.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, págs. 83 y ss.

⁷⁰⁹ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delitos de infracción de deber...*cit. pág. 93 y ss. El mismo autor se refiere a esta cuestión en su artículo “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1999.

⁷¹⁰ *Ibid.*, cit. pág. 105.

3.3.- Clasificación de los tipos penales en función de los conceptos “institución negativa/institución positiva”.

En la tradición iusfilosófica se tendía a enunciar la institución negativa como una prohibición de “no dañar” y la positiva como un mandato de “ayudar”, pero también reconocía la posibilidad de que la institución negativa se erigiera como un mandato⁷¹¹. Desde esta segunda perspectiva se deriva que es intrascendente la forma externa de la norma, prohibición o mandato. Es decir, es irrelevante que la norma haya sido formulada de una u otra forma, son intercambiables. Esta posibilidad de suplantar los tipos codificados explica también el porqué del principio “prohibitivo” *neminem laede* se desprenden deberes de acción, que no son, por tanto, deberes especiales, pues la institución negativa “no dañar” no se encuentra en relación de contradicción con las instituciones positivas de edificar un mundo en común para ayuda de un bien jurídico⁷¹². Esta argumentación permite concluir al autor que los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los conceptos permutables “institución negativa/institución positiva”, y no de acuerdo con los conceptos “prohibición/mandato”⁷¹³. Prueba de ello es que hay tipos que, supuestamente, describen un delito de dominio, por estar formulados como prohibiciones, pero que resultan ser clasificados como delitos de infracción de deber, al ser interpretados de acuerdo con las instituciones descritas⁷¹⁴.

Según Sánchez-Vera, en un Estado democrático estos deberes positivos de ayuda son legítimos, pues aseguran las condiciones fundamentales de existencia de la institución negativa, es decir, de la libertad⁷¹⁵. Solo existen dos mecanismos conformes a Derecho de desvincularse de estos deberes positivos de una institución. Por medio de un procedimiento adecuado que prevea la institución o por medio de una delegación conforme con los

⁷¹¹ *Ibid.*, págs. 108 y ss.

⁷¹² *Ibid.*, pág. 115.

⁷¹³ *Ibid.*, pág. 121.

⁷¹⁴ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delitos de infracción de deber...*, cit. pág. 121. Ej. El padre que mata a su hijo es autor de un delito de infracción de deber, porque quebranta la institución positiva de edificar un mundo en común con su hijo y la negativa de no dañarle. Comete, por tanto, un delito de infracción de deber con las consecuencias que conllevan a efectos de autoría y participación (es autor y no partícipe). Esto es posible porque las expectativas derivadas de una institución positiva tienen un doble contenido (“fomenta y ayuda”), al encerrar también una institución negativa, mientras que las negativas no encierran deber positivo alguno. El quebranto de la institución negativa llevado a cabo por un obligado positivamente viola también la institución positiva.

⁷¹⁵ *Ibid.*, pág. 143. Así, considera el autor que queda clara la *licitud de los deberes positivos y sus instituciones*, y con ello también la de *los delitos de infracción de deber*, y su absoluta necesidad en el derecho penal.

principios liberadores de la imputación objetiva. En el supuesto de que se renuncie a estos deberes sin atender a los referidos mecanismos, conllevaría incurrir en responsabilidad⁷¹⁶.

De acuerdo con esta distinción de deberes, en Sánchez-Vera las formas de autoría también reciben diferente tratamiento. El obligado positivamente, en principio, ante un incumplimiento de sus deberes, responderá como autor⁷¹⁷. En determinados casos, en la Ley se han tipificado, expresamente, delitos de infracción de deber, considerando autor al sujeto que quebrante el deber especificado. Por ejemplo el delito de malversación de caudales públicos. Existen otros tipos de la Parte Especial que no han sido positivizados como delitos de infracción de deber, pero que sí lo son cuando han de ser interpretados a la luz de una institución positiva, de forma que se considerará autor al que lo quebrante.

En el campo de la coautoría el autor así distingue los siguientes supuestos⁷¹⁸: (i) Si un obligado especial y un autor de un delito de dominio, obligado negativamente, quebrantan conjuntamente un deber, serán autores independientes. No pueden ser coautores porque el autor del delito de dominio no tiene deber especial. El primero de un delito de infracción de deber y el segundo de un delito de dominio del hecho. Ej. mujer y extraño respecto de la muerte del marido; (ii) Si dos obligados por una institución positiva quebrantan su deber, tampoco se considerará coautoría, dado que cada uno infringe su propio deber al que se obliga individualmente. Ej. varios funcionarios de prisión cooperan en la huida de un preso; y (iii) Solo si dos obligados especiales organizan con un tercero conjuntamente la lesión del bien jurídico, se tratará de coautoría.

En estos delitos el obligado especial es siempre autor individual. No es admisible por tanto la aplicación de las figuras de la coautoría, la autoría mediata, la inducción o cooperación (necesaria o no), cuando varios sujetos especialmente obligados incumplen su deber, ya que estos son siempre autores⁷¹⁹. En el caso del *extraneus* que participe en el delito del obligado especial, la conducta del mismo será punible.

En el campo de la autoría mediata también se derivan efectos singulares y así lo demuestra el autor mediante el análisis de tres grupos de casos⁷²⁰: 1) Si un obligado especial utiliza a un *extraneus* para cometer la infracción del deber, responderá como autor

⁷¹⁶ *Ibid.*, pág. 173.

⁷¹⁷ *Ibid.*, págs. 183 y ss.

⁷¹⁸ *Ibid.*, págs. 201 y ss.

⁷¹⁹ *Ibid.*, pág. 201.

⁷²⁰ *Ibid.*, págs. 206 y ss.

inmediato, igual que si hubiese omitido impedir el hecho. Ej. funcionario que se vale de tercero para lesionar a un preso. Técnicamente no se trata de una autoría mediata, porque es autor de un delito de infracción de deber por acción u omisión. No obstante, se puede utilizar la misma denominación, por concurrir los presupuestos de la misma; 2) Si el obligado especial utiliza a un tercero que conoce la situación, pero no tiene la cualificación especial, es autor directo; 3) Si el obligado especial no impide hechos delictivos de un tercero, del que es responsable, a tenor de una institución positiva, también se considerará autor de un delito de infracción de deber.

3.4.- Posiciones doctrinales que cuestionan la tesis relativa a los delitos de infracción de deber de Sánchez-Vera.

Según Robles Planas, no es admisible la concepción de Sánchez-Vera por la que, según el autor, se admite como legítima la moralización del Derecho. Entiende este autor que, tratándose de deberes positivos, cuya legitimación está al margen de la contraposición libertad/responsabilidad y que hallan su origen en la moral, se han de rechazar como fundamento de la responsabilidad penal. Tampoco es partidario este autor de admitir la tesis de que, pese a que la lesión de la institución es inaccesible para el *extraneus* por sí solo, la presencia de un interviniente que aporta el deber abre la posibilidad de la lesión de la institución, de forma que el interviniente cualificado ha de responder, no ya por su organización, sino por cuestionar la institución. Considera Robles Planas que “*nunca va a pertenecer al interviniente no cualificado el hecho*”, puesto que aquella relación de pertenencia propia de todos los intervinientes presupone la existencia del deber vinculante con la institución. Del mismo modo, no comparte el autor el que al partícipe *extraneus* no se le deba castigar como autor, si lesiona igualmente la institución.

Otros autores que se muestran muy críticos con la tesis de los delitos de infracción de deber de Sánchez-Vera son Peñaranda Ramos⁷²¹ y Riggi⁷²², pues consideran que es político-criminalmente insatisfactoria. Estos dos últimos autores defienden que la crítica “*no se basa en la existencia de delitos cuyo injusto consiste en la tipificación de la lesión de un deber, normalmente extrapenal, como en la existencia de un título de imputación alternativo, basado en la denominada responsabilidad institucional*”.

⁷²¹ Peñaranda Ramos, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber”, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, 2008, págs. 1419 y ss.

⁷²² Robles Planas, R. y Riggi, E. J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, en InDret, Barcelona, octubre, 2008, en www.indret.com, pág. 9.

Muñoz Conde cuestiona el que Sánchez-Vera considere siempre autor al que estando personalmente obligado al cumplimiento de un deber, lo incumple también personalmente, bien sea dañando el bien jurídico él mismo, o no salvándolo frente a ataques de tercero⁷²³. A juicio de este autor, la tesis de Sánchez-Vera (al igual que la de Jakobs en este sentido), supone un riesgo de no diferenciar adecuadamente entre la responsabilidad civil y penal, y, por tanto, de imputar una responsabilidad penal puramente objetiva, ignorando las diferencias claramente establecidas en el resto de delitos, entre autoría, inducción y complicidad. Para sostener esta posición, Muñoz Conde analiza los hechos probados de una sentencia que fue objeto de comentario por Sánchez-Vera para fundamentar la responsabilidad como autor de un Alcalde que convocó y encabezó una manifestación ilegal de vecinos en el transcurso de la cual algunos vecinos produjeron daños en viviendas de varias familias.

Muñoz Conde no se muestra de acuerdo con la fundamentación que realiza el citado autor para atribuir la responsabilidad a título de autor, pues entiende que, a tenor de la teoría de la responsabilidad en comisión por omisión, además de la posición de garante, es decir, de la existencia de un deber jurídico de impedir el resultado, se requiere para imputar el mismo una equivalencia entre la omisión del deber y la causación del resultado, lo que no es fácil de admitir en situaciones de este tipo. Considera el autor que dicho asunto, según su tesis, podría resolverse como coautoría, o más difícilmente (al ser hechos espontáneos) como autoría mediata (Roxin), o como un supuesto de "autor detrás de autor" (criterio aplicado como por el Tribunal Supremo) e incluso como imprudencia, si hubieran considerado responsable de un delito de daños, pero en ningún caso, admitir que la mera constatación de un deber o poder institucional pueda fundamentar la autoría y el dolo⁷²⁴.

4.- Análisis de los delitos de infracción de deber por García Cavero

En el marco también de la doctrina española, García Cavero defiende la tesis sustentada por Jakobs y entiende que es evidente la conformidad con la legalidad de existencia de delitos de infracción de un deber en el Código penal, a los que se aplican diferentes criterios de imputación respecto de los delitos de dominio. Considera el autor que

⁷²³ Muñoz Conde, F. "Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal Económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia empresarial?", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 259. En este artículo se critica el comentario efectuado por Sánchez-Vera a la STS de fecha 2 de junio de 1994, Revista Canaria de Ciencias penales, número 5, julio 2000, págs. 67 y ss.).

⁷²⁴ Muñoz Conde, F., "Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal Económico...". El autor tampoco admite la tesis a la que hace referencia Sánchez-Vera del dolo eventual.

la diferenciación de delitos comunes y delitos especiales es un criterio puramente formal que no da una respuesta suficiente en materia de punición y de justicia penal⁷²⁵, pero la diferenciación entre delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber sí proporciona elementos materiales para la atribución de responsabilidad, más allá de la simple descripción típica.

En los delitos de dominio, en los que una persona organiza su esfera personal de manera defectuosa, y desatiende el mandato de no hacer daño a terceras personas en la organización de su propia esfera, las expectativas se verán defraudadas con la producción de un peligro o lesión respecto a la esfera de organización de un tercero. Por otro lado, en los delitos de infracción de deber la persona que está vinculada a la esfera de terceros personas en función de las instituciones que configuran la sociedad actual, defraudará las expectativas no por la creación de un riesgo prohibido, sino por incumplimiento del deber institucional. Las expectativas en estos casos se defraudan con la infracción del deber, por lo que el Derecho penal puede ya desplegar desde ese momento sus consecuencias⁷²⁶.

Como señala este autor, la categoría de los delitos de infracción de deber es expresión del aspecto social de la sociedad moderna que utiliza como criterio de regulación de los contactos sociales no solo la libertad de organización, sino también las vinculaciones institucionales⁷²⁷. La responsabilidad penal se fundamenta en este tipo de delitos en la infracción de un deber de carácter institucional. Las instituciones sociales se expresan en relaciones intersubjetivas a las que el Derecho reconoce fuerza vinculante. El desarrollo de estas vinculaciones institucionales no está regulado por las normas penales, sino por ámbitos jurídicos ajenos a la actividad punitiva. La importancia que estas relaciones institucionales tienen en el desarrollo de la sociedad, obliga al Derecho penal a darles la categoría de expectativas normativas de conducta penalmente protegidas⁷²⁸. La vinculación del deber jurídico que subyace el delito de infracción de un deber a su configuración extrapenal proporciona incluso mayor seguridad jurídica que la libre interpretación puramente preventiva de los delitos de dominio. Estos delitos se estructuran sobre la base de roles especiales y tienen como factor de imputación la infracción de un

⁷²⁵ García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 44.

⁷²⁶ *Ibid.*, págs. 43-44. Esta especial vinculación implica velar en determinadas circunstancias por la integridad de un bien determinado.

⁷²⁷ García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 44.

⁷²⁸ *Ibid.*, pág. 106.

deber específico⁷²⁹. El deber se erige para García Caverro como factor de imputación en el marco de estos delitos.

La responsabilidad penal por los delitos cometidos desde la empresa no considera a la empresa como poseedora de un rol jurídico-penalmente relevante, de modo que las expectativas normativas que conforman el rol de la empresa ya no se imputan a esta, sino que entran a formar parte del rol (general o especial) de sus órganos. La determinación de los destinatarios de la norma y el contenido de la expectativa normativa dependen del rol que la forma de estructuración de los tipos penales atribuye a los órganos de la empresa⁷³⁰. Así, en los delitos de dominio se exige del sujeto que se encuentra en la estructura empresarial una obligación general de no lesionar a los demás (rol genérico), mientras que en los delitos de infracción de un deber se exige el cumplimiento de deberes específicos con base en un rol especial. En los delitos de dominio la identidad del rol de ciudadano con el rol interno del administrador es casi plena, pues el sistema jurídico se fundamenta en el dominio fáctico de las competencias. En los delitos de infracción de un deber, por el contrario, los aspectos fácticos tienen relevancia solo como posibilidad de cumplir con el deber específico. Las normas penales que regulan los delitos de infracción de deber establecen deberes específicos a los que ostentan determinados roles especiales. La infracción de estos deberes conlleva responsabilidad penal. En este tipo de delitos para ser autor del hecho punible se exige el status de administrador⁷³¹. Por el contrario, si comete un delito de dominio tipificado como delito común, la calidad de administrador del sujeto resulta irrelevante⁷³².

En la doctrina alemana se habla en estos casos de delitos de administración en sentido estricto. El criterio de imputación de responsabilidad penal para los administradores no es el dominio (Schunemann), ya que el hecho del nombramiento como tal tiene relevancia material y fáctica y por ello el Derecho penal lo tiene en cuenta. La calidad de administrador y el contenido de los deberes específicos se determinan con independencia de quién efectivamente desempeña las funciones de administración. Las consideraciones fácticas tienen relevancia solo como posibilidad de cumplir con el deber específico⁷³³.

⁷²⁹ *Ibid.*, pág. 45. La imputación de responsabilidad se fundamenta en los deberes derivados de una concreta posición jurídica.

⁷³⁰ *Ibid.*, pág. 84.

⁷³¹ *Ibid.*, pág. 105.

⁷³² *Ibid.*, pág. 101.

⁷³³ *Ibid.*, pág. 106.

El Derecho penal otorga protección a cierta institución social mediante el delito de infracción de deber. En estos delitos de infracción de deber, el rol especial de los administradores no depende de las competencias internas que estos realmente desempeñan en la estructura organizativa de la misma, sino que se expresa a través de deberes específicos que se les atribuyen. La determinación del deber específico se llevará a cabo en el tipo penal concreto y en relación con las normas extrapenales que regulan este deber específico. En caso de darse protección a alguno de estos deberes específicos (o a una parte de estos) se trataría de una regulación jurídico-penal que recae sobre una institución social determinada y cuyos contornos están delimitados por otras ramas del Derecho. Si el Derecho penal brinda protección a deberes específicos que surgen del rol de administrador, deberá vincularse el tipo penal a las normas extrapenales del ámbito de regulación correspondiente. La propia eficacia de la protección penal depende del grado de vinculación del tipo penal a las normas extrapenales correspondientes⁷³⁴.

5.- Toma de postura respecto del elemento nuclear: el deber extrapenal o la institución

La aceptación de esta realidad diferenciada constituida por los delitos de infracción de deber, que responden a una estructura diversa a los delitos de dominio, me lleva a cuestionarme cuál es realmente el elemento que determina la estructura de estos delitos, si la infracción de un deber extrapenal, como propone Roxin, o la existencia de unas instituciones de carácter positivo y negativo que delimitan la obligación de actuar, como propone Jakobs así como en la doctrina española Sánchez-Vera y García Caverro. En este sentido, del análisis de ambas propuestas y de las aportaciones efectuadas por sus respectivos discípulos, entiendo que el elemento que determina la autoría se ha de reconducir a la existencia de un deber extrapenal, por el cual el sujeto viene obligado a actuar de una forma marcada por la Ley, de modo que, el delito de infracción de deber tipifica una conducta que ha supuesto la desviación respecto del deber configurado por una norma del ordenamiento jurídico. La defensa de esta postura viene motivada por la interpretación que se ha de efectuar de la norma penal conforme a los principios de seguridad jurídica y de legalidad reconocidos en nuestro texto constitucional.

⁷³⁴ *Ibid.*, págs. 98-99.

6.- Crítica general a la categoría de delitos de infracción de deber

El interrogante común y recurrente en todas las críticas referidas a la concepción de los delitos de infracción de deber de Roxin es que no respeta el principio de legalidad porque la esencia de estos delitos se asienta en deberes establecidos por la ley aunque se refiera a la legalidad extrapenal⁷³⁵. Frente a dicho interrogante, se debe aclarar de nuevo y sin perjuicio de que anteriormente ya se explicó, que en los delitos de infracción de deber el sometimiento al principio de legalidad se hace efectivo con todo rigor, por cuanto la ley penal determina los contornos de la conducta típica de forma taxativa, al tiempo que de forma coordinada y coherente con el resto del ordenamiento jurídico entendido de forma global, al proteger deberes contemplados en normas extrapenales, que el legislador ha considerado especialmente sensibles.

En el seno del sistema jurídico de un país las diferentes disciplinas jurídicas no se pueden considerar como ramas normativas que constituyen comportamientos estanco, sino muy al contrario, debe existir una armonía y una integración coherente con independencia de su naturaleza. Este es precisamente el objetivo de los delitos de infracción de deber con sometimiento al principio de legalidad. Se realiza, por tanto, un doble ejercicio en la configuración de la rama penal, ya que primero se delimita el deber conforme a la norma civil/mercantil, a la que me he referido anteriormente, y, posteriormente, se constituye el tipo de acuerdo con los dictados de la norma penal. Se entiende así la necesidad y relevancia de identificar correctamente el deber extrapenal, que debe identificarse primeramente de forma correcta como base del trabajo del jurista, por necesidad de determinar el bien jurídico objeto de protección y la estructura del tipo. Lo que supone que no solo se respeta el principio de legalidad, sino que mayormente, se garantiza el principio de intervención mínima que rige en toda su extensión en el campo penal y que obliga a aplicar la norma penal de forma subsidiaria frente a la normativa de otros órdenes. Por ello, se debe comprender que la identificación o clasificación de la naturaleza de este tipo de delitos se asienta en la propia estructura con la que han sido configurados por el legislador sin desconocer principio fundamental alguno y tiene una serie de implicaciones en materia de autoría y participación que ni desdibuja los contornos de la norma penal, ni los extiende al campo de la norma extrapenal.

⁷³⁵ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., edit. Reppetor, Barcelona, 2005, pág. 378. Señala este autor que la doctrina española ha objetado a la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin que se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que en tales delitos se realicen también los actos expresamente requeridos por el tipo (cit. Gimbernat, Autor, pág. 298).

Bajo mi punto de vista, esta teoría refuerza la aplicación del principio de legalidad, ya que la autoría y participación quedan asentadas en criterios normativos y no en criterios abstractos comunes y generales que requieran un desarrollo doctrinal complejo y que puedan resultar confusos en su aplicación. La determinación de quién es el destinatario de la norma y cuál es el contenido del deber específico se tendrá que llevar a cabo primero en el marco extrapenal y, posteriormente, incardinarlo en el tipo penal concreto. Las normas penales construidas sobre una infracción de deber no asumen la protección de cualquier deber extrapenal, sino solo de las infracciones más graves del deber, por lo que es lógico que requieran que la norma extrapenal se erija como la norma de referencia para fundamentar la protección jurídico penal. Ello no obsta a que en la construcción de distintos elementos de la norma penal también se contemple el deber que es protegido por la norma extrapenal.

La doctrina española ha mantenido a los delitos de infracción de un deber alejados del desarrollo de su sistema dogmático; concretamente de las reglas de autoría y participación, pues consideran que las necesidades de intervención penal y su *quantum* según el grado de participación en el hecho delictivo se resuelven suficientemente con la distinción de delitos comunes y delitos especiales, por lo que califican la clasificación de los delitos de infracción de deber como artificiosa. Señalan que sus criterios de solución en la autoría y participación llevarían a justificar la pena sobre la base solo de la infracción de un deber, consustancial al concepto de Derecho penal democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal y, además, que una categoría tal, al no tener respaldo legal suficiente, se enfrenta al principio de legalidad mismo⁷³⁶. Otros aspectos que se cuestionan respecto de los delitos de infracción de deber es el tratamiento similar que reciben todos los intervinientes que reúnen la especial cualificación que exige el tipo. La desaparición de la accesoriedad cualitativa y cuantitativa. Tampoco ha tenido aceptación la tesis de la autoría mediata para resolver los supuestos de falta de cualificación en el ejecutor material. En definitiva, se acepta que la autoría de los delitos especiales presupone la lesión del deber específicamente previsto en el tipo, pero se exige que el autor también tenga el dominio del hecho.

Pero a pesar de este panorama crítico que ha generado la concepción de los derechos de infracción de deber, también es cierto que han existido voces que han defendido la existencia de esta categoría de delitos, además de los citados Sánchez-Vera y García-Cavero.

⁷³⁶ García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. págs. 43-44. Cita este autor en este sentido, entre otros, a Octavio de Toledo y Ubieto, "Las actuaciones en nombre de otro", ADPCP, 1984, a Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, y a Muñoz Conde, *Introducción...*, así como a Schünemann y a Gracia Martín.

Bacigalupo⁷³⁷ explica que el art. 28 CP exclusivamente distingue entre autores (incluyendo coautores y autores mediatos) y partícipes, sin incluir ninguna definición ni del concepto de autor ni de partícipe, ni ningún criterio delimitador entre la autoría y participación, motivo por el cual, ni la teoría del dominio del hecho, ni la teoría de los delitos de infracción de deber puede ser censurada por apartarse de la ley superando el límite del texto legal. También en favor de admitir estas categorías de delitos, Zugaldía se decanta por la tesis planteada por Jakobs en favor de la distinción de deberes institucionales o deberes por organización⁷³⁸: “En esta clase de delitos, la autoría se caracteriza por la infracción de deber y la participación, en lógica consecuencia, no se caracteriza por la cooperación sin dominio del hecho, sino por la intervención sin infracción de deber especial”.

V.- CONCLUSIÓN

Del estudio de las posiciones mantenidas por el sector de la doctrina partidaria del reconocimiento de la categoría de los delitos de infracción de deber, contrapuesta a la tradicional de los delitos de dominio, se desprende que es preciso todavía concretar diversos aspectos de esta nueva concepción en el marco de cada tipo, que permitan aprehender de forma práctica el planteamiento teórico de su construcción. No obstante, con los criterios del fundador de la tesis (Roxin), de su discípulo Jakobs y de las sucesivas aportaciones doctrinales, existen argumentos suficientemente sólidos como para reconocer la existencia de esta categoría de delitos, que responden a una estructura diversa a la de los delitos de dominio.

La configuración de los delitos de infracción de deber no se basa en la naturaleza externa del comportamiento, sino que el fundamento de la sanción reside en la infracción de deber extrapenal, como forma diversa de estructuración del tipo. El cimiento de la imputación es entonces la lesión del deber extrapenal, de acuerdo con el planteamiento efectuado por Roxin. Esta estructura, necesariamente, se ha de tener en cuenta y proyectará sus efectos a la hora de determinar la autoría y participación en algunos de los delitos comprendidos en la parte especial del Código Penal.

⁷³⁷ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, pág. 119.

⁷³⁸ Zugaldía, *Derecho Penal. Parte General.....*, cit. pág. 744.

Por tanto, serán estos deberes extrapenales, previstos en otras normas del ordenamiento jurídico y que se anteponen a la redacción y configuración de la norma penal, los que constituirán el elemento determinante de la autoría de los delitos de infracción de deber. El deber extrapenal podrá tener diversa naturaleza, ya que podrán preverse en distintas normas del ordenamiento jurídico que no tengan naturaleza penal. Será necesario que en dicha norma se comprenda una descripción del deber asignado al sujeto en cuestión, lo suficientemente concisa como para que el mismo pueda conocer los límites a los que queda sujeta su actuación y verificar cuándo ha transgredido el deber asignado.

En los contornos creados por el deber extrapenal atribuido a determinados sujetos, el legislador penal decide tipificar por razones de política criminal aquellas conductas que suponen un atentado contra determinados bienes jurídicos especialmente reprochables desde el punto de vista de la convivencia social, que son objeto de protección a través de dichos deberes extrapenales. Por consiguiente, de entre todas las formas posibles de incumplimiento del deber exigido, tan solo se considerará que tiene relevancia penal aquella que se adecue a la descripción típica. Es decir, en ningún caso puede considerarse que se trata de una responsabilidad objetiva por el incumplimiento del deber o que la conducta típica es coincidente con el mero incumplimiento del deber extrapenal.

En los casos en los que se produzca el incumplimiento descrito en conjunción con el resto de elementos del tipo, la transgresión del deber extrapenal por parte del sujeto le convertirá en autor, siempre que se refiera a una conducta que entra en el ámbito en el que se le considera especialmente obligado. Fuera de dicho ámbito, el sujeto no responderá en calidad de autor. Por tanto, se habrán de diferenciar los supuestos en los que el sujeto se encuentra dentro de su ámbito obligacional, en el que podría cometer un delito de infracción de deber, de aquellos en los que actúa dentro del ámbito común, en el que podría cometer un delito de dominio del hecho.

En síntesis, la teoría de los delitos de infracción de deber consolida la existencia y realidad de un grupo de tipos penales en el Derecho español contruidos en torno la grave transgresión del deber extrapenal, con sometimiento escrupuloso al principio de legalidad que ha de presidir la construcción de toda figura penal.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE MANIPULACIÓN DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

Con las enseñanzas obtenidas en el capítulo anterior relativo a las teorías que se conforman en torno a la estructura de los tipos de la Parte Especial del Código Penal, se puede comenzar a concretar la estructura del delito societario relativo a la manipulación fraudulenta de las cuentas anuales en orden a identificar, como se explicó anteriormente y entre otras cuestiones relevantes, los criterios que permitan determinar si los administradores han actuado como autores o partícipes, ya que por la propia complejidad de la estructura empresarial y del funcionamiento de los órganos que operan en su seno, debemos tener claro cuándo la infracción de los deberes asumidos por estos cargos puede llegar a tener relevancia penal. En el análisis de dichas teorías se ha podido confirmar que existe una categoría de delitos denominados como de infracción de deber que se contraponen a los delitos de dominio. Como se deriva del examen realizado en el apartado anterior respecto de los delitos de infracción de deber y adoptando la tesis de Roxin, la calificación como tal presupone la existencia de una norma extrapenal que se antepone a la norma penal, en la que se determina que el administrador ha de cumplir un deber y el tipo comprende una conducta de incumplimiento de dicho deber. La teoría de los delitos de infracción de deber supone una solución consistente para determinar el alcance de la autoría y de la participación derivada de infracciones de los deberes de los administradores, y permite escindir con mayor concreción ambas categorías.

La respuesta al interrogante de si el delito contemplado en el art. 290 CP responde a una estructura de un delito de infracción de deber o de un delito de dominio exige analizar la naturaleza y elementos típicos del mismo. Inicialmente, se debe tener en cuenta como se ha desarrollado en el capítulo segundo que los administradores asumen una serie de deberes

generales que comprenden, entre otros, la obligación de ser leales en su actividad, así como de servir con fidelidad al fin social. Estos deberes generales deben presidir la labor de administración, que engloba, entre otras, la obligación de llevar la información contable, de formular las cuentas anuales que representen la imagen fiel de la sociedad y, en definitiva, de asegurar que la información societaria que se divulga de forma interna a la propia sociedad y a los socios, así como la que hacia el exterior reciben los terceros, refleje la verdadera situación jurídica y económica de la sociedad. Determinado el alcance de estos deberes extrapenales, se valorará a continuación su posible incidencia en la estructura del tipo del art. 290 CP.

I.- NATURALEZA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

Dada la autonomía conceptual del derecho penal respecto del derecho privado⁷³⁹, se plantea como cuestión fundamental de qué modo en el ámbito de este tipo del art. 290 CP se deben interpretar conceptos como los referidos de “administradores de hecho y de derecho”, “cuentas anuales”, “documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”, “perjuicio económico”, “socios” y “terceros”. Se cuestiona entonces si se trata de elementos normativos y la incidencia que tiene esta clasificación a los efectos de delimitar la definición de estos conceptos frente al ámbito del Derecho mercantil. La función social del sistema económico y sus estructuras han de ser valoradas por el Derecho penal, cuyo fin es estabilizar expectativas normativas de conducta que surgen de las estructuras propias del sistema económico⁷⁴⁰. El Derecho Penal es la última herramienta a la que se debe acudir para evitar la distorsión del sistema económico y defraudar las expectativas normativas vigentes en el sistema económico⁷⁴¹.

El tipo de injusto del art. 290 CP incluye elementos de carácter normativo propios del ámbito societario⁷⁴², lo que ha motivado su clasificación como un delito societario. En

⁷³⁹ Así lo considera la doctrina mayoritaria, como ya apuntaba Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, Texto de la Conferencia pronunciada el día 25 de junio de 1983 en las “Jornadas sobre el Juez Penal frente a la criminalidad económica”, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, pág. 684.

⁷⁴⁰ García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 56 y nota a pie de página nº 148.

⁷⁴¹ García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 58. La STS, Sala de lo Penal, de 26 de enero de 2007, RJ\2007\1586 es taxativa al concluir que no es posible la subordinación del ordenamiento penal al mercantil porque dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Prima el ejercicio real frente a la realidad registral.

⁷⁴² Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los delitos societarios...*cit. págs. 17 y ss. Según señalan estos autores que el Derecho Penal tiene autonomía

el mismo se introducen constantes remisiones a la normativa mercantil, que flexibilizan la redacción del tipo en el marco del derecho penal económico⁷⁴³ y en el concreto ámbito de los delitos contra el orden socio-económico en el que se integran. Constituye por tanto este tipo una herramienta del denominado Derecho penal accesorio, que se refiere a normas extrapenales para la completa delimitación del injusto propio de cada figura⁷⁴⁴. No obstante, no se puede desconocer la separación clara del Derecho Penal y su naturaleza diferenciada de otras ramas del ordenamiento jurídico, que exige que los elementos de los tipos penales deban ser interpretados de forma autónoma e independiente⁷⁴⁵.

Este tipo presupone el incumplimiento por el sujeto activo de las obligaciones o deberes comprendidos en dicha normativa, de forma que la línea de división entre la infracción mercantil y la de índole penal solo podrá marcarse determinando cuándo los criterios que definen la infracción normativa exceden el campo extrapenal debido a su especial peligrosidad⁷⁴⁶. Cuando en la descripción de algunas infracciones patrimoniales, el Código utiliza vocablos con un particular significado en otros ámbitos, esto no supone el que el intérprete penal esté obligado a obedecer tal significación extrapenal, pudiendo, por el contrario, optar por un entendimiento diferente más acorde con las particulares exigencias del Derecho Penal. Se habla del “carácter fragmentario” de la protección penal. Por ejemplo, como apunta Quintero Olivares⁷⁴⁷, el Código castiga los ataques al patrimonio, pero el Derecho Penal podrá incluso relegar a un segundo plano y hasta prescindir de ese contenido económico del ataque, como ocurre con el robo con violencia en las personas. En esta misma línea, se entiende que allí donde el Derecho Civil no diferencia, el Derecho Penal puede crear distinciones por medio de la tipificación de distintas conductas delictivas

interpretativa, con la limitación de términos de naturaleza estrictamente mercantil, que mantendrán en todo caso su alcance societario.

⁷⁴³ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*....., págs. 101 y ss. En concreto, se hace referencia que el parámetro de la infracción del deber en la administración desleal cometida en perjuicio de sociedades, remite en forma de norma penal en blanco al Derecho de sociedades (pág. 112).

⁷⁴⁴ Tiedemann, K., *Poder económico y derecho*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pág. 33. Señala el autor que: “dados los complejos procesos y normativas de la actual vida económica, no es posible prescindir de elementos normativos y de cláusulas generales al describir los tipos penales económicos”. El TS alemán ha declarado que es posible una declaración de responsabilidad penal asentada sobre elementos normativos o cláusulas generales, cuando estos constituyan “valoraciones reconocidas y seguras”.

⁷⁴⁵ Bajo Fernández, M., “El derecho penal económico....”, cit. págs. 93-94. García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*...cit. págs. 24 y 25. García-Cruces González, J.A., “El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 389, Edit. Aranzadi, S.A., pág. 1.

⁷⁴⁶ Fernández Teruelo, J.G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, edit. Dykinson, Madrid, 1998, págs. 74-75. El autor se plantea la significación jurídica de la figura del administrador en los ámbitos civil y penal y entiende que en el campo penal, la valoración político-legislativa se centra en la conducta del agente.

⁷⁴⁷ Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 106.

en función de su peligrosidad, como puede ser el caso del hurto, robo y la estafa. La interpretación de los elementos normativos que aparecen en el Código no queda sujeta inexorablemente al sentido que les otorgue otra rama del ordenamiento.

La necesaria referencia a preceptos de orden privado como instrumento de concreción de la prohibición penal genera dificultades en el plano interpretativo. Si las exigencias y garantías impuestas por el principio de subsidiariedad e intervención mínima dificultan la aplicación del precepto penal, todavía la labor es más compleja si se proyectan controversias de orden civil, que tienen que encontrar una respuesta válida en Derecho para evitar dañar la claridad, eficacia y coherencia del sistema en su conjunto⁷⁴⁸. En este sentido y en relación con los elementos del tipo legalmente definidos, Puppe establece que las leyes extrapenales pueden ser relevantes para la interpretación de un tipo penal, al definir legalmente un concepto que aparece en aquel y deduce, que en aquellos casos en los que el elemento del tipo tenga un sentido por sí mismo, es este lo que es relevante para la representación dolosa, de acuerdo con la regla según la cual es el legislador penal quien fija el sentido del tipo⁷⁴⁹. Este entendimiento permite ofrecer una interpretación coherente de las distintas ramas del Derecho en el marco de nuestro Ordenamiento, sin desconocer la autonomía conceptual del derecho penal⁷⁵⁰.

No cabe duda de que los conceptos referidos anteriormente de administradores, cuentas anuales y otros utilizados en el tipo del art. 290 CP se extraen del Derecho civil/mercantil y se integran en el tipo como elementos normativos⁷⁵¹. Mir Puig apunta que la relación entre lo normativo y lo fáctico se proyecta no solo en la determinación de la función del Derecho penal, sino también en todos los elementos del delito, de acuerdo con el entendimiento de que el tipo objetivo del delito es de forma limitada una cesación normativa del Derecho, que selecciona una realidad previamente existente, unas conductas potencialmente lesivas de intereses reales como postula el principio de lesividad⁷⁵². En este sentido, la definición del conjunto de elementos del tipo que se

⁷⁴⁸ Musco, E., “La tutela penal societaria....”, cit. pág. 54.

⁷⁴⁹ Puppe, I., “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, en *El error en el Derecho Penal*, edit. Adhoc, Buenos Aires, 1999, pág. 108:

⁷⁵⁰ Corcoy Bidasolo, M., *Derecho Penal de la Empresa*, edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 27.

⁷⁵¹ Roxin, C., *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, edit. Bdef, 2014, págs. 63 y ss. Apunta el autor que la teoría del tipo penal tuvo un impulso con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo por Max Ernst Mayer y afirma el autor que: “*Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuridicidad*”.

⁷⁵² Mir Puig, S., “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 07-18, 2005, págs. 18-24. En todos los elementos del delito se mezclan componentes fácticos y valoraciones jurídico-normativas, por lo que “*tampoco es solo una construcción jurídico-*

interrelacionan para dar un sentido a la figura penal, ha de tener en cuenta obviamente la noción mercantil, pero su alcance deberá quedar concretado desde la perspectiva garantista del derecho penal.

El delito del art. 290 CP comprende un tipo penal carente de carácter descriptivo, cuya realización depende totalmente de criterios normativos de naturaleza societaria y, en particular, jurídico contable, que, a su vez, necesitan ser concretados⁷⁵³. El tipo se estructura sobre la base de una pura valoración del comportamiento punible⁷⁵⁴. El concepto de falsear en el marco del Derecho penal, que inicialmente podría considerarse un elemento descriptivo, tiene un alcance más amplio que el que se infiere fuera del contexto jurídico con carácter general, que se asienta en términos normativos, tal y como se desarrollará posteriormente en el apartado de conducta. El alcance del término “falsear” exige determinar cuáles son los previos deberes legales que la normativa extrapenal atribuye al administrador, y cuyo incumplimiento adquiere relevancia penal más allá del marco legal societario.

La concreción de quién puede adquirir la condición de “administrador de hecho”, en referencia a los previos deberes legales referidos a la documentación en general y a las cuentas anuales en particular, también exige entender perfectamente las posibilidades de actuación que brinda el marco societario.

El término “cuentas anuales” no cabe duda de que tiene una clara definición legal en el marco del derecho mercantil. Se incorpora además un concepto muy amplio que engloba a aquellos “documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”. Este concepto puede ser clasificado como un concepto jurídico indeterminado, de forma que es obvio que la determinación de los documentos que tienen transcendencia jurídica y económica en el ámbito societario, exige un análisis pormenorizado de la normativa mercantil. También se incluyen otros conceptos normativos que sí encuentran definición en el marco del Código Penal, como es el referido a una “sociedad constituida o en formación”, al que se refiere el art. 297 CP como una regla interpretativa expresa. Finalmente, encontramos como elemento eminentemente valorativo el referido como “de

normativa, sino “un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico”.

⁷⁵³ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*.....cit. págs. 114 y ss. Indica el autor que en el Derecho penal económico se ha de realizar una interpretación económica de los conceptos legales, que responde a una interpretación fáctica y se debe respetar el principio de que “*la interpretación penal no debe ir más allá del ámbito de aplicación de la regulación del Derecho económico o civil*”.

⁷⁵⁴ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, cit. pág. 163.

forma idónea”, que al referirse a la idoneidad para causar un perjuicio económico adopta una fórmula mixta normativa y valorativa. Esos elementos normativos y valorativos requieren una interpretación que se acomode al Derecho y al contexto y usos sociales acorde al principio de seguridad jurídica⁷⁵⁵.

Por otro lado, existen elementos normativos que no se contemplan en la redacción del tipo, pero cuya interpretación y valoración es necesaria para la correcta aplicación del mismo⁷⁵⁶. En este sentido, es preciso concretar cuál es la imagen fiel de la sociedad, ya que es un elemento que nos va a servir de referente para determinar cuándo se produce la conducta infractora, es decir, si concurre el tipo objetivo de aprobar unas cuentas anuales que no representan la imagen fiel de la sociedad y el tipo subjetivo de que se conoce por el sujeto que las cuentas anuales aprobadas no reflejan la imagen fiel de la sociedad. Es un parámetro normativo de contenido valorativo que se ha de determinar conforme a los criterios contables que nos brinda la norma extrapenal, que se integran en el tipo del art. 290 CP⁷⁵⁷.

Es cierto que existe una autonomía del derecho penal frente al derecho mercantil, pero nunca dicha autonomía puede desconocer el origen y naturaleza de los elementos normativos (en el caso del art. 290 CP del derecho mercantil), la coherencia del Sistema en su conjunto y los principios que informan el derecho penal⁷⁵⁸. Con carácter general, los elementos del tipo analizados deben quedar delimitados los unos por los otros y, en todo caso, en atención a la idoneidad para causar perjuicio, que se instituye como el cerrojo que delimita la potencial conducta típica. Los conceptos de origen extrapenal, los parámetros que se aplican para fijar el contenido de los conceptos y particularmente, los conceptos jurídicos indeterminados deben ser aplicados de forma muy restrictiva⁷⁵⁹. En este contexto, en el desarrollo del presente trabajo se pretende explicar la relevancia de delimitar

⁷⁵⁵ Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*....cit. pág. 307.

⁷⁵⁶ Von Beling, E., *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 53. Según este autor, se entiende “*por elementos normativos del delito-tipo los conceptos de valor, incluso los conceptos jurídico valorativos, como “propiedad”, “ejercicio legal de un cargo”*”.

⁷⁵⁷ Bacigalupo, E., “El falseamiento de las cuentas anuales y el nuevo derecho mercantil contable”, en *Compliance y Derecho Penal*, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, Pamplona, págs. 176 y 177. Dispone el autor que: “los elementos normativos son elementos impropios de la tipicidad y auténticos elementos de la antijuricidad”. En estos mismos términos, Bacigalupo, E., *Teoría y Práctica del Derecho Penal, Tomo II*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 1211-1239. Díaz y García Conlledo, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008, pág. 40.

⁷⁵⁸ Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*....cit. pág. 109.

⁷⁵⁹ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*....cit. págs. 109 y ss. Se hace alusión por el autor a la doctrina sentada por el TFA por la que explica que el Derecho penal de los balances ha expuesto que “*en caso de valoraciones falsas solo sería punible la arbitrariedad o la falta de empleo de parámetros racionales revisables*”.

convenientemente la proyección del deber extrapenal en la definición de los distintos elementos del tipo del art. 290 CP y para ello, comenzaré por analizar el bien jurídico protegido que sirve de base de toda la estructura del tipo.

II.- ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1.- Definición de los intereses objeto de protección

El bien jurídico es definido por Roxin, en la línea de la doctrina mayoritaria, como el conjunto de *circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad*⁷⁶⁰. Es el punto de partida para determinar la estructura del tipo y el elemento que permite realizar una parcelación sistemática del derecho penal económico. Como afirma Muñoz Conde, el Derecho Penal goza de una autonomía casi absoluta, pero los bienes jurídicos no pueden ser protegidos de cualquier modo ni necesariamente a través de esta rama del derecho⁷⁶¹.

El orden socioeconómico, que junto al patrimonio presta la denominación al Título XIII del Código Penal, se limita a determinar el amplio ámbito al que puede tener alcance la conducta delictiva de carácter societario, pero no se instituye como su bien jurídico. La concreción del bien jurídico protegido del tipo del art. 290 CP solo se podrá realizar a través del entendimiento del orden socio-económico como un conglomerado de intereses que globalmente supera de forma significativa los intereses privados estrictamente patrimoniales. Es en este ámbito del orden socio-económico actual, en el que se desenvuelven todas las conductas típicas relativas a los delitos societarios y ello explica que requiera una protección específica, puesto que en el mismo se mezclan intereses diversos que pueden calificarse como de naturaleza pública y privada⁷⁶². La afectación a intereses públicos podría explicar, a su vez, la decisión de política criminal adoptada por el legislador

⁷⁶⁰ Roxin, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 15-01, 2013, pág. 5. Mir Puig, S., “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 07-18, 2005, pág. 13.

⁷⁶¹ Muñoz Conde, F., “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats, edit. Aranzadi, 2001, págs. 567 y 568. Cita el autor a Roxin para afirmar certeramente que los bienes jurídicos no solo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal. Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi”, págs. 214-215.

⁷⁶² Del Rosal Blasco, B., “Mercado Bursátil y publicidad engañosa...cit. págs. 186-187.

de adelantar las barreras de protección penal e incluir un delito de peligro abstracto⁷⁶³. La delimitación de dichos intereses entonces es el punto de partida para especificar el bien jurídico objeto de protección de los delitos societarios en su conjunto y del tipo del art. 290 CP en particular y a ello puede contribuir los apuntes efectuados en el capítulo primero relativo a la transcendencia de la información societaria relativa como medio de protección de las sociedades en el entorno del mercado y de la economía nacional.

Se plantea entonces si los delitos societarios protegen bienes jurídicos de carácter supraindividual o instituciones económicas que trascienden intereses individuales⁷⁶⁴, cuestión que en la doctrina alemana Tiedemann ha respondido a través de la tesis de que los bienes jurídicos objeto de protección en estos tipos son bienes intermedios, que se encuentran a medio camino entre los intereses estatales y los intereses privados⁷⁶⁵. Este autor alemán los designa como bienes que tutelan, principalmente, el orden económico estatal en su conjunto y, en consecuencia, el flujo de la economía nacional.

La calificación como bienes supraindividuales o difusos es clara en el caso de los delitos societarios, como es el tipo del art. 290 CP, pues lo relevante es que en los mismos el bien jurídico no se limita a la protección de intereses privados patrimoniales, sino que la protección trasciende a intereses comunes que nacen en el seno de un ámbito en el que existe un orden socio-económico y que justifican la intervención penal⁷⁶⁶. Esta afirmación se puede realizar tras el análisis efectuado con motivo de concretar los deberes extrapenales de los administradores, en relación con la información relativa a la situación económica de la sociedad y la particular relevancia de las cuentas anuales como vehículo de transmisión de dicha información dentro y fuera de la sociedad.

⁷⁶³ Tiedemann, K., “Consideración crítica de la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el derecho comparado”, disponible en www.unfr.ch, pág. 5, accesible a través de www.unfr.ch. El autor designa el delito de balance falso como un delito clásico de peligro abstracto y considera que el art. 294 contenido en el Proyecto de 1983 referido a esa figura, en el que el tipo exige la concurrencia de un daño es “un atraso”.

⁷⁶⁴ Tiedemann, K., “El concepto de derecho económico...”, cit. págs. 61-62. Entre los delitos que constituirían un abuso de instrumentos de la vida económica estaría el balance falso.

⁷⁶⁵ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*, pág. 215 y ss. Este autor propone una fórmula para acotar los bienes jurídicos supraindividuales, e introduce el concepto de bienes jurídicos intermedios. Hefendehl, R., “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?, Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, págs. 3 y 6. Un resumen detallado sobre las tesis nacidas en torno a los bienes jurídicos colectivos y globales se puede encontrar en Feijoo Sánchez, B., “Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global”, *AFDUAM* 16(2012), págs. 118-133.

⁷⁶⁶ Terradillos Basoco, J.M^a, “Globalización, administrativización...”, cit. págs. 228-229. Bajo Fernández, “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en *Libro Homenaje al Profesor D. Luis Rodríguez Ramos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 410.

Las conclusiones alcanzadas en relación con dichos aspectos permiten entender que la información económica va a alcanzar a una pluralidad de sujetos indeterminada cuyas decisiones dependen de las cuentas anuales formuladas por los administradores, por lo que se entiende que el bien jurídico objeto de protección es de carácter supraindividual. Precisamente, entre las conductas que integran la llamada delincuencia económica que pueden desdibujar el funcionamiento correcto de la economía nacional y el orden socio económico destacan por la envergadura de sus efectos (como así ha demostrado la experiencia obtenida por los grandes escándalos económicos que se han sucedido en entidades financieras) las acciones de manipulación fraudulentas de las cuentas anuales.

El carácter supraindividual del bien jurídico protegido por el tipo del art. 290 CP es claro si se tiene en cuenta que a través del mismo no solo se protege el ámbito interno societario, que podría considerarse un reducto privado al que se contraerían los potenciales perjuicios ocasionados a la sociedad y socios, sino que también se extiende al ámbito externo en el que se encuentran terceros que entran en relación con la sociedad cuando esta opera en el tráfico y que pueden sufrir potenciales perjuicios por parte de la misma. Se puede razonar así la importancia de tener en cuenta que el orden socio económico nace en el seno de cada pequeña sociedad y se extiende al conjunto de todas las sociedades que vienen a conformar el mercado.

En particular, pero no con carácter exclusivo, las sociedades de gran envergadura que operan en el mercado y que pueden desestabilizar su buen funcionamiento a nivel nacional e incluso con transcendencia internacional, se convierten singularmente en un foco de riesgos que debe ser gestionado correctamente y, por ello, el legislador considera que debe prevenir conductas delictivas que puedan producirse en su seno, que pueden tener una potencial repercusión no solo para socios y sociedad, sino también para terceros que contratan con los mismos⁷⁶⁷. La sociedad se dibuja como un haz de potenciales riesgos en la medida en que es un centro neurálgico de operaciones en el que se contraen compromisos económicos y jurídicos de toda índole, cuyo control y erradicación depende de que los administradores trasladen a dichos interesados innominados información certera sobre la situación económica y jurídica de la sociedad. La protección de un bien jurídico de carácter supraindividual, cuya transcendencia exceda de los intereses patrimoniales, podría justificar, a su vez, que se acuda a la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto, en los que

⁷⁶⁷ Kindhäuser, U. K., “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995, pág. 448.

se adelantan las barreras de protección de dichos intereses patrimoniales, que han sido objeto de múltiples críticas, como se analizará posteriormente⁷⁶⁸.

La doctrina tanto en Italia como en Alemania⁷⁶⁹ ha mantenido un intenso debate sobre cuál es el concreto bien jurídico que es protegido por medio del tipo del art. 290 CP. Esta polémica también se ha trasladado a la doctrina y jurisprudencia españolas. En efecto, tanto la doctrina como jurisprudencia españolas consideraron que en origen este tipo pretendía cubrir un espacio de impunidad intolerable en el marco del denominado derecho penal económico⁷⁷⁰, al que se entendía que se había llegado como consecuencia del desarrollo de la interpretación jurisprudencial del delito de falsedad documental⁷⁷¹. Es decir, antes del Código Penal de 1995, el tipo de la falsedad documental no servía para sancionar conductas de falsedad ideológica realizadas por un particular en documento mercantil. El desarrollo jurisprudencial en torno al art. 306 del CP de 1973 en relación con el art. 302.4º, había llegado a concluir que la mentira documentada, aunque pudiera tener otros efectos trascendentes en el tráfico jurídico (por ejemplo, servir de instrumento para un comportamiento engañoso), solo debía considerarse típica si el documento se veía afectado en alguna de sus funciones esenciales, en concreto la función de servir como medio de prueba. La Jurisprudencia restringía así el alcance del delito de falsedad documental de acuerdo con una interpretación del tipo en función del fin de protección de la norma.

Por este motivo, al tipificarse la conducta del art. 290 CP en torno a la conducta del verbo típico “falsear”, la mayoría de la doctrina consideró que se trataba de un tipo de naturaleza falsaria, que protegía el bien jurídico relativo a la autenticidad y funcionalidad del documento. Esta interpretación llevó a la doctrina, igualmente, a exigir la concurrencia de las condiciones establecidas en los arts. 390. 1, 2 y 3 CP⁷⁷². En definitiva, se defendía

⁷⁶⁸ Terradillos Basoco, J.Mª, “Globalización, administrativización...cit. págs. 228-229.

⁷⁶⁹ Antolisei, F., *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, Edit. Temis Bogotá, 1964, pág. 340. En relación con el art. 2621 del Código Civil Italiano, afirma el autor que es pluriofensivo. Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1993, pág. 243. Considera el autor que lo correcto en el derecho penal del balance y del derecho general de las sociedades es reconocer la información sobre las relaciones económicas de la sociedad como bien jurídico merecedor de protección.

⁷⁷⁰ Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales...cit. pág. 679. Define el autor el derecho penal económico en sentido estricto como “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía, que no viene a ser otra cosa que una parcela del Derecho económico, es decir, del Derecho de la Economía dirigida por el Estado”.

⁷⁷¹ Suárez González, C.J., “Aspectos política-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, AAVV en *Derecho Penal de la empresa* (dir. Corcoy Bidasolo), Pamplona, 2002, pág. 215.

⁷⁷² Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 202. Según este autor la única laguna que ha llenado el precepto se refiere a la falsedad

que se trataba de un delito de falsedad que protegía la función pública que cumplen estos documentos referidos en el tipo, así como su capacidad probatoria derivada de los poderes y funciones acometidos por los sujetos que los emiten. Según este punto de vista, la trascendencia de la información contenida en estos documentos justificaba la decisión de crear tipos específicos que rompieran la regla general de impunidad de las falsedades cometidas por particulares en documento público o mercantil. Algunos de estos autores que han defendido y defienden la naturaleza falsaria de este delito, incluyen también como objeto de protección el patrimonio, de modo que atribuyen a este tipo un ámbito de aplicación que trasciende el estrictamente falsario⁷⁷³.

Otras tesis doctrinales minoritarias se han centrado exclusivamente en la vertiente patrimonial del tipo, que extraen de la exigencia de que concurra un potencial perjuicio económico, y consideran que el bien jurídico sigue siendo la propiedad o patrimonio individual⁷⁷⁴. Y finalmente, también ha habido opiniones que han centrado el bien jurídico en la protección del derecho a la información social y al patrimonio de los afectados por dicha información.

ideológica del administrador consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos. En el mismo sentido, Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 15, quien explica que no se encuentra cubierta por los delitos de falsedad común la conducta de faltar a la verdad en la narración de los hechos (390.1.4º CP) optando el legislador por tipificar determinadas falsedades ideológicas. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales...*cit. pág. 71. Afirma el autor que: “La reforma penal de 1995 pretendió cubrir la laguna de punibilidad abierta tras el reconocimiento jurisprudencial de la atipicidad de la falsedad ideológica cometida por particular en documento mercantil, aunque pudiera tener otros efectos”. Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos, Reflexiones sobre el desorden legal...*cit. págs. 179-183. Considera el autor que este delito implica una falsedad que puede ser ideológica en cualquiera de sus formas y que la sentencia del caso Banesto llegó a afirmar, con incompatibilidad manifiesta con el principio de legalidad, que este delito “no tiene naturaleza falsaria”. En la misma línea la Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 CP.

⁷⁷³ Esta corriente doctrinal minoritaria sostiene que junto al patrimonio lo que se protege es la funcionalidad del documento de la sociedad en las relaciones jurídicas. Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad...*, cit. págs. 34 y 39: “El art. 290 CP es claramente un delito de falsedad documental... además de lesionar la funcionalidad del documento, se pone en peligro o lesiona un bien jurídico-penal de titularidad individual, como es el patrimonio...”. De la misma autora, “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta. Diez años de aplicación jurisprudencial”, *Revista Poder Judicial* nº 82, 2006, págs. 56 y 57, nota a pie 11. La autora explica que la veracidad puede ser el objetivo político-criminal, pero no el bien jurídico y lo considera un delito de falsedad en todo caso en el que el bien jurídico protegido es “la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico y/o económico”. En la misma línea Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...*cit. pág. 203 y págs. 376 y ss. En el mismo sentido, la Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado. Del mismo criterio, Ferré Olivé, J.C., “Las falsedades en la información social (Artículo 290 del Código Penal)”, en *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital, aspectos civiles, penales y fiscales*, 1999, pág. 121.

⁷⁷⁴ Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2001 pág. 643. Según estos autores, se protege el perjuicio económico que se puede irrogar en el patrimonio de los sujetos a quienes dirige la información, por lo que solo revisten carácter típico las falsedades relevantes.

En contraposición con estas corrientes, otro sector doctrinal ha defendido desde la promulgación del Código de 1995, y en línea con la doctrina mayoritaria italiana⁷⁷⁵, que este delito no tiene naturaleza falsaria, sino que es el aspecto de la veracidad de la información en sus diferentes vertientes⁷⁷⁶ (veracidad en sentido estricto, derechos de los interesados en la información veraz, el interés general en la información) y no las funciones del documento lo que verdaderamente es objeto de protección⁷⁷⁷. Esta apreciación se puede extraer de las conclusiones obtenidas del capítulo primero en torno a la relevancia que ha alcanzado la información económica veraz y transparente como bien jurídico objeto de protección⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Mazzacuva, N., *Problemi attuali di Diritto Penale Societario*, cit. pág. 92,

⁷⁷⁶ La veracidad que se pretende alcanzar es diversa a la referida en el art. 20 de la Constitución Española en sus apartados 1.a) y b) y 4, en los que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional se protege la denominada “exceptio veritatis”, como elemento la clave para interpretar la conformidad a Derecho de la información. En este contexto resulta de ayuda partir de una premisa como es la de que la veracidad no responde a una realidad objetiva incontestable, sino a una exigencia de que cuando existe una transmisión de hechos estos respondan a datos objetivos, de forma que no se puedan amparar conductas de “*menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado*”. Como dispone la STS (Sala de lo Penal) nº 192/2001, de 14 de febrero, RJ 2001/367, en la que se cita la jurisprudencia constitucional referida a la veracidad: “En relación con el requisito de veracidad de la información, el TC rechaza tanto su identificación con la objetividad (STC 143/1991 [RTC 1991, 143]), como su equiparación con la «realidad incontrovertible» (STC 41/1994 [RTC 1994, 41]), que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991 [RTC 1991, 143]). Considera el TC que cuando la CE requiere que la información sea veraz, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible”.

⁷⁷⁷ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)...cit. págs. 163 y 164. Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal”cit. pág. 128. Considera el autor que: “*El art. 290 no guarda tanta similitud como aparentemente pudiera dar la impresión con la falsedad en documento mercantil, porque técnicamente no es un delito de falsedad documental...*”. Por el mismo autor, “Mercado Bursátil y publicidad engañosa...cit. pág. 191 y en “Los Delitos Societarios en el Código Penal de 1995”, Proyecto de Investigación nº PB94-0379 de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT), bajo el título “Economía de las actividades delictivas y política criminal”, pág. 102. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*....cit. pág. 138. Afirma el autor que el delito societario del art. 290 CP cumple una función de protección mucho más amplia que la de una mera falsedad documental. Los documentos mercantiles a los que se refiere el art. 290 CP cumplen una relevante función de información en el mercado de capitales. Queralt, J.J., “La crisis jurisprudencial de la falsedad documental”, en *Derecho Penal de la Empresa* (Direc. M. Corcoy Bidasolo), Edic. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, págs. 58-59.

⁷⁷⁸ García de Enterría Lorenzo-Velázquez, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Edit. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 2000, pág. 55. Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal”.....cit. pág. 101. Argumenta este autor que el bien jurídico protegido en el art. 290 del nuevo CP es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad. González Rus, J.J., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, edit. Dykinson, S.L., Madrid, 2011, pág. 624. Según este autor, el derecho de información de los socios y de los terceros interesados a recibir datos

La introducción de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico en el Código Penal de 1995, como establece la Exposición de Motivos, responde a las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja, en la que se ha de dar prudente acogida a nuevas formas de codelinquencia. El orden socioeconómico ha estado sometido a bruscos cambios a lo largo del siglo XX y a principios del siglo XXI y ha evolucionado de una forma dramática. Es una realidad el que las sociedades anónimas de grandes dimensiones cuentan con un capital que, en su mayoría, proviene de inversores, y que cualquier movimiento en la gestión de dichas compañías, puede tener una repercusión muy fuerte en el mercado, y afectar a todos aquellos que de algún modo dependan de la gestión de la empresa, cuyo patrimonio está expuesto a los movimientos que sufra la sociedad. El capital que acumulan estas sociedades, proveniente de la inversión, muestra la relevancia y alcance de las conductas de los gestores que manipulan la información relativa a su actividad económica.

Esta separación entre propiedad y gestión de la empresa ha exigido la articulación de mecanismos de protección del mercado y evitación de conflictos entre ambas posiciones, como es el recurso a la herramienta penal⁷⁷⁹. De acuerdo con esta idea de trascendencia absoluta de la información societaria, se han introducido reformas en la legislación mercantil en orden a dar publicidad a la información societaria de carácter económico que se representa en las cuentas anuales⁷⁸⁰. En este contexto se entiende la atribución a los administradores de especiales deberes legales de veracidad por parte de la legislación mercantil y que la verdad en el marco del tráfico mercantil tiene una especial relevancia, que exige proyectar una protección específica desde el punto de vista penal frente a conductas que implican mendacidades relevantes.

Si tenemos en cuenta estas circunstancias, se puede deducir de forma evidente la incidencia que tiene la información relativa a la situación económica y jurídica relativa societaria, y la necesidad de entrar desde la vía penal a prevenir conductas que pueden

veraces y fieles de la situación de la sociedad es “una garantía del correcto funcionamiento de la misma y de sus propios patrimonios”. En el mismo sentido, Rodríguez Ramos, L., *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, edit. La Ley, Madrid, 2009, pág. 207, quien señala que el bien jurídico es el derecho de los destinatarios de la información social a obtener información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad. Sánchez Álvarez, M., *Los Delitos societarios*, edit. Aranzadi, 1996, pág. 100.

⁷⁷⁹ Suárez González, C.J., “Aspectos política-criminales de los delitos socioeconómicos...”, cit. pág. 214.

⁷⁸⁰ Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal” en *Empresa y Derecho Penal (I)*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 100. Lara González, R., “El falseamiento de la información social a través del informe de gestión”, en *Derecho Penal de la Empresa*, (Direc. Corcoy Bidasolo, M.) edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, págs. 63-64.

pervertir la información societaria de forma idónea para causar un perjuicio patrimonial a la sociedad, socios y terceros que han operado con la misma y han entablado relaciones económicas y jurídicas en la confianza de que conocían de forma fidedigna la situación de la sociedad. Por este motivo, la configuración de este tipo se ha de situar en el marco de la evolución del ordenamiento en su conjunto, desde cuyo seno se han introducido mecanismos de defensa, tanto a través de la disciplina mercantil (el derecho de sociedades asentado de forma principal en la defensa de la transparencia de la información societaria) como de la disciplina penal, que ha introducido, entre otros tipos, el delito societario relativo a la manipulación de información societaria de índole económica y jurídica⁷⁸¹.

La información societaria se erige como valor fundamental con el fin de garantizar los intereses del mercado⁷⁸² y en este marco de la economía de mercado se convierte en un bien preciado que fundamenta la inversión, el funcionamiento y prestigio de la sociedad. La sociedad muestra interna y externamente su solvencia, de la que tendrán conocimiento potenciales inversores, acreedores, proveedores, así como otras entidades del mercado individualmente consideradas y el mercado en su conjunto⁷⁸³. En este escenario se puede entender que la conducta de impedir conocer la real situación económica de la sociedad a través de la manipulación de los instrumentos de información de los que se sirven las entidades para mostrar interna y externamente su situación económica merece en determinados casos una respuesta penal⁷⁸⁴. Con la incorporación al Código del delito societario del art. 290 CP se introduce una figura delictiva que parece que puede situarse en la línea marcada por otras legislaciones europeas y la norteamericana de fomentar la transparencia en la información societaria atinente a la situación jurídica y económica de la sociedad en orden a garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios y de terceros.

⁷⁸¹ Bacigalupo Zapater, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, en *Gobierno Corporativo y derecho penal* (Coords. Bajo Fdez, M., Bacigalupo, S., Gómez-Jara Díaz, C.), Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 163. La transparencia de la información patrimonial de la empresa tiende a reforzar la confianza de los inversores en el sistema económico empresarial, y, en este sentido, bien puede ser considerado como el verdadero objeto de protección del delito del art. 290 CP.

⁷⁸² Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. pág. 53.

⁷⁸³ En consonancia con este valor esencial que ha adquirido la información societaria, la legislación societaria ha multiplicado los deberes de información a los que deben atender los gestores y ha articulado mecanismos de vigilancia que velan por el funcionamiento del mercado.

⁷⁸⁴ En la doctrina española especializada siempre ha existido consenso a la hora de propugnar la criminalización de esta clase de comportamientos falsarios como una de las más características en el marco de los denominados delitos societarios, al considerar que garantizar la correcta información en este ámbito es garantizar una condición de viabilidad de los intereses de la propia sociedad, de los socios y de los acreedores, así como incluso de eventuales futuros socios y acreedores trascendentes en el tráfico no era punible sino como medio de causación de un perjuicio a un tercero.

La tramitación parlamentaria de este precepto dejó rastro de que lo que se pretendía proteger a través del mismo no eran las funciones probatorias del documento ni la fe pública como tal, sino que se centraba en un aspecto societario que trascendía el puramente falsario⁷⁸⁵. La ubicación sistemática de este precepto entre los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico muestra también la voluntad del legislador de no atribuirle una naturaleza falsaria, pues como señala Bacigalupo⁷⁸⁶: “*sería totalmente superfluo frente al art. 392 CP*”, debiéndose concluir que “*mientras los delitos de falsedad en documentos privados protegen la autenticidad de la declaración documentada, no su veracidad, en el delito del art. 290 CP se protege la veracidad de la información expresada en el balance y en las cuentas anuales*”.

Por otro lado, el elemento relativo a la idoneidad para causar perjuicio indica que el tipo no puede tener naturaleza falsaria, ya que un delito de falsedad que protege la fe pública no se vería influenciado por un potencial perjuicio económico para la sociedad, socios o terceros. Además, no puede atribuírsele esta naturaleza porque no se refiere el tipo de modo alguno a las funciones esenciales del documento, la trascendencia en el tráfico de estos documentos es ajena a las funciones documentales y a la fe pública que pueda ser objeto de protección, como así se desprende de la interpretación del art. 31 Cco y del art. 1.228 Cc⁷⁸⁷. En efecto, el análisis efectuado en el capítulo segundo referido a las cuentas y a su proceso de elaboración a partir de la contabilidad de la sociedad, permite entender que las cuentas anuales no prueban el contenido de los hechos económicos reflejados en cifras en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias, como tampoco acreditan lo manifestado en la memoria, sino que tienen relevancia por sí mismas como mecanismo de información a través de la rendición de cuentas de la gestión efectuada por los administradores.

El hecho de que el delito no tiene naturaleza falsaria y que el bien jurídico protegido en este tipo es la información veraz y el deber de los administradores de garantizar su conformidad con la imagen fiel de la sociedad, se puede comprobar también confrontando las cuentas anuales con los documentos que sirven de soporte a su confección. Las cuentas

⁷⁸⁵ En la tramitación parlamentaria del Código, ya se puso de manifiesto que este artículo era algo completamente distinto al delito de falsedad genérico cometida por particular. Como se recoge en el Diario de Sesiones número 512, pág. 15586, en la parte correspondiente a la intervención del Diputado Sr. Mohedano Fuerte.

⁷⁸⁶ Bacigalupo Zapater, E., “El nuevo derecho mercantil contable...”, cit. págs. 163-164.

⁷⁸⁷ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales...*cit. pág. 74. Apunta este autor que “*no es posible explicar la falsedad ideológica si no es en relación con la función probatoria de un documento. Ninguno de los documentos que menciona el art. 290 CP tiene por ley eficacia de hacer prueba sobre la situación económica real de la sociedad*”.

anuales pretenden aportar una información relativa a la situación económica y financiera de la entidad que constituye su imagen fiel y son los administradores con su firma los que garantizan que la misma se corresponde con la realidad. Los documentos que sirven de soporte a la contabilidad, como son las facturas emitidas y demás, que puedan haber sido manipulados o emitidos por una persona que ha suplantado una identidad, sí que constituirían delitos falsarios propiamente dichos, por cuanto con los mismos no se informa sobre la imagen fiel, sino que nacen con el objeto de desplegar efectos en el tráfico jurídico, sin tener que ser emitidos necesariamente por los administradores.

Lo expuesto nos permite entender por qué en sus inicios el art. 290 CP planteaba una gran problemática, ya que existía una verdadera confusión sobre el alcance y se pretendía encauzar la interpretación de los presupuestos típicos por la vía del delito falsario. Esto daba lugar a unas situaciones singulares en las que frecuentemente resultaba la conducta atípica, dado que las cuentas sí habían sido firmadas por los administradores legitimados para ello y respondían a una información construida sobre datos que habían sido manipulados, pero no se podían encasillar en ninguno de los supuestos del art. 390 del CP. La interpretación correcta del bien jurídico protegido y la clasificación de la naturaleza del delito como societario, ajeno a las conductas falsarias, ha permitido poner orden en los procesos en los que se denuncian este tipo de conductas, de forma que se identifica correctamente el bien jurídico protegido, los criterios de imputación y las conductas constitutivas de delito. Desde el punto de vista procesal, se dirige correctamente el objeto de la prueba y se entiende el alcance de las periciales que se deben dirigir no a determinar la autenticidad del documento, sino su contenido acorde a la imagen fiel de la sociedad.

En el marco jurisprudencial tampoco ha existido una posición lineal en cuanto a la naturaleza de este delito y el bien jurídico objeto de protección por el mismo. Como se puede apreciar por los fundamentos de los pronunciamientos, las variaciones se han debido más a la trascendencia de los casos que a la interpretación estricta del precepto. Existen pronunciamientos anteriores de nuestros tribunales como es la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1999 (Pte. Sr. Moner Muñoz), relativa a la inclusión en la contabilidad de anotaciones ficticias, en la que se reconoce que la estructura típica del art. 290 CP presenta una clara similitud con los comportamientos falsarios, pero matiza que dado que la finalidad de la falsificación es la causación de un perjuicio económico, podría sostenerse que se trata más bien de un tipo de engaño en el que la falsedad constituye el medio de irrogar un perjuicio y que deba elevarse a la categoría de delito una falsedad

mendaz, concluyendo finalmente que la conducta no puede integrarse en una falsedad de documento mercantil y que el art. 290 CP no es aplicable porque no está en vigor.

En la misma línea, la Audiencia Nacional en su sentencia de 31 de marzo de 2000 dictada en el caso Banesto declaró expresamente que el art. 290 CP tiene la naturaleza de un delito societario que condena el incumplimiento del deber legal contraído por los administradores. Se afirma igualmente que este tipo tutela el que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros, que operan en el sector económico amparados en la confianza que resulta de las cuentas de una empresa. Esta consideración lleva al tribunal a descartar la naturaleza falsaria del tipo, y la posibilidad de que pudiera proteger la fe pública asociada a las funciones asociadas a los documentos en cuestión. Concluye así la sentencia que es indiferente el que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento o que los libros de comercio hagan o no fe de su contenido⁷⁸⁸. Esta estos términos se recoge en la resolución citada con carácter taxativo que: *“es indiferente que los libros de comercio hagan fe o no de su contenido, porque como delito societario, no como delito de falsedad documental, es indiferente que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento”*.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002, de gran relevancia por referirse al caso Banesto, consideró equívoca la argumentación de la Audiencia Nacional en relación con los fraudes contables y defendió la naturaleza falsaria de este tipo. La más reciente jurisprudencia ha venido a recoger de forma expresa que el bien jurídico protegido es el derecho de los destinatarios de la información social, entre los que se incluyen no solo los socios sino también los terceros, a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la sociedad⁷⁸⁹. Esta doctrina no

⁷⁸⁸ Señala expresamente la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000: *“Tras la reforma penal de 1995, con la incorporación al Código del delito societario del art. 290 CP, se introduce una figura delictiva con la función específica de protección de la transparencia en la información societaria, con alcance muy distinto al de la tutela de la fe pública asociada a un documento. Se siguen con ello los ejemplos de preceptos similares del Derecho comparado...”*.

⁷⁸⁹ La jurisprudencia en la actualidad se inclina por establecer que el bien jurídico protegido es la veracidad y la claridad de las cuentas sociales. En este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2004. Por su parte, la STS de fecha 2 de noviembre de 2004 establece que: *“El bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad. En este sentido y en lo que a la acción falsaria se refiere, el art. 290 se configura como un delito de lesión”*. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2009, RJ 2009/6989, Ponente Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez enfatiza que: *“El delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social”*.

contempla como bien jurídico protegido la fe pública y se aparta de la consideración de este tipo como de naturaleza falsaria.

Desde esta perspectiva, al ser la veracidad de la información contenida en las cuentas anuales y la obligación de garantizarla por parte de los gestores lo que se erige como objeto de protección, se puede entender que con esta figura no se trata siquiera de cubrir una laguna de punibilidad en torno a las falsedades ideológicas ubicadas en el Título XVIII referido a los delitos de falsedad⁷⁹⁰. La realidad es que la inclusión de este precepto era absolutamente necesaria en orden a garantizar los derechos de las sociedades, socios y terceros que se sirven de la información societaria para la toma de decisiones de suma trascendencia de índole económica⁷⁹¹. Es importante el apunte de que es objeto de protección la veracidad y el deber que lo garantiza para diferenciar que no es objeto de protección el derecho de los interesados a la información lo que se protege, como ha defendido algún sector minoritario, ya que la veracidad viene amparada desde el aspecto sustantivo cuando se origina la información y es plasmada en el documento y no el aspecto formal de los derechos de los interesados en dicha información.

En el Código Penal se han incluido diversos delitos que protegen el deber de veracidad además del art. 290 CP, como son el delito contra la Hacienda Pública contenido en el art. 310 CP, en el que se exige “llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales”, y el art. 261 CP referido a las insolvencias punibles, que se refiere a la conducta del que “a sabiendas presentare datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de un procedimiento concursal”.

Desde el punto de vista material, la acción es antijurídica cuando se transgreden los deberes esenciales que deben cumplir los gestores para el funcionamiento de la sociedad

⁷⁹⁰ Córdoba Roda, J y García Arán, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, Tomo I, Edit. Marcial Pons, 2004, Madrid-Barcelona, págs. 1089-1092. Defienden los autores que este delito no constituye una falsedad ideológica sino algo distinto, ya que: “La falsedad ideológica presupone, según una interpretación clásica, que el documento que recoge la declaración inveraz tenga la función de garantizar la verdad de lo que se declara. Sin embargo, a la vista del art. 1225 CC según el que los documentos privados solo prueban lo declarado entre los que lo hayan suscrito – se afirma que los documentos que son objeto del presente delito –mercantiles–no tienen tal función de garantía, y por lo tanto no se puede cometer falsedad ideológica respecto de ellos”. (Quintero Olivares, “Los escándalos financieros por falsedad en la contabilidad y la función del Derecho penal económico”, en *Revista electrónica de Derecho penal*, Sección española, AIDP, Universidad de Castilla-La Mancha).

⁷⁹¹ Tiedemann, K., *Poder económico y derecho*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pág. 46. Considera el autor “indudablemente loable” la introducción de los delitos económicos y de la empresa en el Código Penal. Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales...cit. pág. 684. Enfatiza el autor el enorme valor político-criminal de los delitos societarios por cuanto constituyen “delitos-obstáculo”, que previenen la comisión de otros delitos no societarios pero en cuya comisión se utiliza la estructura y órganos de la sociedad.

dentro de la economía de mercado, de modo que se entiende así la relevancia del fin social y político criminal de este tipo que pretende erradicar las conductas que resultan intolerables en este ámbito. De este modo, se puede afirmar que con carácter principal el bien jurídico protegido viene constituido por la información veraz e imagen fiel de la situación jurídica y económica de la entidad que se ofrece a través de las cuentas anuales y otros documentos societarios, lo que equivale al cumplimiento de los deberes extrapenales atribuidos a los administradores de veracidad y transparencia en relación con las cuentas anuales⁷⁹².

La consideración de que son los deberes asumidos por los administradores que contribuyen a dotar de veracidad la elaboración de las cuentas anuales y de lealtad con el interés de la sociedad la base del bien jurídico protegido supone un primer indicio de que este delito puede que responda a una estructura típica singular como es la correspondiente a los delitos de infracción de deber. En efecto, existen determinados tipos penales cuyo comportamiento no puede ser explicado solo con elementos fácticos, sino que requieren una concepción del delito como lesión de la norma desde el punto de vista material, como son los que regulan la infracción de un deber.

En este terreno de los delitos especiales, Alcácer Guirao ha realizado un estudio muy exhaustivo sobre la evolución de la doctrina en relación con el análisis integrado del elemento del bien jurídico y del deber al que quedan obligados determinados sujetos y, tras este examen, llega a la conclusión de que el deber tiene una incidencia clara en la conformación del bien jurídico. En estos delitos no es la acción como tal la que supone la comisión del delito, sino la acción que proviene de un sujeto especialmente obligado por el cumplimiento de un deber específico en el ejercicio de su cargo⁷⁹³.

⁷⁹² En el trámite parlamentario se enfatizó la relevancia de penalizar conductas en las que los administradores que tienen una posición especial y privilegiada dentro de la sociedad abusen de dicha posición. En la página 1584 del Diario de Sesiones número 512, el Sr. Mohedano Fuerte afirma: *“lo más significativo, posiblemente, de este capítulo de esta reforma penal es que hasta ahora ninguna reforma penal en España había incorporado una rama específicamente dirigida a la definición y a la sanción de las infracciones realizadas en el ámbito de la actuación de las sociedades mercantiles, y más en concreto de los delitos cometidos con violación de deberes o abusos de poderes legalmente establecidos por las personas que ejercen una función de particular importancia en el seno de estas sociedades mercantiles. Pero el hecho de que hasta este momento nuestro sistema penal carezca de delitos específicamente societarios no quiere decir que estas conductas carecieran de relevancia penal. Nacen en el seno de esta actividad social y, además, utilizan en su ejecución esta estructura asociativa mercantil. La no consideración de las peculiaridades de estos sujetos sociales de importancia innegable y creciente en la actividad económica y con un papel muy relevante en el tráfico mercantil puede dejar impunes comportamientos no subsumibles hasta ahora en tipos penales tradicionales, conformados a la vista de una realidad criminológica que poco tiene que ver con esto...”*. Posteriormente afirma: *“La tutela de la veracidad en la información constituye hoy el núcleo capital del derecho penal societario”*.

⁷⁹³ Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, Apuntes sobre el concepto material del delito*, edit. Atelier, 2003, pág. 49-62. Sin ánimo de exhaustividad, se cita a continuación un extracto de algunas de las aportaciones que recoge el autor en su monografía, que representan la evolución

Lascuraín explica que el bien jurídico se erige como elemento para determinar la lesividad del comportamiento delictivo, la norma de comportamiento incide en el carácter transgresor de la conducta⁷⁹⁴. Mir Puig subraya que *las normas apuntan a deberes, mientras que los bienes jurídicos apuntan al aspecto de los derechos*”, de forma que entender el delito como infracción de una norma es entenderlo como infracción de un deber⁷⁹⁵.

En relación con la incidencia del deber extrapenal en la configuración del bien jurídico en materia de delitos societarios, resulta necesario tener en cuenta la realidad que refleja Rodríguez Mourullo cuando afirma, con cita a Antolisei, que *“los delitos societarios pretenden reprimir la violación de los deberes o el abuso de las funciones de particular importancia en el seno de las sociedades mercantiles”*⁷⁹⁶.

Con todos estos apuntes, se puede entender que efectivamente el deber tiene una incidencia determinante en los delitos societarios y en particular, considero que la acepción del bien jurídico protegido en el tipo del art. 290 CP se ha de construir atendiendo a las

doctrinal desarrollada en torno al deber y el bien jurídico. Se recoge así cómo Jescheck considera que el delito es merecedor de pena cuando se quebrantan valores de la comunidad, es decir, cuando se produce la lesión de un deber conformado en la actitud interna del individuo. Defiende el autor una versión comunitarista del delito y sostiene que el Derecho penal no radica solo en la protección de los bienes jurídicos sino también en la defensa de los valores ético-sociales de la acción; por ello *“el delito aparece así como lesión simultánea del bien jurídico y del deber”*. Hardwig dentro de la misma versión comunitarista defiende que el delito constituye una lesión de un deber ético jurídico subjetivamente configurado y para Otto la lesión del deber es el criterio decisivo. Con apoyo en el fin ético social del Derecho penal mantenido por Welzel, aunque la protección de bienes jurídicos no queda excluida, la labor esencial del Derecho penal es el fomento de esa solidaridad interna de la comunidad. Con Jakobs la noción de persona frente a la de individuo ha venido plasmada en la noción de “rol”, que supone la presentación de una competencia socialmente comprensible. El comportamiento propio del rol de persona es la obligación de respeto a las normas, lo que determinará los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-penal (pág. 57). Feijoo explica que el delito más allá de algo fáctico constituye una lesión del Derecho, de forma que el delito no es lesión de bienes jurídicos, sino lesión de normas. Este autor postula que: *“es preciso diferenciar entre fundamentación de la función del Derecho penal en la sociedad y la legitimación material de los distintos tipos de la parte especial”*, concluyendo que *“la teoría de la prevención general positiva sirve para lo primero y la teoría del bien jurídico para lo segundo. Por tanto, ambas teorías no se contradicen, sino que se complementan”* (págs. 62 y 98).

⁷⁹⁴ Lascuraín Sánchez, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, ADPCP, Vol. LX, 2007, pág. 143. Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit. pág. 104. Cita este autor a *Von Gemmingen* quien sostiene que cuando concorra un peligro relevante o lesión para el bien jurídico, se podrá afirmar una lesión de la vigencia de la norma y si lo protegido por normas de conducta son los bienes jurídicos, solo una conducta que pueda potencialmente afectar al mismo generará ese quebrantamiento de la expectativa normativa. Paredes Castañón, J.M., “Los delitos de peligro...cit. pág. 132. Se refiere este autor a que la forma más idónea de definir los bienes jurídicos es en relación con pautas de conducta. Jaén Vallejo, M., “Falsedades documentales”, en *Curso de Derecho Penal Económico*, Edit. Marcial Pons, 2ª edic, 2005. Barcelona, pag. 642, quien defiende que no se trata de proteger la seguridad del tráfico jurídico basado en pruebas documentales (delitos de falsedad documental), sino de proteger la veracidad de la información.

⁷⁹⁵ Mir Puig, S., “Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, Sección Doctrinal, pág. 14.

⁷⁹⁶ Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales cit. pág. 683.

circunstancias que han marcado la evolución del ordenamiento jurídico español en orden a la protección de la información económica societaria, en la línea de castigar los abusos por parte de los administradores de los deberes de veracidad y transparencia que puedan entrañar una clara peligrosidad en el ámbito de la sociedad mercantil y del mercado en su conjunto.

Entender que la transparencia y la veracidad de la información sobre la situación económica de la sociedad es una medida de control de la sociedad que es objeto de protección en este tipo, me lleva a concluir que, en definitiva, los deberes extrapenales en torno a la lealtad y formulación de cuentas anuales son medidas de protección que se proyectan en la propia actuación de los administradores, a quienes se exige que informen para acabar con sus posibilidades de defraudar. No es más que extremar las garantías relativas a la rendición de cuentas como vehículo informativo, que en origen dio lugar al desarrollo al concepto de contabilidad, a través del cumplimiento leal por parte de los administradores del deber de formular las cuentas.

Afirmar que el bien jurídico objeto de protección del tipo del art. 290 CP es la veracidad y transparencia de la información societaria relativa a la situación económica y jurídica de la sociedad y en particular, comprendida en las cuentas anuales, lleva anudada la protección de los deberes extrapenales de los que se extrae dicha veracidad y transparencia. El bien jurídico protegido es, por lo tanto, la transparencia de la información de la sociedad que queda a cargo del administrador que gestiona la misma⁷⁹⁷, al cual se exige cumplir las obligaciones específicas de actuar con lealtad en la formulación de las cuentas anuales, de manera que las mismas reflejen la imagen fiel de la sociedad⁷⁹⁸.

La información veraz que refleje la imagen económica de la sociedad se instituye como piedra angular de control de la sociedad, del funcionamiento del mercado, de la

⁷⁹⁷ El interés inmediatamente protegido es la veracidad y transparencia en la información societaria, que actúan de barrera de evitación de perjuicios económicos para la sociedad y terceros, pues la transparencia en la información económico-contable de la empresa es un elemento consustancial al sistema de economía de mercado (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004).

⁷⁹⁸ Marina García-Tuñón, A., *El Derecho contable.....*, págs. 344 y 345. Afirma el autor que la característica propia de los delitos societarios en general, es la de suponer una violación de deberes o abuso de facultades por parte de quien ostenta un ámbito funcional o competencial propio en la estructura de la sociedad. El autor apunta que se pretende tutelar la veracidad de la información social que pueda extraerse de los deberes documentales. asegurar los derechos de los acreedores. Nuñez Castaño, E., *La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas.....*, pág. 72: “*La razón de esta incriminación radica, entre otras, en la importancia de reflejar una imagen fiel y verdadera de la situación económica y patrimonial de la empresa, y en la trascendencia que esa información tiene para el sistema económico desde la base de la confianza de estos datos y documentos originan en los distintos sujetos implicados en la actividad económica*”

seguridad de las transacciones, de la confianza en la inversión y de la asunción de compromisos por parte de terceros que creen y confían en la situación jurídica y económica que muestra documentalmente al exterior la entidad. Como tal delito societario y por su estructura, se puede comprobar que el bien jurídico protegido se asienta principalmente en la veracidad de la información relativa a la situación económica y jurídica de la sociedad, que nace del cumplimiento de la propia obligación de los administradores de ofrecer al término del ejercicio la información de la sociedad, que muestre la imagen fiel de la misma, sin perjuicio de que se contemplan otros documentos societarios que también se consideran relevantes, pero que por necesidad de acotar el objeto de esta tesis no serán objeto de evaluación específica.

No obstante, se puede apreciar por la redacción del tipo del art. 290 CP que en este delito también es objeto de protección de forma secundaria otro bien jurídico de carácter individual como es el patrimonio, en la medida en que en el tipo básico se exige la idoneidad de esa infracción para poner en peligro los intereses patrimoniales de socios, sociedad y terceros, y en caso del tipo agravado, la propia lesión de dichos intereses patrimoniales⁷⁹⁹. Como señala Lascurain, el bien jurídico de los delitos de peligro es la seguridad de otro bien⁸⁰⁰.

Por lo tanto, como defiende la doctrina mayoritaria, este precepto contiene un tipo pluriofensivo en el que lo decisivo o principal es la veracidad de la información económica y jurídica societaria y en menor medida, el patrimonio de la sociedad⁸⁰¹. Se trata por tanto de dos bienes jurídicos independientes e individualizados, que al agruparse en un mismo marco típico de forma necesaria acotan su ámbito de aplicación. Efectivamente, el amplio bien jurídico relativo a la transparencia de la información viene acotado por otro bien jurídico como es el patrimonio, a través de la inclusión del elemento de “idoneidad para causar un perjuicio”. Del mismo modo, se entiende que la protección del bien jurídico del patrimonio solo tiene sentido que se lleve a cabo con carácter secundario a través de un tipo

⁷⁹⁹ Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, cit. págs. 90-92. Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal” ...cit. pág. 102. Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los delitos societarios*...cit. pág. 36, defienden que los bienes jurídicos protegidos por los delitos societarios son de carácter individual, al ser los mismos el bien inmediatamente ofendido por la realización de la conducta típica, con excepción del artículo 294 CP que tiene un bien jurídico de naturaleza colectiva.

⁸⁰⁰ Lascuraín Sánchez, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, cit. pág. 143.

⁸⁰¹ Arroyo Zapatero, L., “Los delitos societarios en el Proyecto de 1992”, en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Edic. Universidad de Castilla La Mancha, 1994, pág. 58. Cerezo Mir, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 10, 2002, pág. 58. En la misma línea Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*...cit. pág. 73.

específico de esta índole, ya que si fuera el principal o único bien jurídico objeto de protección estaríamos ante una modalidad de estafa, que no justificaría su tipificación independiente. Se protege así un bien jurídico principal como es la veracidad de la información societaria que los administradores deben proporcionar en el ejercicio de sus competencias marcadas por la Ley y secundariamente, el patrimonio de los sujetos interesados en dicha información, lo que supone un claro adelantamiento del ámbito de protección del patrimonio respecto del delito de estafa⁸⁰². Solo cuando el bien jurídico principal es lesionado podremos considerar que está en peligro el bien jurídico secundario del patrimonio y podremos valorar la posible comisión de una conducta típica por ser idónea para la causación de un perjuicio patrimonial⁸⁰³.

Por lo tanto, según la tesis aquí defendida el objeto de este precepto no es proteger como los delitos de falsedad documental la seguridad del tráfico jurídico basado en la fe pública que proporcionan los documentos como pruebas⁸⁰⁴, sino proteger, con carácter principal, la transparencia de las sociedades y la veracidad de la información societaria contenida en las cuentas anuales en cumplimiento de los deberes extrapenales asumidos por los administradores, que en sí misma no constituye una prueba, sino que habrá de ser objeto de prueba, en su caso, a través de otros medios, como es la documentación subyacente que la soporta, y con carácter secundario, el patrimonio. Esta posición viene avalada por preceptos similares que han sido introducidos en el Derecho comparado como en el Código Penal alemán e italiano.

⁸⁰² Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, edit. Universitaria Ramón Areces, 2004, págs. 28-29 y 41. Creo necesario dejar apuntado cómo en relación con el delito de estafa Bajo Fernández explica cómo a principios de los noventa en Alemania se replantea la discusión sobre si la estafa constituye una “lesión a la fidelidad y a la verdad en el tráfico jurídico” o lesión “del derecho a la verdad”, como así plantea Kindhäuser, en cuanto que el engaño y el consiguiente error afectan a la “libertad de disposición”. Explica el autor que corrientes modernas plantean que el engaño es lesión de un derecho a la verdad o infracción de un deber de veracidad y se entiende que la estafa pretende “garantizar un mínimo de veracidad en la estructura normativa del mercado”. El engaño sería típico si “se ha incumplido el deber de veracidad que se determina en función de dos medidas, una estándar derivada de la posición de ambos sujetos en la relación económica y la otra derivada de los comportamientos de los sujetos que redefinan los deberes de veracidad iniciales”, pero en definitiva, Bajo Fernández concluye que el derecho a la verdad ni es bien jurídico protegido en la estafa, ni esta teoría puede evitar la necesidad de aplicar “una doble medida al estilo de la teoría tradicional dominante”.

⁸⁰³ Bottke, W., “Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específica” en *Hacia un Derecho penal económico europeo...*, págs. 637 y ss. Afirma el autor que el Derecho penal económico presta una contribución legítima a la protección de bienes jurídicos también cuando no protege bienes jurídicos individuales. Corcoy Bidasolo, M., “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *La política criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004, pág. 31. Concluye el autor que: “solo es aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad pero no en atención al bien jurídico penal supraindividual protegido, respecto del cual debe probar su lesión”.

2.- El bien jurídico objeto de protección en el art. 282 CP.

En el reciente caso Bankia que está siendo objeto de instrucción ante el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, en el Auto de fecha 13 de febrero de 2015 se ha planteado la imputación por un delito de falsedad de cuentas anuales (art. 290 CP) y al tiempo de un delito del art. 282 bis CP por la manipulación del folleto de emisión de las nuevas acciones de Bankia, dando lugar a un pronunciamiento en el que el Juzgado se expresa en los siguientes términos: *“Se trata de un delito societario, similar, por ejemplo al tipificado en el art. 290 CP, pero en este caso se refiere exclusivamente a las “sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores”, siendo por ello de aplicación los preceptos generales de estafa o incluso los de apropiación indebida”*.

La Ley 5/2010, de 22 de junio de Reforma del Código Penal, de alguna manera vino a delimitar el campo de aplicación del art. 290 del Código Penal, al incluir un nuevo tipo conocido como estafa de inversión (art. 282 bis), en el que se introduce una serie de elementos que hasta ahora parte de la doctrina venía intentando acomodar en el citado art. 290. Se debe entonces delimitar las conductas que constituyen también una transgresión de la veracidad pero que deben quedar al margen del art. 290 CP, como son las tipificadas en el art. 282 CP.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley, por la que se ha introducido el art. 282 CP, se ha subrayado la influencia que la Directiva 2003/06 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 28 de Enero de 2003 relativa a información privilegiada y manipulación del mercado, ha tenido en la reforma del Código Penal⁸⁰⁵ y, en particular, en

⁸⁰⁵ En el derecho español se ha incorporado el régimen comunitario de la transparencia de la información sobre los emisores cuyos valores coticen en un mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado de la Unión Europea. En el marco del régimen comunitario, el Plan de Acción para los Servicios Financieros de la Unión Europea, aprobado por la Comisión Europea en 1999, comprendía medidas acordadas en el ámbito de la Unión Europea con el ánimo de completar el mercado único de servicios financieros. Entre estas medidas, se encuentra la adopción de la Directiva 2004/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. La idea es que mercados de valores eficientes, transparentes e integrados contribuye a hacer realidad el mercado único en la Comunidad y estimula el crecimiento y la creación de empleo a través de una mejor distribución del capital y una reducción de costes. La divulgación de información exacta, completa y puntual sobre los emisores de valores fomenta la confianza continua del inversor y permite una evaluación informada de su rendimiento y sus activos. Con ello mejora la protección de los inversores y aumenta la eficiencia del mercado. Se establece así un régimen de «información regulada», compuesto, por una parte, por la información pública que los emisores deben publicar y difundir al mercado con carácter periódico (informes anual, semestrales y declaraciones intermedias de gestión o informes trimestrales), y, por otra parte, por la información sobre los emisores que debe estar a disposición del público y ser difundida de manera continuada (información relevante según el régimen de abuso de mercado, identidad de los accionistas

relación con los delitos relativos al mercados y consumidores, centrándose en las conductas referidas en la manipulación de la información recibida por los inversores.

Conforme con la descripción del tipo del delito de “estafa de inversión” se consideran punibles las conductas de los administradores de compañías mercantiles cotizadas que falsifican la información relativa a sus recursos, actividades y el estado actual y futuro del negocio, y a través de dichas conductas obtienen inversores, créditos o préstamos. Esta figura pretende dar respuesta a un debate generado en el seno de la doctrina española y, en definitiva, a una laguna existente en el sistema penal español, a tenor de que no existía un delito que pudiera incluir la conducta de falsedad de folletos informativos ni de la información emitida y publicada por las sociedades que operan en el mercado. En efecto, estas acciones no podrían encasillarse ni en el marco de la estafa genérica tipificada en el art. 248 CP ni en el del delito de falsedad de cuentas anuales y otros documentos societarios de relevancia jurídica y económica (art. 290 CP), ni, finalmente, tampoco en el seno de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, incluso intentando extender el alcance de estos tipos, lo que daba lugar a que en definitiva estas conductas quedaran impunes.

En particular, la dificultad de incluir estas conductas referidas a la falsedad de información de los folletos informativos dentro del tipo del art. 290 CP viene motivada, como señala Del Rosal Blasco, por el hecho de que la información referida en el tipo es esencialmente retrospectiva y estática, es decir, relativa a hechos pasados, mientras que la que ofrecen las entidades de intermediación financiera es prospectiva y mira hacia el futuro⁸⁰⁶.

A tenor de la descripción del tipo, es claro que el bien jurídico protegido a través de este delito es diferente de la estafa común y del delito societario llamado de falsedad contable, y que el mismo se dirige exclusivamente a la protección de los derechos de los inversores de obtener la información debida sobre los productos en los que tienen intención de invertir.

En última instancia, se protege el buen funcionamiento de los mercados de capitales que se basan en la transparencia de la información que se maneja en dichos mercados, tal y como se establece en la legislación española, de acuerdo con las expectativas de armonización

significativos, operaciones de autocartera). Los elementos esenciales de la Directiva 2004/109/CE fueron incorporados al Derecho español mediante la [Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores](#), cuyo desarrollo se llevó a cabo mediante el Real Decreto 1362/2007.

⁸⁰⁶ Del Rosal Blasco, B., “Mercado Bursátil y publicidad engañosa...cit. págs. 192-193.

de la normativa comunitaria. En este contexto, el legislador español ha delimitado claramente que las personas que pueden cometer estos delitos son los administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, de modo que los intermediarios a lo sumo podrían ser responsables a título de partícipes.

La conducta típica contenida en el tipo es “falsear” y se proyecta sobre: (i) la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o sobre (ii) las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros. Los administradores deben actuar dolosamente y con el propósito específico de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio. La consumación se producirá con la emisión de información fraudulenta sobre los aspectos señalados, con independencia de que se cumpla el propósito perseguido con la realización de dicha acción. Por otro lado, también se tipifica como conducta típica la divulgación de noticias o rumores, directamente o a través de los medios de comunicación, en relación con personas o compañías que de forma notoria facilitan datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de los instrumentos financieros, y obtengan para ellos o para terceras personas un beneficio económico superior a 300.000 euros o causen un daño del mismo importe.

Existen claros elementos comunes entre ambas figuras típicas, en cuanto a sujeto activo, conducta y objeto, dándose la especialidad de que el objeto del delito del art. 282 bis CP se ciñe a “*los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros*”. De acuerdo con lo expuesto y cuando concurren los elementos del art. 282 bis, apreciaremos que existe un concurso aparente de normas con el art. 290 CP, que conforme al principio de especialidad debe resolverse a favor del art. 282 bis.

3.- Titulares del bien jurídico protegido

La apreciación de que el bien jurídico principal es de carácter supraindividual y que se constituye por el deber público de veracidad de la información, me lleva a considerar que son titulares del mismo todas aquellas personas que se encuentran en una posición frente a la sociedad por la que, objetivamente y con carácter general, tienen interés en el contenido de la información relativa a la situación jurídica y económica que ofrecen los

administradores⁸⁰⁷. Desde la perspectiva subjetiva, la tutela alcanza a todos los receptores de la información, que ejercerán sus intereses de acuerdo con su contenido. La amplitud del alcance de la titularidad de este bien jurídico es tal que, en principio, y por sí solo no permite concretar los sujetos pasivos del tipo.

No obstante, dada la existencia de un bien jurídico secundario como es el patrimonio y por aplicación del criterio previsto como “idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero”, es preciso entrar en una segunda delimitación, ya que de todos aquellos sujetos que tengan interés en el contenido de la información societaria, serán considerados sujetos pasivos aquellos cuyo patrimonio pueda resultar perjudicado. En este sentido, se ha venido defendiendo por la doctrina que tan solo tiene sentido considerar que el patrimonio puede ser perjudicado cuando el sujeto en cuestión tiene algún tipo de relación con la sociedad. En relación con la sociedad y socios, no existe cuestión al respecto.

En lo que se refiere a terceros, efectivamente, resultaría difícil pensar en casos en los que el patrimonio de un sujeto pudiera resultar perjudicado económicamente sin tener relación alguna con la sociedad, con independencia de que la misma pueda ser de carácter directo o indirecto. El concepto de “terceros” es sumamente amplio, lo que obliga a fijar criterios para delimitar su alcance. En este sentido, es obvio que se debe exigir que dicho tercero tenga una relación jurídica o económica con la sociedad, incluyendo entre los mismos a los trabajadores de la propia entidad, clientes, entidades de créditos, inversores y acreedores⁸⁰⁸. Por el contrario, no cabría considerar como tercero a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, a la vista de que por el principio de especialidad se aplicaría en todo caso lo dispuesto en el art. 310 CP. En estos supuestos en los que la conducta del sujeto perjudica a terceros, no nos encontramos estrictamente en un supuesto puro de criminalidad de empresa, puesto que la conducta se realiza a través de la sociedad y daña a personas ajenas a la misma⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ Tiedemann, K., “El concepto de derecho económico...cit. pág. 61. Como explica el autor, se impone en la dogmática-jurídica penal el concepto clásico del bien jurídico desde el punto de vista del interés de la víctima protegido por el orden jurídico.

⁸⁰⁸ La SAN de 31 de marzo de 2000, ARP 107/00 (caso Banesto) establece que: “la alteración de la debida transparencia en la información societaria puede producir perjuicio a la sociedad (que no puede adoptar en tiempo oportuno medidas que corrijan el deterioro de la situación económica de la empresa), a los accionistas (que suscriben una ampliación de capital de acuerdo con una información contable inexacta) o a inversores ajenos a la propia sociedad”.

⁸⁰⁹ Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los delitos societarios*.....cit. pág. 55, nota a pie nº 132.

El contenido de la condición de procedibilidad (art. 296 CP) no se compadece con la naturaleza societaria del delito, ni con el bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual, concretado con carácter principal en la veracidad de la transparencia de la información, ni con los intereses difusos que son objeto de protección⁸¹⁰. En este sentido, se entienden las críticas que ha vertido la doctrina sobre la perseguibilidad a instancia de parte, ya que no es compatible este mecanismo de limitación de la procedibilidad con los bienes jurídicos supraindividuales. La denuncia en estos casos no debería ser precisa si se acepta que es objeto de protección un bien jurídico supraindividual⁸¹¹.

Con independencia de este apunte, que será objeto de análisis de *lege ferenda*, es incuestionable que los sujetos pasivos del delito y, por tanto, titulares de los intereses protegidos en este tipo son la sociedad, los socios y los terceros, teniendo en cuenta que, en este último caso, se debe restringir a aquellos que tengan una relación con la sociedad.

III.- SUJETO ACTIVO: LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y DE DERECHO EN ÁMBITO PENAL

Carnelutti apuntaba que la posición del agente constituye un verdadero elemento formal del delito que no es posible escindirlo de la acción, en todos aquellos supuestos en que la acción prevista no puede realizarse más que por el que se encuentra en una posición determinada⁸¹². La posición del sujeto puede ser jurídica o de hecho. Entre las primeras se encontrarían las que provienen del Derecho público, como son los funcionarios públicos, jueces y miembros del Ministerio Fiscal y las que provienen del derecho privado, que en el campo de las obligaciones alcanzarían, entre otros, al empresario⁸¹³.

⁸¹⁰ Córdoba Roda, J y García Arán, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit. pág. 1087

⁸¹¹ Sobre la fundamentación de este presupuesto, dispone la SAP de Madrid de 29 de enero de 2009, ARP 2009 674 que: “*la condición objetiva de perseguibilidad de "exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias", sin que pueda eximirse de dicha denuncia por aplicación del párrafo segundo del precepto pues "No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito"*.”

⁸¹² Carnelutti, F., *Teoría General del Delito*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 94. Incluye el autor entre los ejemplos claros de esta posición que denomina como “pseudolegitimación” el incumplimiento fraudulento de un contrato por quien se ha obligado, la evasión de quien está arrestado, el falso testimonio o falso peritaje por quien tiene la condición de testigo o perito.

⁸¹³ Carnelutti, F., *Teoría General del Delito*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 95-97. Este autor explica posteriormente que la diferencia entre delito especial y delito común se encuentra en la estructura (pág. 102), ya que el delito especial tiene un elemento o requisito más porque en el mismo es relevante jurídicamente un elemento del acto que en el delito común resulta indiferente. Este requisito lo

1.- Delito especial

El art. 290 CP comprende un delito especial que solo puede ser cometido por un círculo de sujetos⁸¹⁴ que engloba a los administradores de hecho y de derecho de las sociedades mercantiles⁸¹⁵. Se excluyen así del término a los empresarios individuales⁸¹⁶.

Los administradores de hecho y de derecho se encuentran sujetos a unos deberes extrapenales en la formulación de las cuentas anuales cuyo cumplimiento tiene trascendencia en el orden estatal económico, en la economía nacional, y, por ello, han de ajustarse a una serie de normas de conducta en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual el legislador ha considerado que por su condición deben responder como autores, sin hacer referencia a los particulares modos de comisión y efectos del hecho⁸¹⁷.

Como se ha desarrollado anteriormente, la razón principal por la que se contempla a los administradores como sujetos activos de este delito de manipulación de cuentas anuales y otros documentos de trascendencia jurídica y económica, es que son los intervinientes principales en el proceso de elaboración de las cuentas anuales, así como los obligados a emitir otros documentos societarios de trascendencia informativa jurídica y económica en el marco de la sociedad y hacia el exterior de la misma. Este cometido lo han de llevar a cabo de forma leal y con sometimiento al interés social.

denomina legitimación en el delito dentro de la categoría general de los fenómenos jurídicos y se asimila a “la competencia en proveimiento, idoneidad del agente para producir con su acto efectos jurídicos determinados en razón de su posición respecto del conflicto de intereses a que el acto se refiere”.

⁸¹⁴ Octavio de Toledo y Urieto, E., “La autoría conforme al Código Penal”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coords. G. Quintero Olivares y F. Morales Prats), edit. Aranzadi, 2001, pág. 575.

⁸¹⁵ En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005, RJ 552/2005 y de 2 de noviembre de 2004, RJ 1217/2004. Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales...*cit. pág. 13. Esta autora afirma que la Condición de delito especial se deriva del reconocimiento de un deber de veracidad en el ámbito de la administración de sociedades mercantiles. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...*cit. pág. 210. Este autor afirma que: “la existencia de una figura común más o menos correlativa no convierte el artículo 290 en especial impropio”.

⁸¹⁶ Bacigalupo, E., “El falseamiento de las cuentas anuales...”, cit. pág. 166. En el mismo sentido González Guerra, C. M., “La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial”, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* (dir. Jesús-María Sánchez Silva), Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 192.

⁸¹⁷ Con referencia concreta a los delitos concernientes a la contabilidad, como delitos especiales en los que se eleva a autor a personas cualificadas de un modo especial. Tiedemann, K., “El concepto de derecho económico...”, cit. pág. 63.

Como delito societario se clasifica como un delito con restricciones en sede de autoría. La autoría y la consiguiente capacidad de lesionar el bien jurídico protegido exigen que concurren una serie de cualidades singulares que permiten afirmar que el sujeto es administrador. El administrador social por razón de su cargo protege distintos bienes jurídicos de naturaleza societaria y se convierte en garante de los mismos⁸¹⁸. La transparencia y veracidad de la información se instituyen como piezas angulares del proceso de elaboración de las cuentas anuales y de la documentación societaria que los administradores deben emitir en el marco de su labor de gestión. El administrador es quien protege este bien jurídico de la veracidad de la información y no lo hace de otra forma que a través del cumplimiento de los deberes de emisión de las cuentas anuales y otra documentación en unión al deber de lealtad⁸¹⁹. Estos deberes vinculan a los administradores directa y positivamente con el bien jurídico, hasta el punto de que se confunden.

El concepto de administrador debe estar íntimamente ligado a los criterios delimitadores de la autoría. La delimitación del término administrador no puede reducirse a una concepción nominativa ajena a los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un determinado delito. Por lo tanto, los parámetros establecidos en torno a la autoría son los que han de concretar el alcance del concepto de administrador.

En orden a analizar la potencial responsabilidad penal de los administradores de hecho y de derecho de las sociedades mercantiles por el incumplimiento de estos deberes extrapenales, debemos primero concretar qué alcance tiene el concepto de administrador y los parámetros para diferenciar el administrador de derecho del administrador de hecho. Dentro del concepto de “sociedad” establecido por el art. 297 CP⁸²⁰, la delimitación del concepto de administrador se ha de someter a los parámetros desarrollados por la doctrina y jurisprudencia en torno al art. 31 CP y los específicos elaborados en torno al art. 290 CP. Sin perjuicio de la independencia apuntada de una y otra rama del derecho, creo que esta

⁸¹⁸ Gracia Martín, L., “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante”, en AAVV. *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Serie de Derecho Público, Jornadas en honor del Profesor Klays Tiedemann*, Madrid, 1995, págs. 117-123.

⁸¹⁹ Gracia Martín, L., “La responsabilidad penal del directivo...cit. pág. 118. Afirma el autor que: “*El ejercicio del dominio social típico y la asunción de la posición de garante típica fundamentada en ese dominio constituyen los elementos que fundamentan de un modo esencial la limitación de la autoría de los delitos especiales a determinadas clases de sujetos*”.

⁸²⁰ Fernández Teruelo, J.G., *Los delitos societarios en el Código Penal*, edit. Dykinson, Madrid, 1998. El art. 290 CP se refiere a una sociedad o sociedad en formación, entendiéndose por esta última aquella que existe durante el período que media entre el momento que se otorga la escritura de constitución y la definitiva inscripción registral. Esta sociedad se encuentra en el proceso constituyente, carece de personalidad jurídica y se rige por el derecho de la persona jurídica que se pretende fundar. Si esta sociedad no llega a inscribirse en el Registro será una sociedad irregular. En el mismo sentido, Suárez González, C.J., “Aspectos política-criminales de los delitos socioeconómicos....”, cit. pág. 218.

labor se hará de forma más concisa tras plantear brevemente el alcance de estas figuras en sede mercantil.

2.- Alcance de la figura del administrador en el ámbito mercantil

Inicialmente, nuestra legislación y la doctrina mercantilista por la que se consideraba que los administradores tenían una relación con la sociedad se asentaba en una tesis contractualista, por la que se consideraba a los administradores como mandatarios⁸²¹; tesis que fue abandonada ante la comprensión de que el administrador es un órgano social, de forma que la relación entre administrador y sociedad es un acto unilateral de nombramiento, cuyo efecto consiste en la atribución de poder. El órgano de administración de la sociedad anónima ostenta la representación orgánica por las potestades que la Ley le otorga. En virtud del nombramiento, los administradores quedan investidos de los poderes que la Ley o los estatutos les confieran, cuyos efectos se despliegan desde el momento de la aceptación del cargo⁸²².

En la actualidad se mantiene así por parte de la doctrina que la relación del administrador con la sociedad es de tipo orgánico⁸²³ (constituye un órgano de carácter necesario en la sociedad, al que se le atribuye las funciones de gestión y representación para la consecución del fin social), pero adicionalmente desde el punto de vista funcional, existe una relación contractual entre los titulares del órgano y la sociedad, que viene definida por la Ley y los estatutos sociales⁸²⁴. En el seno de esta relación nacen intereses dispares entre

⁸²¹ Garrigues, J. y Uría, R., *Comentario...* cit. págs. 9-20: La relación jurídica entre la persona titular del órgano administrativo y la sociedad es mucho más compleja que la simple relación de mandato. La sociedad anónima no puede funcionar sin administradores, son necesarios internamente (gestión) y externamente (representación), por lo que la relación no puede ser un mero mandato al ser un órgano indispensable. Garrigues venía distinguiendo entre órgano y miembro del órgano: “*mientras que el Consejo de administración no concluye ningún contrato con la sociedad, ni puede responder civil ni penalmente frente a ella ni frente a tercero, los miembros del Consejo están ligados a la sociedad por una relación contractual, sea de mandato, sea de arrendamiento de servicios y responden tanto en la esfera civil como en la esfera penal de su participación en acuerdos ilegítimos*”. Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit. págs. 417-424. Frente a la concepción contractualista de la figura del administrador, remarca el autor cómo: “*Lo que caracteriza al órgano administrativo es el hecho de que en él se forman y se llevan a ejecución las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales*”. Sintetiza el autor que: “*Este nombramiento, realizado por la junta general, tiene carácter unilateral y es semejante al nombramiento de un tutor*”.

⁸²² Uría, R., *Derecho Mercantil...* cit. pág. 334.

⁸²³ Fernández de la Gándara, L., *Derecho de Sociedades*, cit. pág. 686.

⁸²⁴ Díaz Echegaray, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, cit. págs. 82 y ss. Oriol Llebot, J., *Deberes y Responsabilidad...*, págs. 28 y 29. Explica este autor que la relación jurídica de administración es de naturaleza contractual y especial, que se perfecciona con la aceptación del nombramiento por el interesado y se rige por las disposiciones legales de cada tipo societario, por las cláusulas estatutarias y por los pactos que las partes establezcan de mutuo acuerdo. La

los socios que asumen el riesgo empresarial y los administradores, que asumen la gestión y representación de la sociedad, pero quedan equilibrados si los administradores cumplen sus deberes y persiguen en todo momento el interés social.

La función de administración comprende aquellas facultades de gestión y representación generales, así como necesarias para considerar al sujeto garante de la sociedad⁸²⁵ y no meros apoderamientos o facultades individualizadas que se atienen a operaciones concretas. El administrador desarrolla su actividad gestora dirigida a la consecución del fin social y tiene la más importante función en el seno de la sociedad de ejecutar los acuerdos de la Junta y tomar todas las decisiones necesarias en la esfera de su competencia, ya que toda la vida social se desarrolla a través de este órgano⁸²⁶. De esta forma, los administradores han de actuar con independencia de criterio dentro de la jerarquía social y su voluntad de actuación es decisiva, por cuanto adoptan y ejecutan las decisiones necesarias para la consecución de los fines sociales⁸²⁷. Los actos que han de llevar a cabo en el marco de la administración sobre el patrimonio social son de diversa naturaleza, pero en todo caso tienen que estar encaminados a cumplimentar el objeto social estatutariamente establecido⁸²⁸. La facultad de representación, según lo dispuesto en el art. 234.1 LSC, se contrae a los actos comprendidos en el objeto social, que abarcan todos los actos complementarios que requiera el cumplimiento de dicho objeto⁸²⁹.

La doctrina mercantilista ha sido unánime al considerar administradores de derecho a los órganos de administración que cuentan con todos los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil y, en particular, siempre que hayan formalizado su nombramiento y esté inscrito en el Registro Mercantil. La estructura del órgano de administración puede estar constituida por un administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores mancomunados y un Consejo Administración⁸³⁰. El

contratación de los administradores y estas divergencias entre sus intereses y los de los socios generan costes, que se asumen o compensan por los ingresos que supone contar con un gestor cualificado.

⁸²⁵ Garrigues, J. y Uría, R., *Comentario...*cit. pág. 17. El órgano administrativo ostenta competencias internas de gestión y externas de representación (externas) de la sociedad.

⁸²⁶ Uría, R., *Derecho Mercantil...*cit. pág. 333.

⁸²⁷ Garrigues, J. y Uría, R., *Comentario...*, cit. pág. 15.

⁸²⁸ Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil...*cit. pág. 424. En este punto, afirma el autor que: “*Las facultades de los administradores se desenvuelven en el doble orden de la gestión (interna) y de la representación (externa) de la sociedad*”.

⁸²⁹ Fernández de la Gándara, L., *Derecho de Sociedades*, cit. pág. 730. García De Enterría, J. e Iglesias Prada, J.L., “Los órganos sociales de las sociedades de capital” (dir. Menéndez, A. y Rojo, A.), en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13ª edic., edit. Civitas, 2015, pág. 487.

⁸³⁰ En este sentido, el art. 124.1 RRM y los arts. 233 a 251 LSC.

Consejo de Administración es por naturaleza el órgano colegiado, que exige una organización interna de carácter corporativo, que ha de elegir cada sociedad⁸³¹.

El administrador de hecho, es sin duda una figura que ha sido objeto de estudio y análisis continuado por la doctrina desde mediados de los años sesenta, momento en el que se puede situar su nacimiento, a raíz de su primera mención por la Dirección de los Registros y del Notariado en resoluciones dictadas en dicha fecha. Para entender su significado y alcance actual, es preciso conocer la evolución que ha sufrido desde que naciera en el marco de la doctrina referida de la Dirección de los Registros y del Notariado y su progresiva incorporación a trabajos doctrinales efectuados por reputados mercantilistas, que han tomado diversas posturas respecto del alcance y definición que se le debía dar al administrador de hecho. Igualmente, de forma progresiva nuestros Tribunales han ido sirviéndose de esta figura para dar solución a problemas creados en el ámbito societario y así ha sido reconocido por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸³². No se puede dejar de hacer mención al hecho de que, sin perjuicio de que la aplicación y debate sobre el administrador de hecho nació en el ámbito estrictamente mercantil, dada la trascendencia de la aplicación práctica de esta construcción, fue inevitable que se trasladara su utilización al ámbito penal, por lo que reputados especialistas en esta materia entraron también a analizar las posibilidades prácticas de aplicación en la valoración de conductas criminales y a debatir sobre el alcance con el que se debería permitir la utilización de esta doctrina en el marco de la jurisdicción penal.

La génesis de la doctrina del administrador de hecho podemos encontrarla en las resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las que se analiza el alcance de las actuaciones efectuadas por el administrador cuyo cargo está viciado por nombramiento irregular o no es válido, al haber caducado. Concretamente el punto de partida de dicha doctrina científica lo podemos encontrar en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968, en la que se dio por válido un aumento de capital social a pesar de que la Junta General había sido convocada por administradores con cargos caducados. Se pretende preservar el funcionamiento de la sociedad y, por tanto, evitar su paralización, como explica la resolución de 14 de enero de

⁸³¹ Garrigues, J. y Uría, R., *Comentario...* cit. pág. 9. El Maestro Garrigues explica por qué en el sistema español no se estableció la necesidad de constituir un órgano de vigilancia como en el modelo alemán porque se consideró que en la práctica no iba a tener efectos prácticos positivos.

⁸³² García-Cruces González, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, edit. Thomson Reuters, págs. 527 y 528. El autor refleja las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo por las que se extendía la responsabilidad de los administradores a aquel sujeto “*que actúa como verdadero gestor social*”.

1994 en virtud de la cual se establece que⁸³³: “*la doctrina de los Administradores de hecho, cuyo fundamento, según ha reiterado este Centro Directivo, se halla en la necesidad de evitar una paralización de la vida de la entidad inconveniente y perjudicial a sus intereses, y cuyo contenido no debe trascender de la adopción de las medidas precisas hasta la renovación de los órganos y para que la entidad pueda proveer a dicha renovación*”.

Esta doctrina atiende, por tanto, exclusivamente a cuestiones formales referidas al cumplimiento de presupuestos exigidos por la normativa societaria para el desempeño del cargo de administrador y no entra a analizar de forma expresa el ámbito sustantivo que tienen las funciones del administrador de hecho.

Sin embargo, mientras en la doctrina de los Registros y del Notariado se acusa este cambio conceptual, dentro de la doctrina mercantilista existe un sector que no solo acepta que se admita la figura del administrador de hecho en supuestos en los que se producen vicios meramente formales, sino que incluso defienden que se ha de ampliar el régimen de responsabilidad de los administradores de hecho. Por ello, sobre esta figura controvertida se formaron dos tesis contrapuestas: La primera que entendía que es administrador de hecho el sujeto que presenta en su nombramiento una irregularidad formal, por lo que comprende tan solo a los sujetos administradores de derecho cuyo nombramiento hubiere caducado por transcurso del plazo legal (nombramiento sin presupuestos formales), el administrador de derecho en el que concurren causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación (razones sustantivas) y los nombrados o cesados como administradores de derecho que no hayan sido aún inscritos en el Registro mercantil (falta de la publicidad necesaria)⁸³⁴. Por consiguiente, el administrador sería el sujeto que ocupa el cargo previsto expresamente por la ley societaria. Se distingue entre el administrador de derecho que observa todos los requisitos legales y el de hecho, en el que no concurren algunos de dichos requisitos, pero que tiene funciones que de hecho le permiten actuar como los primeros. La segunda tesis mercantilista contrapuesta atendía a la realización de funciones propias del cargo de administrador, de modo que se considera como tal al gestor y apoderado general que actúa como máximo representante de la sociedad. Este es un concepto más amplio referido a la relación jurídico-material y fáctica entre el sujeto y la sociedad. Como explica Fernández de

⁸³³ La evolución de esta doctrina es plasmada en la resolución posterior de la DGRN de 15 de febrero de 1999.

⁸³⁴ Sánchez Álvarez, M. “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, RDM, 1998, pág. 133 (cita tomada de Verdú Cañete, M.J., La responsabilidad civil del Administrador de la sociedad de capital en el concurso de acreedores, pág. 122), La Ley, 2008 Madrid.

La Gándara⁸³⁵, se trata de determinadas personas que, sin ocupar formalmente cargo alguno, controlan y gobiernan de hecho la sociedad sustituyendo a los administradores o ejerciendo una influencia decisiva. En desarrollo de la doctrina planteada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y teniendo en cuenta las contribuciones dadas por la doctrina, el concepto de administrador de hecho fue utilizado en diversas sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales⁸³⁶, sin que en ninguna de ellas se llegara a definir qué se entiende por administrador de hecho o a qué parámetros ha de responder.

El reconocimiento de esta figura a nivel legislativo de forma paradójica se produjo primero en el ámbito penal, lo que llevó a su inclusión en el CP de 1995, tanto en su parte general, al regular los responsables del delito, como en su parte especial, al tratar los sujetos activos de los delitos societarios, lo que supone un verdadero adelanto respecto del reconocimiento de este concepto del administrador de hecho en el ámbito mercantil, en el que todavía el legislador no había hecho mención en ninguna norma a esta figura. El administrador de hecho se mostraba así como una consecuencia necesaria para cubrir determinados supuestos que la aplicación estricta de la Ley dejaba fuera del ámbito de regulación penal. Podía entenderse como una carencia de la que adolecía nuestro ordenamiento jurídico que había sido suplida y cuyo alcance se concretará en los apartados sucesivos.

Recogiendo la experiencia de la aplicación de esta figura y la doctrina mercantilista desarrollada en relación con la misma, el Informe Aldama⁸³⁷ hizo mención a los mismos al establecer las personas a las que debía extender la responsabilidad de los administradores y, en particular, el deber de lealtad exigido a los mismos y, por primera vez se da una definición. Se consideran como tales a aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título –o con título nulo o extinguido– las funciones del administrador de derecho. Según el referido informe Aldama, estos administradores de hecho se distinguen expresamente de los administradores ocultos, bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad⁸³⁸.

⁸³⁵ Fernández de La Gándara, L.F., “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, Boletín ICAM, número 7, 1997, pág. 46 y ss.

⁸³⁶ En este sentido la STS de fecha 24 de septiembre de 2001 y la SAP de Valencia de 27 de septiembre de 1999.

⁸³⁷ Como señala Paz Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com Barcelona, 2003, pág. 17, nota pág. 41: “Las definiciones de administrador de hecho y administrador oculto ofrecidas en el texto y contenidas en el Informe Aldama se inspiran en las previstas en las sects. 320(3) y 741 de las Companies Act británica”

⁸³⁸ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit. pág. 17, nota nº 41.

Según el Informe Aldama, la mención al administrador de hecho como sujeto al que se debe atribuir el deber de lealtad tiene su razón de ser en que, sin perjuicio de que no ostentan una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. Precisamente, debido a la mayor opacidad de la actividad de estas personas que actúan en la sombra de las decisiones formales, se tienen que articular instrumentos adicionales que permitan detectar las irregularidades que se producen en el mercado⁸³⁹. En este Informe sí se enumeraban los supuestos de sujetos que podrían considerarse como tales, aunque, finalmente, el legislador se limitó a citar al administrador de hecho con carácter abierto, dejando que la casuística determinara quiénes debían considerarse considerar como tales⁸⁴⁰.

El cambio más significativo llegó con la Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida como “Ley de Transparencia” que introdujo la figura del administrador de hecho en la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer en el art. 133.2 de la misma, que: “*el que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo deberes que la Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a esta la condición de administrador*”⁸⁴¹. En la normativa referida a otros muy diversos sectores de la actividad y

⁸³⁹ Perdices Huetos, A., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Mercantil, edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pág. 138. “*El administrador tiene frente a la sociedad una relación de servicio o contractual de la que derivan derechos y obligaciones recíprocos. Otra relación orgánica de la que surgen competencias, facultades, poderes y deberes legales. La relación orgánica se establece por el mero ejercicio del cargo y la de servicio por una vinculación contractual que liga al administrador con la sociedad. La administración de hecho solo tiene sentido en la relación de servicios, no con la orgánica, ya que esta última no admite distinción entre de hecho y de derecho. El que administra es administrador y está investido de los poderes legales y sujeto a los deberes legales de administrador. Por lo tanto, la exigencia de toda responsabilidad al administrador de hecho por incumplir sus deberes legales procede contra todo sujeto que desempeñó el cargo como administrador con independencia del título.....*”.

⁸⁴⁰ Paz Ares, C., “*La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*”, cit. pág. 17. Indica este autor que: “*La segunda pieza y, seguramente, la más decisiva para instrumentar una política de severidad en materia de deslealtad, viene dada por la extensión del régimen de responsabilidad a todas aquellas personas que, aun sin ostentar la posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar*”.

⁸⁴¹ La STS (Sala de lo Civil) de fecha 22 de marzo de 2004 hace referencia a la doctrina jurisprudencial que se había venido desarrollando hasta ese momento sobre esta figura del administrador de hecho. Quijano González, J. y Mambrilla Rivera, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad....”, págs. 953-954. Como señalan estos autores, una interpretación hermetética del art. 133.2 LSA permitiría el sometimiento de los administradores de hecho, así como los ocultos o indirectos al deber de lealtad, mientras que no se asume la posibilidad de someter a estos deberes a quienes no tienen la condición de miembros del órgano de administración como son los apoderados, altos ejecutivos, a diferencia de lo que promueven los *Principles of Corporate Governance* elaborados por el *American Law Institute*. Tampoco aplican estos deberes a los accionistas de control, en contra de lo defendido por los citados *Principles of*

de diferente naturaleza se incluyó también una mención expresa a la figura del administrador de hecho⁸⁴².

En la cultura anglosajona el concepto de administrador de hecho tiene una larga tradición y así en el sistema jurídico inglés la *Companies Act* de 2006 se refiere como tal a cualquier persona que ocupe la posición de administrador, con independencia de su denominación y específicamente, contemplando de forma diferenciada al “shadow director” o “administrador en la sombra” en relación con una sociedad, a la persona que bajo sus direcciones o instrucciones están acostumbrados a actuar los administradores de derecho⁸⁴³.

La Ley 31/2014 introduce por primera vez en nuestra legislación una definición de administrador de hecho como sujeto al que se extiende la responsabilidad, de forma que se considera como tal en su art. 236 LSC a: “la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”. De este modo, el sujeto que realice funciones incardinadas en el ámbito de competencias asignadas a los administradores, es decir, como afirma la Ley de Sociedades de Capital, “las funciones propias del administrador” podrá ser considerado como un administrador de hecho. Es el criterio material o funcional, que otorga capacidad de control y decisión efectiva en la gestión de la sociedad, el que determina el alcance de la administración. La cualidad y alcance de dichas competencias, su capacidad de decisión, su comportamiento, su autonomía e independencia en la actuación al frente de la empresa son los límites que determinarán su consideración como tal⁸⁴⁴.

Corporate Governance, el Informe Aldama, el Informe Olivencia y la doctrina más reconocida en la materia como Paz Ares.

⁸⁴² Así se muestra en los ejemplos referidos a continuación: (i) el art. 95 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, según la redacción dada por la Ley 37/1998; (ii) el art. 43.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de noviembre, General Tributaria (iii) el art. 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo y (iv) la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental

⁸⁴³ En el sistema inglés los deberes se exigen a los administradores de derecho y de hecho, incluyendo a los administradores en la sombra, entendiéndose como tal a la persona bajo cuyas instrucciones los administradores actúan. Incluyen a cualquier persona que no es un administrador, excepto asesores profesionales de la empresa, para los cuales existe una exención específica. Establece en este sentido la secc. 251 de la *Companies Act* 2006: “1.- *In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a Company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the Company are accustomed to act. 2.- A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity”.*

⁸⁴⁴ Martínez Sanz, F., “Los administradores responsables”, en *La responsabilidad de los administradores* (dir. Rojo, A. /Beltrán, E.), Edit Tirant lo Blanch, 4ª edic, Valencia, 2011, pág. 60. Se trata como señala el autor de una expresión ambivalente que se refiere a situaciones diversas que se encuentran en distintos

El concepto por el que ha optado el legislador es sumamente amplio, al describirse en función de diversos parámetros, como son el desempeño del cargo sin título, en el contexto de la “realidad del tráfico”, diferenciándose del administrador de derecho en la nota de que actúen “sin título”, con “un título nulo”, con “un título extinguido” o “con otro título” y llevando a cabo “funciones propias de administrador” o dando “instrucciones” a los administradores. Engloba este término formas de administración de hecho que habían dado lugar a un gran debate doctrinal, como es el administrador oculto y el administrador en la sombra, en el entendimiento de que, en definitiva, responden a la premisa de ser la persona que de hecho asume la administración de la sociedad⁸⁴⁵. De esta forma y de acuerdo con estas medidas, se equiparan los deberes generales que asumen y el régimen de responsabilidad de los administradores de hecho con el de los de derecho⁸⁴⁶.

Resulta controvertido, entonces, la calificación de administración de hecho en casos que pueden considerarse limítrofes, como son los directores generales y los apoderados generales. Estos en principio no se consideran administradores de hecho ni entran dentro del ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad aplicable a los mismos, como así ha dictado con carácter general la jurisprudencia⁸⁴⁷, si bien con algunas fluctuaciones al respecto. Ciertamente, la jurisprudencia española había venido acogiendo la tesis de que es administrador de hecho el que se caracteriza por su posición en la estructura del órgano social que le atribuye un verdadero poder de decisión. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008 descarta dentro de esta categoría a los apoderados que actúen bajo mandato de los administradores e incluye como tales administradores de hecho a quienes: “*sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades*”. La denominación diversa a la de los

niveles. García Cruces, J.A. “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Sánchez Andrés*, 2008, págs.8-12.

⁸⁴⁵ García De Enterría, J. e Iglesias Prada, J.L., “Los órganos sociales de las sociedades de capital”, cit. pág. 492. Juste Mencía, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, edit. Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 454 y 456. Paz-Ares, J.C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit. pág. 58.

⁸⁴⁶ García-Cruces González, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, cit. págs. 531-532, nota 14. El administrador de hecho asume el cumplimiento de los mismos deberes que los administradores de derecho. Fernández de la Gándara, L., *Derecho de Sociedades*, cit. pág. 693. En el Informe de la Comisión de Expertos de fecha 14 de octubre de 2013 se afirmaba que es conveniente extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen también los denominados administradores ocultos.

⁸⁴⁷ En la STS (Sala de lo Civil) núm. 803/2001 de fecha 30 julio, RJ 2001\6632, se alude a la imposibilidad de pretender ejercer al tiempo acciones contra el administrador de derecho y contra los apoderados, pretendiendo atribuirles la condición de administradores de hecho.

administradores, les sitúa fuera de la posición orgánica y en un escalón inferior en términos de jerarquía al que corresponde a la gestión de la sociedad. Si es designado por el órgano de administración y responde a la definición de personal de alta dirección, al ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, limitados por los criterios e instrucciones de los administradores, no hay duda de que no es un gestor y por tanto, queda sujeto a las normas de responsabilidad propias de un auxiliar, mandatario, director general o apoderado dependiente del empresario. En caso de que no se cumplan estas premisas y el sujeto esté llevando a cabo de forma efectiva tareas de gestión y tenga facultad de decisión propia e independiente, se debe desmontar la cobertura formal del apoderamiento y justificar que su actuación alcanza a una administración de hecho⁸⁴⁸.

En relación con esta cuestión no se puede dejar de hacer mención al hecho de que la LSC ha introducido en el art. 236.4 una cláusula de extensión subjetiva de los deberes y responsabilidad de los administradores a aquellas personas que, cualquiera que sea su denominación, tengan atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, siempre y cuando se de la condición de que no exista una delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados⁸⁴⁹.

En síntesis, con carácter general se podrá considerar administradores de hecho a aquellos que ejercen de facto una influencia determinante y continuada en el órgano de administración, sin formar parte del mismo, pues tienen una capacidad de decisión que supone que influye, determina o se apropia de la adopción del acuerdo del órgano.

La intervención como administrador de facto no puede suponer un motivo de exoneración de los administradores de derecho. Es mayoritario el criterio doctrinal y jurisprudencial que considera que la responsabilidad de los administradores de hecho no obsta a la exigibilidad de la responsabilidad de los administradores de derecho. Los administradores de hecho son un fenómeno que distorsiona las reglas societarias y por lo tanto, entra dentro del ámbito de actuación del administrador de hecho, que ha de velar por el cumplimiento de las reglas societarias. Los administradores de derecho ostentan un

⁸⁴⁸ Martínez Sanz, F., “Los administradores responsables”, cit. pág. 83. En el mismo sentido, García-Cruces González, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, cit. págs. 551-553.

⁸⁴⁹ Paz-Ares, J.C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit. pág. 59. Juste Mencía, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, edit. Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 458-460. Considera el autor que el sentido de esta cláusula no se aparta de la concepción tradicional de los gerentes y que es excesiva la interpretación que considere que comprende a todo directivo no consejero.

cargo que les obliga a actuar en todo momento con diligencia y lealtad. Estos deberes les sujetan de forma directa al interés social, que tienen que defender en todo momento y evitar que este interés sea dañado ni por ellos mismos ni por terceros. Si tienen conocimiento de que hay un sujeto actuando informalmente e indebidamente como administrador y se está arrogando ese cargo de hecho frente a la sociedad y terceros en el mercado, tienen que defender positivamente el interés social y no permitir que estos lo dañen. No pueden mostrarse pasivos ante estos “ataques”, no pueden alegar que otro sujeto que no tiene la condición de administrador ha actuado y ellos no. Tienen obligación de gestionar la sociedad y no permitir que esta gestión se lleve a cabo por sujetos que no ostentan el cargo. Si permiten que la gestión la lleve a cabo otro sujeto continúan obligados en el marco del deber de lealtad, al que siempre están sujetos, y formalmente, por sus obligaciones *in vigilando*, *in eligendo* o *in instruendo*. Se entiende que todos ellos asumen el acto antijurídico y responden solidariamente de su causación frente a los sujetos perjudicados⁸⁵⁰.

En los supuestos en los que se plantea la dificultad de que materialmente actúe el administrador de hecho, pero solo los administradores de derecho están investidos por las facultades formales requeridas por la ley societaria para llevar a cabo determinados cometidos, como es la formulación de las cuentas anuales y su posterior firma, se plantea la doctrina mercantil si pueden asumir responsabilidad alguna en su actuación de facto. Esta es una cuestión que se ha debatido en el marco de los deberes que impone la legislación societaria en entidades que se encuentran en estado de insolvencia. En ocasiones, la jurisprudencia ha estimado que no es posible entender que el administrador de hecho es responsable por omitir esta conducta, porque no estaba facultado para instar la disolución y convocar la Junta, mientras que en otras se ha considerado que sí puede responder por ser el verdadero administrador de la sociedad. Como señala García-Cruces, con independencia de que el administrador de hecho no pueda cumplir cargas que requieren el nombramiento formal, sí que pueden influir en los administradores de derecho para que cumplan sus obligaciones y además, también aplicaría a supuestos en los que no hay tal administrador

⁸⁵⁰ En este sentido, la STS de fecha 28 de octubre de 2002. García-Cruces González, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, cit. págs. 542-544. El autor admite que responden al tiempo el administrador de hecho y el administrador de derecho. Cita este autor a Díaz Echegaray, J.L., *El administrador de hecho de las sociedades*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 189, quien explica que la intervención del administrador de hecho no excluye la responsabilidad del de derecho. Quijano, J., Comentario al artículo 236 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. E. Beltrán y A. Rojo), Edit. Cívitas, 2011, Navarra, pág. 1695.

con cargo formalmente obtenido. De esta forma, la asunción de responsabilidad se valorará en función de las circunstancias concurrentes⁸⁵¹.

El conjunto de consideraciones expuestas permite concluir que, desde el punto de vista mercantil, el administrador de derecho es quien ostenta el cargo de administración cumpliendo todos los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil, dado que su nombramiento ha sido formalizado e inscrito en el Registro Mercantil, y el administrador de hecho, en sentido contrario y desde una perspectiva estricta, sería considerado el sujeto cuyo nombramiento presenta irregularidades formales (en su origen o posteriormente, por caducidad, por transcurso del plazo legal, por ser un antiguo administrador de derecho en el que concurren causas sustantivas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación y los nombrados o cesados como administradores de derecho que no hayan sido aún inscritos en el Registro mercantil) y desde una perspectiva amplia, aquel sujeto que desde el punto de vista funcional lleva a cabo competencias propias del administrador de derecho con conocimiento y aquiescencia de la propia sociedad. Una vez establecidas las pautas determinantes para definir la figura y tipos de administrador, podemos acometer la tarea de entrar a examinar los deberes que asumen con carácter general las personas que ostentan este cargo con carácter general y, en particular, en torno a la elaboración de la documentación societaria de trascendencia jurídica y económica.

3.- Alcance de la figura del administrador en el ámbito penal:

Aspectos generales

El administrador es quien ejercita la función de administración⁸⁵². El término administrador no es un concepto normativo exclusivo del ámbito societario, sino una realidad superior a este marco. El alcance de las figuras de administrador de hecho y administrador de derecho se ha de adecuar al ámbito del Derecho Penal y más específicamente al tipo del art. 290 CP que los contempla expresamente como sujetos

⁸⁵¹ García-Cruces González, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, cit. págs. 545-548. Menciona este autor la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2007 en la que no se considera posible la asunción de responsabilidad del administrador de hecho en supuestos de insolvencia de la sociedad y en sentido contrario la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de mayo de 2007. También se cita por el autor el criterio de Rojo Fernández-Río, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en AAVV, *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Sánchez Calero, F.*, Vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1440. Martínez Sanz, F., “Los administradores responsables”, cit. págs. 74-78.

⁸⁵² Díaz-Maroto y Villajero, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los Delitos Societarios*. cit. pág. 61.

activos del delito⁸⁵³. Dentro del Código Penal, la figura de los administradores de hecho y de derecho se contempla primero en el art. 31 CP, que se corresponde con la Parte General del Código, y, posteriormente, en los tipos relativos a los delitos societarios, ubicados en la Parte Especial del mismo. Como se verá a continuación, la regulación en una y otra parte del Código responde a diversos problemas jurídicos y de modo alguno pueden aplicarse indistintamente al determinar la conducta de estos sujetos, si bien podremos extraer criterios comunes que nos permitan delimitar la figura del administrador de hecho y de derecho desde el punto de vista penal.

3.1.- Responsabilidad de los administradores por la comisión de delitos especiales. Análisis del art. 31 del Código Penal.

La primera vez que se introduce en nuestro Código Penal el concepto de administrador es al promulgarse la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, en la que se recoge un precepto dentro del Título II relativo a las “Personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”.

Este precepto tiene su razón de ser en los supuestos de los delitos especiales propios, en los que se requieren unas específicas cualidades para ser autor y, por tanto, no tienen un delito común subyacente. De acuerdo con la operativa de estos tipos, si el sujeto que ejecuta inmediata y materialmente la acción típica no ostenta la especial cualidad de autoría, el hecho delictivo quedaría sin castigo. Solo puede evitarse esa impunidad mediante una disposición legal expresa que permita imputar el hecho a la persona física representante⁸⁵⁴. El antecedente inmediato de esta disposición se encuentra en el art. 15 CP anterior. Inicialmente, su contenido fue interpretado erróneamente, ya que se entendía que venía a salvar las lagunas existentes respecto de la impunidad de las personas jurídicas y que, a través del mismo, podía imputarse a un sujeto la conducta, con independencia de que no hubiera actuado. La realidad es que, finalmente, la propia jurisprudencia, de acuerdo con las aportaciones doctrinales que se habían realizado al efecto, encaminó correctamente la interpretación de su contenido y se catalogó como un mecanismo a través del cual se resuelven los problemas de impunidad de los delitos especiales⁸⁵⁵. Tras una serie de años de vigencia, el Código Penal de 1995

⁸⁵³ *Ibid.*, págs. 60 y 62. Según estos autores, el alcance de la figura del administrador de hecho y de derecho dependerá de cada tipo de delito societario.

⁸⁵⁴ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 214 y 215.

⁸⁵⁵ Bacigalupo, E., “Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (El actuar en nombre de otro)”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo V, vol. 1º (La Reforma del CP de 1983), Edersa, Madrid, 1985, pág. 315. Alonso de Escamilla, A., *Responsabilidad penal de los*

introdujo dos modificaciones respecto del Código Penal de 1983, al extender la norma de actuar en lugar de otro a quienes obran en nombre o representación de una persona física e integrar en su redacción la figura del administrador de hecho o de derecho⁸⁵⁶.

Han existido diferentes teorías relativas a la atribución de la responsabilidad. Unas que propugnaban que nos encontramos ante un criterio formal, otras que, por el contrario, consideran que es de carácter material y, finalmente, otras que han elaborado propuestas alternativas para salvar los problemas que no se resuelven por aplicación de las anteriores.

Tradicionalmente, la opinión mayoritaria en la doctrina alemana ha venido entendiendo que como el representante no reúne las características especiales de autoría, la atribución de responsabilidad se produce por una transmisión del especial elemento de la autoría. Es decir, se traslada al representante la cualidad de autoría del delito especial. Otro sector minoritario representado por Schönemann atiende al criterio material y considera que es erróneo el pretender transmitir responsabilidad penal a través de una construcción formal prestada del derecho civil. Por ello, desarrolla la teoría de la garantía, según la cual se produce la transmisión y la asunción de una posición de dominio, que en la mayoría de los casos es descrita por la Ley como presupuesto de la posición de autor de los delitos especiales. Este autor propone criterios materiales de índole penal, de forma que se determine la razón por la cual en los delitos especiales el círculo de autores aparece recortado y, posteriormente, compruebe si esa razón afecta también a los órganos que actúan como representantes de la empresa⁸⁵⁷. El dominio actual sobre el resultado se erige en el fundamento de la posición de garante, que se ostenta siempre personalmente, y como tales delitos que se cometen a través de dicha posición de garante se encuentran los delitos especiales. En los casos de responsabilidad del representante se trata de una asunción de posición de garante que ostenta el titular del estatus. El representante realiza el injusto

directivos y órganos de empresas y sociedades, edit. Tecnos, 1996, pág. 14. En este sentido, la STS de fecha 9 de octubre de 2003 (RJ 2003/7233).

⁸⁵⁶ Quintero Olivares, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal...*cit. pág. 334. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...*cit. pág. 217.

⁸⁵⁷ Schönemann, B., "Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación", ADPCP, Vol. LV, 2002, pág. 37. Schönemann, B., "Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *Crónicas extranjeras, traducción del artículo Strafrechtsdogmatische und krimiinalpolitische* (Wistra, *Zeitschrift für Wirtschaft, Seteuer, Strafrecht*, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, págs.. 41-50, realizada por Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín, pág. 1. Gracia Martín, L., *La responsabilidad de Directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, edit. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1986, págs. 29-36, cit. 15. Gracia Martín explica que la estructura y fundamento de la posición de garante es la misma en todos los delitos, que constituye un elemento integrante del propio elemento objetivo de la autoría del delito especial.

material del delito especial de garante sin el estatus del autor típico, por lo que solo puede ser autor en el ámbito del art. 14.

En la línea desarrollada también por Gracia Martín, a quien se refiere expresamente, el autor considera que esta teoría encaja perfectamente en la Ley y conforme a esta concepción se da la entrada en la esfera de actuación con el consentimiento del destinatario primario de la norma o de algún otro facultado para la delegación, es decir, en la asunción del ámbito de dominio, de modo que también será órgano penalmente considerado el que ocupe dicha posición realmente, aun sin presupuestos formales. Como indica Roxin, no se puede compartir plenamente este criterio de equiparación de la teoría de la posición de garante de los delitos impropios de omisión porque no todas las descripciones de estatus típicas del autor fundamentan una posición de garante, pero lo cierto es que para Schünemann no existe este impedimento porque incluye todos los delitos de infracción de deber en el art. 28, de los que deduce posiciones de garante⁸⁵⁸. En todo caso, unos y otros coinciden que la teoría de la representación conlleva a consecuencias altamente insatisfactorias que suponen un escollo insalvable para el fin político criminal del fenómeno de la actuación en lugar de otro y especialmente, como apunta Gracia Martín, en el concreto ámbito de la criminalidad empresarial⁸⁵⁹. Por ello, otro sector ha creado otras vías para fundamentar la responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro.

Una tercera tesis que propugna Gracia Martín⁸⁶⁰ defiende que la integración legal del representante en el círculo de autores idóneos de un delito especial se justificará cuando el significado de su conducta sea idéntico, desde el punto de vista del contenido del tipo, al de la conducta del sujeto expresamente descrito por ley formalmente. El centro de gravedad del actuar en lugar de otro no es la relación interna de la representación, sino la relación material (externa) entre representante y bien jurídico, por lo que la responsabilidad del representante dimana solo de elementos concurrentes material y personalmente en él mismo. Esta relación material es una relación de dominio social típica que constituye el fundamento material general de la posición de garante y del deber de actuar, es decir, delitos especiales de dominio social son, a su vez, delitos especiales de garante⁸⁶¹. La relación de dominio social fundamenta una posición de garantía con respecto al bien

⁸⁵⁸ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 362.

⁸⁵⁹ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*, cit. pág. 220.

⁸⁶⁰ Gracia Martín, L., *La responsabilidad de Directivos*....cit. pág. 26. Martínez-Buján Pérez, C. *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 222.

⁸⁶¹ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 223. Cita el autor a Silva, 1995, pág. 378. Sintetiza el autor las repercusiones prácticas de la fundamentación material.

jurídico que lleva anudado un deber de actuar para su protección⁸⁶². De esta postura se derivan dos consecuencias: 1.- Para que el sujeto se equipare al autor idóneo del delito especial no solo ha de entrar en la esfera de dominio del titular de la función y actuar materialmente en ella, sino que además ha de haber adquirido la competencia para el ejercicio del dominio social típico y 2.- Si lo que fundamenta el injusto típico del delito especial es el ejercicio del dominio social, será irrelevante la vía o motivo por los que se accede a él, así como la relación formal de representación para la atribución de responsabilidad penal al que actúa en lugar de otro.

Lascuraín sigue esta propuesta de introducir criterios materiales, pero apunta la conveniencia de delimitar con mayor precisión la relación de dominio que constituye el fundamento material general de las posiciones de garante y la fuente material del deber de actuar, para diferenciar las funciones sociales relevantes y las que no lo son, a cuyo fin acude a la teoría de las fuentes materiales de las posiciones de garantía. Por ello, entiende que el criterio del dominio es el flanco más débil de las propuestas de Schünemann y de Gracia Martín y se ha de completar con la idea de la aceptación de funciones de seguridad supeditadas a un acto previo de encargo. Es decir, se ha de determinar qué instituciones generan roles de garantía y por qué razón⁸⁶³.

Roxin explica que el §14 StGB relativo al actuar por otro, del que el art. 31 del CP español extrae su contenido, no se refiere a una auténtica participación, sino a una traslación de la responsabilidad por autoría a personas que no reúnen los elementos de la autoría del correspondiente tipo penal⁸⁶⁴, de forma que se refiere a: “*una causa de extensión de la punibilidad, en la forma de una extensión de la autoría*”. Concluye el autor que en los delitos de infracción de deber, cuyo ámbito de tareas admite representación, son los únicos que pueden comprenderse en el §14 porque el precepto solo resulta aplicable cuando se

⁸⁶² Gracia Martín, L., “Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, en *Actualidad Penal*, 1993, pág. 231.

⁸⁶³ Lascuraín Sánchez, J.A., *Penar por omitir, Fundamento de los deberes de garantía*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, págs. 23-28. Del mismo autor, “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, AA.VV. (dir. Nieto Martín), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 10.

⁸⁶⁴ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 355-373. Este precepto nace cuando “*el legislador vincula la autoría no a una determinada acción, susceptible de ser cometida por cualquiera, sino a una cualidad de estatus*”. Con el desarrollo de la vida económica y el tamaño que adoptan los modelos de negocio, la descripción de un determinado estatus, como el de “empresario”, no puede atender a los deberes que surgen en virtud de su posición. En estos términos, la aplicación de una disposición a quien no encaja en la descripción de autor solo se justifica teleológicamente desde la idea de que los deberes vinculados al estatus de autor son trasladados al extraño (el representante). El precepto indicado “*extrae las consecuencias jurídico-penales de la posibilidad de salvaguardia sustitutoria de un círculo de deberes*” y en definitiva, se produce una “*asunción de deberes*”, sin afectar a la posición de deber descrito como autor por la Ley.

cumplen dos condiciones, como son que no sea posible extender el precepto penal al margen de esta disposición y cuando los deberes pueden ser asumidos por su naturaleza por los no obligados originariamente. Esta disposición no es aplicable a los tipos que se refieran a representantes y que no precisen extensión alguna. Esta tesis explica de forma clara que el precepto no se aplique a los delitos impropios de omisión, que mediante una conducta activa pueden ser cometidos por cualquiera, porque en ellos se adjudica directamente la posición de garante al representante, lo que fundamenta su responsabilidad penal.

En todo caso, la aplicación de este precepto ha de partir de las siguientes premisas⁸⁶⁵: (i) Solo podrá resultar operativo cuando exista una actuación de un sujeto en el sentido del art. 28 CP, dándose la única particularidad de que en el mismo no concurren las características requeridas por el tipo para ser considerado como tal⁸⁶⁶; (ii) Deben concurrir los elementos de daño al bien jurídico, el dolo y los elementos subjetivos del injusto⁸⁶⁷; (iii) En derecho penal no cabe la culpa colectiva, sino que se parte del principio de responsabilidad personal (concepción individualista), a diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurídico privado donde la responsabilidad de los miembros del órgano de administración puede ser solidaria, salvo supuestos excepcionales que deben ser probados por el afectado; (iv) En el ámbito del derecho punitivo para responsabilizar de un delito a una persona debe acreditarse tanto la real y efectiva participación en los hechos, como la culpabilidad en relación con los mismos; (v) No cabe la atribución de responsabilidad por el comportamiento meramente omisivo de la diligencia debida, por no desplegar la actividad necesaria para impedir la defraudación o por confiar en exceso en una persona, si existía obligación jurídica de obrar en un determinado sentido por parte de los miembros del órgano directivo. La aplicación del art. 31 CP será relevante en los supuestos de infracciones que presuponen un resultado previsible, que pueden ser controlados por determinados sujetos, pero que es ejecutado por otros. Es decir, delitos patrimoniales, económicos, ecológicos, urbanísticos⁸⁶⁸ y (vi) la imputación del hecho delictivo a una persona física dentro del ámbito de la empresa no tendrá que hacerse siempre a través del

⁸⁶⁵ En la STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 2003/7233), se analiza un supuesto en el que el recurrente pretende responsabilizar penalmente a todos los miembros del Consejo de Administración de órganos directivos de las distintas entidades, por aplicación de lo dispuesto en el anterior artículo 15 bis y actual artículo 31, por las decisiones que tomaron o consintieron que tomara el acusado. En esta sentencia se contienen algunas de las premisas con las que ha de contar la aplicación de este precepto.

⁸⁶⁶ Como señala la STS de fecha 9 de octubre de 2003, en aplicación del anterior artículo 15 bis y actual 31 CP: “En el art. 15 bis del Código Penal de 1973 no se establece una regla de responsabilidad objetiva que debiera actuar indiscriminada y automáticamente...”.

⁸⁶⁷ Quintero Olivares, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal...*cit. págs. 334 y 336.

⁸⁶⁸ En este sentido la STS de fecha 21 de octubre de 2002 (RJ 2002/10461). El recurrente alega que en la sentencia no se precisa cuál fue su participación en los hechos para atribuirle un delito contra el medio ambiente y otro de daños.

art. 31 CP. En efecto, los supuestos en los que los delitos se pueden cometer por cualquier persona, pero que se realizan desde el ámbito de la persona jurídica, se imputará la conducta al sujeto concreto a través de las reglas de la autoría.

Una vez analizada la mecánica del art. 31 CP, en el siguiente apartado se analizarán las condiciones que reúne el sujeto que ostenta el cargo y los criterios de delimitación entre unos y otros.

3.2.- Previsión en el art. 290 CP de la figura del administrador de hecho y de derecho. Descripción y criterios de delimitación

En el marco del art. 290 CP al igual que el resto de los delitos societarios, se establece como sujeto activo la figura del administrador de hecho, junto al administrador de derecho, de modo que en estos supuestos no será preciso acudir al art. 31 del CP, para determinar la actuación del administrador en nombre de la sociedad⁸⁶⁹. En la mayoría de los tipos penales que configuran los delitos societarios se equiparan típicamente el administrador de hecho y el administrador de derecho como sujetos activos. La realización de funciones de administración de hecho o de derecho determina la imputación de los deberes especiales correspondientes⁸⁷⁰.

Si bien como hemos señalado anteriormente el contenido del art. 31 CP presupone una solución a un problema de autoría de los delitos especiales y la mención específica a estos sujetos en los delitos societarios responde sin más a una descripción del tipo⁸⁷¹, lo cierto es que los conceptos o categorías de los “administradores de hecho” y los “administradores de derecho” son idénticas y, por tanto, podremos analizarlos de forma conjunta, sin dejar de apuntar las diferencias existentes con el concepto mercantil, a tenor de la autonomía conceptual que existe entre ambas ramas del derecho.

3.2.1.- *El administrador de derecho*

Es unánime la posición de la doctrina penal al establecer que serán considerados administradores de derecho los órganos de administración con todos los requisitos y

⁸⁶⁹ Díaz-Maroto y Villajero, J. y Polo Vereda, J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, cit. pág 58.

⁸⁷⁰ García Caverro, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 108.

⁸⁷¹ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...*cit. pág. 176.

formalidades exigidos por la legislación mercantil y, en particular, siempre que hayan formalizado su nombramiento y se hayan inscrito en el Registro Mercantil⁸⁷². La jurisprudencia penal también ha utilizado los mismos parámetros doctrinales para considerar que el administrador será de derecho, cuando tenga encomendada la función de administración y por ende, la posición de garantía que le viene asignada por la ley societaria⁸⁷³. El concepto de administrador de derecho no supone automáticamente la asunción de responsabilidad.

La condición de administrador de derecho confiere al sujeto el deber formular las cuentas anuales y emitir otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa⁸⁷⁴. No cabe por ello duda de que el administrador de derecho es el sujeto que tiene atribuida la obligación de formular las cuentas anuales que reflejen la imagen fiel de la sociedad. La infracción de dicho deber extrapenal por los mismos podrá suponer la atribución de la autoría del delito, si se cumplen los demás requisitos exigidos por el tipo⁸⁷⁵. En el caso de otros documentos societarios de trascendencia jurídica y económica, la responsabilidad también podrá atribuirse sin duda a los administradores de derecho a título de autores, por la infracción de deberes extrapenales previstos en la legislación mercantil y su desconocimiento de la posición de garante que les obligaba a la protección del bien jurídico.

El alcance de la responsabilidad penal de los administradores de derecho puede depender de la modalidad de administración asumida. En el caso de administración mancomunada serán responsables ambos administradores al adoptar el acuerdo por unanimidad. En el caso de los administradores solidarios se considerará autor a quien

⁸⁷² Núñez Castaño, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”, cit. pág. 76. En el mismo sentido, Córdoba Roda, J y García Arán, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit. pág. 1083. Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 60. Bajo, M. y Bacigalupo, S., *Derecho Penal Económico*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, pág. 594; Castro Moreno, “El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 31, marzo 1998, pág. 213 y ss. Moreno Cánoves y Ruiz Marco, *Delitos socioeconómicos*, págs. 250 y ss. y 336 y ss. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*...cit. pág. 177.

⁸⁷³ En relación con los tipos de administradores, la STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034 dispone que: “El administrador de derecho es aquél que ha sido nombrado de acuerdo con la normativa correspondiente societaria, constando así, pública y registralmente en toda la actividad de la sociedad concernida. Sin embargo en relación a la figura del administrador de hecho su relevancia penal es clara en la medida que el legislador, en estos delitos societarios ha ampliado el círculo de los posibles autores para incluir también a los administradores de hecho como ocurre en el caso del delito que se comenta....”.

⁸⁷⁴ Bacigalupo, E., “Los delitos societarios....”, cit. pág. 420. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*...cit. pág. 211.

⁸⁷⁵ Núñez Castaño, E., *La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas*...cit. pág. 76.

adopte y ejecute el acuerdo. Si actúa en ejecución de un acuerdo aprobado por ambos entonces responden también ambos⁸⁷⁶.

En el caso de las cuentas consolidadas, los administradores de la sociedad dominante son competentes para su presentación por lo que responderán por las manipulaciones contenidas en las mismas y los administradores de la sociedad dominada pueden convertirse a dichos efectos en cooperador, inductor o cómplice, sin perjuicio de la responsabilidad que asuman por las cuentas de la sociedad participada⁸⁷⁷.

3.2.2.- El administrador de hecho

Es en la legislación penal en la que se reconoce por primera vez la doctrina del administrador de hecho, lo que sin duda genera un cierto desconcierto, teniendo en cuenta que la norma penal siempre ha de tener una aplicación residual. Ciertamente, la primera vez que se introduce en nuestro CP el concepto de administrador, es al promulgarse la Ley Orgánica 10/1995, del CP, en la que se recoge un precepto (art. 31 del CP) dentro del Título II relativo a las “Personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”, así como en los tipos societarios comprendidos en los arts. 290-297 CP.

Como se ha señalado anteriormente, el administrador asume la gestión y representación de la sociedad y la protección de los bienes jurídicos que de ella dependan, por lo que ostentan el dominio social sobre los mismos, y estas competencias pueden asumirlas también sujetos que han accedido de facto al cargo de administrador⁸⁷⁸. En el escenario empresarial determinadas personas ejercen de hecho funciones de administración de la empresa, pero formalmente no son titulares del cargo de administrador, lo que indudablemente supone problemas de imputación⁸⁷⁹. Mientras el administrador de derecho tiene su función por asignárselo la ley, el de hecho es quien ejerce sus funciones de administración sin atribución de la Ley⁸⁸⁰.

El debate en torno al alcance del concepto de administrador de hecho ha sido muy amplio porque al redactarse el art. 31 CP ya existía una tesis mercantil sobre los contornos de esta figura. Como se ha expuesto anteriormente, sobre este término tan controvertido se

⁸⁷⁶ Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 67.

⁸⁷⁷ Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, 1996, pág. 113.

⁸⁷⁸ Díaz-Maroto y Villajero, J. y Polo Vereda, J., *Problemas generales...*, cit. pág. 64. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S., *Derecho Penal Económico...*cit. pág. 595.

⁸⁷⁹ García Caverro, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 27.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, pág. 27.

formaron en el seno de la doctrina mercantil dos posiciones contrapuestas. Un sector abogaba por una posición más restrictiva, que entendía que el concepto de administrador de hecho se debía limitar al sujeto que había sido nombrado administrador, pero que adolecía de otros presupuestos formales como la ratificación por la Junta o la inscripción, tenía el nombramiento caducado, o aquel en el que concurran causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación, que impedían clasificarlo como administrador de derecho. De esta tesis se derivó una vertiente que exigía, desde la perspectiva también formal, que el administrador de hecho tuviera una posición predominante en la empresa reconocida externa e internamente y estable. Por otro lado, surge otra posición que amplía los contornos del término administrador de hecho, de acuerdo con criterios materiales de dominio y poder de decisión, de conformidad con los poderes asumidos por el sujeto⁸⁸¹.

La doctrina penal en la línea marcada por los mercantilistas, también se dividió en cuanto a la definición de la figura del administrador de hecho. Una vertiente que seguía la línea mercantilista más estricta y formalista, entendía que debía considerarse como tal solo al administrador cuyo nombramiento estuviera viciado por una formalidad (falta de inscripción registral del nombramiento o cese del administrador de derecho), sin admitir otros supuestos sostenidos por criterios materiales en función de las competencias asumidas, como en el caso de los directivos⁸⁸². Por otro lado, nació otra corriente que defendía el concepto amplio de administrador de hecho, es decir, la concepción material del término, que más allá de criterios puramente formales, atendía a la relación fáctica entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido⁸⁸³. Esta última concepción material es la mayoritaria dentro de la doctrina penal y su alcance queda sujeto a las siguientes consideraciones:

⁸⁸¹ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. págs. 178-181. Lascuraín, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, publicado en AAVV. (director Nieto Martín, A.), *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 8.

⁸⁸² García de Enterría, J., *Los delitos societarios*, cit. págs. 46 y ss. En la misma línea Bajo, M. y Bacigalupo, S., *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 594.

⁸⁸³ Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, cit. pág. 350. Expone el autor que administrador de hecho es: “quien no ocupando tal cargo, es capaz como los anteriores de alcanzar al bien jurídico protegido a través de la relación material en la que se encuentra respecto de este”. Núñez Castaño, E., La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”.....cit. pág. 77. La autora atiende a la teoría de dominio social para la definición del administrador de hecho. Bacigalupo, E., “Los delitos societarios en el nuevo Código penal”....cit. pág. 419. Gallego Soler, J.I., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, en *Derecho Penal de la Empresa* (dir. M. Corcoy), Pamplona, 2002-b, pags. 147-172. Perdices Huetos, A., “El concepto del administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil”, en *Derecho Penal de la Empresa* (Direc. Mirentxu Corcoy Bidasolo), edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, págs. 131-146; Díaz-Maroto y Villajero, J. y Polo Vereda, J., *Problemas generales*, cit. pág. 65 para quienes tanto los administradores de hecho como de derecho deben tener una relación de dominio social que les avale como representantes de la sociedad.

1.- Es un concepto que aparece también en el art. 31 CP, por lo que no puede quedar constreñido a la delimitación mercantil, de modo que todo sujeto que tenga el dominio social típico será idóneo para la comisión del delito societario de forma equivalente al administrador de derecho. La función de administración que por concepto realiza el sujeto comprende tanto la gestión como la representación de la sociedad y para que se considere como tal, ha de existir una relación de *dominio social*, consustancial a la autoría de los delitos especiales. Se atiende a un criterio material que marca la autonomía del Derecho penal frente al Derecho Privado. El sujeto tiene las competencias y de una forma directa o indirecta las ejecuta. Al ejercer esta función entra en relación con el bien jurídico y se convierte en garante del mismo. Esta posición de garantía frente al bien jurídico le atribuye el deber de actuar para su protección⁸⁸⁴. Se distingue así la figura del administrador como garante de la administración social, de la del apoderado singular que solo lo es del buen fin de la operación encomendada⁸⁸⁵. Se incluirían como administradores de hecho los que, sin ser formalmente administradores, aparentan en el tráfico lo contrario y pueden representar a la sociedad con eficacia frente a terceros⁸⁸⁶.

2.- La ostentación del *poder societario* de alguna forma equivale a la capacidad de decisión en el seno de la sociedad mercantil⁸⁸⁷. Se deberán considerar como tales, por tanto, además de los reconocidos por el derecho mercantil, los sujetos que gestionen patrimonio ajeno detrás de las fiducias, sociedades instrumentales o personas interpuestas con capacidad de decisión.

3.- Desde la perspectiva penal, se debe concretar el papel del interviniente en el marco de la empresa y el contenido de sus competencias con independencia de la eficacia, presupuestos, contenido y limitaciones que el Derecho civil y Derecho de sociedades establecen. Las relaciones de hecho deben marcar la pertenencia a la estructura organizativa de la empresa. Las relaciones jurídicas extra-penales pueden ser una cualidad pero no determinan de la calidad de miembro. No se permite que las estructuras societarias impidan acceder a la realidad subyacente⁸⁸⁸. Los criterios de imputación de

⁸⁸⁴ Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro, II*, cit. Pág. 161. El término “administrador de hecho” se fundamenta en la perfección de la relación interna entre el sujeto y la sociedad, y no en la relación externa del agente con el bien jurídico “*es decir, cuál es la posición de un sujeto que ha entrado en una esfera de dominio respecto de los bienes jurídicos protegidos en dicha esfera*”.

Díaz-Maroto y Villajero, J. y Polo Vereda, J., *Problemas generales*.....cit. pág 59.

⁸⁸⁵ Díaz-Maroto y Villajero, J. y Polo Vereda, J., *Problemas generales*cit. pág 63.

⁸⁸⁶ Castro Moreno, *El delito societario de administración desleal*.....cit. pág. 237.

⁸⁸⁷ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal*...cit. pág. 459.

⁸⁸⁸ García Caverro, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*...cit. pág. 25.

responsabilidad tradicionales no tienen aplicación dentro de la estructura empresarial, sino que es necesario determinar los sujetos individuales que participan en la actividad empresarial⁸⁸⁹.

4.- El concepto de administrador de hecho exige la realización de una interpretación fáctica que determine el alcance de este término en el marco del Derecho Penal y, en concreto, en cada tipo, de acuerdo con su estructura y modalidad de acción⁸⁹⁰. Es administrador de hecho quien tiene una relación con la sociedad que procede de otro vínculo diverso al legal, que equivale a un negocio jurídico de reconocimiento legítimo por la sociedad, por lo menos tácito. Este administrador de hecho accede a la relación de dominio por el ejercicio reconocido por la sociedad de la función de administración social. Es decir, el administrador de hecho nace de la libre voluntad de la sociedad de realizar el negocio jurídico correspondiente de atribuirle a un sujeto la función de administración. Por el reconocimiento de su posición por la sociedad, tiene un status propio frente al bien jurídico, con independencia de que sus deberes coincidan o no con el administrador de derecho⁸⁹¹. De acuerdo con el principio de responsabilidad personal, la aplicación de la figura del administrador de hecho exige un ejercicio de facto de la función de gestión de la actividad social⁸⁹², una participación real y efectiva plenamente acreditada (ya que de lo contrario, el principio de presunción de inocencia será una barrera insalvable que impide la condena del sujeto como administrador de hecho). Solo podrá existir un administrador de hecho cuando exista una actuación de un sujeto en el sentido del art. 28 del CP, así como el resto de presupuestos exigidos por el tipo⁸⁹³.

⁸⁸⁹ García Cavero, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 82. García Cavero sustenta la tesis de que en los de infracción de deber se ha de distinguir la naturaleza extrapenal del deber, que permitirá fundamentar una traslación de tal deber o no, de forma que: “*la traslación al administrador de hecho es posible cuando la configuración extrapenal del deber considera la asunción de hecho criterio suficiente o cuando no existe configuración extrapenal alguna...*”. Gallego Soler, J.I., “El concepto de administrador de hecho..”, págs. 163-165. El autor plantea que: “*el modelo de la infracción de deber tiene que aclarar dónde radica el elemento diferencial del injusto penal en referencia al injusto extrapenal*”.

⁸⁹⁰ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico.....*, págs. 117 y ss. Gallego Soler, J.I., “El concepto de administrador de hecho....”, pág. 162

⁸⁹¹ Gallego Soler, J.I., “El concepto de administrador de hecho...”, cit. pág. 160. El concepto de administrador de hecho tiene que estar orientado a la salvaguarda del bien jurídico-penal que el legislador pone en su ámbito de control.

⁸⁹² En la STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 2003/7233) se analiza un supuesto en el que el recurrente pretende responsabilizar penalmente a todos los miembros del Consejo de Administración de órganos directivos de las distintas entidades, por aplicación de lo dispuesto en el anterior art. 15 bis y actual art. 31 por las decisiones que tomaron o consintieron que tomara el acusado. En esta sentencia se contienen algunas de las premisas con las que ha de contar la aplicación del art. 31 CP.

⁸⁹³ Quintero Olivares, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal.....*cit. págs. 334 y 336.

5.- Dentro de la figura del administrador de hecho, la doctrina ha diferenciado los supuestos en los que existe un reconocimiento por la sociedad del administrador de hecho, de los que no existe tal reconocimiento. El que se presenta en el tráfico como tal es el administrador notorio y el que no se presenta como tal es el administrador oculto. En el caso del administrador notorio, la protección del tráfico exige que la sociedad admita o consienta ser representada en el tráfico por el administrador y por ello queda vinculada de esta situación aparente creada de facto. Por otro lado, la seguridad del tráfico exige que el sujeto que oculta su condición de administrador responda por su actuación, que constituye la realidad material que ha de ser imputada. La actuación en la sombra a través de otros sujetos o influyendo a otros sujetos dentro de la empresa no evita la asunción de responsabilidad por parte del administrador oculto⁸⁹⁴.

En la jurisprudencia penal española dictada en torno a la figura del administrador de hecho se lleva a cabo un análisis de las circunstancias concurrentes para determinar el alcance de esta figura, teniendo en cuenta la restricción clara que supone el hecho de que un administrador de derecho actúe con carácter principal. En los pronunciamientos referidos al art. 290 CP en los que se ha analizado la figura del administrador de hecho, sí que se asume como posible el que exista esta figura que actúa de facto como administrador de derecho y por tanto, puede responder del delito en dicha condición, según se desprende de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034: *“quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa”* y *“adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales”*⁸⁹⁵.

Se ha admitido así como administradores de hecho a sujetos que están dentro de la empresa como altos directivos, directores gerentes y socios, siempre y cuando no se

⁸⁹⁴ Perdices Huetos, A., “El concepto de administrador de hecho...cit. págs. 142-143. El administrador oculto y el administrador notorio han de responder penalmente.

⁸⁹⁵ La STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034, se pronuncia de forma expresa sobre la calificación de la conducta de un sujeto que tiene una intervención relevante en la actuación delictiva llevada a cabo de forma principal por el administrador de derecho, pero que no tiene la condición de administrador, y se concluye que no puede ser considerado como administrador de hecho cuando quien ha actuado principalmente es un administrador de derecho. La STS de 26 de enero de 2007, RJ 59/2007 considera como administrador de hecho a: *“...quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa...”*. En el mismo sentido, la STS de 26 de junio de 2006, RJ 816/2006 establece que: *“...se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales...”*.

encuentren en una situación de dependencia jerárquica respecto de los administradores de derecho y que efectivamente lleven a cabo funciones que excedan de las propias de dirección y se adentren en las correspondientes a la gestión y administración⁸⁹⁶. La jurisprudencia ha tendido a clarificar de forma casuística el tratamiento de este tipo de asuntos y así se puede comprobar en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo nº 211/2014 de fecha 18 de marzo de 2014, en el que de forma acertada se niega la posible consideración del director financiero como sujeto activo del tipo comprendido en el art. 290 CP⁸⁹⁷. Se ha admitido así como administradores de hecho a sujetos que están dentro de la empresa como altos directivos, director gerente y socios, siempre y cuando no se encuentren en una situación de dependencia jerárquica respecto de los administradores de derecho y lleven efectivamente a cabo funciones que excedan de las propias de dirección, adentrándose en las correspondientes de gestión y administración⁸⁹⁸. La jurisprudencia ha tendido a clarificar de forma casuística el tratamiento de este tipo de asuntos y así se puede comprobar en el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2014, nº 211/2014, en el que de forma acertada se niega la posible consideración del director financiero como sujeto activo del tipo comprendido en el art. 290 CP⁸⁹⁹.

El común denominador de estos casos permite afirmar que la condición de sujeto activo se debe vincular a la disponibilidad de poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, que es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación

⁸⁹⁶ Sánchez Álvarez, M.M., Los delitos societarios, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 64.

⁸⁹⁷ En esta STS (Sala de lo Penal) de fecha 18 de marzo de 2014, nº 211/2014 se analiza la conducta de un director financiero que manipula las cuentas anuales y el Consejo de Administración las aprueba sin advertir que las mismas no responden a la imagen fiel de la sociedad, descartando la posible aplicación del art. 392 CP y argumentando que no es posible considerar el art. 290 CP, entre otras razones, porque no existen parámetros en los hechos probados para considerar que tiene la condición de administrador de hecho. En la STS (Sala de lo Penal), Sección 1ª, núm. 464/2014 de 3 junio RJ\2014\4219 se atribuye al director financiero la condición de administrador de hecho por cuanto: “*ejercía determinadas funciones y adoptaba determinadas decisiones en la entidad propias de un administrador, decisiones que se referían en algunos casos y de forma concreta a los tipos penales que se están analizando.....*”.

⁸⁹⁸ Sánchez Álvarez, M.M., Los delitos societarios, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 64.

⁸⁹⁹ En esta STS (Sala de lo Penal) de fecha 18 de marzo de 2014, nº 211/2014 se analiza la conducta de un director financiero que manipula las cuentas anuales y el Consejo de Administración las aprueba sin advertir que las mismas no responden a la imagen fiel de la sociedad, descartando la posible aplicación del art. 392 CP y argumentando que no es posible considerar el art. 290 CP, entre otras razones, porque no existen parámetros en los hechos probados para considerar que tiene la condición de administrador de hecho. En cambio, en la STS (Sala de lo Penal), Sección 1ª, núm. 464/2014 de 3 junio RJ\2014\4219 se atribuye al director financiero la condición de administrador de hecho por cuanto: “*ejercía determinadas funciones y adoptaba determinadas decisiones en la entidad propias de un administrador, decisiones que se referían en algunos casos y de forma concreta a los tipos penales que se están analizando.....*”.

jurídica o económica de la sociedad⁹⁰⁰. Es la realidad económica, organizativa y jerárquica la que marca quién puede ser considerado administrador de hecho. En esta línea, los parámetros a tener en cuenta para determinar quién se considera como tal son delimitar la persona que en definitiva manda en la empresa y como tal ejerce los actos de administración, lleva a cabo la realización material de funciones de dirección y por lo tanto, efectúa la dirección real de la empresa, y en el seno de dichas funciones directivas, adopta e impone las decisiones de gestión de la sociedad⁹⁰¹.

En la actualidad cabe afirmar que la doctrina mayoritaria discurre por los mismos planteamientos que la tesis jurisprudencial⁹⁰² y construye la figura en criterios materiales. En términos generales, se ha considerado positiva la inclusión del concepto de administrador de hecho, dado que por las especialidades de la figura del administrador social en las leyes societarias y las dificultades que se generan en el entramado societario, en el que diversas personas pueden realizar funciones de forma coincidente, era necesaria que se incluyera esta figura y así evitar que se pudiese burlar la aplicación de la norma penal con la simple implicación de terceros que no ostentasen formalmente la posición de administrador⁹⁰³.

⁹⁰⁰Se trata de un delito especial propio, al delimitarse como sujetos activos del mismo los administradores de hecho o de derecho de la sociedad constituida o en formación. Como señala la STS de fecha 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8091): *“La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico”*. En la STS nº 655/10, de 13 de julio se concluye que: *“la condición de sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico”*.

⁹⁰¹ En la STS de fecha 26 de enero de 2007 (Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta) se analiza un caso en el que un sujeto realizaba funciones de contabilidad en la empresa, pero no se acredita que realizara una dirección real, por lo que se niega su consideración como administrador de hecho, que ha de responder a la siguiente descripción: *“Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador. En el caso del tipo que ha sido aplicado en la sentencia, autor del delito será quien ostentando funciones de administración de la empresa, de hecho o de derecho, incumpla el deber de veracidad en la presentación de la documentación que refleje la realidad contable y económica de la empresa, una realidad que el ordenamiento impone y que en la sentencia impugnada se refiere a la presentación de la documentación contable correspondiente al año 1998”*.

⁹⁰² Gallego Soler, J.I., *“El concepto de administrador de hecho.....”*, pág. 165. Fernández Teruelo, J.G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, edit. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 75. Sostiene este autor que: *“Desde el punto de vista político-criminal es el concreto ejercicio de las funciones inherentes al sujeto activo y no el cargo que estos ostentan”*. Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 62-63.

⁹⁰³ Rodríguez Mourullo, G., *“Algunas consideraciones político-criminales, cit. pág. 688. Sánchez Álvarez, M.M., Los delitos societarios, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 58-59. Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., Problemas de aplicación de los delitos societarios.....cit. pág. 57 y nota a pie nº 136. Gómez Benítez, J.M., Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 110.*

La condición de sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, que es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. En cualquier caso, debemos tener en cuenta que la mera pertenencia a las categorías de administrador de hecho o de derecho, no determina automáticamente la responsabilidad penal, esto es, no transfiere al representante la condición de autor idóneo, sino que además, ha de procederse al examen de los criterios de imputación dentro de la estructura de la empresa, y a comprobar que el administrador ha realizado actos ejecutivos descritos en el tipo delictivo correspondiente⁹⁰⁴.

Schünemann expone que la aceptación y desarrollo de esta figura ha sido uno de los progresos más relevantes del Derecho penal empresarial y sitúa el origen de esta construcción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán que se refería a quien “con abuso del poder económico se sirve de un testaferró” y a la localización del “verdadero responsable del abuso de las figuras jurídicas de la persona jurídica”, siendo recogida su descripción por el párrafo tercero del § 14 del CP alemán, fórmula a través de la cual se ha incrementado el círculo de sujetos a quienes cabe imputar la responsabilidad penal, con independencia de la concreta configuración del tipo penal aplicable al caso⁹⁰⁵. Se establece en diferentes resoluciones jurisprudenciales que es preciso que el administrador de hecho tenga una posición predominante con miras a las decisiones empresariales básicas, no solamente en lo relacionado a la contabilidad. Se exige un acto de nombramiento por lo menos fáctico o implícito⁹⁰⁶. La doctrina penal alemana, unas veces mediante una consideración puramente fáctica, otras mediante el análisis de concretos tipos penales, ha desarrollado distintos criterios para determinar cuándo nos enfrentamos ante un administrador de hecho⁹⁰⁷. De la misma forma, la jurisprudencia italiana también ha desarrollado la responsabilidad penal del administrador de hecho, principalmente en casos de quiebra fraudulenta. La fundamentación desarrollada por la doctrina italiana es que el

⁹⁰⁴ González Cussac., J.L., “Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles” en *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (Coord. J. M. Terradillos y M. Alcalde), Edit. Trotta, 2004, pág. 109

⁹⁰⁵ Schünemann, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2002, pág. 35. García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 28.

⁹⁰⁶ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*, págs. 117 y ss. Afirma el autor que en casos de abuso de poder y del Derecho, el hombre de atrás el sujeto es reconocido como miembro fáctico del directorio.

⁹⁰⁷ García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 28.

bien jurídico se debe proteger también respecto de conductas de sujetos que ocupan posiciones determinadas que les permite dañarlo o ponerlo en peligro⁹⁰⁸.

La conclusión que se puede extraer del análisis de los numerosos criterios que ofrece la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada es que no se puede afirmar a priori quién cumple los presupuestos para ser considerado administrador de hecho. Es necesario primero adentrarse en la entidad que supuestamente administra y analizar exhaustivamente el organigrama de la empresa, las competencias asumidas por el sujeto y el concreto alcance de las mismas, dentro de todo el contexto de la sociedad en cuestión. Una vez que se pueda determinar concretamente esta base se podrá entrar a determinar la verdadera posición que tiene este sujeto a nivel interno y externo, sus poderes y la capacidad de toma de decisiones por cuenta propia. No existe nominalmente un cargo de administrador de hecho ni puede referirse como una figura en abstracto, sino que tiene que construirse de forma casuística en cada situación concreta y en relación con unos hechos concretos. La construcción realizada de facto en relación con la asunción de poderes de administrar y la sujeción a deberes extrapenales atribuidos por la ley societaria al administrador, servirá a posteriori para delimitar si dicho sujeto asume la posición de garante y está obligado a la protección del bien jurídico en relación con el delito en cuestión.

En particular, desde la perspectiva del art. 290 CP, se debe comprobar si este sujeto, además de ostentar con carácter general todas las funciones mencionadas de administración, dirección real de la empresa, orden y mando, está sometido de hecho o de derecho al deber de veracidad en la emisión de la documentación societaria que refleje la situación jurídica y económica de la sociedad⁹⁰⁹, ya que, en tal caso, el incumplimiento de este deber de veracidad en la forma descrita por el tipo podría entonces conllevar la asunción de responsabilidad penal.

4.- El administrador de hecho frente al deber de veracidad

⁹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 28, notas a pie n° 24 y 29.

⁹⁰⁹ Sin perjuicio de que el sujeto tenga un cargo en la empresa aparentemente subordinado, sin alcanzar a puestos directivos esto no debe impedir realizar el análisis conforme a los criterios materiales planteados, por cuanto es relativamente frecuente encontrar sujetos que ocupan puestos podemos decir menores pero que verdaderamente alcanzan la condición de administrador de hecho. En la STS, Sala de lo Penal, de 17 de junio de 2009, RJ\2009\5973 la Sala llega a la convicción de que el administrador sí ha dado dichas indicaciones al contable, a la vista de la declaración del contable y otro testigo, además de que considera que es una deducción lógica por cuanto ningún interés puede tener el contable en realizar esas anotaciones al margen de las instrucciones de quien en esas fechas era el administrador único de la sociedad, por lo que la alegación de desconocimiento carece de fundamento.

La doctrina plantea entonces el interrogante de si el administrador de hecho puede asumir el deber de veracidad de las cuentas anuales, a la vista de que es el administrador de derecho quien por Ley y de forma indelegable tiene que proceder a la firma de las cuentas anuales y a su depósito en el Registro Mercantil, ya que sin la firma de las cuentas anuales por el administrador de derecho las mismas no pueden ser presentadas en el Registro Mercantil.

García Cavero se adentra en el análisis de la estructura del tipo del art. 290 CP y concluye que un delito de infracción de deber en el que no es posible la traslación del deber específico, dado que tan solo los administradores de derecho tienen la competencia de firmar las cuentas y proceder a su depósito⁹¹⁰. Explica el autor que en estos delitos se exige a los administradores una prestación social positiva que equipara a una competencia institucional, como es por ejemplo el deber de veracidad en los informes sociales, que asume el administrador por su representación de la sociedad. Considera el autor que si la infracción de deber se estructura a partir de la relación de representación en los delitos societarios, es evidente que no cabe asumir la responsabilidad penal del administrador de hecho. En los delitos de infracción de deber no cabe asumir la responsabilidad por criterios fácticos (como en los delitos de dominio que puede asumir el administrador de hecho la competencia por la organización), sino tan solo por criterios jurídicos. De esta forma, el criterio de este autor es que en los delitos de infracción de deber solo el administrador de derecho puede ser penalmente responsable. Solo cuando la competencia institucional admita su constitución en criterios fácticos, cabría admitir la responsabilidad del administrador de hecho en estos delitos⁹¹¹.

⁹¹⁰ García Cavero, P., “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica* (dir. Silva Sánchez, J.M^º y Miró Linares, F.), 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid, págs. 325 y 326. Considera el autor, que solamente en los casos en los que la competencia institucional admita su constitución con criterios fácticos podrá admitirse excepcionalmente una responsabilidad penal del administrador de hecho en los delitos de infracción de deber. González Guerra, Carlos M., “La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial”, cit. pág. 190. Este autor se adhiere a la tesis de García Cavero con algunas matizaciones. Por su parte, Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal*, Reforma LO 5/2010, Valencia, 2001 pág. 644. En el marco del art. 290 CP estos autores consideran que será difícil que un administrador de hecho pueda realizar materialmente todos los comportamientos que tendrían cabida en este tipo. Córdoba Roda, J y García Arán, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit. pág. 1085. Sin aludir a la naturaleza de delitos de infracción de deber, el autor cuestiona el que el delito del art. 290 CP pueda ser cometido por el administrador de hecho.

⁹¹¹ García Cavero, P., “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en *InDret*, nº 362, Barcelona, 2006, indret. Com, págs. 6-8.

En relación con esta cuestión, creo que la argumentación sostenida por este autor para negar la posibilidad de que un administrador de hecho quede sujeto al deber específico de informar a través de las cuentas anuales, se debe matizar de acuerdo con los criterios materiales a los que la ha sometido la jurisprudencia.

En principio, se puede pensar que no es posible equiparar automáticamente al administrador de hecho y al de derecho en el marco de aquellos tipos en los que la conducta típica solo pueden cometerla los administradores que tienen una posición jurídica específica, como la que dibuja el tipo del art. 290 CP al referirse a la formulación de las cuentas anuales. Ciertamente, los administradores de derecho tienen la obligación de firmar y depositar las cuentas en el Registro Mercantil, como así exige la ley societaria. Esta formalidad tiene mayor fuerza o podríamos decir, que es reforzada por el legislador mercantil al impedir que la misma pueda ser delegada. Es una competencia exclusiva de los administradores.

Con independencia de que otros responsables y directivos hayan intervenido en la confección de los documentos que integran las cuentas anuales, quienes van a rubricarlas y a firmarlas serán siempre y en todo caso los administradores de derecho, sin que otros sujetos puedan suplantar este deber legal o asumir por delegación esta competencia exclusivamente asignada a los administradores de derecho⁹¹². Por este motivo, podría parecer que no es posible admitir que otro sujeto que no tenga la condición de administrador de derecho pueda ser considerado autor a título de administrador de hecho⁹¹³.

No obstante, la respuesta a este interrogante debe acometerse a través de la concreción de las dos cuestiones claves que concurren en este supuesto. La primera, el alcance del concepto de administrador de hecho. La segunda, la delimitación de los deberes extrapenales que sirven de eje al tipo del art. 290 CP. Como se ha desarrollado anteriormente, será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión en la misma, de modo que concentre en él los poderes que formalmente tiene el administrador de derecho. Para ser

⁹¹² Úbeda, E., “Administradores de Sociedades Anónimas: Responsabilidad general y sobre las cuentas anuales”, Partida Doble nº 160, Noviembre, 2004, pág. 21.

⁹¹³ Rodríguez Mourullo, G., “Análisis del art. 294 del Código Penal”, en *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Banco Central Hispano, 1996, pág. 127. Señala el autor que: “Las figuras de administrador de hecho y derecho son incompatibles...y que no podrá ser administrador de hecho el director o el director general de la sociedad, salvo que los estatutos les asignen expresamente funciones administrativas. Solo se puede considerar administrador de hecho aquel que no ha regularizado su situación jurídica. Gómez-Benítez, J.M., *Estudios penales*, edit. Colex, 2001, pág. 162-164.

calificado como tal, debe reunir las condiciones de ser la persona que en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración y dirección real de la sociedad, que integran las de ofrecer una información veraz, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador en el Registro Mercantil. Es posible de acuerdo con estos parámetros materiales que nos ofrece la jurisprudencia, entrar a bucear en la realidad que subyace a las cuentas firmadas por los administradores de derecho, hasta concretar cuál ha sido el posible alcance de la intervención del administrador de hecho y desde qué posición respecto de la empresa ha llevado a cabo la misma. El administrador de hecho se convierte así en un garante penal.

En el supuesto de que se den las condiciones apuntadas, se podrá considerar que el administrador de hecho es destinatario de los deberes especiales de actuar con lealtad y cumplir con la exigencia de veracidad en la formulación de las cuentas anuales y en la emisión de documentos societarios de trascendencia económica y jurídica⁹¹⁴. El administrador que de hecho ejerza las competencias propias del administrador de derecho, vendrá obligado a cumplir los deberes especificados y se encontrará en estas circunstancias en una situación de garante penal que le pone en contacto con el bien jurídico relativo a la veracidad de la información contenida en las cuentas, con la consiguiente obligación de protegerlo. Es posible extraer esta conclusión también desde la perspectiva del correcto entendimiento del bien jurídico objeto de protección con carácter principal en el tipo del art. 290 CP, representado por la veracidad de la información societaria, al que se accede a través del cumplimiento legal del deber de lealtad y de formulación de las cuentas que representen la imagen fiel. Esta concreción del bien jurídico abre la puerta a entender que, más allá de las formalidades exigidas a los administradores como son la firma necesaria de las cuentas, lo trascendente desde el punto de vista material sería la posición que se tiene en la sociedad que permite el acceso a la información económica, hasta tal punto que se puede incluso llevar a cabo su manipulación.

Obtenida la respuesta al punto anterior, resulta también cuestionable qué ocurre en aquellos supuestos en los que un administrador asuma de facto funciones relativas a la emisión de documentos de trascendencia jurídica y económica, así como el de formulación de las cuentas anuales, si puede asumir la responsabilidad de forma paralela al

⁹¹⁴ En la STS, Sala de lo Penal, de 26 de enero de 2007, RJ\2007\1586 se dispone que el art. 290 CP el legislador penal, ante la imposibilidad de contener en la descripción típica el contenido de la ilicitud, requiere que la realización del hecho sea efectuada por quien tiene un deber especial de actuación impuesto por la norma. La acción debe ser realizada por quienes tienen un especial deber de certificar esa situación, por el estatus que tienen en la sociedad y porque son destinatarios de especiales prevenciones considerados como deberes de actuación en el ordenamiento jurídico.

administrador de derecho o si por el contrario, la presencia y responsabilidad de este último anula la de quien ha actuado *de facto*.

En la línea de mantener el análisis de estas cuestiones desde la perspectiva de que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, García Caverro defiende que “*el administrador de hecho solo cobrará importancia si no existe un administrador formalmente nombrado*”. El administrador de hecho, explica García Caverro, no puede considerarse autor directo de forma simultánea al administrador de derecho⁹¹⁵. El centro de gravedad recae en la relación material, efectiva y real del sujeto con el bien jurídico penalmente protegido por el tipo respecto del cual ha asumido el dominio social y la posición de garante. La existencia de un administrador de hecho requiere un mínimo formal como es la tolerancia de su actuación como órgano fáctico, esto es, un reconocimiento de hecho o tácito, complementado por el dato de que el sujeto actúa como administrador frente a terceros.

Si se ha afirmado de acuerdo con la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la figura del administrador de hecho, que es la disposición material del poder de dirección lo que permite calificarle como tal y lo que le convierte en un sujeto idóneo para la comisión del delito del art. 290 CP, entiendo que esta situación no tendrá un tratamiento diferente, porque el administrador de derecho actúe posteriormente rubricando las cuentas anuales con su firma⁹¹⁶. En primer lugar, porque este administrador de derecho puede no tener conocimiento alguno de las irregularidades que presentan las cuentas anuales, que han podido ser confeccionadas por el administrador de hecho o bajo sus indicaciones. En este sentido, es importante recordar que el administrador negligente no responde por este delito, sino el desleal. Por otro lado, también puede darse el caso en el que actúen conjuntamente el administrador de hecho y de derecho⁹¹⁷. Pensemos que, efectivamente, en determinadas sociedades de gran envergadura es difícil pensar que los administradores de derecho no conozcan al firmar las cuentas las graves irregularidades contenidas en las mismas y que no hayan intervenido de alguna forma en su confección. En este sentido, responderían ambos, administrador de hecho y de derecho, como autores por la infracción de sus respectivos

⁹¹⁵ La STS (Penal) de 9 de mayo de 2005, RJ 2005\4402 viene a confirmar la SAP de Burgos, Sección 1ª, de fecha 7 de febrero de 2003, ARP\2003\261 de la que resulta que: “*no es posible imputar de forma concurrente la autoría a la administración de derecho y a la administración de hecho y lo imputa como partícipe cooperador necesario*”.

⁹¹⁶ Sánchez Álvarez, M.M., Los delitos societarios, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 64. La doctrina admite que la existencia de un administrador de derecho no excluye la de un administrador de hecho.

⁹¹⁷ Es posible que concurra la responsabilidad de un administrador de derecho con la de un administrador de hecho, como declara la STS de fecha 16 de julio de 1999.

deberes extrapenales. El Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido diverso, como consta en resoluciones anteriormente referidas⁹¹⁸.

Asumido el que el administrador de hecho puede responder de la comisión de este delito, lo que sí que es cierto es que no resulta asumible la hipótesis de que pudiera responder un administrador de hecho, sin que concurriera la formalidad de que el administrador o administradores de derecho no hubieran firmado las cuentas, puesto que no es asumible en el marco del proceso de elaboración marcado por la Ley que las cuentas puedan no ser firmadas por un administrador de derecho.

En síntesis, es posible la asunción por el administrador de hecho de la responsabilidad penal derivada del tipo del art. 290 CP, en los supuestos en los que, asumida de facto una posición de garante, lleve a cabo una manipulación de las cuentas anuales y de los documentos societarios con trascendencia jurídica y económica diversos a las cuentas anuales.

5.- ¿Puede alcanzar el auditor la condición de administrador de hecho?

La delimitación del alcance del administrador de hecho podría ascender a interrogantes prácticamente indefinidos, pero uno que se representa como muy significativo en el escenario que se centra esta investigación, es el de valorar si es posible que el auditor

⁹¹⁸ En la STS de fecha 25 de enero de 2006, RJ\2006\3331, en la que se niega la posición de garante del apoderado y director financiero. Este sujeto no tiene la condición de administrador de derecho, pero se plantea si ocupa un cargo de administrador de hecho, por habérselo encomendado la administración con desempeño, con o sin nombramiento conforme a Derecho, de funciones de gestión y representación del patrimonio ajeno y separado de los titulares fiscales. En relación con este aspecto apunta y fundamenta la sentencia que resulta cuestionable que sea posible imputar la autoría directa en estos delitos y de forma simultánea al administrador de derecho y administrador de hecho. Igualmente, se niega que este sujeto pueda asumir la responsabilidad a título de partícipe. Se concluye que el mismo se limita a firmar las órdenes de transferencia para la salida del dinero y pago, sin que exista dato alguno del que pueda inferirse que conocía la falsedad de la factura en la que se reflejaban los servicios realizados por aquella generadores de la deuda de cargo de Torras Papel. La STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034, se pronuncia de forma expresa sobre la calificación de la conducta de un sujeto que tiene una intervención relevante en la actuación delictiva llevada a cabo de forma principal por el administrador de derecho, pero que no tiene la condición de administrador, y se concluye que no puede ser considerado como administrador de hecho cuando quien ha actuado principalmente es un administrador de derecho. La STS de 26 de enero de 2007, RJ 59/2007 considera como administrador de hecho a: "*....quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa....*". En el mismo sentido, la STS de 26 de junio de 2006, RJ 816/2006 establece que: "*....se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales....*".

externo que lleva a cabo la auditoría obligatoria de las cuentas anuales puede llegar a tener la consideración de administrador de hecho.

Es cierto que esta disposición no se refiere a los auditores, sino que solo menciona expresamente a los administradores. El Proyecto de reforma del Código Penal de fecha 15 de enero de 2007 incluyó un segundo párrafo en el que se establecía de forma expresa a los auditores como posibles autores del delito, pero la reforma no fue incluida finalmente y aunque quedó en el aire el debate sobre el alcance que debía tener su responsabilidad, los auditores han evitado esa nube negra de responsabilidad penal contra la que de forma tan firme se posicionaron a nivel corporativo⁹¹⁹. En las reformas posteriormente proyectadas no se ha hecho mención alguna a la figura de los auditores. El hecho de que se haya suprimido toda mención a los mismos del Proyecto de reforma anteriormente comentado, muestra que la postura tomada por el legislador de no contemplarlos es clara⁹²⁰.

Descartada la consideración específica como sujeto activo del delito⁹²¹, su posible catalogación como administrador de hecho, ha de atenerse a la naturaleza de la relación que tiene con la sociedad y a la naturaleza de sus funciones. El auditor es contratado por la sociedad para la emisión de un informe obligatorio de las cuentas anuales. Desde esta perspectiva en la que ejerce sus funciones de verificación de las cuentas anuales y emisión del informe de auditoría, no ejerce la gestión de la administración de la sociedad, no asume poderes, ni actúa en nombre de la sociedad, sino que asume sus propios deberes legales derivados de su profesión y del contrato suscrito con la sociedad. El auditor actúa en el marco de un cometido propio de elaboración del informe de auditoría. Es, por tanto, un profesional que interviene en el proceso de elaboración de las cuentas anuales en un estadio o trámite diverso al de los administradores, desde una diferente posición, ya que ha de emitir el informe de auditoría, una vez que ya se ha emitido el proyecto de las cuentas

919 Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, cit. pág. 171.

920 En cambio en los ordenamientos jurídicos de otros países comunitarios, como Italia, Alemania y Francia, y extracomunitarios, como Estados Unidos, sí se prevé un delito que tipifica la conducta del auditor que incumple sus obligaciones al mostrar deliberadamente de forma equívoca en su informe las omisiones o contenidos de las cuentas anuales que no se corresponden de forma esencial con la realidad. Núñez Castaño, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”....cit. pág. 76: *Se puede interpretar que los auditores pueden o deben incluso asumir una mayor responsabilidad que los administradores, dado que su actividad añade un plus de apariencia de veracidad a lo que se publica.* Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*....cit. pág. 62. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 211.

921 En contra de esta tesis, Martínez-Buján Pérez, C., “Administración fraudulenta en sociedades de inversión”, cit. pág. 58. Señala el autor que los auditores reúnen las condiciones para ser sujetos activos de este delito. En el mismo sentido, Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*....cit. pág. 140. Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares, G.), edit. Thomson Reuters, 9ª edic, 2011, Pamplona, pág. 967.

anuales. Posteriormente, vuelven a actuar los administradores al proceder a la firma de las cuentas y su depósito en el Registro Mercantil, sin que el auditor tenga intervención alguna en dichos estadios. Los administradores formulan las cuentas y el auditor las verifica. De esta forma, por más que se extienda el concepto de administrador de hecho, no puede considerarse comprendida en dicha figura al auditor.

Cuestión diversa sería el que al margen de lo que es su concreta labor de auditor, pudiera llegar a tener unos poderes e influencia dentro de la sociedad por los que pudiera llegar a ser calificado como administrador de hecho. Es difícil asumir una situación así en la que fuera tan patente la incompatibilidad del cargo de auditor por la nula independencia del mismo. En todo caso, se desdoblaría entonces la persona del auditor, por un lado, quien como tal emite el informe de auditoría y por otro lado, quien desempeña el cargo de administrador de hecho.

En el capítulo relativo a la participación entraré a analizar en detalle la posibilidad de que el auditor de cuentas responda en calidad de partícipe como consecuencia de su intervención delictiva en el proceso de formulación de las cuentas anuales y al final del trabajo se extraerán conclusiones de *lege ferenda* sobre la conveniencia de operar una modificación en el art. 290 CP, que contemple la posible inclusión de una mención expresa acorde al alcance de los deberes extrapenales asumidos en el proceso de elaboración de las cuentas.

6.- Conclusión: Los administradores de hecho y de derecho son valedores del deber de veracidad

El delito de manipulación contable y de otros documentos societarios es un delito especial propio y en consecuencia, tan solo pueden considerarse como sujetos activos a aquellos que se encuentran expresamente tipificados: los administradores de hecho y de derecho. Contando con la autonomía de las dos ramas del ordenamiento jurídico, el concepto de administrador de hecho y de derecho pueden no ser plenamente coincidentes en el ámbito penal y en el mercantil. En el seno del art. 290 CP, la asimilación del administrador de hecho al administrador de derecho es posible porque ambos realizan la función de administrar, aunque formalmente la hayan asumido de acuerdo con diversos criterios.

El sujeto que es considerado administrador de hecho, por la asunción de facto de las competencias propias de un administrador de derecho, queda sujeto al deber de lealtad y veracidad en la transmisión de la información veraz sobre la situación jurídica y económica, es decir, sobre su imagen fiel, de modo que si interviene *de facto* en el proceso de elaboración de unas cuentas anuales gravemente manipuladas, desconoce su deber de protección del bien jurídico y puede incurrir en responsabilidad penal. En estos términos, es posible asumir que la responsabilidad penal se atribuye de forma coincidente al administrador de hecho y al administrador de derecho.

Con independencia de que el círculo de autores queda delimitado de forma bifronte por el legislador, en uno y otro caso estamos ante un delito especial. En cualquier caso, la concurrencia de los requisitos formales para ser considerado un sujeto como administrador, no supone que pueda predicarse automáticamente la autoría de un delito cuyo círculo de posibles sujetos activos se limita al administrador de hecho o de derecho. La autoría únicamente podrá afirmarse en los supuestos en que concurren también los criterios de acceso al bien jurídico establecidos para determinar la condición de autor, en atención a que se considera como tal el sujeto que puede influir en el bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en su ámbito de responsabilidad.

El auditor contratado por la sociedad para la emisión del informe de auditoría obligatorio no puede alcanzar en dicha condición la calificación de administrador de hecho, puesto que desde dicha posición no tiene como tal un poder de dirección real de la empresa y de tomar decisiones de gestión. Cuestión diversa es que de forma adicional y paralela a dicha condición de auditor, pueda estar ejerciendo la gestión y administración efectiva de la sociedad, lo que sí podrá llevar a calificarle como administrador de hecho, si se dan los presupuestos de orden material que le llevan a asumir dicha posición, como así lo ha establecido la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a esta figura. La conclusión de que el auditor en el marco del ordenamiento vigente no se pueda considerar como un administrador de hecho y como tal no cumple los presupuestos para llegar a calificarse como un posible sujeto activo del delito del art. 290 CP, no impide la posible atribución de responsabilidad penal a título de partícipe. Por este motivo, posteriormente se analizará su potencial responsabilidad como tal. La postura tomada por el legislador hasta la fecha es clara, al no incluir al auditor como sujeto activo del delito, lo que no obsta a que, a la vista de las reformas legislativas que vienen adoptándose, en las que se pretende reforzar los mecanismos de control y protección efectivos del “interés de la sociedad” y de su “imagen fiel”, no se debe descartar de *lege ferenda* la conveniencia de contemplar a los auditores

como sujetos activos del delito del art. 290 CP. Esta hipótesis merece un tratamiento singular de *lege ferenda*, a los efectos de valorar si es necesaria una reforma específica que incluya esta figura.

En definitiva, se ha realizado un estudio preliminar y aséptico de la figura del administrador en el ámbito mercantil y en el ámbito penal. No obstante, entiendo que la concreción del alcance de la figura del administrador, de cómo juegan las exigencias típicas impuestas por el legislador y la verdadera responsabilidad penal que pueden asumir estos profesionales en el desempeño de su cargo, así como los auditores y otros sujetos que participan en la confección de las cuentas anuales, a título de autores y, en su caso, de partícipes, exige determinar la estructura del tipo del art. 290 del CP como delito de dominio o de infracción de deber, ya que una vez determinada la estructura del tipo, se podrá establecer en términos de seguridad jurídica en qué condiciones podrán asumir una potencial responsabilidad penal.

IV.- DELITOS DE GARANTE. LA POSICIÓN DE GARANTE DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y DE DERECHO

Una vez concretado el bien jurídico protegido por el art. 290 CP y el alcance de los conceptos de administrador de hecho y de derecho como sujetos activos del mismo, estamos en disposición de poder examinar cuando estos sujetos asumen una posición de garantes frente al bien jurídico, cuestión relevante, entre otras razones, para poder definir la estructura de este delito como de dominio o de infracción de deber. Como apunta Kindhäuser⁹²²: *“que en derecho penal no se trata de la posición fáctica de un sujeto cualquiera, lo muestran claramente los delitos de infracción de deber, en los cuales es el autor quien carga con la responsabilidad normativa por la producción del suceso”*.

1.- El concepto de posición de garante

El concepto de posición de garante⁹²³ es ciertamente indeterminado, no cuenta con una definición expresa⁹²⁴, sino que es un planteamiento que ha sido desarrollado por la

⁹²² Kindhäuser, U., “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, indret.com, 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 44.

⁹²³ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, T. II...*cit. pág. 845. Apunta el autor que así fue designado por Nagler por primera vez.

doctrina y que ha acogido la jurisprudencia para reflejar situaciones en las que una persona, por haber asumido deberes jurídicos especiales de evitar resultados típicos, diferenciados de los deberes genéricos que asume cualquier persona, pueden responder penalmente por su conducta omisiva⁹²⁵. Equivale así a una fórmula de asunción especial de responsabilidad por la que se debe proteger el bien jurídico y evitar así que sea amenazado o dañado, es decir, que se produzca un resultado penalmente relevante. Este elemento nace dentro de la categoría de las omisiones impropias, entendiendo como tales aquellas en las que la omisión se subsume en un tipo comisivo sin referencia expresa en la Ley, como presupuesto de la equiparación a la comisión⁹²⁶, pero en la actualidad se plantea que es un concepto común a los delitos comisivos y omisivos, que deberá ser configurado con parámetros comunes en uno y otro caso.

La tarea de perfilar la definición de posición de garante se presenta como sumamente compleja en el marco de la dogmática de los delitos de omisión y es difícil de identificar, por cuanto no se incluye en la redacción de ningún tipo, sino que su alcance debe inducirse del derecho positivo⁹²⁷. El concepto de posición de garante viene conformado por el legislador conforme con el principio de legalidad a través del art. 11 CP⁹²⁸, pero su construcción material requiere el establecimiento de unos criterios generales que delimiten qué constituye garante, acordes a los elementos de cada tipo⁹²⁹. Es una cuestión que atañe de forma específica a la parte especial de determinados tipos, ya que no respecto de todo tipo de comisión es posible desarrollar tipos de mandato de garante concordes en cuanto a contenido de injusto y a merecimiento de pena⁹³⁰.

En definitiva, la afirmación de que un sujeto activo comprendido en el tipo asume una posición de garante requiere determinar si el sujeto tiene un deber especial de actuar y evitar el resultado negativo, que permite equiparar la omisión con el comportamiento

⁹²⁴ Rodríguez Mourullo, G., *Derecho Penal. Parte General*, edit. S.L. Civitas Ediciones, 1978, pág. 309. Se refiere el autor a la “situación de garantía” como una característica implícita de los tipos de comisión por omisión, que se convierte en una especial característica de la autoría.

⁹²⁵ Vogel, J., “Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas”, en *La Política Criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004, págs. 132-133. En relación con la dogmática de las posiciones de garante, el autor enumera diferentes tesis que pugnan por definir este concepto “*sea sobre la base de un monopolio normativo (BGH), por la vía de una “visión de conjunto” (Gesamtschau) por la existencia de un deber jurídico con una base de conocimientos superiores (Schünemann) o sea por la existencia de un deber de mantener controladas las potenciales amenazas típicamente empresariales (Heine)*”.

⁹²⁶ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. págs. 759-760.

⁹²⁷ Kaufman, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*....cit. pág. 313, quien señala que en el delito de omisión impropia el deber de garante no es elemento del tipo ni de la antijuricidad, no apareciendo en lugar alguno de la estructura del delito.

⁹²⁸ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 32

⁹²⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. págs. 763 y 845.

⁹³⁰ Kaufman, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*....cit. pág. 294.

activo. En definitiva, si existe una posición de garante, la infracción del deber de protección del bien jurídico puede tener consecuencias penales. Esta idea de que partiendo del presupuesto del deber especial, un delito de comisión se puede realizar también por omisión, se formula a finales del siglo XVIII, principios del XIX⁹³¹.

Es importante señalar que la posición de garante tiene incidencia práctica a efectos de delimitar la situación típica y el círculo de personas obligadas a actuar⁹³², como así confirma Kaufmam cuando indica que los elementos que fundamentan la posición de garante afectan de forma simultánea al sujeto del mandato, al objeto de la acción, a la persona del omitente y a la “situación típica”⁹³³. En efecto, constatada la posición de garante, esta figura va a permitir determinar si la estructura del tipo es de un delito de infracción de deber o de un delito de dominio del hecho, analizar en el marco del tipo objetivo si el mismo comprende la posibilidad de comisión a través de una omisión impropia, el tratamiento de supuestos en los que existen diversos garantes como es el caso de organizaciones colegiadas, la forma de imputación del resultado a través de una relación causal singular en los supuestos de actuación omisiva, así como el diferente tratamiento de la autoría y participación.

2.- Fundamentación de la posición de garante

Huerta Tocildo⁹³⁴ explica cómo la aportación de Luden, por la que distinguió entre delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia, supuso el detonante de un amplio desarrollo doctrinal que se proyectó sobre la comprensión de esta categoría de delitos de omisión y en particular, en resolver las dificultades que presentaban en el marco del principio de legalidad. Marcado el punto de partida de esta concepción diversa dentro de los delitos de omisión, la autora analiza de forma sistemática las doctrinas desarrolladas en torno a la equiparación punitiva de la causación activa de un resultado a su no evitación. Y así distingue un primer grupo de autores que entienden que existe un único concepto de acción o causalidad de la comisión y de omisión impropia, un segundo grupo que se centra

⁹³¹ Stratenweth, G., *Derecho Penal*, cit. pág. 458.

⁹³² Lascurain Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Edit. Cívitas, 2000, Madrid, pág. 57. Considera este autor que la tarea de adscripción de posiciones de garantía es una tarea de tipificación.

⁹³³ Kaufmam, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*....cit. págs. 309 y 310. Este autor se refiere a Welzel, Strafrecht, pág. 178 y ss., quien subrayó que la fijación de la posición de garante constituía un problema de “delimitación del autor por omisión”, de determinación “de los elementos objetivos de la autoría” del delito de omisión impropia.

⁹³⁴ Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987, págs. 26 y 27.

en que unas y otras conductas tienen un mismo contenido de injusto y finalmente, las posturas que defienden que la equiparación no se centra ni en la causalidad ni en la antijuridicidad de la omisión, que se consideran idénticas, sino en la posibilidad de hacer equivalentes las tipicidades en uno y otro delito⁹³⁵.

Como explica Gimbernat⁹³⁶, dentro del primer grupo y como uno de los que también acometen la definición de la posición de garante en sus inicios es Feurbach, quien defiende que hay un único concepto de acción o causalidad de la omisión y la omisión impropia. Para este autor la equiparación de actuar y omitir se encuentra en el plano de la antijuridicidad formal, de manera que la conducta activa lesiva del bien jurídico es ya *per se* antijurídica, en caso de no estar justificada, mientras que en el terreno de la omisión la antijuridicidad requiere la vulneración de un deber jurídico de actuar⁹³⁷. Gimbernat explica cómo, después de la II Guerra Mundial, el sector mayoritario de la doctrina se posicionó a favor de la teoría del deber jurídico, siendo su precursor Feuerbach, al postular que las obligaciones derivadas de las leyes extrapenales de derecho público o privado convierten al omitente en responsable del resultado no evitado⁹³⁸. Esta teoría se asienta sobre la base de que la construcción del delito de omisión impropia exige que se constate la existencia de un mandato jurídico de actuar en protección del bien jurídico y, por consiguiente, en evitación de la lesión o peligro del bien jurídico, es decir, de evitación del resultado. Este deber de garante “cimentado” por la Ley permite la equiparación entre la acción y la omisión. Cita Gimbernat, entre otros autores, a favor de la teoría del deber jurídico a Kaufmann, Geilen, Welzel, Maurach, Bockelmann, Volk, Jakobs, Gallas, Freudn, Vogel, Jescheck, Rudolphi, Schönke, Schröder y Stree⁹³⁹. Esto supone situar la omisión en el plano normativo y no causal, así como apelar únicamente a criterios formales en la medida en que la infracción del deber jurídico de actuar deriva de la ley o del contrato, sin adentrarse en la antijuridicidad material, por cuanto esta contravención no ha tenido porque suponer el daño

⁹³⁵ Huerta Tocildo, S., Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987, pág. 27. Como afirma la autora, en este último grupo se insertarían las teorías que basan la infracción por el omitente de un deber jurídico de actuar (Pflichtverletzungstheorien), ya que incluyen variantes respecto del primer grupo en las que la causalidad de la omisión se afirma en función de que esta ha supuesto la contravención del deber jurídico.

⁹³⁶ Gimbernat Ordeig, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición”, Sección Doctrinal, ADPCP, Vol. L., 1997, pág. 17. En el mismo sentido, Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 845.

⁹³⁷ *Ibidem.*, pág. 17.

⁹³⁸ *Ibidem.*, págs. 11-18.

⁹³⁹ *Ibidem.*, págs. 11-18. Una detallada relación de los planteamientos efectuados por estos autores se contiene en la nota nº 36. En contraposición con esta teoría, nace otra tesis sustentada por otro grupo de autores que admiten que se origine la posición de garante sobre deberes extrajurídicos, como son Stratenwerth, Herzberg, Otto, Brammsen (nota nº 39).

al bien jurídico. Se identifica que la punición del delito omisivo requiere una razón jurídica especial⁹⁴⁰.

En desarrollo de esta línea argumentativa, surgen las teorías causales del naturalismo predominante en el Derecho penal de la segunda mitad del siglo XIX, que detectan que en los delitos de omisión existe un problema de causalidad y de imputación del resultado. Como recoge Roxin, Luden responde que la omisión de una conducta que hubiera evitado el resultado es idéntica en el plano causal a la causación del mismo a través de una conducta activa, de forma que ambas se comprenden en el tipo de la Parte Especial, sin necesidad de un deber jurídico especial⁹⁴¹. Por este motivo, no se busca ningún fundamento o criterio ulterior que justifique la equiparación entre la causación activa y la no evitación del resultado. Roxin se refiere al segundo grupo de teorías que nacen bajo los valores del neokantismo, sin discutir la causalidad de la omisión (que integran en el tipo prohibitivo de causar), pero, además, añaden que esto no es suficiente para atribuir la responsabilidad por el resultado, sino que exigen que la omisión sea tan antijurídica como la comisión y establecen tres causas de las que surgen el deber de evitar el resultado, como son la ley, el contrato y el actuar precedente⁹⁴².

Nace así la teoría del deber jurídico-formal en virtud de la cual una omisión típica y causal es también antijurídicamente equiparable a una causación activa del resultado típico, cuando el omitente tenía el deber jurídicamente fundado de actuar en evitación del resultado. La antijuridicidad de la omisión se equipara a la comisión por la contrariedad al deber que supone la no realización de la acción esperada. La comprobación de la antijuridicidad exige la comprobación de que no concurren causas de justificación y el elemento positivo de que el omitente ha infringido el deber de actuar en evitación del resultado típico. Por lo tanto, suponen una excepción a la regla general de que el tipo ya absorbe todos los elementos positivos y es indiciario de la antijuridicidad, cuya apreciación solo requiere la concurrencia de los elementos negativos de las causas de justificación⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. pág. 845.

⁹⁴¹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, T. II*...cit. pág. 845. Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs. 27-47. La autora concluye que la idea de la causalidad no responde la cuestión de la responsabilidad a título de comisión por omisión ni resuelve su adecuación al principio de legalidad.

⁹⁴² Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. pág. 846.

⁹⁴³ Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs. 47-54. Recoge la autora cómo Rudolphi critica que la contrariedad al deber es abstracta y que nada hay en la ley penal que obligue a acudir a preceptos extra-penales de otras ramas del derecho para establecer los deberes de actuar penalmente relevantes, que pueden ser orientadores pero no la base de valoraciones extraíbles de la ley penal. Estos presupuestos del deber jurídico formal se incrementan posteriormente, añadiendo las estrechas comunidades de vida y de peligro. Surge después la teoría de la antijuridicidad material de Sauer y Kissin por

Roxin explica cómo la teoría del deber jurídico formal es abandonada por la jurisprudencia alemana del BGH⁹⁴⁴, puesto que la ley no aporta el fundamento del que puedan surgir deberes jurídicos penales de evitación del resultado; el contrato tampoco llega al núcleo de la posición de garante del contratante hasta que asume verdaderamente los deberes resultantes del mismo; el actuar precedente o injerencia basada en pretensiones civiles de resarcimiento del daño tampoco puede fundamentar la posición de garante; como tampoco puede hacerlo la estrecha comunidad de vida y de peligro que se basa en deberes morales.

Huerta Tocildo se refiere a un tercer grupo de teorías⁹⁴⁵, que vuelven al escenario de considerar que en los delitos de resultado la no evitación del resultado puede ser punible porque realizan el tipo del delito de la Parte Especial, de la misma forma que se prohíbe la causación activa de dicho resultado. No obstante, la tipicidad de la omisión no se fundamenta en la causalidad normativa de la omisión, sino en un elemento típico característico que es la posición de garantía, que va a permitir a los posibles omitentes responder a título de omisión impropia y no propia. Esta configuración de los delitos de omisión impropia permite afirmar la tipicidad de la no evitación del resultado. La teoría de garante de Nagler se asienta en que las omisiones impropias son dependientes del tipo de lo injusto del delito comisivo del que no son sino modalidades de realización⁹⁴⁶. La conducta será típica si el omitente se encuentra en una posición por la que está obligado a garantizar un bien jurídico y evitando que esté en peligro. Esta posición de garantía se conforma de acuerdo con criterios formales que nacen en la ley, contrato y actuar precedente.

la que fundamentan que acción y omisión tienen una idéntica realización del tipo prohibitivo de causar y son idénticas en la antijuridicidad formal, pero luego exigen en el plano de la antijuridicidad material la infracción de un especial deber de actuar, de modo que es en este plano en el que se da un criterio que justifica la equiparación de la comisión y la omisión impropia

⁹⁴⁴ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 848-851.

⁹⁴⁵ Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs. 55-60. La autora considera que la comisión por omisión ha de resolverse en la Parte Especial, mediante una tipificación expresa de las hipótesis merecedoras de sanción, con especificación de las características objetivas del autor imprescindibles. La primera vertiente de esta teoría es desarrollada por Dahm y Schaffstein y se conoce como la teoría de "los tipos de autor", apuntando que los delitos de comisión por omisión solo pueden ser cometidos por el garante que omite evitar el resultado típico: "todo omitente-garante será autor del correspondiente delito de comisión por omisión y nunca podrá ser considerado simple partícipe del mismo". Concreta esta conclusión con las siguientes palabras: "o se es, o no se es garante; si no se es, nunca se podrá responder como autor de un delito de comisión por omisión, puesto que no se darían las características objetivas de autoría que esta clase de delitos exigen, aunque sí que se podría ser partícipe en el delito ajeno" (comisivo, omisivo propio u omisivo impropio). Solo el garante puede participar omisivamente en un delito comisivo, cuando su conducta no sea calificable de autoría del correspondiente delito en comisión por omisión (ej. Padre que no evita que a su hijo lo lesiones un tercero). Solo quien no es garante puede participar omisivamente en un delito omisivo impropio, máxime si estos delitos están expresamente tipificados. El omitente garante realiza el tipo de injusto del delito de omisión impropio (ej. padre que no hace nada por evitar que muera recién nacido por inanición por no ser alimentado por la madre). Los que tienen la condición de garante solo pueden ser autores y no partícipes.

⁹⁴⁶ Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs. 60-62.

Como menciona Roxin⁹⁴⁷, una evolución muy importante del concepto de posición de garante llega de la mano de Armin Kaufmann y su teoría de las funciones, que se considera líder en la doctrina alemana. En virtud de esta teoría, se dividen las posiciones de garantía en función de las tareas que se esperan de quien se encuentra en cada posición, diferenciando entre las posiciones de garante de protección y de vigilancia o control. En el caso del deber de protección, el garante tiene que proteger el bien jurídico frente a todos los peligros pertenecientes al ámbito de protección. En el caso del deber de vigilancia el garante tiene que vigilar determinadas fuentes de peligro, de forma que la posición de garante se dirige a una única dirección de ataque que amenaza al bien jurídico partiendo de la fuente de peligro que debe ser controlada⁹⁴⁸.

Roxin comenta que la teoría de las funciones, en la que existe una bipartición de deberes de protección y de supervisión o control es demasiado normativista y en la misma los elementos designan los deberes, pero no determinan los presupuestos por los que se originan o su causa jurídica, lo que ha motivado el que algunos autores propongan una fórmula mixta de la teoría de las funciones y la teoría del deber jurídico formal para cubrir respectivamente los aspectos formales y sustantivos del origen del deber de acción⁹⁴⁹.

La teoría de las funciones de Kauffmann es objeto de desarrollo en la tesis de Jakobs, quien afirma que la posición de garante es inherente a todo hecho punible por acción o por omisión⁹⁵⁰. Las posiciones de garantía se condicionan de acuerdo con la fundamentación de la imputación del resultado y no aplica la teoría formal de las fuentes del deber. Considera que esta posición especial es relevante tanto en los delitos de comisión por omisión, como en los delitos por comisión. De este modo, tanto en los delitos de responsabilidad por organización (no dañar a otros), como en los de infracción de deber (ayudar en virtud de una relación positiva) existe una posición de garante⁹⁵¹. De acuerdo con esta doctrina, *“el agente no queda exento de responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión cuando, con independencia de la acción, es garante de que el bien afectado quede intacto o al menos no resulte amenazado por determinados peligros”*⁹⁵². La posición de garante puede nacer en una vinculación institucional que obliga a la solidaridad

⁹⁴⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 847. Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 53-55.

⁹⁴⁸ Stratenwerth, G., *Derecho Penal*, pág. 460.

⁹⁴⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. págs. 853-854.

⁹⁵⁰ Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987, págs. 130-135. En la omisión no hay un problema de causalidad, sino de imputación del resultado evitable a una acción o a una omisión.

⁹⁵¹ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....pág. 258.

⁹⁵² Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....pág. 264.

(especial confianza) o en una responsabilidad por organización, con independencia de la acción. La posición de garante en el delito de comisión se justifica en el fundamento de la responsabilidad penal. Cualquier persona es garante ante los demás de sus acciones y de sus omisiones. En los delitos de responsabilidad por organización la posición de garante surge de la acción o comportamiento del autor⁹⁵³. En los delitos de infracción de deber, la posición de garante deriva de los deberes que se desprenden del rol especial⁹⁵⁴. Estos deberes serían relaciones de padres e hijos, matrimoniales, adopción y tutela, relaciones de confianza especial como comunidades de riesgo y la confianza en la protección de los órganos estatales. Se mantiene el carácter no escrito del principal elemento de imputación del resultado no evitado al omitente. Adicionalmente, en los delitos de omisión de carácter institucional no están como los delitos de comisión positivados el contenido del deber y las características objetivas de autoría.

Roxin cuestiona el que el concepto de institución ofrezca suficiente seguridad jurídica, posición que también comparte Huerta Tocildo cuando plantea que es difícil precisar cuando surge un deber de garantía derivado de una competencia institucional⁹⁵⁵.

Schünemann desarrolla una concepción por la que la posición de garante deriva “del dominio sobre la causa del resultado”, que justifica la equiparación de la omisión impropia al comportamiento activo, sobre las condiciones esenciales de la lesión del bien jurídico⁹⁵⁶. El dominio del garante sobre las cosas y procesos peligrosos, que se llevan a cabo en un establecimiento presupone un control sobre el acontecer, que puede fundamentarse en el desamparo del bien jurídico o en el dominio de una causa esencial del resultado. Por otro lado, se encuentra la responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados, que resulta del dominio del superior a causa de la organización jerárquica de la empresa, por el poder legal de mando y por la mayor información de la que dispone⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....págs. 258 y 259.

⁹⁵⁴ Roxin, C., “La causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia”, en *La comisión por omisión* (dir. Gimbernat Ordeig), ed. CGPJ, 1994, pág.1553. Afirma el autor que: “no puede negarse que existen relaciones de protección institucionales, que refuerzan los niveles de seguridad que podrían conseguirse mediante la autoprotección”.

⁹⁵⁵ Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs. 131-135.

⁹⁵⁶ Schünemann, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2002, pág. 30. El autor considera que la teoría del deber jurídico cae en un “atolladero” en materia de responsabilidad de los administradores, pero su pauta de equiparación restrictiva sí es aplicable a este respecto.

⁹⁵⁷ Schünemann, B., “Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”... págs. 536-5540.

Roxin parte del correcto planteamiento de las teorías bipartitas y en especial del planteamiento de Schünemann, que considera que es la que da la explicación más plausible de la posición de garante como así reconoce la posición dominante de la doctrina alemana y que cada vez encuentra mayor aceptación en la jurisprudencia alemana. Schünemann establece que en los delitos de comisión el autor como regla general se caracteriza por la posesión del “dominio del hecho” y que la equiparación de los delitos omisivos se debe realizar a través de un criterio próximo a este como es del “dominio sobre el fundamento del resultado”, presupuesto central de la posición de garante.

A través de esta fórmula de equiparación restrictiva se puede asimilar a la responsabilidad de los administradores, por el dominio de la vigilancia ejercido con los medios de poder de la agrupación (dirección/información) sobre los subordinados y en la custodia de objetos peligrosos del patrimonio empresarial. En el cuidado de los niños pequeños por sus padres, el hecho de permanecer inactivo el obligado a vigilar y atender a una situación de necesidad de ayuda no fundamenta un dominio del hecho como conducción activa del curso causal, pero sí una situación equivalente de provocación del resultado por la falta de protección de la víctima que está bajo el propio dominio, es decir, por la falta de vigilancia, custodia o control. Igual rige en “*el dominio material sobre el foco de peligro*”, por el que si se emprende una actividad peligrosa y se omiten precauciones de seguridad, cuando ocurre un accidente, el sujeto ha tenido el dominio sobre el fundamento del resultado y debe ser castigado como autor omisivo. De acuerdo con el principio del dominio, la posición de garante dentro de la empresa es atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominen, de forma que con la asunción de competencias determinadas también se transmite *eo ipso* la posición de garante. De la vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio se sigue que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa organizada de acuerdo con el principio de división competencial de departamentos, se limitan al ámbito dirigido por él⁹⁵⁸. Por este motivo, se distingue, “*un dominio de control*” que caracteriza a todas las posiciones de garante, y que se descompone en las dos formas de “*dominio de protección*” (=dominio por custodia) y “*dominio de aseguramiento*” (=dominio por supervisión) y se aproxima tanto al “*dominio de conducción*” de los delitos comisivos que una equiparación es acorde a las exigencias de determinación y precisión

⁹⁵⁸ Schünemann, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2002, págs. 30 y 31.

legal”⁹⁵⁹. A partir de esta tesis Roxin plantea un criterio propio de conformación material o sustantiva de la posición de garante en los delitos de infracción de deber.

En la tesis de Roxin relativa a los delitos de infracción de deber, plantea que en la modalidad comisiva de estos delitos no se caracteriza al autor a través del criterio del dominio del hecho sino a través de otro criterio denominado el dominio de control, que también es aplicable como único fundamento de los delitos de omisión⁹⁶⁰. De acuerdo con este criterio común del dominio del control sobre el que se cimenta la estructura de los delitos de infracción de deber, acción y omisión son equivalentes. Constituye de esta forma un criterio plausible que explica la equivalencia legal y que se debe concretar en el marco del tipo.

La teoría de las funciones de Kaufmann también ha sido aceptada actualmente de forma mayoritaria en España. Como explica Zugaldía, se trasciende de la teoría del deber jurídico y se proyecta en los criterios materiales para construir la posición de garante. Se fundamenta así la posición de garante en la relación funcional y material existente entre el sujeto y el bien jurídico a proteger, que exige la dependencia material entre ambos para la imputación objetiva⁹⁶¹.

En la doctrina española Gimbernat ha fundamentado la equivalencia de la comisión de un omisión en que alguien desestabilice con su no intervención “un foco de peligro” que una persona debe controlar⁹⁶², que como comenta Roxin en el resultado práctico conduce a una limitación de los delitos de omisión impropia a los casos de la posición de garante de control e introduce los casos de protección de una persona como foco de peligro en objeto de protección⁹⁶³.

Rodríguez Mourullo⁹⁶⁴ se refiere a la existencia de mandatos obligatorios de actuar en la protección de bienes jurídicos, que constituyen verdaderos deberes jurídicos de actuar

⁹⁵⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 847-857.

⁹⁶⁰ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 853-855.

⁹⁶¹ Zugaldía Zapater, *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, cit. pág. 481. Mir Puig, S., *Derecho Penal*, cit. pág. 317. Afirma el autor que la posición de garante se da cuando: “(...) *corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en “garante” de la indemnidad del bien jurídico correspondiente*”. Señala el autor que este planteamiento es el correspondiente a la teoría de las funciones de Armin Kaufmann, pero que: “Sin embargo, la fórmula general de comisión por omisión que ha introducido el actual CP ha incorporado...una discutible referencia a la teoría formal al declarar, en un segundo inciso, que “a tal efecto se equiparará la omisión a la acción...””.

⁹⁶² Gimbernat Ordeig, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana...”, cit. págs. 96-97.

⁹⁶³ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 854-856.

⁹⁶⁴ Rodríguez Mourullo, G., *Derecho Penal. Parte General*, cit. págs. 312 y 318.

e impedir del resultado y recoge la tesis de que la integración de los deberes de garantía se ha de efectuar de acuerdo con criterios materiales, como los la protección de determinados bienes jurídicos y la obligación de velar por determinadas fuentes de peligro. El autor subraya cómo la jurisprudencia exige para la constitución de dicha posición la existencia de un deber jurídico de actuar.

Como explica Lascuraín⁹⁶⁵ refiriéndose a Freund y Molina Fernández, es en el marco de los delitos de omisión y en los delitos de resultado donde se puede apreciar la existencia de una norma de comportamiento penalmente reforzada, que exige contar con la justificación de por qué se dirige a su destinatario recortando su libertad. Lascuraín concluye de forma certera que la atribución de deberes de garantía es la atribución de deberes jurídicos positivos penalmente reforzados, hasta el punto de que se atribuye a su quiebra el resultado no evitado y se permite la sanción igual que la transgresión del deber negativo. Equipara el autor la atribución de criterios de garantía a la imputación objetiva de resultados. Esta concepción del deber de garantía le lleva a rechazar las propuestas de otros autores que pretenden justificar el deber de garantía en el deber jurídico formal, en los criterios de proximidad social, en las ideas de dependencia y de dominio, así como en el criterio de asunción⁹⁶⁶.

El elemento de la posición de garante es un concepto que ha venido utilizándose en exclusiva en relación con los delitos de comisión por omisión, pero hoy en día es evidente que no es un elemento exclusivo de los delitos omisivos y que debe tenerse en cuenta también en el marco de los delitos de comisión⁹⁶⁷, de forma que es entonces un elemento fundamental para la imputación en cualquier delito⁹⁶⁸. Los tipos de injusto de los delitos de omisión impropia son equivalentes a los de los delitos de comisión, cuando la omisión de la

⁹⁶⁵ Lascuraín Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía...*cit. pág. 55.

⁹⁶⁶ Lascuraín Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía...*cit. págs. 13-40.

⁹⁶⁷ La doctrina española viene aceptando que la infracción de la posición de garante mediante comisión activa, al igual que en el supuesto de comisión omisiva, es un criterio de imputación al primer sujeto. Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal...*cit. págs. 400-401. Robles Planas, R., *La participación en el delito.....*, pág. 292, cita nº 62. Según el autor, la posición de garante se puede infringir como autor, partícipe o no tener trascendencia para la imputación por intervención. En este sentido, Jakobs, “La prohibición de regreso”, en *Estudios de Derecho Penal*, pag. 260. Mir Puig utiliza criterios materiales para determinar la posición de garante, como es la creación o aumento de un peligro para el bien jurídico atribuible a su autor y el peligro determine una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. Silva Sánchez utiliza dos conceptos distintos de posición de garante, el primero abstracto de responsabilidad cualificada y el segundo concreto de compromiso específico de contención de riesgos concretos, de modo que el no actuar tiene una identidad estructural y normativa con la comisión activa, es decir, una comisión por omisión.

⁹⁶⁸ Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal...*, pág. 405, Jakobs, *Derecho Penal...*págs. 968 y ss. Figueroa Ortega, Y., *Delitos de Infracción de Deber*, Edit. Dykinson, S.L., 2008, pág. 86.

actuación evitadora del resultado típico se produce en posición de garantía y están presentes los elementos de imputación objetiva. La posición de garantía es elemento diferencial de tipos omisivos y comisivos, pero en los tipos de la Parte Especial solo se contienen los delitos comisivos, de forma que es la conformación de la posición de garantía el elemento determinante para valorar si la conducta es típica o no.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria requiere la concurrencia de una posición de garante como requisito necesario de la comisión por omisión y no solo respecto del autor, sino también del cooperador necesario⁹⁶⁹ y concluir que esta posición de garante implica necesariamente equiparación entre conductas por acción y por omisión⁹⁷⁰. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2004 admite que el administrador asume una posición de garante de acuerdo con lo establecido en las entonces vigentes Ley de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada y, por tanto, puede cometer la conducta, indistintamente, por acción y por omisión.

3.- El deber de actuar y de evitar el resultado en el marco del art. 290 CP

3.1.- Autonomía personal.

La determinación de la posición y responsabilidad del gestor de la empresa para impedir como garante que se cometan delitos en su seno es vital en el marco del derecho penal. En palabras de Tiedemann: *“la verdadera problemática del deber de garante de impedir delitos ajenos resulta de la autonomía personal que está anclada constitucionalmente, o sea del principio con raíces constitucionales de que nadie debe ser*

⁹⁶⁹ La jurisprudencia es pacífica al establecer los presupuestos que han de concurrir para la apreciación de un delito de comisión por omisión. Cuestión diversa es la forma en la que se ha de conformar los citados presupuestos. Entre otras, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2010, RJ\2010\4482: *“La posición de garante, pues, concurre cuando existe un deber jurídico de actuar, derivado de la ley, del contrato o de una previa injerencia creadora de riesgo, lo que incluiría los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro. La responsabilidad por la omisión de la conducta que el deber demanda exige además la posibilidad de actuar y la eficacia hipotética de la acción que se omite”*. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2010, RJ\2010\4482: *“El tipo objetivo de la comisión por omisión requiere, pues, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante en el omitente; que la omisión equivalga en el caso a la producción del resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética”*.

⁹⁷⁰ Requena Juliani, J., “Delitos de acción y posición de garante”, en Cuadernos de Política Criminal, número 102, III, Época II, diciembre 2010, pág. 1059. El magistrado del Tribunal Supremo afirma que acción y omisión se muestran en todos los casos intercambiables, y los presupuestos de imputación son iguales en ambos casos, puesto que las mismas condiciones que determinan el carácter objetivamente imputable de la conducta activa, delimitan también el contenido de la posición de garante en la omisión.

hecho responsable por la conducta de otro, en la medida en que el otro sea adulto y tenga uso de razón”.

En la doctrina española secunda esta tesis Lascuráin, quien afirma que la legitimación de las obligaciones jurídicas en general, que interfieren en la autonomía del individuo y en su capacidad para elegir, se justificará cuando los deberes impuestos supongan que se preserva una autonomía ajena superior a la autonomía que se sacrifica con la imposición de la obligación. Los deberes de garantía se califican entonces como deberes positivos, más coactivos que los negativos, cuya infracción se asimila a la de quien genera activamente la lesión del bien jurídico. Se considerará una decisión de política criminal la imposición del deber positivo, que restringe la autonomía de un agente, que disfruta, a su vez, de las ventajas de su libertad y posición. Los deberes de garantía se justifican entonces en el control del ámbito de autonomía propio y de la expansión que genera el ámbito de organización propio. En esta línea del principio de responsabilidad por el ejercicio de la autonomía propia, considera Lascuráin que la garantía de control de riesgos se extiende a los riesgos que generan nuestras cosas y nuestro comportamiento, sin que se nos pueda asignar obligaciones para el control de la autonomía ajena⁹⁷¹.

3.2.- Posición inmediata al bien jurídico.

Lo estipulado en el art. 11 CP permite deducir que los deberes en los que está el origen y que forman la posición de garantía deben ser deducidos de la normativa de referencia aplicable a cada tipo penal⁹⁷².

La ley incluye un sistema de *numerus apertus* de las fuentes de posición de garante, que debe determinar el intérprete jurídico dentro de los parámetros legales. Según la teoría formal, el deber de garante surge de la ley, del contrato o del hacer precedente. Para la teoría material, la posición de garante se constituye por la relación funcional

⁹⁷¹ Lascuráin Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía...*cit. págs. 71-123. El autor hace referencia a una excepción con los denominados garantes de protección, a cuya pasividad ante el acto lesivo de un tercero puede imputársele tal lesión y provocar así, si se dan los demás requisitos típicos, una responsabilidad penal a título de autor: se trataría de la falta de una protección decisiva que el garante habría asumido como propia. En el marco de la participación no existe excepción a la idea de que nadie es garante respecto del control de los actos autónomos de otro, ya que se nos pueden asignar deberes especiales por los riesgos propios, pero no por los riesgos ajenos a los que contribuyen mis riesgos.

⁹⁷² En el Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482 (Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater) se afirma que: “El art. 11 CP no establece los deberes de garante particulares y es, en este sentido, una ley penal en blanco, que requiere un complemento jurídico-normativo, que proviene del tipo de resultado...”.

material existente entre sujeto y bien jurídico y los deberes que sirven de fuente de la posición de garante pueden tener naturaleza de deberes de protección o de deberes de vigilancia⁹⁷³.

De acuerdo con la primera teoría, son fuentes del deber de garante la ley y en el contrato, pero posteriormente se adicionaron la acción precedente generadora de un riesgo y las relaciones de comunidad especiales y el ámbito de dominio⁹⁷⁴. Lo relevante es determinar la clase de relación que existe entre el obligado y el bien a proteger, así como entre el obligado y la fuente de peligro. Esta relación especial concurre en ámbitos regulados legalmente en los que existe una relación estrecha con la fuente de peligro. El obligado que tenga el deber legal de actuar es responsable en una medida incrementada del bien jurídico o de la cosa origen del peligro. Stratenwerth defiende que las relaciones materiales especiales son la causa-fuente del deber de garante, no la disposición legal particular, de modo que dichas relaciones materiales pueden tener efectos más allá de la disposición legal⁹⁷⁵. El contrato es otra de las fuentes que se puede derivar el deber de actuar, a través de la cual se puede fundamentar un nuevo deber de garante como trasladar a otra persona uno ya existente. La valoración jurídico-penal es diversa de la jurídico-civil. El contrato puede fundamentar deberes de garante solo si al obligado le corresponde una posición de confianza, con especiales deberes de custodia, cuidado o supervisión. Señala Stratenwerth que la neutralización de determinados peligros tiene que constituir el objeto principal del contrato, y es preciso que exista un vínculo especialmente intenso entre las partes contratadas (larga duración o confianza incrementada). La eficacia jurídico-civil del contrato no es el factor determinante que dibuja el deber de garante sino que este se genera por la asunción fáctica y voluntaria de la posición de confianza, que asume el obligado frente a otros. En todo caso, la cuestión que se ha de plantear es si el hecho de que la persona no asuma su posición se puede tratar de un mero incumplimiento contractual⁹⁷⁶.

Desde la perspectiva de la teoría material o de las funciones de Kauffmann, a la cual me sumo, la posición de garante se debe construir sobre una especial posición de inmediatez en la protección en el marco del tipo en cuestión que obliga a evitar aquellas

⁹⁷³ Figueroa Ortega, Y., *Delitos de Infracción de Deber...*cit. pág. 88.

⁹⁷⁴ Stratenwerth, G., *Derecho Penal Parte General I, El hecho punible*, Edit. Hammurabim Argentina, 2005, pág. 460. En la actualidad se distinguen las posiciones de garante según su contenido: las que están dirigidas a la protección de determinados bienes jurídicos o intereses frente a todos los peligros que los amenacen (garantes de protección), y aquellas en las que se trata de la evitación de todas las amenazas que provengan de una fuente de peligro determinada (garantes de control o aseguramiento).

⁹⁷⁵ Stratenwerth, G., *Derecho Penal, Parte General...*págs. 460 y ss.

⁹⁷⁶ Stratenwerth, G., *Derecho Penal, Parte General...*págs. 463 y ss.

conductas que pretenden ponerlo en peligro⁹⁷⁷. Kaufmann afirma en este sentido que la posición de garante comprende una posición de protección del bien jurídico. Se refiere a la misma como una “relación vital” entre garante y bien jurídico garantizado. El garante tiene un mandato que se desdobra en dos direcciones. En una dirección tiene que estar vigilante para proteger el bien jurídico que le compete contra los peligros de todo género como ocurre en las posiciones reconocidas legalmente y contractualmente. Por otro lado, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinadas fuentes de peligro, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esa fuente. La misión del garante es limitar las fuentes de peligros y, secundariamente, garantizar bienes jurídicos amenazados por estas fuentes de peligro. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función del garante se dirige a proteger la amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar. Al garante también se le puede pedir la evitación de la puesta en peligro concreto del bien jurídico, no solo su lesión. Es posible que la puesta en peligro abstracto constituya el resultado que ha de evitarse. Si la materialización de un estado está prohibida y conminada con una pena debido a su peligrosidad abstracta para un bien jurídico, pueden surgir también los mandatos de impedir estos resultados peligrosos en abstracto⁹⁷⁸.

Si la especial vinculación con el bien jurídico fundamenta la posición de garante, en aquellos supuestos en los que el hecho delictivo no afecte al bien jurídico especialmente protegido no estarán comprendidos por la garantía. El garante solo ha de responder por cursos causales dañosos que afecten a un bien al que ha de favorecer su especial posición⁹⁷⁹.

El bien jurídico determina los deberes de garantía⁹⁸⁰. La actividad empresarial, que comprende tareas productivas o distributivas, supone en diferentes aspectos riesgos para bienes jurídicos ajenos. El empresario tiene el deber de cuidado de evitar que desencadene

⁹⁷⁷ Lascuraín Sánchez, J.A., “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995, pág. 215.

⁹⁷⁸ Kaufmann, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*....cit. págs. 289 y 290. Desde la perspectiva de los delitos de omisión impropia, señala el autor que “los mandatos de evitar resultados que son relevantes para los delitos de omisión impropia, tienen por objeto impedir la lesión de bienes jurídicos. Solo si concurre la relación de garante puede responderse positivamente a la cuestión de la equiparación”.

⁹⁷⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....pág. 264.

⁹⁸⁰ Lascuraín Sánchez, J.A., “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, cit. págs. 216 y ss.

todo proceso incontrolable o carente de funcionalidad social⁹⁸¹, de impedir la confluencia de un curso de riesgo del bien jurídico. La determinación del deber de garantía requiere atender a las circunstancias específicas del comportamiento. Como explica Lascuráin, las normas formales e informales que regulan la actividad empresarial tienen carácter indiciario y son imprescindibles para la determinación del deber. Si existe un exceso de riesgo o si se produce una infracción de los deberes de aseguramiento y de cuidado se originan los deberes de evitación. El titular de la empresa puede observar su deber de garantía inmediatamente, mediatamente o por delegación.

Además de la referencia al bien jurídico y a la vinculación del autor al mismo, debe existir, a su vez, una concreta conexión con el objeto específico de protección y en una situación concreta. Kaufman sostiene igualmente que la posición de garante solo adquiere contenido ostensible con referencia a las circunstancias del caso concreto, de modo que no es un concepto que pueda construirse en abstracto⁹⁸².

En definitiva, la norma extrapenal determina los deberes a los que se someten los profesionales en el cumplimiento de sus cargos. Estos deberes provenientes de normas extrapenales no pueden tener otra naturaleza que la de deberes extrapenales. Estos deberes extrapenales conforman posiciones de garantía, lo que permite entender por qué en el ámbito societario estrictamente se habla de que los administradores tienen una posición de garante. La posición de garante penal va más allá y no solo se conforma a través de deberes extrapenales, sino que, además, abarcaría los elementos adicionales típicos que la diferencian de la posición de garante extrapenal. El entendimiento cierto de estas categorías dogmáticas exige una breve alusión al concepto básico del deber jurídico positivo.

3.3.- *El deber jurídico positivo.*

Como recoge Mir Puig, Kant postula que “el deber implica poder”, de forma que solo puede infringir la norma quien está obligado a su cumplimiento⁹⁸³. En un examen más profundo, Kant clasifica las obligaciones jurídicas siguiendo a Ulpiano en *honestes iuridica* (honestidad jurídica); que se explica como vínculo derivado del Derecho de la humanidad

⁹⁸¹ Carnelutti, F., *Teoría General del Delito*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 21. Este deber no es el deber genérico que se vulnera en todo acto ilícito: “*Que la prohibición de cometerlo o el establecimiento de la obligación de no realizarlo sean o no expresamente enunciados es una particularidad estructural del orden jurídico, sin influencia alguna sobre la naturaleza del delito, pues el precepto, cuyo reflejo subjetivo es el deber, constituye un imprescindible prius lógico de la sanción*”.

⁹⁸² Kaufman, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*.....cit. pág. 294.

⁹⁸³ Mir Puig, S., “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, Sección Doctrinal, pág. 7. Nota a pie nº 9 referencia a Kant, *Die Metaphysik der Sitten*....

en nuestra propia persona (*Lex iusti*); *neminem laede* que equivale a no causar lesión a nadie, aunque tengas que “romper con los demás y rehuir toda sociedad”; y finalmente, *suum cuique tribue* que comprende que, si no puedes evitar lo anterior, entra con otros en una sociedad en la cual a cada uno le pueda ser garantizado lo suyo frente a los demás (*Lex iustitiae*)⁹⁸⁴.

El concepto de deber jurídico abrió un amplio debate en el entorno de los iusfilósofos que buscaban una definición común. Las dificultades en encontrar una definición resultaban de la complejidad de determinar su vinculación con hechos empíricamente verificables. Las propuestas se han proyectado en aspectos psicológicos, sociológicos y normativos llegando a soluciones drásticas como el planteamiento de que el deber jurídico surge en una situación de hecho, en la que una persona sufre una amenaza y tiene la creencia subjetiva de que tiene que actuar para evitar el daño, mal o sanción⁹⁸⁵. En esta última línea, Santiago Nino nos muestra la forma en la que Hart encuentra que el concepto de deber se relaciona con una probabilidad objetiva de sufrir un mal y que esta situación justifica la sanción, pero considera que el aspecto decisivo de este concepto es la existencia de ciertas reglas o normas que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado⁹⁸⁶. En esta definición se aprecia la base normativa que presupone el deber y que subyace a cualquier definición válida de este concepto. La consideración de que el sujeto está obligado o sometido al deber es posible cuando se aplica una norma general a ese individuo particular y se concluye que el supuesto de hecho se contempla en dicha norma. En estos términos, Hart explica que solo es posible apreciar que existe una regla social cuando se da una conducta regular y cuando se toma esa conducta como modelo de comportamiento, de modo que se elogiará cuando la conducta es conforme al modelo y se criticarán sus desviaciones⁹⁸⁷.

Kelsen define el deber jurídico en relación con el contenido de las normas jurídicas. En su obra *Teoría Pura del Derecho*, define el deber⁹⁸⁸: “El “deber” es expresión del

⁹⁸⁴ Kant, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, edit. Civitas, Madrid, 1954, versión del alemán e introducción por Felipe González Vicen, pág. 95.

⁹⁸⁵ Santiago Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 190. Carrió, G. R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, edit. Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, 1966, págs. 30-39.

⁹⁸⁶ Carrió, G. R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, edit. Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, 1966, págs. 26-29.

⁹⁸⁷ Santiago Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 192.

⁹⁸⁸ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, edit. Trotta, 2011, pág. 55. En la argumentación de Kelsen para llegar a dicha definición del “deber”, expresa que: “El juicio que exprese que algo está regulado jurídicamente, que un determinado contenido se ha establecido por el derecho como algo que es debido, no se verá nunca libre de la idea de que ese algo, ese contenido es bueno, correcto, justo”.

vínculo de imputación y asimismo es expresión de la existencia específica del derecho, de su validez, o sea, el sentido peculiar en que los hechos que pertenecen al sistema “derecho” son colocados como vinculados mutuamente. Es por medio del deber como la teoría pura expone el derecho positivo”. El concepto de deber se relaciona con el de acto antijurídico, igual que el de responsabilidad se relaciona con el de sanción, de acuerdo con los fundamentos de la teoría pura del derecho. El término acto antijurídico se define, a su vez, como una de las condiciones de la sanción establecida por una norma válida. De lo anterior deduce que el deber jurídico es la conducta opuesta al acto antijurídico contemplado en una norma primaria que prescribe una sanción⁹⁸⁹. En términos referidos al objeto de la presente tesis, el deber jurídico sería cumplir la normativa contable como el opuesto de presentar unas cuentas manipuladas, que conllevaría la imposición de una sanción. Es necesario que la norma de derecho sea válida y contemple una sanción para la acción opuesta a la obligatoria, de modo que no es posible que exista deber jurídico sin una sanción que esté prevista para la conducta opuesta, con independencia de la probabilidad de aplicación de la sanción⁹⁹⁰. Para Kelsen el derecho es una medida de control social que provoca comportamientos deseados como cumplimiento de deberes jurídicos mediante la amenaza de un acto de fuerza constitutivo de una sanción. Después de explicar los fundamentos de la tesis de Kelsen, Carrió explica que este concepto de deber jurídico sujeto a sanción no encaja frente al desarrollo conceptual y evolución que se ha producido a todos los niveles y así desarrolla cómo el Estado regula hoy en día la Economía, a través de la conducción de diferentes políticas como la fiscal y monetaria, de forma que se condiciona esencialmente la actividad productiva y otros ámbitos, sin que se pueda mantener que la definición de deber jurídico impuesto por toda esa normativa incluya el concepto de sanción necesariamente⁹⁹¹.

En apoyo de la autonomía del deber jurídico frente al deber moral, Montoro destaca como rasgos del deber jurídico el que se fundamenta en una norma jurídica positiva

⁹⁸⁹ Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit. pág. 72. Concluye Kelsen que: “el deber constituye la función propia y carente de excepciones de todas las normas jurídicas”.

⁹⁹⁰ Santiago Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1994, págs. 192-193. Como explica el autor: “Las normas primarias de Kelsen mencionan en su antecedente las condiciones, entre las que se encuentra el acto antijurídico, de la sanción prescripta en su consecuente. Las normas secundarias, meros derivados lógicos de las anteriores, establecen que debe ejecutarse la conducta opuesta al acto antijurídico mencionado en la norma primaria. Esto significa que la conducta obligatoria – el contenido de un deber jurídico- no aparece en la norma primaria sino en la secundaria. Si una norma primaria dice “si alguien comete usura debe ser multado con cien mil pesos”, la norma secundaria correspondiente dirá: Debe omitirse la usura, de forma que el abstenerse de cometer usura es un deber jurídico”. Montoro Ballesteros, A., *El deber jurídico*, edit. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, 14, edit. Universidad de Murcia, 1993, págs. 20-27.

⁹⁹¹ Carrió, G. R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, edit. Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, 1966, págs. 35-50.

asentada en la idea de justicia (en el *debitum*), tiene como fin el bien común, se limita a la prescripción de lo justo y a la prohibición de lo injusto y vincula a la persona como miembro de la sociedad, exigiendo que su comportamiento externo se ajuste a la norma jurídica en aras a conseguir un orden social. El deber jurídico así construido presenta características asentadas en la justicia que matizan su contenido como son la exigencia de posible cumplimiento, de forma que se atiende, entre otras cuestiones, a la existencia de “un comportamiento externo que alcance a otros”, “la licitud” y “la descripción de forma precisa y clara del objeto, sujeto, modo, tiempo y lugar”, así como su “inexorabilidad” y “coercibilidad”⁹⁹².

También ha existido un debate acerca de si existe una diferencia entre “obligación” y “deber” que explique que son realidades distintas o si, por el contrario, constituyen conceptos sinónimos. Una tesis se sustenta en que los deberes jurídicos nacen directamente de la Ley y satisfacen intereses generales, mientras que las obligaciones jurídicas surgen de declaraciones de voluntad entre particulares y con intereses particulares⁹⁹³. Hart defiende que no designan entes reales, sino ficciones que requieren un tipo particular de definición y subraya que la palabra “obligation” en inglés tiene un trasfondo de la palabra “obligatio” romana referida a un *vinculum iuris* entre personas del derecho patrimonial referida a los contratos⁹⁹⁴.

El problema del deber jurídico en los delitos de omisión ha sido también discutido en el seno de la doctrina penalista y en general, la discusión ha residido en el tratamiento práctico de los elementos del deber jurídico y en determinar si el deber de evitar el resultado pertenece al tipo o a la antijuridicidad.

Jakobs apunta que el deber más general de toda persona es no dañar a los demás y es el *neminem laede*. Si alguien hace uso arbitrario de su libertad, dañando los bienes de los demás, se le puede atribuir responsabilidad penal y responderá por el quantum de lo organizado. Estos son los delitos de organización, que se corresponden con los delitos de organización de Roxin. El fundamento de la imputación es una organización defectuosa, entendida como relación entre personas. La ordenación del mundo en base al deber, es decir, en base a normas, supone que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber y si no es así, el defecto es de la persona a la que le compete el

⁹⁹² Montoro Ballesteros, A., *El deber jurídico*, cit. págs. 20-27.

⁹⁹³ Montoro Ballesteros, A., *El deber jurídico*, cit. págs. 8-9.

⁹⁹⁴ Carrió, G. R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, edit. Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, 1966, págs. 14-15.

desarrollo conforme al deber. También apunta que todo orden personal comienza con deberes, con deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Hace alusión a Hegel en la construcción de la norma originaria, quien afirma: “Sé una persona y respeta a los demás como personas”. El cómo se cumple el deber es un aspecto que compete a la persona. Con alusión a Kelsen, se afirma que: *“de acuerdo con su posición, cualquier sistema de reglas sociales que a grandes rasgos sea efectivo es un orden normativo válido, ya que entonces habría que suponer la existencia de una norma fundamental correspondiente, lo que fundamentaría el “sentido” específicamente “jurídico” del sistema de reglas, la normatividad del “esquema de interpretación”*. Concluye el autor que la obligación jurídica tiene carácter objetivo, y se conforma no a través de un contrato de individuos, sino cuando a una persona se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general. Finalmente, alude el autor a que la economía es en la actualidad el generador de obligación⁹⁹⁵.

Como señala Kindhäuser, la norma que concreta un bien jurídico se conecta con la acción a través del concepto de deber⁹⁹⁶. El derecho penal protege bienes jurídicos a través de normas. Las prohibiciones proscriben formas de comportamiento que producen cambios desfavorables y los mandatos prescriben formas de comportamiento que producen cambios favorables o impiden cambios favorables. De acuerdo con el principio “*ultra posse nemo obligatur*”, el destinatario de la prohibición se vincula a la norma en la medida de su propia capacidad de acción y esta vinculación se denomina “deber”.

Según Welzel, en las normas generales solo se requiere la capacidad de acción para que la norma se concrete en deber, pero existen normas especiales en las que no solo la capacidad de acción determina el deber, sino que requieren otros elementos que caracterizan al sujeto que se denominan elementos de la autoría. Estos elementos se encuentran en delitos que únicamente pueden ser cometidos por determinadas personas como los delitos especiales y de funcionarios y para este autor tienen un tratamiento especial, puesto que no pertenecen al tipo penal y fundamentan el deber jurídico. Welzel exige para el surgimiento del deber jurídico y para la realización del tipo subjetivo, el

⁹⁹⁵ Jakobs, G., “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, edit. Rubinzal-Culzoni Editores, págs.38-48.

⁹⁹⁶ Kindhäuser, U., “Infracción de deber y autoría...”, cit. págs. 45 y 4. Afirma el autor que: *“Actúa habiendo sido capaz de realizar la intención de evitar el resultado a través de su comportamiento, entonces a él le resulta imputable su comportamiento a título de infracción de deber. En la sistemática del delito, la dimensión intelectual de la capacidad de acción es objeto de comprobación bajo la etiqueta del dolo. Y la infracción de deber puede ser designada como el injusto (subjetivo) de la acción típicamente relevante”*.

conocimiento de la situación vital fundamentada del deber⁹⁹⁷ y analiza los elementos del deber jurídico a través de su teoría de los tipos abiertos, cuyo esquema se conecta con elementos positivos de diversa índole, que denomina como elementos del deber jurídico. Entre estos elementos comprende los elementos de la autoría que definen un círculo limitado de posibles autores que se caracterizan por poseer deberes especiales particulares, específicos o de mayor intensidad. El funcionario comprende un deber jurídico más intenso y especial, de forma que su condición de funcionario y el deber jurídico constituyen elementos de la antijuridicidad. Esto aplica a los delitos cuya comisión presupone un deber especial (padre, testigo...). Posteriormente, estos elementos vuelven al tipo objetivo, pero siguen separados del deber jurídico que surge de ellos. La conclusión a la que llega el autor es que el conocimiento de los elementos de la autoría resulta un presupuesto de la realización del tipo y el conocimiento del deber jurídico es significativo solo para la culpabilidad⁹⁹⁸. En relación con el deber jurídico en los delitos de omisión, Welzel incluye la posición de garante en el tipo penal⁹⁹⁹.

Roxin propone atender a la verdadera naturaleza de los elementos del deber jurídico y afirma que todas las circunstancias del hecho son fundamentadoras del deber jurídico y por este motivo tienen que ser comprendidas por el dolo¹⁰⁰⁰. Todos los puros elementos de antijuridicidad de Welzel son elementos normativos, que requieren una comprobación mediante un juicio de valor. Casi todos los elementos del deber jurídico enumerados por Welzel los considera Roxin como de carácter puramente jurídico. “ejercicio legítimo del cargo”, “competencia”, “funcionario”, “deber jurídico de evitar el resultado”. Son conceptos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho. La circunstancia de que los elementos del deber jurídico se destaquen con respecto a los normativos específicamente jurídicos, es su relación con la antijuridicidad, tanto en los delitos de comisión como de

⁹⁹⁷ Roxin, C., *Teoría del Tipo Penal.*, cit. págs. 24-47. Considera el autor que: “En la teoría de la participación también inciden los elementos del deber jurídico”. Para Roxin: “muchos tipos “abiertos” son tan indiciarios de la antijuridicidad como los cerrados. En todos los tipos se tendrá que determinar la antijuridicidad comprobando que no se da un caso de realización del tipo adecuada a derecho (procedimiento negativo)”.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, págs. 7-18.

⁹⁹⁹ Roxin, C., *Teoría del Tipo Penal.*, cit. pág. 47. Roxin transcribe cómo Kaufmann concreta el origen del deber en los siguientes términos: “Mientras la norma desenvuelve su “validez” en forma permanente y con respecto a todos, actúa “obligando” solo con referencia al “capaz de acción *in concreto*” y “la norma concretada en deber que prescribe a un individuo totalmente determinado un comportamiento también totalmente determinado, se designa como “deber”.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, págs. 95 y 96. Recoge el autor que Von Weber afirma que: “Todo elemento del tipo penal es al mismo tiempo un elemento del deber jurídico”. El hecho de que un elemento fundamente el deber jurídico del autor no excluye que describa la acción o el objeto del hecho objetivamente, y que deba pertenecer, por tanto, al tipo. Los elementos del deber jurídico no solo determinan el deber jurídico, sino que además, no pueden ser sustraídos de la descripción del hecho.

omisión¹⁰⁰¹. Roxin entiende por “elemento del deber jurídico”, todos los elementos que ponen al autor en conocimiento directo de su deber jurídico. Estos elementos podrían ser designados como circunstancias valoradoras totales o que están abarcados por la antijuridicidad, dado que junto con su función de describir en el caso normal, comprenden también el juicio de antijuridicidad reservado a la valoración total del hecho¹⁰⁰². En los elementos del deber jurídico se entrelazan elementos que sirven a la descripción, con otros que son determinantes de lo injusto, es decir, elementos típicos con circunstancias que tienen una función valoradora general y que solo pertenecen, por tanto, a la antijuridicidad¹⁰⁰³. En contra de Welzel y Kaufmann, Roxin considera que el conocimiento de los elementos del deber jurídico implica el conocimiento de la prohibición. Los elementos del deber jurídico comprenden el carácter descriptivo del hecho y elementos de la antijuridicidad. Roxin coincide con Mezger en que todas las circunstancias del hecho determinantes de lo injusto pertenecen al tipo penal¹⁰⁰⁴, de forma que en relación con el elemento de la posición de garante, el autor trata las circunstancias fundadoras de la posición de garante como elementos comunes del tipo, mientras que Welzel las considera, primeramente, presupuestos del surgimiento del deber y, en consecuencia, como pertenecientes a la antijuridicidad. Posteriormente, Welzel se une a la tesis de Roxin y las incluye en el tipo penal, pero sin dispensarles el tratamiento que les corresponde a los elementos del tipo, sino asignándoles una posición especial. La falta de conocimiento de estos elementos excluye al dolo, pero deja siempre abierta la posibilidad de aplicar la pena por el hecho culposo.

Sintetiza Roxin, en la línea de la doctrina predominante que ha analizado el deber jurídico y su consideración en el marco de la teoría jurídica del delito, que los elementos del deber jurídico son *“circunstancias comprensivas de la antijuridicidad cuya función es fundamentar o excluir lo injusto, y que al mismo tiempo siempre o por regla general alojan la antijuridicidad formal. Una aclaración de su posición sistemática, así como de los problemas que de ellos surgen en relación con el error y a la tentativa, se resuelven separando los elementos determinantes de lo injusto y total-valoradores. En la medida en que ellos contienen las circunstancias objetivas pertenecientes al sustrato del juicio de*

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, págs. 95-96.

¹⁰⁰² *Ibid.*, pág. 133.

¹⁰⁰³ Roxin, C., *Teoría del Tipo Penal...*, cit. pág. 217. Se refiere Roxin a la tesis de Henfel, quien admite que: *“La comprobación de la adecuación típica se da junto con la de la antijuridicidad...la lesión del deber fundamenta al mismo tiempo, el contenido de injusto del comportamiento, de forma tal que la adecuación típica y la antijuridicidad están inseparablemente ligadas la una con la otra”*.

¹⁰⁰⁴ Roxin, C., *Teoría del Tipo Penal...*, cit. págs. 240-242. Considera el autor que: *“los elementos del deber jurídico podrían designarse como “complejos”, pues en ellos se condensan elementos del tipo y de la antijuridicidad”*.

injusto, pertenecen sistemáticamente al tipo, y su desconocimiento excluirá el dolo, así como la suposición errónea de ellos servirá para fundamentar la existencia de una tentativa; pero en la medida en que ellos subrayan la antijuridicidad, solo acentúan la consecuencia necesaria de la acción típica y su desconocimiento deja el dolo intacto, así como su suposición errónea conduce a un delito putativo”.

En síntesis, el deber jurídico de evitar el resultado se ubica en el tipo penal y sin limitación alguna, así como el elemento denominado como posición de garante.

3.4.- El deber de garante penal.

El deber de garante presupone un deber jurídico positivo que ha sido reforzado por la norma penal, de forma que el incumplimiento del mismo que no evita el resultado se trata de forma equivalente al deber negativo de no producir el resultado. Lo relevante no es solo determinar que el deber es útil, sino que además se debe justificar por qué se asigna el deber a un obligado determinado y no a otros¹⁰⁰⁵. Como señala Jakobs¹⁰⁰⁶: *“El Derecho penal ha de asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, ya que la regulación civil únicamente refleja que, por lo general, socialmente se tiene en cuenta la configuración individual de usos en los distintos ámbitos, es decir, reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado (y no una mera expectativa de verse libre de responsabilidad) y, en segundo lugar, aunque se tratase de una mera exención de responsabilidad, sería una conclusión chocante querer intervenir a través del Derecho penal en un ámbito en el que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño”*. De las palabras de Jakobs se deduce la importancia de delimitar la regulación civil de la regulación penal y la posible construcción del término de garante en el seno de una u otra, siempre manteniendo la coherencia de los distintos órdenes y del funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ Lascurain Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía.....cit.* págs. 147 a 151. Según este autor: *“es posible que la existencia de deberes de garantía en relación con los cursos de riesgo que desatan otros al operar de forma no autónoma en nuestro ámbito de organización, pues en realidad operamos a través de ellos”*. En sede de participación, *“es claro que nadie es garante respecto del control de los actos autónomos de otro. Cabe asignar deberes especiales por los riesgos propios, pero no por los riesgos ajenos a los que contribuyen estos riesgos propios”*.

¹⁰⁰⁶ Jakobs, G., *“La imputación objetiva en Derecho Penal”*, trad. M. Cancio Meliá, edit. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, págs. 28 y ss.

¹⁰⁰⁷ Gimbernat Ordeig, E., *“La omisión impropia en la dogmática penal alemana...cit.* págs. 52-67. Este autor hace referencia al afamado asunto conocido por los tribunales alemanes de Lederspray, en el que la Audiencia de Mainz fundamenta la comisión por omisión sobre la base de deberes de aseguramiento del tráfico, afirmando que los mismos deberes que son determinantes para la responsabilidad civil por el producto pueden constituir también el fundamento de la responsabilidad penal, sin perjuicio de que esos principios de responsabilidad del Derecho Civil no deben ser utilizados automáticamente para

El legislador asigna los deberes de garantía y puede crear o reforzar aquellos deberes cuyo cumplimiento considere indispensable para el mantenimiento esencial de la convivencia. La eficacia de la imposición de un deber de garantía cobra sentido cuando previamente se le han atribuido ciertas funciones¹⁰⁰⁸. El deber de actuar es un presupuesto necesario de la responsabilidad del autor¹⁰⁰⁹. El que ocupa una posición de garante tiene obligación de omitir determinados comportamientos y contener riesgos que puedan dañar al bien jurídico, fiscalizando posibles irregularidades e impidiendo resultados. La infracción de deberes especiales establecidos por Ley supone automáticamente un riesgo, ya que precisamente se imponen estos deberes y la posición de garante para evitar que en circunstancias especiales el bien jurídico se vea desprotegido indebidamente y se evite así la lesión del mismo¹⁰¹⁰. En definitiva, el garante tiene un deber de actuar y este actuar comprende el deber de proteger, vigilar y controlar el bien jurídico objeto de protección de forma permanente.

De lo expuesto se deriva que en la construcción de un delito de garante penal se deben distinguir los deberes de índole mercantil del deber de garante penal. La tarea de construcción del tipo penal debe partir del entendimiento del alcance del deber extrapenal y posteriormente, identificar el bien jurídico protegido en el que dicho deber incide e introducir aquellos elementos que permitan apreciar si el sujeto activo se puede calificar como un garante penal, como son la conducta típica contraria al deber extrapenal, el objeto directo sobre el que incide este deber extrapenal y la consiguiente conducta típica. Este proceso también debería aplicarse en la interpretación del tipo a los efectos de concretar si responde a una estructura de un tipo de infracción de deber.

3.5.- *Relaciones de autoridad y jerarquía*

fundamentar la responsabilidad penal ni deben ser determinados expresamente, sino que basta la identificación de la existencia de una posición de garante de acuerdo con los principios jurídico penales. Esta tesis sustentada sobre el deber extrapenal es plenamente sólida y así se acepta por un sector de la doctrina representada, entre otros, por Jakobs y Puppe, pero rechazada por el BGH y por otro sector de la doctrina que entienden que la falta de dominio impide apreciar que el deber retirada del producto del tráfico pueda fundamentar un deber de garante.

¹⁰⁰⁸ Lascuráin Sánchez, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía...*cit. pág. 153. La imposición de deberes de garantía es: “*valiosa porque genera más libertad que la que sacrifica*”.

¹⁰⁰⁹ Kuhlen, Lothar, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña), Edit. JM. Bosch Editor, 1996, págs. 239-244. Afirma el autor que: “*Para que una determinada acción sea jurídicamente desaprobada y con ello, contraria a deber, deberá poderse determinar ex ante que está vinculada a un riesgo para bienes jurídicos, y que prevalezca el interés tutelable sobre la ejecución*”.

¹⁰¹⁰ Martínez-Buján Pérez, C., “Autoría y Participación en el Delito de Defraudación Tributaria”, en *Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2007, pág. 87.

Tiedmann defiende la existencia de un deber de garante en situaciones en las que existan relaciones de autoridad y una estructura jerárquica, como en el caso de los administradores¹⁰¹¹. La posición de garante del administrador se asentaría entonces, según este criterio, en la posición jerárquica que ocupa el sujeto en la empresa y en relación con las personas que se encuentran en la misma¹⁰¹². El empresario tiene el deber de omitir comportamientos nocivos para terceros en el curso de su actividad y también el de contener los riesgos que se puedan generar a los bienes jurídicos que se comprenden en su ámbito de actuación como garante¹⁰¹³.

La estructura jerárquica lleva implícita por concepto la colocación de cargos en diferentes niveles de la organización que asumen diferentes competencias y que las mismas se delimitan por asignación a determinadas personas, siendo la personas que se encuentran en la cúspide de la estructura las que desempeñan cargos que por su profesionalización y especialización les permiten tener una visión global de toda la estructura. Estas personas que se encuentran en la cima de la estructura jerárquica y tienen la visión global asumen competencias propias y entre las mismas se encuentra el control y coordinación de toda la operativa intermedia y por este motivo se convierten en garantes de protección del correcto funcionamiento de todo el engranaje.

Desde esta perspectiva, se podría afirmar que el administrador como gestor que se encuentra en la cima de todo el engranaje societario y que por este motivo está obligado a formular las cuentas anuales en las que se expresa la gestión de toda la sociedad en su

¹⁰¹¹ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*, cit. págs. 142 y ss.

¹⁰¹² Silva Sánchez, Jesús M^a, *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, (dir. Silva Sánchez, J.M^a y Miró Linares, F.), 1^a edic, 2013, La Ley, Madrid, pág. 25. El debate doctrinal sobre el concepto de la posición de garante es interminable, dada la complejidad y aplicación versátil de este concepto, que tiene una especial aplicación en el ámbito empresarial. Frisch, W., “Fundamento general de la posición de garante”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coords. Mir Puig, S. y D. M. Luzón Peña), Edit. J.M. Bosch Editor, pág. 111. Frisch considera que lo esencial para la determinación de la posición de garante es la relevancia del cargo del órgano directivo en el negocio, dado que implica poder de dirección y posibilidades de actuación.

¹⁰¹³ Silva Sánchez, J. M^a., *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, cit. pág. 29. La posición de garante surge así en el empresario de la organización de un entorno en el surgen sesgos cognitivos en los subordinados. El deber de actuar consiste en neutralizarlo y su incumplimiento conlleva responsabilidad. Peñaranda Ramos, E., Autoría y participación en la empresa, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (dir. J. R. Serrano-Piedecasas/E. Demetrio Crespo), Ed. Colex, Madrid, 2008, pág. 181, nota a pie 73. Señala Peñaranda Ramos, que este deber de garante tiene como contenido la adopción de medidas de vigilancia, control y coordinación de sus subordinados, así como la de suspensión, en caso de necesidad, de la actividad. Como explica este autor, en la doctrina española se han referido a la posición de garante en términos similares a los planteados por Jakobs para explicar las posiciones de garantía por “competencia de organización”. Arroyo Zapatero, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pág. 160 y ss.

conjunto, asume una posición de garante en relación con todo el completo proceso de contabilización y posterior formulación de las cuentas, sin posibilidad de delegación y sin posibilidad de evitar su responsabilidad por atribuir a estadios intermedios la confección de la contabilidad, así como la formulación de las cuentas anuales.

La relevancia de este criterio para determinar la posición de garante del administrador se coherencia con lo dispuesto en el art. 66 bis 1º c) del Código Penal, según el cual se dispone que para la determinación de las penas a las personas jurídicas se debe tener en cuenta: “*El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*”. Es evidente que la posición jerárquica permite dar una visión global del entramado societario, que permite graduar la mayor relevancia y gravedad de las conductas societarias llevadas a cabo en su seno.

3.6.- Tratamiento diferenciado de la responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad del administrador vs el deber de diligencia.

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores y atendiendo a la necesaria aplicación restrictiva de la figura de garante penal, se puede afirmar que la misma no puede abarcar el contenido completo de los deberes extrapenales, sino que se ha de limitar a los aspectos que verdaderamente entrañan una mayor peligrosidad, que justifica la intervención de forma diferenciada del derecho penal y la necesidad de que un garante penal entre a proteger de forma directa el bien jurídico que corresponda. La delimitación correcta de la posición de garante penal requiere forzosamente una concreción previa de los deberes extrapenales que asumen los administradores.

En esta labor de concreción, creo que se deben tener en cuenta primeramente todas las consideraciones efectuadas en el capítulo segundo, a las que me remito para evitar reiteraciones innecesarias, referidas de forma escalonada a la definición precisa del deber de lealtad y del deber de diligencia; posteriormente, el diferente tratamiento entre el deber de lealtad y de diligencia y, posteriormente, dentro del deber de diligencia, la reciente modificación de la LSC, que supone un reconocimiento a nivel legislativo de la doctrina del sistema *common law* denominada *business judgment rule*.

En el análisis de los deberes extrapenales que competen a los administradores en torno a la elaboración de las cuentas anuales, se ha explicado que los deberes generales que asumen los administradores convergen en el deber específico de elaboración de las cuentas

anuales, que comprende a su vez un deber de informar de forma veraz sobre la situación real económica y financiera de la entidad, es decir, representar de forma fidedigna la imagen fiel de la sociedad. Esto permite entender que dentro del deber extrapenal de elaboración de las cuentas anuales, no todos los incumplimientos podrán o deberán tener el mismo tratamiento, sino que dependerá de si los mismos atañen al deber genérico de diligencia o al deber genérico de lealtad.

Resumidamente, respecto del deber de diligencia se ha constatado que se trata de una obligación de medios, por la cual el administrador está obligado a actuar como un “ordenado empresario”, lo que implica el actuar de acuerdo con los conocimientos y pericia obtenidos conforme a la Ley, siguiendo en la toma de decisiones los trámites legales correspondientes, que requieren adoptar todas las precauciones necesarias exigidas dentro del contexto de la sociedad y del más amplio del sector, lo que implica informarse y asesorarse debidamente hasta alcanzar la seguridad de que se trata de la decisión conveniente para los intereses de la sociedad.

El deber de lealtad implica sumar a la actuación diligente que implica un primer estadio de la toma de decisiones por el administrador, el añadir que su actuación debe ser leal, entendiendo como tal aquella que se guía por la buena fe y conforme a los intereses de la sociedad, evitando así que se pueda regir por intereses desviados y particulares del administrador.

Proyectados estos deberes sobre el cometido particular de la elaboración de las cuentas anuales, se puede ver cómo se puede diferenciar entre el deber de los administradores de acometer esta elaboración de las cuentas de forma diligente, siguiendo todas las pautas marcadas por la legislación mercantil y guiados por el afán de que dichas cuentas reflejen la imagen fiel de la sociedad, es decir, su situación económica real y, a su vez, de forma leal, en el sentido de que en todo momento deberán actuar de buena fe, aplicando los principios y normas de valoración de forma acorde a la Ley guiados por el interés de la sociedad y no por intereses particulares, como pueden ser manipular los datos que deberían contener las mismas por intereses particulares de apropiarse de sumas de dinero o bien u obtener ventajas de cualquier tipo.

Llegado a este estadio se debe diferenciar el régimen de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de los deberes objeto de infracción. Es preciso diferenciar así entre la falta de diligencia que se calificaría como de “actos de gestión indebida” frente a la

deslealtad que se calificarían como “actos de apropiación indebida”, cuya lógica económica es distinta, y por lo tanto, entre el deber de lealtad y deber de diligencia¹⁰¹⁴.

Una vez se haya hecho esta distinción de forma conveniente, se entra en el estadio de diferenciar dentro del deber de diligencia, cuáles son las decisiones que pueden tener asignada una responsabilidad del administrador por incumplimiento de sus cometidos y cuáles no, por tratarse de decisiones estratégicas y de negocio que quedan amparadas por el ámbito de discrecionalidad con el que deben contar los administradores en el curso de su labor de administración. En este terreno, la modificación de la Ley de Sociedades de Capital por la que se introduce la dicción del artículo 226, ha supuesto un paso definitivo en el reconocimiento de la importancia de permitir a los administradores, valga la redundancia, administrar, ya que tantas disposiciones normativas a las que se está sujetando su actuación, a nivel de gobierno corporativo y legislativo, no pueden perder la perspectiva de que hay un ámbito de libertad de empresa, de libertad de juicio y de independencia que no se debe traspasar.

En este sentido, se ha explicado cómo este precepto ha importado la denominada *business judgment rule*, que responde al esquema de un principio fraguado en el seno de la jurisprudencia norteamericana por el que se entiende que los jueces no revisarán las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores sociales si el administrador se ha informado convenientemente antes de tomar la decisión, la actuación no es ilegal o contraria a los estatutos y el administrador no tiene un interés propio en la materia contradictorio con el de la sociedad¹⁰¹⁵. De esta forma, los jueces solo deben entrometerse en el funcionamiento de la sociedad cuando ha existido un claro incumplimiento y grave los deberes por parte de los administradores, mientras que el resto de casos deben tratarse con indulgencia. Los administradores no deben responder de valoraciones poco acertadas, decisiones arriesgadas que tienen un resultado negativo, ni por decisiones técnicas erróneas. Sí deberán responder cuando desconocen las normas establecidas y las reglas legales o internas de actuación para la toma de decisiones, incumpliendo el deber de información y asesoramiento debido.

En estos casos, como se explicó anteriormente, se debe apelar al hecho de que de la aplicación de la referida *business judgment rule* se desprende el que los tribunales deben

¹⁰¹⁴ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, www.indret.com, cit. págs. 4 y 5.

¹⁰¹⁵ Paz-Ares, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”....cit. pág. 31.

tratar con indulgencia los supuestos de incumplimiento del deber de diligencia de menor entidad. De este modo, se podría afirmar que es un coto blindado de la labor de administración en la que ni pueden ni deben entrar los tribunales a juzgar las decisiones empresariales tomadas por los administradores. Los tribunales se deben mantener al margen y respetar así la libertad de adoptar decisiones de riesgo por parte de los administradores de las entidades mercantiles.

Tras la investigación realizada en el análisis de los deberes de lealtad, de diligencia, de cómo se ha de diferenciar el tratamiento de unos y otros, preservando la idea de que frente a la diligencia hay actuar con indulgencia y frente a la lealtad con severidad, de cómo podría incidir la regla de la *business judgment rule* en el marco del derecho penal, así como la posible construcción de la posición de garante penal en delitos societarios, que podrían encajar en delitos de infracción de deber, como es el tipo del art. 290 CP, considero que una aplicación correcta de todos estos parámetros en el marco del principio de legalidad y de seguridad jurídica, así como de la libertad de empresa que defiende nuestra Constitución en el marco de una economía de mercado, debe pasar por colocarlos en sentido figurativo todos ellos dentro de una estructura piramidal en la que únicamente la cima podrá constituir la posición de garante penal del administrador en el marco del tipo en cuestión.

Esta estructura piramidal cuya representación propongo, estaría dividida en cinco estadios. La base vendría configurada por todas aquellas decisiones estratégicas y de negocio que vienen a representar las decisiones de negocio y estratégicas del administrador, que representan el núcleo de los cometidos de estos profesionales. El segundo estadio, que estaría encima de la base, vendría constituido por aquellas decisiones tomadas por los administradores en las cuales ha incurrido en una falta de diligencia leve. Estos dos estadios estarían cubiertos por la denominada *business judgment rule*, reconocida a nivel legislativo por el art. 226 LSC. El tercer peldaño a nivel ascendente vendría dado por las negligencias de mayor entidad en las que puede incurrir el administrador por un incumplimiento del deber de diligencia. En este caso, podría el administrador incurrir en responsabilidad civil por incumplimiento de sus cometidos conforme a la Ley, pero frente al mismo se debe aplicar una cierta indulgencia por tratarse conductas en las que puede ser difícil escindir el error de la falta de cuidado. El cuarto peldaño sería entonces el denominado como deber del administrador de lealtad, constituido por las actuaciones de buena fe en interés de la sociedad. En este caso, ya nos encontramos ante conductas más graves que las del anterior estadio, en las que los administradores actúan por intereses particulares de forma prioritaria frente a los intereses de la sociedad, de mala fe y con fines de apropiación o de ventajas

particulares. Frente a estas acciones, la Ley societaria ha previsto mecanismos para actuar con mayor rigor y severidad, estableciendo el régimen imperativo de la regulación sobre este deber y la obligación de que en materia de responsabilidad civil los administradores respondan por su enriquecimiento injusto. Pasado este escalón y en el supuesto de que la conducta desleal sea de suma gravedad, es cuando se puede sobrepasar el ámbito civil/mercantil y comienza el límite mínimo de la posición de garante penal, en la que el administrador podría responder por la comisión de un delito societario. Esta concreción del límite mínimo es únicamente uno de los parámetros para configurar la posición de garante penal, que irá unido al resto de criterios que se pueden extraer del tipo de la parte especial comprendido en el art. 290 CP.

Este esquema piramidal se podría volcar en todos los deberes específicos a cuyo cumplimiento están obligados los administradores y en particular, en el deber de formulación de las cuentas anuales, de forma que quedaría plenamente demostrado que la posición de garante penal del administrador no equivale de modo alguno a los deberes extrapenales asumidos en el ejercicio de su cargo, sino que este es únicamente un parámetro mínimo donde comienza dicha posición.

Esta consideración también explica lo lejos que debe quedar en todo caso el escenario criminal de las decisiones estratégicas, de las decisiones de negocio, de las faltas de diligencia leve, de las conductas gravemente negligentes y de la deslealtad que no alcanza tampoco cotas de altísima gravedad.

La valoración adecuada de cómo debe operar el sistema de deberes de los administradores y la correspondiente responsabilidad que se les puede atribuir por su incumplimiento, lleva a entender la relevancia que tiene el hecho de que en el proceso penal se entienda adecuadamente toda esta construcción que he denominado piramidal, de forma que la admisión a trámite de querellas de esta índole, con las implicaciones que ello conlleva, debe ser sumamente restrictiva en orden a evitar que conductas que no entren dentro de la posición de garante penal puedan llegar a ser objeto de enjuiciamiento en la jurisdicción penal, ya que ello supondría que caería por tierra todo el juego de libertades y de derechos sobre el que se está construyendo con tanto cuidado y precaución desde el ámbito mercantil, con ayuda incluso de mecanismos menos intrusivos como el de *corporate governance*. De forma que si bien se defiende en esta tesis la conveniencia de utilizar la herramienta penal como mecanismo de protección de la sociedad y del mercado, también se comprende los riesgos que tiene esta solución, puesto que un mal entendimiento de la

norma penal produce exactamente el efecto contrario en la sociedad y en el mercado, es decir, se puede desconocer elementos básicos de la libertad de empresa. Como se ha visto, el calificativo de criminal nunca debe entrar ni aproximarse siquiera a las decisiones estratégicas, de negocio ni en ningún espacio del amplio deber de diligencia. Esta reflexión lleva por tanto a una ulterior precisión y es que la relevancia de concretar los deberes extrapenales se proyecta en determinar dónde comienza la posición de garante, pero en sentido contrario también permitirá descartar aquellas conductas que nunca podrán llegar a integrarse dentro de la figura del garante penal.

Las anteriores consideraciones pretenden que se preserve adecuadamente la protección de la lealtad de los administradores y auditores, y tratar con rigor la grave deslealtad que tantos perjuicios pueden causar en el marco de nuestro sistema económico de economía de mercado.

3.7.- Los deberes extrapenales que conforman la posición de garante en la elaboración de las cuentas anuales

La posición de garante penal en este delito del art. 290 CP se encadena sin solución de continuidad con los deberes extrapenales comprendidos en la LSC y el Cco que rigen la labor de los administradores de sociedades mercantiles, imponiéndoles el cumplimiento del deber de lealtad que responda a una conducta fiel al interés social, y el deber de confección de unas cuentas anuales que representen una imagen fiel de la sociedad. Como se ha visto en apartados precedentes, los administradores tienen el deber legal de proporcionar información de carácter veraz en la forma determinada por la ley en aras a la protección del interés público, en el que se integran todos aquellos que ostentan los intereses en la información. Este deber de veracidad se proyecta sobre documentos societarios con trascendencia jurídica y económica que han de emitir los administradores en el ejercicio de su cargo y, en particular, sobre las cuentas anuales.

En lo que se refiere a las cuentas anuales, el administrador está obligado a reflejar la situación de la sociedad y emitirlas de forma acorde al principio de imagen fiel. En este sentido, el art. 37 Cco establece expresamente que los administradores, al igual que los empresarios personas físicas y los socios ilimitadamente responsables de las deudas, responden de la veracidad de las cuentas. El administrador maneja la contabilidad ordinaria de la entidad que se configura de forma ordenada, la valora de forma objetiva conforme a unos principios y criterios establecidos legalmente y muestra de forma general a través de

las cuentas anuales cuál es la situación económica de la sociedad. Esta exposición de datos presupone una opinión contrastada por parte del administrador. Posteriormente, ha de realizar una evaluación estimativa a raíz de los datos que le ofrece la contabilidad interna que es meramente descriptiva. Se trata de un deber público porque excede los intereses meramente privados internos relativos a la gestión de la sociedad y alcanza a intereses generales y públicos asumidos por aquellos que requieren la información societaria: trabajadores, inversores, empleados y entes estatales como la Administración Pública. Este deber de formular las cuentas anuales no permite delegación formal¹⁰¹⁶. No obstante, el administrador no está obligado a llevar personalmente la contabilidad (art. 25.2 y 34 CCO) y puede delegar la confección de estos documentos sin perder en ningún caso su condición de garante, sin que su deber de garante se extinga, quedando obligado a la supervisión y control de dicha confección y a la asunción posterior de todo lo contenido en las cuentas a través de su firma. El administrador puede quedar eximido del deber y por lo tanto, la posición de garante con la renuncia voluntaria al cargo previa al momento en el que surge su deber de impedir el resultado lesivo relevante penalmente¹⁰¹⁷. Esta confección y formulación de las cuentas anuales por parte de los administradores debe ser conforme al deber de lealtad, de protección del patrimonio social, como también asumen el deber concreto de protección de la veracidad de las cuentas anuales y de otros documentos con trascendencia económica o jurídica para la sociedad, que tienen alcance de interés público. Este deber de lealtad se manifiesta como un deber de veracidad informativa respecto de las cuentas y la situación económica y financiera de la sociedad¹⁰¹⁸.

El deber de lealtad del administrador comprende el deber legal de garantizar la confección de las cuentas anuales se dirija a la representación de la imagen fiel y evitar que se manipulen las cuentas anuales con contenidos que no responden al principio de imagen fiel de la sociedad. Estos deberes los asumen indistintamente los administradores de hecho y de derecho¹⁰¹⁹. La sujeción a estos deberes extrapenales especiales por parte de los administradores en torno al deber de confeccionar las cuentas anuales de forma leal les sitúa en una posición de garantes penales en el concreto ámbito que dibuja el art. 290 CP. Estos deberes extrapenales de confección de las cuentas anuales presididos por el deber de lealtad ponen en contacto a los administradores con el bien jurídico protegido representado en la

¹⁰¹⁶ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP), pág. 165.

¹⁰¹⁷ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico” en *La Teoría del delito en la práctica penal económico...*, pág. 179.

¹⁰¹⁸ Bacigalupo Zapater, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. pág. 164.

¹⁰¹⁹ Fernández Teruelo, J.G., *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, edit. Lex Nova, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pág. 108.

información económica veraz. Este deber se ha de canalizar a través de un debido cumplimiento de estos deberes extrapenales asumidos por razón de su cargo de gestores frente a los destinatarios de la información social, entre los que se incluyen no solo la sociedad y los socios sino también los terceros. El deber de garante penal requiere una conducta positiva por parte del administrador en aras a la protección del bien jurídico. Esta posición de garante en la que se sitúa al administrador se erige como una medida de control de la sociedad y del mercado en el que actúa. Se constituye al propio administrador como medida de control al exigirle que informe fiel y verazmente sobre su gestión de la sociedad. Esta labor de información requiere del administrador, que ponga cortapisas, impida y efectúe toda acción necesaria para evitar que se produzcan en el seno del órgano de administración actuaciones motivadas por intereses particulares, desleales y desconocedoras del interés social. El tipo penal del art. 290 CP penaliza el incumplimiento del deber de lealtad de los administradores en lo concerniente a la información contenida en las cuentas anuales e informes económicos o jurídicos dirigidos a los socios y a los demás partícipes de la vida económica de la situación de la empresa.

De lo expuesto se puede concluir que la determinación de la posición de garante penal del consejero es una cuestión compleja y que una vez determinada, planteará en todo caso problemas de imputación objetiva y de autoría y participación que deberán ser tratados a posteriori. Del mismo modo, es importante tener en cuenta que el entendimiento correcto de la incidencia de estas especialidades en el seno de consejos de sociedades cotizadas será determinante para analizar a posteriori si en el marco de la legislación penal se debe contemplar de algún modo la mayor gravedad de conductas de infracción del deber de la confección de la contabilidad y de la formulación de las cuentas anuales por parte de los administradores componentes del consejo de este tipo de sociedades.

3.8.- Los deberes extrapenales en el Consejo de Administración

La adopción del Consejo de Administración como forma de organización de la gestión y representación de la sociedad determina que los deberes extrapenales específicos asumidos por los administradores tienen una entidad específica por la propia operativa de este órgano de administración colectivo establecido por la normativa extrapenal. La posición de garante penal por tanto tiene una entidad específica en el seno del Consejo de Administración que viene predeterminada por los singulares deberes extrapenales asumidos por los componentes de este órgano de administración.

En consonancia con su postura de considerar la posición de garante de los administradores, Tiedemann también admite que los miembros del Consejo de administración tienen una posición de garantes, ya que el Consejo tiene la competencia de vigilar la dirección del negocio¹⁰²⁰. En supuestos de decisiones de órganos colectivos, Tiedemann explica que en comparación con la responsabilidad penal del titular de la empresa, surge la peculiaridad adicional de que se trata de miembros del órgano que ostentan igual rango, tanto en lo jurídico como en lo fáctico. En estas circunstancias, en caso de existir una decisión de la mayoría de administradores, debido al principio de la autonomía personal, cada administrador tiene que responder de acuerdo con su propia intervención en la toma de decisiones¹⁰²¹.

En el capítulo octavo relativo a la autoría se analizará en detalle la extensión de la responsabilidad penal que pueden asumir los miembros del Consejo de Administración como garantes del bien jurídico protegido y, en particular, si la misma se extiende a responder por la omisión de toda actuación ante la conducta delictiva de otro miembro del Consejo.

4.- Equiparación de la acción y de la omisión

Kaufmann establece las bases que determinan el tipo y la penalidad de una infracción de deber de evitar un resultado¹⁰²², que son básicamente la existencia de un tipo de acción, que pena la realización de la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro; la existencia de un mandato cuyo objeto sea impedir la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro y, por último, la lesión del mandato en cuanto contenido del injusto, que sea equivalente al delito de comisión. La determinación del tipo de mandato de garantía pertenece a la parte especial¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*cit. págs. 146. Indica el autor que: “Los órganos de vigilancia de las sociedades de capitales, en especial miembros del Consejo de Vigilancia, tienen una posición de garantía como garantes de la protección del patrimonio social y como garantes de la vigilancia para impedir delitos de otros órganos y trabajadores de la sociedad en perjuicio de terceros”.

¹⁰²¹ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico...*cit. págs. 145 y ss. Dispone el autor que la repartición de competencias a cada uno de los directores del negocio y la limitación de deberes, no empece la aplicación del “principio de responsabilidad global” y el que “existe un deber permanente de intervenir”. La jurisprudencia admite que cada uno de los jefes del negocio tiene una obligación de influir en los otros.

¹⁰²² Huerta Tocildo, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs. 62-65. Huerta Tocildo considera igualmente que una norma no puede motivar a todos a no realizar una conducta y a algunos a actuar en salvación del bien jurídico que protege dicha norma, lo que lleva a afirmar que tiene que existir dos tipos diversos que se adapten a los destinatarios y requisitos.

¹⁰²³ Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión...*cit. pág.56.

Kaufmam¹⁰²⁴ utiliza un concepto global de “comportamiento” comprensivo de la “acción” y de la “omisión”. El “comportamiento” es “la actividad o pasividad física de la persona, sujeta a la capacidad de dirección final de la voluntad”. La persona capaz de actuar “se comporta” o bien llevando a cabo la acción que es posible, o bien no ejecutándola. Con el comportamiento se consigue el concepto que designa la reacción de la persona a su entorno, a las posibilidades que se le ofrecen. Entre las distintas direcciones de acción, el sujeto elige una alternativa y necesariamente tiene que desaprovechar otras posibilidades, por lo que las opciones de omitir son mayores que el número de acciones. En definitiva, la capacidad de acción constituye la piedra angular de todo el delito omisivo. Solo si una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico realiza el tipo objetivo del delito comisivo y no han de añadirse elementos típicos especiales, propios exclusivamente de la acción, cabe establecer un paralelismo exacto (invirtiendo el signo) entre la realización dolosa del resultado y la falta de impedimento por parte del garante con capacidad para ello¹⁰²⁵. Como señala Kaufmam, se puede considerar la relación de garantía especial como un criterio no codificado que justifica en el caso concreto la equiparación en la fase de punibilidad y respecto de la concreta lesión del bien jurídico¹⁰²⁶.

Roxin muestra que es necesario llevar a cabo una delimitación de la comisión y la omisión, por cuanto la punición de la omisión es restringida en comparación con la comisión¹⁰²⁷, puede existir una posible atenuación de la pena en la omisión, incluso cuando exista una equiparación con el delito comisivo. Desde una perspectiva político criminal y normativa para Roxin se relativiza la diferencia entre acción y omisión frente a planteamientos como los de Kauffmann del “principio de reversión” desde una perspectiva finalista, precisamente en el marco de los delitos de infracción de deber, en los que es “*irrelevante la distinción estructura-real (basada en la estructura del ser) entre comisión y omisión*” y plantea que igualmente es posible en su caso concebir una estructura-real de una conducta como omisión¹⁰²⁸. Cuando existe un empleo de energía se produce una actividad causal para el resultado que constituye una comisión y cuando no exige dicho empleo de energía causal para el resultado, se trata de un comportamiento pasivo calificado como

¹⁰²⁴ Kaufmam, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*....cit. págs. 100-102.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, pág. 294.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, pág. 323.

¹⁰²⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. págs. 779-789.

¹⁰²⁸ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*....cit. págs. 779-789.

omisión. La actividad que realiza el garante omitente en lugar de la acción que evita el resultado, nunca hará de un delito de omisión un delito de comisión¹⁰²⁹.

En la doctrina española, Quintero Olivares, en la capacidad de acción se ha encontrado el elemento común de la acción y de la omisión¹⁰³⁰. La denominación es irrelevante, pues se puede denominar al todo acción y dividir en “hacer” (comisión “actividad positiva”) y “omitir” (actividad negativa).

Sintetizando las tesis expuestas, se puede afirmar que cuando del tipo de la parte especial se extraiga que el administrador se encuentra en una posición de garante asentada sobre la infracción de deberes extrapenales, como es el caso del tipo del art. 290 CP, se muestra equivalente la realización de la conducta típica por acción a la realización por omisión.

5.- Conclusión: El administrador como garante de información societaria veraz

Los administradores asumen la protección de forma leal de la transparencia y veracidad de la información societaria de contenido económico y jurídico, que interesa a la sociedad, socios y terceros, que constituye el bien jurídico objeto de protección en el art. 290 CP. El nombramiento como tales les sitúa en una posición que les exige el cumplimiento de estos deberes, que deben acatar en el marco de sus cometidos de gestión de la sociedad. El deber de lealtad se proyecta en la necesidad de transmitir información sobre la situación económica y jurídica de la sociedad a través de las cuentas anuales y otros documentos con trascendencia jurídica y económica en el marco de la sociedad. El administrador de la sociedad de capital asume por ley el deber general y público, frente a la sociedad y frente al mercado en el que opera, de informar debidamente sobre la situación de la sociedad a través de las cuentas anuales, es decir, de prestar una información veraz y

¹⁰²⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General...* cit. págs. 779-789.

¹⁰³⁰ Quintero Olivares, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal...* cit. pág. 335. Expresa el autor que: “será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima, especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción. En relación con un supuesto de desvío al consumo humano de aceite de colza desnaturalizado con gravísimas consecuencias, la [STS de 23 de abril de 1992 \(RJ 1992, 6783\) declaró que: “cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean consecuencia de la actividad de la sociedad, por lo cual cada uno de aquéllos resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido antijurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación, en todo caso para que no sea introducido en él \(...\); su deber de cuidado le imponía ejercer un control e informarse de los posibles desvíos de aceite desnaturalizado, utilizando a tales fines su posición en la empresa, y por ello no ofrece la menor duda que si hubiera obrado diligentemente hubiera podido tener conocimiento de nuevos envíos y, por tanto, de las circunstancias generadoras del deber de garante”.](#)

acorde a los presupuestos de contenido y forma impuestos por la legislación aplicable. La posición de garante se mantiene como única e inescindible, por cuanto las cuentas anuales que han de formularse y por cuya veracidad han de responder tienen un contenido unívoco.

La asunción de estos deberes extrapenales exige del administrador que siempre se ocupe del bien jurídico protegido relativo a la información veraz que deben ofrecer las cuentas anuales y otros documentos societarios, sin que pueda transferir a un tercero de modo alguno sus deberes de protección del citado bien jurídico. No se admite la desvinculación del deber ni por delegación ni por mera asignación de las funciones a un tercero. Por este motivo, tampoco puede ampararse en el incumplimiento por parte de terceros de sus obligaciones. Si el administrador conoce de algún peligro para el bien jurídico al que él se halla vinculado, en todo caso está obligado a erradicarlo y combatirlo con los medios a su disposición. El deber de garante penal comprende el llevar a cabo una labor de vigilancia y control del bien jurídico con todos los medios que tiene al alcance el administrador con el fin de evitar la realización del tipo y por lo tanto, la puesta en peligro de la transparencia y veracidad de las cuentas anuales. La posición de garante presupone la equiparación de la acción y la omisión, de modo que si el sujeto no impide que se dañe o ponga en peligro el bien jurídico equivale a la comisión activa del delito.

V.- OBJETO MATERIAL. INFORMACIÓN SOCIETARIA JURÍDICA Y ECONÓMICA CONTENIDA EN LAS CUENTAS ANUALES Y OTROS DOCUMENTOS SOCIETARIOS

Las conclusiones alcanzadas en los capítulos I y II han permitido deducir que la información relativa a hechos con trascendencia económica y jurídica en la sociedad es verdaderamente el objeto sobre el que incide la conducta típica comprendida en el tipo del art. 290 CP. La cláusula de cierre que contiene el tipo de “*documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*” determina que es la información de esa índole, lo que desde el punto de vista material conforma el objeto de la conducta típica¹⁰³¹, sin perjuicio de que, formalmente, dicha información se represente en los documentos descritos en el tipo a través de una cláusula abierta, entre los que se encuentran expresamente mencionadas las cuentas. El objeto material del delito está integrado, según el art. 290 CP, por las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, frente a la tradicional consideración de que es el balance

¹⁰³¹ Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. pág. 57.

el soporte fundamental de comisión de delitos societarios¹⁰³². Se trata de documentos emitidos por los administradores en el ejercicio de su cargo y en cumplimiento del deber legal de veracidad al que se someten de forma expresa, que les obliga a reflejar en todo momento y según la naturaleza del documento en cuestión la realidad económica y jurídica que subyace a la empresa¹⁰³³. La mentira documentada derivada del incumplimiento del deber de veracidad asumido por el administrador tiene relevancia penal en el ámbito societario.

De acuerdo con las notas dadas anteriormente en cuanto a la regulación extrapenal de las cuentas anuales y otros documentos que reflejan la situación jurídica y económica de la entidad, se ha de profundizar en el tipo de información que ofrecen las cuentas anuales y las posibilidades de que la información contenida en cada uno de los documentos de lugar a una representación de la imagen fiel de la situación económica de la sociedad.

La mención referida a las "cuentas anuales" equivale al documento en el que se formulan los proyectos de cuentas por los administradores¹⁰³⁴, ya que este es el documento que inicia el proceso de elaboración de las cuentas y al ser confeccionado por los administradores, puede ser manipulado para mostrar información societaria relevante de forma inveraz. Los documentos que comprenden las cuentas anuales constituyen una unidad, lo que resulta muy relevante a los efectos de realizar una interpretación conjunta de su contenido¹⁰³⁵.

Esto no obsta al hecho de que sea necesario atender a la diferente naturaleza de cada uno de ellos y a su contenido para determinar las normas específicas a las que ha de someterse en la búsqueda de la imagen fiel de la sociedad y concluir si de forma conjunta reflejan o no la imagen fiel de la situación financiera y resultado de la sociedad (art. 35 Cco y arts. 257 y ss. LSC): (i) El balance, constituido por el activo y pasivo de la empresa, así como su patrimonio neto; (ii) La cuenta de pérdidas y ganancias, que recogerá los resultados del ejercicio, con la correspondiente imputación de las variaciones de valor originadas por la aplicación del criterio de valor razonable; (iii) El estado de cambios en el

¹⁰³² Arroyo Zapatero, L., "Los delitos societarios en el Proyecto de 1992", cit. pág. 58.

¹⁰³³ Indica la STS número 867/2002, de 29 de julio de 2002 que este delito societario "*tutela que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros*".

¹⁰³⁴ Del Rosal Blasco, B., "El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal".....cit. págs. 133-134. La falsificación de los documentos que tengan que ver con la documentación o transcripción de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales por la Junta general, podrá ser incluida dentro de la falsificación de "otros documentos".

¹⁰³⁵ En la STS nº 1318/2000, de 14 de julio de 2000 (RJ 6583/00).

patrimonio neto, que comprenderá los resultados del ejercicio, las variaciones por los cambios en los criterios contables, las correcciones de errores y otros ajustes y variaciones de valor, incluidos los derivados del valor razonable que deban imputarse al patrimonio neto; (iv) El estado de flujos efectivo, que informará de los movimientos de efectivo, los cobros y los pagos realizados del ejercicio, debidamente ordenados y agrupados; y (v) La memoria, que completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas. Este documento, que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 259 y 260 LSC “completa y amplía” las cuentas, también puede ser objeto material del delito, ya que las explicaciones y opiniones que ha de contener sobre la evolución de la actividad empresarial, pueden ser precisamente el instrumento para desviar la atención respecto de los aspectos relevantes que dolosamente se han manipulado para no reflejar la imagen fiel de la empresa. Existen voces en la doctrina que niegan la posibilidad de que la memoria sea objeto material de este delito, por cuanto consideran que se trata de manifestaciones subjetivas sobre la marcha de la sociedad¹⁰³⁶, tesis que no se puede aceptar por cuanto la memoria forma parte de las cuentas anuales y además complementa el resto de documentos con anotaciones fácticas, que perfectamente pueden ser manipuladas al objeto de reflejar una imagen distorsionada de la sociedad.

La fórmula referida a “otros documentos” tiene naturaleza “*ad exemplum*”¹⁰³⁷ y ha dado lugar a un amplio debate en la doctrina, que la jurisprudencia ha ido zanjando a través de pronunciamientos sostenidos en la casuística¹⁰³⁸. Esta mención debe ser acotada de acuerdo con criterios estrictos que delimiten cuándo queda afectado el bien jurídico objeto de protección. El resto de documentos que han de reflejar la situación económica de la sociedad, que se consideran comprendidos en el tipo del art. 290, se delimitan primeramente en aquellos que han de ser emitidos los administradores de forma obligatoria por la normativa mercantil¹⁰³⁹. El art. 26 CP define como documento “*a todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”. Una vez delimitados los contornos que comprende el elemento “documentos”, se debe entrar a analizar que se refiere con la expresión “que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”. Dentro de la definición de documento y atendiendo al bien jurídico protegido por el tipo, solo los documentos

¹⁰³⁶ Sánchez Álvarez, M.M., Los delitos societarios, edit. Aranzadi, 1996, págs. 110-111.

¹⁰³⁷ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*...cit. pág. 204.

¹⁰³⁸ Para la STS 1458/2003 de 7 de noviembre, el objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un “*numerus apertus*”.

¹⁰³⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2005, RJ 2005/6896 se refiere a la amplitud del objeto del delito.

societarios emitidos por los administradores en el ejercicio de su cargo con trascendencia informativa podrían clasificarse como aquellos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. El documento debe consignar la información referida a la sociedad de naturaleza económica. Del mismo modo, el documento debe ser relevante para la propia sociedad, socios y terceros para la toma de decisiones, contratación, realización de operaciones, que tiene de forma evidente trascendencia jurídica¹⁰⁴⁰. En determinados supuestos, podremos comprobar que la trascendencia jurídica de la información resulta preeminente, en la medida en que los documentos afectados no parten de datos numéricos informativos de la situación económica de la sociedad, sino de datos relativos a la organización de la entidad, toma de acuerdos y procesos de contratación. La inscripción obligatoria en el Registro Mercantil es un criterio que puede contribuir también a definir la expresión legal de “otros documentos”. Se puede precisar que también se aplica como criterio delimitador la previsión contenida en disposiciones legales o reglamentarias encaminadas a la toma de decisiones económicas para la aprobación de determinadas operaciones (proyecto de fusión o escisión, folleto informativo que ha de acompañar a cualquier emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición, etc.)¹⁰⁴¹. Del mismo modo, se incluyen los documentos que devienen obligatorios por disposición estatutaria.

Dentro de la fórmula abierta que comprende el tipo, la doctrina se ha centrado en analizar el documento emitido por los administradores que está más próximo a las cuentas anuales, es decir, el informe de gestión. Si este documento está comprendido o no en el tipo del art. 290 CP es una cuestión que deberá obtener respuesta a través de la interpretación de la cláusula referida a “otros documentos”. Es un documento emitido por los administradores, en el cual ha de constar forzosamente su firma. De acuerdo con su naturaleza y contenido, el informe de gestión se puede calificar como un documento analítico, puesto que el mismo habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales

¹⁰⁴⁰ La STS, Sala de lo Penal, de 19 de marzo de 2013, RJ\20133508 demuestra que es la información que es lo que es objeto de protección en este tipo, ya que en la misma se concluye que la existencia de un reflejo documental en la hoja de contabilidad auxiliar es incompatible con la voluntad de mantener en la clandestinidad esos asientos. La SAP de Madrid, Sección 7ª, número 130/2002, de 23 de diciembre, JUR\2003\147661 se refiere a la naturaleza de documento mercantil de las cuentas. La SAP de Salamanca, Sección 1ª, número 98/2011, de 19 de septiembre, ARP\2011\1191 dispone que el art. 290 CP comprende documentos que incorporan información societaria imprescindible para reflejar la imagen fiel de la sociedad.

¹⁰⁴¹ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP), pág. 166. Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta...”...cit. pág. 58. En la sentencia del Tribunal Supremo 932/2006 de fecha 5 de octubre de 2006, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo (CASO AVA) se niega dicha consideración de documento de relevancia penal a los poderes a letrados y procuradores otorgados notarialmente por un liquidador.

riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta¹⁰⁴². La información analítica se ha de sustentar en datos fidedignos que contribuyan a representar la imagen de la sociedad, desde la perspectiva de su previsible evolución de la sociedad, exigiendo que se incluyan datos determinados, como los riesgos detectados que puedan incidir en el devenir de la sociedad. Con estos parámetros, se puede afirmar que el informe de gestión, si bien es un documento diferenciado y no incluido en las cuentas anuales (art. 253 LSC), está comprendido en el objeto del tipo del art. 290 CP, puesto que es un documento emitido por los administradores, de forma obligatoria, en el que forzosamente ha de constar su firma, que en su contenido tiene que reflejar la situación económica de la sociedad de forma acorde al principio de imagen fiel, que ha de acompañar necesariamente a las cuentas anuales. Además, es un documento que ha de ser objeto de verificación por los auditores y de valoración en el informe de auditoría, tiene que ser presentado a la Junta acompañando a las cuentas anuales y es inscrito en el Registro Mercantil. La jurisprudencia ha considerado este documento como objeto del tipo del art. 290 CP¹⁰⁴³.

Otros documentos que se podrían considerar comprendidos en el tipo serían la propuesta de aplicación de resultado, las cuentas y el informe de gestión consolidado¹⁰⁴⁴, los libros de actas y los certificados¹⁰⁴⁵, los libros de contabilidad¹⁰⁴⁶, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar en la CNMV, los que deben presentar las entidades de crédito al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado. No se admite como objeto

¹⁰⁴² Lara González, R., “El falseamiento de la información social a través del informe de gestión”, cit. págs. 65-106. Según el autor, el art. 290 CP tutela la veracidad e integridad de la información suministrada por la sociedad y con ello, el derecho de información de los socios y de las personas interesadas, por lo que incluye el informe de gestión.

¹⁰⁴³ La jurisprudencia ha venido incluyendo en sus pronunciamientos anotaciones de qué se debe considerar como documentos de trascendencia a los efectos del art. 290 CP. La STS de fecha 16 de julio de 2009, RJ\2009\6989, Ponente Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez, incluye como objeto del tipo el informe de gestión. En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2013, JUR\2013\209274, que se refiere a su vez a la inclusión en el tipo de: “*la propuesta de aplicación de resultado y, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados*”.

¹⁰⁴⁴ Fernández Teruelo, J.G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, cit. págs. 92-97. Apunta este autor que el balance consolidado no es un documento como tal de la sociedad, sino de todas las sociedades que comprenden el grupo. González Guerra, Carlos M., “La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial”, cit. págs. 194 y ss, Incluye el autor como documento típico el informe que envía el administrador de la entidad controlante para la elaboración del balance consolidado.

¹⁰⁴⁵ La STS, Sección Primera, de fecha 14 de diciembre de 2009, RJ\2010\2052, Ponente Excmo. Sr. Joaquín Delgado García, confirmó la SAP de Almería, Sección 2ª, de fecha 5 de marzo de 2009, JUR\2009\261692 en la que se afirmaba que en el caso de certificaciones de actas de Juntas, de acuerdo con el principio de especialidad (art. 8.1), prevalece el delito societario frente a la falsedad documental del art. 392, como así señala la jurisprudencia (STS de fecha 3 de julio de 2002 y 5 de abril de 2006).

¹⁰⁴⁶ Dispone la STS de 26 de septiembre de 2012, RJ\2012\9453 que no se puede apreciar la existencia del delito por las transferencias que se hacen constar en el Libro Mayor de la sociedad, dado que este Libro no es obligatorio ni describe la situación real de la empresa.

material de este delito los documentos internos de la empresa, que solo han de permanecer en la esfera propia de la entidad mercantil¹⁰⁴⁷.

Los informes que emitan los auditores tampoco ser considerados dentro del objeto del delito. Como se apuntó anteriormente al estudiar la naturaleza de este documento, se trata de un documento mercantil como apunta la Ley de Auditoría de Cuentas, pero desde la perspectiva del art. 290 CP, ni es un documento emitido por un administrador ni es un documento societario propiamente dicho, ya que no nace en el seno de la sociedad, sino que es externo a la misma, y es emitido por un profesional que igualmente es externo a la misma, por lo que en caso de que quisiera contemplarse como objeto del art. 290 CP, debería incluirse expresamente. Por lo tanto, desde la perspectiva de este tipo a lo sumo se puede considerar un elemento probatorio de este delito, pero no objeto material del mismo¹⁰⁴⁸.

Por último, se debe plantear si se pueden entender comprendidas en el objeto del tipo del art. 290 CP las conductas de alterar la documentación contable soporte de las cuentas anuales¹⁰⁴⁹. La determinación de que el objeto de protección es la información societaria contenida en determinados documentos que muestran la situación económica y jurídica de la sociedad, permite afirmar que la documentación contable soporte de las cuentas anuales no es objeto de este delito y que, precisamente, a través de la comparativa de estos documentos que constituyen el soporte de la contabilidad y las cuentas anuales se puede apreciar la clara diferencia entre la naturaleza del delito de falsedad y el delito del art. 290 CP de manipulación de la documentación societaria.

VI.- INFRACCIÓN DEL DEBER DE PROPORCIONAR INFORMACIÓN VERAZ EN DOCUMENTOS SOCIETARIOS IDÓNEA PARA CAUSAR UN PERJUICIO ECONÓMICO

Determinado el alcance de la figura del administrador de hecho y de derecho, así como la posición de garantía como elementos objetivos del tipo, es posible entrar a valorar el resto los elementos típicos de carácter objetivo que comprende el art. 290 CP. En este apartado se analizará la conducta delictiva de “falsear” y el elemento de perjuicio

¹⁰⁴⁷ Faraldo Cabana, P, “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta...”, cit. pág. 59.

¹⁰⁴⁸ Faraldo Cabana, P, “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta....”, cit. pág. 59.

¹⁰⁴⁹ Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, cit. pág. 53.

económico que en su modalidad de idoneidad en el tipo básico (art. 290.1 CP) o en la de su efectiva lesión que comprende el tipo agravado (art. 290.2 CP).

1.- Conducta: infracción delictiva de deberes extrapenales

El examen de la conducta típica prevista en el tipo en el art. 290 CP requiere comprobar si se ha construido sobre la base de una conducta falsaria que incide en la autenticidad de los documentos o sobre la base del incumplimiento de los deberes específicos atribuidos a los administradores en conexión con la transparencia y veracidad de la información contenida en los documentos societarios de trascendencia jurídica y económica contenida en estos documentos y, particularmente, en las cuentas anuales. En el apartado relativo al bien jurídico objeto de protección se analizó la naturaleza del delito a través de este elemento que es eje de su estructura. No tiene sentido repetir las consideraciones apuntadas en dicho apartado, pero sí creo necesario incidir en algunos puntos trascendentes sobre esta cuestión en orden a hacer una valoración adecuada del alcance de la conducta descrita como “falsear”. Del mismo modo, se debe comprobar si los administradores que manipulan la documentación societaria en el marco del art. 290 CP desconocen la específica posición de garantía atribuida por Ley y dejan desprotegido el bien jurídico objeto de salvaguardia con carácter principal (la veracidad de la información) y con carácter secundario (patrimonio), poniéndolos en peligro o lesionándolo efectivamente.

1.1.- Alcance de la conducta típica de “falsear” en el marco del art. 290 CP.

El verbo contemplado en el tipo es “falsear”, que puede equivaler a adulterar, manipular, desprestigiar groseramente o corromper los documentos en cuestión. Como se ha desarrollado en apartados precedentes, gran parte de la doctrina se ha referido a esta conducta como de naturaleza falsaria y equivalente a engañar, lo que ha llevado a una gran confusión sobre la el bien jurídico protegido, la naturaleza del delito e incluso los elementos que comprende su configuración¹⁰⁵⁰. En particular, esto ha dado lugar a una gran confusión al intentar integrar la conducta a través del verbo falsear, puesto que da la errónea impresión

¹⁰⁵⁰ Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales...*cit. pág. 57. Silva Sánchez, J.Mª., *Simulación y deberes de veracidad*, ob. cit., pág. 85. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales...*cit. pág. 72. El engaño implica manipulación y desprecio hacia la verdad. La inveracidad, para ser penalmente relevante, deberá expresarse en forma de un engaño bastante, que provoque una instrumentalización (error, acto de disposición) de un tercero y un perjuicio patrimonial.

de que la interpretación del mismo se ha de conectar con las conductas comprendidas en los arts. 390 y 392 CP. Por este motivo, entiendo que “falsear” no es el verbo que realmente debe describir la conducta que tiene por objeto adulterar la información económica y jurídica contenida en las cuentas anuales, puesto que la contabilidad y por lo tanto, las cuentas anuales no hacen prueba de sus contenidos y no se protege en este tipo la autenticidad del documento como medio de prueba, sino la información societaria que ha de ser veraz como mecanismo protección de la sociedad y del mercado. En realidad, se altera o no se refleja la verdadera situación de la sociedad.

De acuerdo con la definición del bien jurídico protegido, se aprecia cómo en este delito se contempla como conducta típica la acción de mentir sobre la situación económica y jurídica de la sociedad, de alterar los verdaderos datos societarios que deben llegar a la sociedad, socios y terceros para que puedan conocer dicha situación económica y tomar decisiones en consecuencia, y en definitiva, la conducta de no reflejar hacia el exterior los datos que ha arrojado la sociedad en el ejercicio. Se informa incorrectamente sin respetar los cánones impuestos por la normativa extrapenal mercantil¹⁰⁵¹. Se desconoce la obligación de ofrecer una imagen fiel de la sociedad, de modo que la información contenida en el documento no permite conocer su situación jurídica y económica. De esta forma, se frustra el derecho de los destinatarios de la información social (socios, sociedad o terceros) a obtener una información completa y veraz¹⁰⁵². Toda conducta del administrador por la que se incumple la obligación de transmitir información veraz a través de los documentos contemplados en el art. 290 y de forma idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, socios o terceros, tiene cabida en el tipo, siempre y cuando se acredite en forma la operativa delictiva que ha seguido el sujeto para incurrir en la manipulación de la información societaria¹⁰⁵³.

1.2.- Confluencia de deberes extrapenales transgredidos: lealtad y veracidad.

Las consideraciones previas reflejadas en el apartado anterior, permiten examinar el verdadero significado del verbo falsear en el marco de este tipo de delito societario. Por este motivo y sin perjuicio de la propuesta de *lege ferenda* que se realiza al final de esta

¹⁰⁵¹ Recuerda la STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 3730) que el art. 290 CP tipifica “*maniobras que sin producir resultados lesivos para persona concreta, como el querellante, constituyen una perversión del sistema de transparencia de la contabilidad de las empresas, como garantía del control de la actividad económica*”.

¹⁰⁵² En este sentido, la SAP de Madrid de 27 de mayo de 2013, JUR\2013\209274.

¹⁰⁵³ En relación con la prueba que ha de acreditar el incumplimiento del deber de información veraz, la SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2008, JUR 2008/143549, la SAP de Alicante de 27 de julio de 2007, JUR 2007/336099 y la SAP de Madrid de 12 de julio de 2005, JUR 2005/249017.

investigación, a continuación se examinará cuál es el verdadero significado del verbo “falsear” que se ha designado en el marco de este de tipo como delito societario.

En el art. 290 CP se describe una conducta típica de “falsear” en la que confluyen deberes extrapenales esenciales del administrador esenciales interconectados, por un lado, el deber de lealtad y por otro lado, el deber de formular las cuentas anuales y de emitir otros documentos que deban reflejar la situación económica y jurídica de la entidad de forma transparente y veraz, como manifestaciones al exterior del cumplimiento del deber de lealtad por parte del administrador¹⁰⁵⁴. El deber de lealtad de los administradores es el núcleo sobre el que pivotan los hechos punibles societarios¹⁰⁵⁵. Este deber de lealtad no se agota en las relaciones internas de los administradores respecto de los socios y de la sociedad, sino que tiene su propio alcance frente a terceros¹⁰⁵⁶. El administrador está sujeto al cumplimiento de una serie de deberes que son inherentes a su cargo que vienen establecidos por la norma extrapenal, y que comprenden, principalmente, el de actuar como un representante leal en defensa del objeto social, lo que les obliga a cumplir su obligación de elaborar los documentos preceptivos y las cuentas anuales en cada ejercicio, reflejando la verdadera situación económica y jurídica de la sociedad. El tipo del art. 290 CP pretende erradicar conductas de los administradores en las que se incumplan dichos deberes y se traslade información societaria que no se ajuste a la realidad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, socios o terceros. Este delito pretende evitar que objetivamente se produzca una deformación de la verdad mediante la consignación en las cuentas de los apuntes contables de datos falsos o mediante la ocultación de los verdaderos. El administrador que incumple estos deberes y emite un documento que contenga información trascendente económica o jurídica, que no se corresponde con la realidad subyacente y, por lo tanto, es desleal, actúa de forma fraudulenta. La conducta implica que el objetivo informativo del documento confeccionado por el administrador queda adulterado y no es posible conocer la situación jurídica y económica de la entidad que el mismo debería mostrar.

¹⁰⁵⁴ La STS de fecha 7 de noviembre de 2003, RJ 2003/7661 establece que con este delito se trata de: “fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros...”.

¹⁰⁵⁵ En la SAN de fecha 13 de abril de 2005 relativa a la fusión del Banco Santander con el Banco Central Hispanoamericano (caso jubilaciones) se dispone que: “El deber de lealtad se quebranta incumpliendo alguno de estos tres principios de actuación: a) El deber de transparencia; b) La observancia de un procedimiento que elimine los abusos en los conflictos de intereses; c) La inobservancia de la equidad en la actuación del administrador”.

¹⁰⁵⁶ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, pág. 163.

La conducta de faltar a la verdad constituye por tanto el elemento relevante que conforma el tipo¹⁰⁵⁷. A tenor del bien jurídico objeto de protección, la información veraz de los documentos societarios con trascendencia jurídica y económica y la consiguiente transparencia como medios de tutela de los usuarios de los documentos, podemos concretar cuáles deben ser los parámetros que han de concretar qué se entiende por “falsear”.

La adulteración de la información veraz constituida por datos económicos y jurídicos sobre la situación de la sociedad contenidos en las cuentas lleva implícito, más allá de la inaplicación o aplicación irregular de la Ley, la adulteración de la imagen fiel de la sociedad, que impide al usuario de dichas cuentas conocer la situación jurídica y económica de la sociedad¹⁰⁵⁸. En efecto, lo relevante es centrarnos en la función informativa que cumplen los documentos y a partir de este eje principal, utilizar otros criterios adicionales como son las disposiciones legales que establecen cómo se ha de representar la imagen fiel de la situación económica y financiera de la sociedad.

Información o imagen veraz e imagen fiel son términos equivalentes en el marco de este tipo¹⁰⁵⁹. La verdad o veracidad que se puede alcanzar a través de las cuentas anuales viene representada en la imagen fiel relativa a la situación económica y jurídica de la sociedad.

Esta consideración desemboca en la obligatoriedad de comprender de forma precisa qué constituye la imagen fiel de la sociedad. Como se expuso en el capítulo segundo, la elaboración de las cuentas ha de seguir los dictados de la imagen fiel. En torno a estos términos de “imagen fiel” se debe medir la conformidad a la legalidad de las cuentas. Por este motivo, se debe tener presente la absoluta relevancia de este término como elemento normativo del tipo del art. 290 CP. En orden a sintetizar el alcance de este término tan amplio y versátil, creo oportuno hacer una breve referencia a las definiciones que la doctrina mercantil española ha venido proponiendo sobre este término, que pueden tener

¹⁰⁵⁷ Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. pág. 57. Dispone el autor que el “parámetro de la falsedad” y núcleo esencial del tipo objetivo de la falsedad en las comunicaciones sociales es la exposición de hechos que no se corresponden con la verdad acerca de la constitución y de las condiciones económicas de la sociedad, y como ocultación, total o parcial, de hechos relativos a dichas condiciones.

¹⁰⁵⁸ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de noviembre de 2010, ARP 2011/212 se niega la apreciación de una conducta delictiva en los siguientes términos: “*El desorden contable y la ausencia de colaboración con los auditores, es reveladora de la intención de ocultar los soportes acreditativos de la verdadera situación contable de la mercantil, pero ello no permite cifrar o concretar el perjuicio infligido...*”.

¹⁰⁵⁹ Gonzalo Angulo, J.A. y Castellanos Rufo, “La Reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas”, Partida Doble, núm. 224, Septiembre 2010, pág. 27. Como indican estos autores, “*De los principios contables se puede prescindir si no llevan a la imagen fiel, pero esta no puede derivarse a fortiori del seguimiento de dichos principios*”.

una diferente incidencia en la determinación del alcance de la conducta. Se ha aludido a su consideración como una opinión¹⁰⁶⁰, un principio contable, un principio de ordenador supremo, el resultado de la aplicación de principios contables, una figura jurídico económica con carácter general, un concepto jurídico-contable reflejo y normado, el resultado funcional derivado del cumplimiento del deber de llevanza de cuentas de forma regulada¹⁰⁶¹, el objetivo perseguido por la contabilidad, un método de creación contable, una norma profesional de comportamiento y en definitiva, como el resultado del cumplimiento y aplicación de las normas jurídicas materiales, formales y técnicas que rigen la llevanza de la contabilidad como proceso y la formulación de las cuentas anuales como resultado periódico de tal proceso¹⁰⁶².

La imagen fiel constituye un elemento de interpretación e integración del sistema informativo contable y representa la conformidad de las cuentas anuales con las disposiciones legales, como así exige el Cco. En el PGC se determina que la representación de la imagen fiel de las cuentas anuales exige la aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables. La imagen de la sociedad que deben trasladar las cuentas y documentos contables debe ser verdadera y fiel. Es un *plus* con respecto a los principios, cláusulas o reglas generales. Garreta Susch va más allá y afirma que el mandato fundamental de que las cuentas reflejen la imagen fiel implica una exigencia que va más allá de la mera *lex artis*¹⁰⁶³. Se ha llegado a afirmar que la imagen fiel representa un estadio que va más allá de la veracidad o exactitud, termina con la funcionalización privativa de las regulaciones tradicionales menos avanzadas¹⁰⁶⁴ y busca un sistema normativo que permita comparar la información contable entre los distintos Estados miembros.

La imagen fiel contempla una verdad equivalente a la imagen de la situación económica que respeta los principios contables, puesto que se ha de tener en cuenta que la contabilidad se nutre de la adopción de criterios valorativos que se ajustan a la normativa

¹⁰⁶⁰ Pereira, F. et. al., *Contabilidad para Dirección*....cit. pág. 184. Esa imagen fiel “no pasa de ser una opinión (tanto más discutible, simplificando, cuanto mayor peso representen las amortizaciones y las provisiones). Pero no una opinión cualquiera, sino una opinión razonable y razonada en la memoria”.

¹⁰⁶¹ Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación de la empresa....”, cit. pág. 49.

¹⁰⁶² Alonso Espinosa, F.J., “El deber de documentación de la empresa.....”, cit. pág. 48. La observancia de las normas y principios contables en la llevanza de la contabilidad y en la formulación de las cuentas es signo de calidad y certeza de la información contable y su resultado objetivo es la muestra de la imagen fiel.

¹⁰⁶³ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 316. Fernández del Pozo, *La aplicación de resultado en las sociedades mercantiles*, Civitas, 1997, pág. 20. Según este autor, aunque la contabilidad pueda ofrecer criterios subjetivos de registro que influyan en la determinación del resultado del ejercicio, “desde el punto de vista jurídico es irrelevante”.

¹⁰⁶⁴ Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, cit. pág. 237.

aplicable. Debe permitir que se obtenga una representación lo más exacta y veraz de la realidad de la empresa¹⁰⁶⁵.

La cuestión surge al determinar qué elementos conforman dicha verdad, pues he señalado anteriormente que las cuentas se conforman con declaraciones no de voluntad, sino de conocimiento. Si las cuentas se confeccionan como un conjunto de declaraciones contables que tienen la naturaleza de declaraciones de conocimiento¹⁰⁶⁶, la imagen fiel se conforma a través del conjunto de declaraciones de conocimiento emitidas con sujeción a los principios jurídicos generales y de valoración comprendidos en la normativa aplicable.

Sin perjuicio de las conclusiones extraídas en cuanto a la naturaleza de las declaraciones de conocimiento extraídas del análisis de los deberes extrapenales, lo cierto y verdadero es que esas declaraciones comprenden también elementos valorativos, por cuanto ese es precisamente el objetivo de la contabilidad, traducir en términos numéricos hechos balanceables, es decir, hechos con trascendencia económica para la sociedad.

De lo expuesto hasta ahora se puede afirmar que la “imagen” se compone de datos de carácter patrimonial y de relevancia económica. Es la descripción del patrimonio de la sociedad con detalle de los elementos que lo forman y los resultados obtenidos en el ejercicio lo que representa la imagen de la sociedad. Esta visión solo se puede obtener si previamente se ha efectuado una contabilidad ordenada de acuerdo al registro del Libro Diario, que se trasladan posteriormente al libro mayor, balances y a la cuenta de pérdidas y ganancias de la forma comentada anteriormente. Ciertamente, la base de los apuntes del Libro Diario son los parámetros o datos en los que podemos medir la realidad o correspondencia con el contrasiento y veracidad como conformidad a la realidad subyacente.

La aplicación efectiva del principio de imagen fiel exige que la información sea acorde a la trascendencia económica de la operación y comprensible para todos los sujetos que necesitan tener conocimiento de la situación de la entidad. De esta forma, la contabilidad debe ajustarse a criterios comunes y homogéneos que rigen en todo tipo de sociedades, para que los sujetos a los que se dirige la información puedan entender su contenido e interpretarla. La contabilidad se ajusta así a un modelo. La sustancia de la transacción económica que refleja la contabilidad debe erigirse por encima de la forma.

¹⁰⁶⁵ Machado, J., Comentario al artículo 268 de la LSC, cit. pág. 2002.

¹⁰⁶⁶ Vicent Chuliá, F., “Las Cuentas Anuales”, cit. pág. 233.

La Ley establece un margen en la adopción de decisiones, por aplicación de los principios generales y criterios de valoración, pero siempre se debe mostrar la decisión adoptada y evitar criterios arbitrarios que desdibujen la realidad económica¹⁰⁶⁷. Los administradores tienen un margen de interpretación de los principios y criterios contables en el que pueden moverse y que evidentemente influirá en el examen de la conducta, ya que dependiendo de la postura que adopten se variará significativamente la imagen de la empresa que muestren al exterior.

Esta aplicación del principio de imagen fiel puede parecer que proporciona un margen importante de actuación en la elaboración de la documentación contable, pero muy al contrario se debe interpretar como un límite infranqueable que se debe respetar en todo caso se exige que prime la lógica económica. Lo más relevante es que se pueda apreciar la trascendencia económica de las operaciones y no aquietarse a la estricta legalidad que establece de forma estándar los principios y criterios de contabilización. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 34.2 Cco, del art. 34.3 Cco. en el que se dispone que: *“cuando la aplicación de las disposiciones legales, no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado”* y del art. 34.4 Cco, en virtud del cual, en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel, dicha disposición no será aplicable¹⁰⁶⁸. De alguna manera se impide la aplicación automática de la norma legal y se obliga a los declarantes a realizar un juicio razonado y flexible congruente con las circunstancias económicas, que puede suponer la inaplicación de determinados principios contables y que exige entender, valorar y traducir las operaciones económicas al lenguaje de la contabilidad¹⁰⁶⁹. Precisamente, este principio de imagen fiel es el que permite que haya supuestos en los que no se aplique la normativa aplicable y se pueda aplicar un modelo alternativo que cumpla las exigencias igualmente que persiguen las cuentas anuales.

El principio de imagen fiel tendrá un diferente alcance en función del documento de las cuentas anuales respecto del cual se aplica. El balance que represente la imagen fiel de la sociedad debe reflejar el rendimiento de la sociedad, la cuenta de pérdidas y ganancias los

¹⁰⁶⁷ Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. pág. 59.

¹⁰⁶⁸ El predominio del fondo sobre la forma se extrae de la NIC nº 1, que dispone que “en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica”. En este sentido, Alonso Espinosa, F.J., El deber de documentación de la empresa..., cit. pág. 39.

¹⁰⁶⁹ Garreta Such, J. M^a, *El Derecho Contable en la Nueva Ley 16/2007 (Las Cuentas Anuales)*..cit. pág. 218.

créditos y débitos de la sociedad y la memoria las explicaciones relativas al contenido de los anteriores documentos y la forma en la que se han aplicado los principios contables¹⁰⁷⁰. La memoria es un documento determinante para entender el contenido de las cuentas anuales y reconstruir cómo se han elaborado y si se han respetado los principios generales y criterios de valoración que determinan su confección¹⁰⁷¹. En aquellos casos en los que los administradores omitan hacer mención en la memoria a los criterios utilizados en orden a ocultar la arbitrariedad con la que han sido aplicados, es obvio que la conducta puede ser constitutiva de delito si resulta relevante en el marco del conjunto de documentos. Por lo tanto, la imagen fiel buscada en cada uno de ellos queda sujeta a las respectivas normas y principios de valoración aplicables en la formación de cada uno de ellos.

Sin perjuicio de que se ha de estar al contenido singular de cada uno de los documentos referidos que componen las cuentas anuales, la imagen completa únicamente se podrá obtener del conjunto de todos ellos, de los que se extrae los resultados a finales del ejercicio, atendiendo a su contenido particular. El hecho de que la imagen de las cuentas anuales se corresponda como una visión global de los diversos documentos que la componen, deriva de la naturaleza singular de este documento.

Esta imagen de trascendencia económica permitirá la realización posterior de un análisis de los balances y de una interpretación global de las cuentas.

Cuestión diversa del alcance y contenido de la imagen fiel, es la forma o procedimiento que se ha de seguir para obtener una conclusión sobre si las cuentas representan de forma efectiva dicha imagen fiel. Desde el prisma informativo que preside el tipo, se debe reconstruir el procedimiento de valoración efectuado conforme a los principios contables de aplicación¹⁰⁷², tarea que solo se puede realizar estableciendo los hechos con trascendencia económica, los criterios que han sido aplicados en la reconstrucción de la situación económica de la sociedad y los cálculos realizados conforme a dichos criterios, para entender las decisiones que han resultado en la valoración contable reflejada en los documentos contables y verificar su congruencia¹⁰⁷³. Esta reconstrucción exige igualmente

¹⁰⁷⁰ Sánchez Calero, F. “Régimen de las cuentas anuales.” en *La reforma del derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, coords. Alonso Ureba, A., Chico Ortiz, J.M. y Lucas Fernández, F., Madrid, 1987, págs. 720 y ss.

¹⁰⁷¹ Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. pág. 58.

¹⁰⁷² La STS de 12 de junio de 2004, RJ\2005\2161 hace alusión a la valoración fraudulenta efectuada al margen de los criterios contables.

¹⁰⁷³ Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. págs. 59 y 60: “Es la reconstrucción del procedimiento valorativo y no la simple observancia de los cánones predeterminados por la ley civil o de aquellos

concretar los juicios o hipótesis que afectan a estimaciones contables significativas y que han sido planteados para la preparación de los estados financieros.

Realizado este ejercicio de reconstrucción del procedimiento de valoración de acuerdo con los principios aplicables, se considerará que se ha incurrido en una infracción del deber en la formación de las cuentas cuando se constate que se han omitido datos relevantes que impiden mostrar dicha imagen o bien cuando se incluyen datos que igualmente producen el mismo efecto. La imagen fiel se instituye así como el criterio o barrera que divide el ámbito de gestión de los administradores dentro o fuera de la legalidad.

El incumplimiento del deber constituye la conducta y puede adoptar diferentes formas. La forma en que se articula dicho incumplimiento pierde importancia ante el hecho en sí de que el deber se ha incumplido¹⁰⁷⁴. La acción puede consistir en la omisión intencionada de hechos económicos, transacciones u otra información significativa en los estados financieros, la aplicación intencionadamente errónea de principios contables y la elusión de controles¹⁰⁷⁵. La desfiguración de los resultados puede realizarse de distintas formas, a través del registro irregular de asientos fiscales, del ajuste indebido de hipótesis, del cambio de juicios en que se basa la estimación de saldos contables, de la omisión o anticipo o diferimiento del reconocimiento en los estados financieros de hechos y transacciones que han ocurrido durante el periodo, la ocultación de hechos que podrían afectar a las cantidades registradas, de la realización de transacciones complejas estructuradas, de la alteración de los registros y de las condiciones relativas a transacciones significativas e inusuales¹⁰⁷⁶. La sobrevaloración de los ingresos mediante el reconocimiento anticipado o el registro de ingresos ficticios, la infravaloración de ingresos, mediante el traspaso indebido de ingresos a un período posterior y la manipulación de los

etiquetados como razonables lo que permite hacer inteligible el balance y calificarlo como correspondiente a la verdad". Antolisei, F., *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, cit. pág. 340. En relación con el art. 2621 del Cc italiano, considera el autor que la valoración en sí no puede constituir una falsedad, pero que puede ser que las valoraciones oculten una exposición de hechos falsos y ser exageradas lo que sí constituiría una falsedad.

¹⁰⁷⁴ La STS de 9 de mayo de 2005, RJ 2005\4402 que confirma la SAP de Burgos, Sección 1ª, de fecha 7 de febrero de 2003, ARP\2003\261 relaciona la diversa naturaleza de conductas a través de las cuales se puede llevar a cabo el tipo.

¹⁰⁷⁵ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales...*, cit. pág. 269.

¹⁰⁷⁶ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales...*, cit. pág. 271. Estas conductas irán unidas a la sustracción de los activos mediante la obtención de ingresos de cuentas a cobrar o desvío a otras cuentas, la sustracción de activos, pagos a proveedores ficticios, pago por los proveedores de comisiones ilegales a los agentes de compras a cambio de sobrevalorar los precios, pagos a empleados ficticios, utilización de activos de la entidad para uso personal, la obtención como garantía de un préstamo personal o de un préstamo a una parte vinculada. La realización de registros falsos para ocultar sustracciones y movimientos de activos no autorizados.

registros de las existencias¹⁰⁷⁷. Se puede tergiversar la valoración de activos, las estimaciones relacionadas con transacciones específicas, otras obligaciones significativas devengadas y cambios significativos en las hipótesis relativas a estimaciones recurrentes¹⁰⁷⁸. Y estas valoraciones pueden ser perfectamente objeto del tipo, en cuanto su contenido tiene trascendencia económica para la sociedad y predeterminan la imagen de la misma, que solo será fiel si no se incluyen, entre otros aspectos, valoraciones que desconozcan gravemente los criterios aplicables¹⁰⁷⁹. La manipulación de las estimaciones contables, la infravaloración o la sobrevaloración de todas las provisiones o reservas, para alcanzar un nivel de beneficios ficticios con el fin de engañar a los usuarios sobre los resultados y de la rentabilidad de la entidad¹⁰⁸⁰.

Creo necesario matizar que la conducta típica no se puede establecer únicamente apelando a la falta de observancia de la Ley o a la arbitrariedad en la confección de las cuentas. La valoración de la correspondencia con la verdad se debe hacer en el plano penal de forma autónoma¹⁰⁸¹.

En definitiva, no constituyen entonces delito aquellas conductas que suponen meros incumplimientos legales que no tienen el plus de ánimo defraudatorio que requiere llegar al ámbito penal¹⁰⁸², ni aquellas en las que se reflejan irregularidades formales¹⁰⁸³, disparidad

¹⁰⁷⁷ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales ...*, cit. pág. 285.

¹⁰⁷⁸ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales...cit. pág. 285.*

¹⁰⁷⁹ Musco, E., "La tutela penal societaria y la falsedad en el balance....", cit. pág. 58. Parece consolidarse definitivamente la tesis según la cual el término "hechos" no puede dejar de incluir también las valoraciones, que son los procedimientos mediante los cuales se atribuye un valor al conjunto de las realidades patrimoniales que constituye la empresa.

¹⁰⁸⁰ *International Federation of Accountants (IFAC), Manual de Normas Internacionales... , cit. pág. 289.*

¹⁰⁸¹ Musco, E., "La tutela penal societaria....", cit. pág. 58.

¹⁰⁸² Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico....*, cit. pág. 49. Señala el autor que es un delito que adolece de cierta ambigüedad descriptiva y por ello es potencialmente expansivo, y puede abarcar falsedades irrelevantes, por lo que se debe contraer la falsedad típica a falsedades relevantes y recortar el ámbito de aplicación con el elemento de la idoneidad para generar un perjuicio patrimonial de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Schünemann, B., "El propio sistema de la teoría del delito", Indret, Barcelona, enero 2008, indret.com, pág. 11. Afirma el autor que "*Del fin de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general amenazadora se sigue, por lógica forzosa, que la esencia de del hecho penal debe consistir en una conducta humana.....insoportablemente peligrosa para los bienes jurídicos de los otros, dominable voluntariamente por el individuo y, por respeto a la norma evitable*".

¹⁰⁸³ La SAP de Valencia de 2 de septiembre de 2005, JUR 2005/275850 dispone que: "*...en la contabilidad social no se reflejó el importe exacto del crédito reconocido y de sus intereses, pero no hicieron nada durante mucho tiempo para corregir esa deficiencia, siendo sabedores de la realidad de dicho crédito y de su importe exacto, tal y como se indicaba en las diversas auditorías que entonces se hicieron*". Se concluye que realmente no ha habido ningún acto falsario, más allá de la irregularidad formal de no plasmar el importe exacto de un crédito y de sus intereses, que en las sucesivas auditorías constaba con detalle. No constituye falseamiento la omisión del reflejo formal de un crédito cuya existencia consta auditada durante varios años.

de criterios¹⁰⁸⁴, ni aquellas en las que un documento no refleja correctamente la información, pero se puede obtener la misma de otro documento que conforma las cuentas anuales¹⁰⁸⁵ o a través de otros documentos ajenos a las cuentas anuales¹⁰⁸⁶, e incluso a través de otras vías no documentales, o simplemente se confirma que los potenciales perjudiciales disponen de la información¹⁰⁸⁷.

En síntesis, la conducta de “falsear” atribuida a los administradores en el marco de la elaboración de las cuentas anuales y de los documentos con trascendencia jurídica y económica de la sociedad, presupone un incumplimiento de los deberes extrapenales que necesariamente ha de cumplir el administrador de informar de forma veraz y transmitir la imagen fiel de la sociedad, a través de la formulación de unas cuentas anuales que no representen la imagen fiel de la sociedad.

2.- Equivalencia de conductas activas y pasivas

El deber extrapenal que le corresponde al administrador de trasladar la imagen fiel de la sociedad es fuente de la posición de garante¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de noviembre de 2003, RJ 2003/7661 se plantean dos circunstancias que impiden calificar la conducta como falseamiento doloso de la realidad contable de la empresa. Por un lado, las limitaciones e incertidumbres con las que se enfrentó la confección del balance debidas a la actitud del querellante, consejero, que no entregó a sus socios los documentos contables que tenía en su poder. Por otro lado, está la diferencia entre uno y otro balance atribuible a los distintos criterios de contabilidad aplicados por los administradores de la sociedad y los interventores. En la sentencia se concluye que no encajan los hechos relativos a la presentación de balance para iniciar la suspensión de pagos en el art. 290 CP, sino en el art. 261 CP que no fue invocado. Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, de 20 de septiembre de 2001: “...Sin embargo, no es delictiva la deficiencia, el error o la confusión en las diversas partidas. La contabilidad no es una ciencia exacta, por el contrario es una técnica que ofrece una instantánea de la situación económica de la sociedad, para reflejar esa situación, algunos apuntes pueden encuadrarse en distintas partidas, o, al menos, puede ofrecer dudas de la cuenta concreta donde debe imputarse. Las diferencias de criterio sobre la cuenta correspondiente, las diferencias de valoración o los errores materiales, no son constitutivos de delito”.

¹⁰⁸⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de julio de 2007, JUR 2007/336099: “Las cuentas anuales constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros”.

¹⁰⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 30 de abril de 2012, ARP 2012/1224: “...las cuentas reflejaban la realidad económica de la sociedad porque quienes hubieren querido mantener relaciones comerciales con las empresas podían conocer, de manera fiable, la solvencia real de esa compañía a través de diferentes vías, como son el Informe de Auditoría que contenía salvedades y la propia Memoria en la que se explicaba el criterio de valoración aplicado”.

¹⁰⁸⁷ Concluye la SAP de Madrid de 29 de enero de 2009, ARP 2009 674 que: “Las citadas cuentas anuales son tan diáfanos que un mero examen de las mismas permite advertir el maquillaje efectuado y los resultados ordinarios de la sociedad excluyendo la operación de ingeniería financiera aplicada”.

¹⁰⁸⁸ Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal”cit. pág. 129.

Esta posición de garante que ostenta el administrador supone que su actuación en la emisión de documentación societaria jurídica y económica, y en particular, la presentación de unas cuentas anuales infieles es equivalente a la conducta de permitir que se elaboren unas cuentas anuales que no muestren la imagen fiel y no impiden el daño o puesta en peligro del bien jurídico, en la que conociendo la fraudulencia de las cuentas no interviene para impedir que las mismas representen una imagen de la sociedad que no es fiel.

Es lo mismo introducir datos que no responden a la imagen fiel de la situación y patrimonio de la sociedad, que dejar de incluir datos relevantes que también impiden representar la imagen fiel de la situación y patrimonio de la sociedad¹⁰⁸⁹.

En consecuencia, la falsedad comprendida en el art. 290 CP se puede concretar tanto a través de conductas positivas como de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente dicha situación¹⁰⁹⁰. En efecto, una forma de alterar el sentido de un documento es la no constatación o la ocultación de aquello que en él debería aparecer. En este caso el sujeto activo ha de estar sometido a una concreta obligación que le requiere el cumplimiento correcto de la labor que lleva a cabo, es decir, ha de pesar sobre él el deber de proporcionar una información correcta, de forma que el silencio sea equivalente a una afirmación implícita de que nada hay que comunicar¹⁰⁹¹.

La doctrina española admite la equivalencia entre acción y omisión¹⁰⁹², ateniéndose a lo dispuesto en el art. 11 CP¹⁰⁹³. El administrador que omite facilitar datos relevantes lleva a cabo una conducta de manipulación de la información de forma equivalente a cómo podría hacerlo cualquier otro a través de un comportamiento activo, por lo que responderá como autor en sentido estricto en comisión por omisión¹⁰⁹⁴. En cambio la omisión pura no

¹⁰⁸⁹ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas...*cit. págs. 24 y 25. Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP),” pág. 165.

¹⁰⁹⁰ Los tribunales también han reconocido la equivalencia entre conductas activas y pasivas. Dispone la SAN de 31 de marzo de 2000 (ARP 107/00 relativa al caso Banesto: “*De esta forma entendida la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad. Hay que tener en cuenta, por una parte, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos...*”.

¹⁰⁹¹ Faraldo Cabana, P, “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta”...cit. pág. 61.

¹⁰⁹² Silva Sánchez, “La comisión por omisión y el nuevo Código Penal español”, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, pág. 87.

¹⁰⁹³ Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales...*cit. pág. 94.

¹⁰⁹⁴ Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales...*cit. pág. 99.

se considera típica¹⁰⁹⁵, es decir, la omisión consistente en no presentar las cuentas anuales no se puede considerar típica, como tampoco la llevanza desordenada¹⁰⁹⁶.

En este contexto se puede entender fácilmente cómo la conducta que se conoce coloquialmente como la realización de artificios contables o manipulaciones de la contabilidad, permite diversas modalidades de realización, que en definitiva suponen, entre otros y a título de ejemplo, incluir anotaciones que no responden a la realidad, omitir u ocultar datos relevantes y esenciales para conocer la situación de la sociedad que sí deberían incluirse (pérdidas u obligaciones), disminuir ingresos¹⁰⁹⁷, incrementar gastos ficticiamente, no reflejar activos con los que cuenta la sociedad, incluir bienes inexistentes, introducir elementos en el pasivo ficticiamente, la realización de valoraciones de activos y pasivos en las que se apliquen criterios contables incorrectos (no actualizados, no ajustados a mercado, no acordes a las perspectivas reales de capacidad de cobro o pago), excluir cifras significativas de existencias del inventario, así como aplicar amortizaciones no acordes a la normativa aplicable¹⁰⁹⁸. En estos supuestos de omisión de datos la acción típica queda configurada cuando se determine la existencia de una alteración relevante de la imagen fiel de la situación económica o patrimonial de la sociedad y se considere que la información es inveraz¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵ Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales...*cit. pág. 118. Desde la perspectiva de asignar al delito una naturaleza falsaria, considera la autora que la omisión pura no cabe en el marco de la regulación española de las falsedades documentales, ni tampoco cabe la comisión por omisión porque siempre serán conductas activas de acuerdo con la teoría de los actos concluyentes. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...*cit. pág. 206. En la misma línea explica el autor que la simple omisión de datos consistirá siempre en una acción positiva, por lo que concluye que no aplica la problemática de la omisión impropia.

¹⁰⁹⁶ Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta”... cit. pág. 61. La SAP de Málaga de 31 de marzo de 2009, Sección 7ª Melilla, ARP\2009\758 se pregunta: “¿La llevanza equivocada y desordenada es el medio para llevar a cabo la actuación fraudulenta en su modalidad omisiva?” y concluye que: “La falta de llevanza de libros o la llevanza de forma incompleta, inadecuada, o sin legalizar no constituyen la conducta del tipo del art. 290 CP. Se refiere a la llevanza fraudulenta de conceptos esenciales”.

¹⁰⁹⁷ En la STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034, se condena al administrador de derecho de la sociedad, entre otras conductas, la falta de contabilidad de determinadas partidas.

¹⁰⁹⁸ La STS de fecha 9 de mayo de 2005, RJ 552/05, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo y la STS de 10 de diciembre de 2004 se refieren a conductas de ocultación de ingresos. La STS de fecha 2 de noviembre de 2004, RJ 1217/2004 muestra un caso opuesto a los anteriores en el que se reflejan en las cuentas anuales unos beneficios que no corresponden a la empresa para compensar pérdidas. La STS de fecha 2 de noviembre de 2004 se refiere con carácter general a la posibilidad de cometer el delito por acción u omisión.. La STS de fecha 14 de julio de 2002 se refiere a conductas irregulares de trasposos de efectivo de una sociedad a otra que no se correspondían con la realidad, pero que es conocido de forma general y por ello no constituye una conducta típica. La STS de fecha 5 de octubre de 2006 declara que la conducta de ocultación de datos esenciales es constitutiva de delito por cuanto se perturba el tráfico jurídico(CASO AVA).

¹⁰⁹⁹ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP), pág. 165. Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal” ...cit. pág. 129.

3.- La idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico

La pregunta de qué se entiende por idoneidad para causar perjuicio, como elemento que marca o delimita el alcance de la conducta típica comprendida en el art. 290 CP, entiendo que únicamente puede ser contestada tras concretar qué se entiende por perjuicio económico.

3.1.- Perjuicio económico causado a la sociedad, socios y terceros.

En el tipo básico del art. 290.1 CP no se requiere el perjuicio económico, pero sí para la apreciación del tipo agravado del art. 290.2 CP¹¹⁰⁰. Se contienen así dos modalidades típicas. La básica, incluida en el párrafo primero para la que es suficiente la “idoneidad para causar perjuicio económico del documento falseado” y la agravada, contenida en el párrafo segundo, consistente en la efectiva causación del perjuicio económico¹¹⁰¹.

Desde una primera aproximación al tipo básico, parece que el art. 290.1 CP exige únicamente la capacidad potencial y abstracta para causar perjuicios económicos, no la causación de un peligro concreto de perjuicio patrimonial, en el sentido de la proximidad real de un perjuicio cierto y determinado¹¹⁰². Se presenta, por tanto, como un tipo de aptitud lesiva de provocación de perjuicios económicos a la sociedad, socios o terceros, de forma que la diferente gravedad de cada clase de peligro implícito en el tipo básico tiene asignada una pena que se graduará en el marco de uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses¹¹⁰³. El tipo agravado, en cambio, requiere la causación de un perjuicio económico o menoscabo patrimonial a la propia sociedad, a sus socios, accionistas o terceros¹¹⁰⁴, que

¹¹⁰⁰ Queralt Jiménez, J. J., *Derecho Penal Español...*, pág. 600. Señala este autor que no se trata de un delito de resultado cortado, sino de resultado ordinario, en el que el perjuicio no es en sí mismo jurídico-penalmente relevante.

¹¹⁰¹ Corcoy Bidasolo, M., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2011.

¹¹⁰² Arroyo Zapatero, L., “Los delitos societarios en el Proyecto de 1992”, cit. pág. 58. Tiedemann, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, cit. págs. 242-243. Tiedemann, K., *Poder económico y derecho*, cit. pág. 47: “*Querer aunar la incriminación de balances falsos e informaciones comerciales erróneas a la existencia de un daño, como sugiere el art. 294, hace superflua tal regulación. Hubiera sido más acertado no hacer toda esta reglamentación y remitirse a la estafa para casos como este*”. Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, ed. Aranzadi, págs. 99-101. Este autor lo designa como delito de peligro hipotético y plantea los matices que ha venido apuntando la doctrina, como Rodríguez Ramos, L. que lo designa como delito de peligro concreto. Muñoz Conde lo designa como delito de peligro. García de Enterría como delito de peligro abstracto.

¹¹⁰³ Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos...*cit. pág. 183.

¹¹⁰⁴ Queralt Jiménez, Joan, J., *Derecho Penal...*, cit. pág. 600. Concluye el autor que: “El art. 290 II ofrece un delito de resultado para cuya apreciación es necesaria la causación de un perjuicio patrimonial

coloca esta figura agravada en una posición en la que comparte un elemento común con el delito de estafa¹¹⁰⁵, como es la causación de perjuicios económicos, que dañan el patrimonio.

En la medida que la referencia es el potencial perjuicio patrimonial expresado en dinero, para su determinación es preciso por tanto atender al criterio del patrimonio. En consonancia con los sujetos pasivos comprendidos en el tipo, el perjuicio económico se debe referir consecuentemente a la potencial disminución del patrimonio de la sociedad, socios y terceros y no al perjuicio de los derechos políticos del accionista que quedan protegidos por otros delitos societarios, como son los comprendidos en los arts. 292 y 293 CP.

La amplitud del elemento “idoneidad” requiere plantear cuál es la interpretación del término perjuicio que responda a la naturaleza de este delito económico y a tal efecto se confrontan dos tesis doctrinales. Una vertiente doctrinal considera que se debe efectuar una interpretación estricta, de forma que se atenga al concepto de saldo total que se deriva de la estafa, mientras que otro sector considera que este delito societario se ha de interpretar en sentido amplio como simple peligro para el patrimonio¹¹⁰⁶.

La definición del perjuicio económico en sentido estricto se asimilaría al delito de estafa, es decir, como equivalente a la disminución del patrimonio no compensada con un beneficio parejo. En la búsqueda de una definición del concepto de patrimonio dentro de los contornos de la estafa, tanto la doctrina como la jurisprudencia desterraron la concepción jurídica fuertemente arraigada a los derechos subjetivos patrimoniales de orden civil y se dirigieron a la vertiente de corte económica, que englobaba el patrimonio como conjunto de bienes de valor económico¹¹⁰⁷. Tampoco el concepto puramente económico podía llegar a soluciones satisfactorias, por cuanto de alguna forma se debía recoger la relación del sujeto con el patrimonio. En este contexto nació la teoría mixta económico-jurídica que atendía

imputable objetivamente a medio de una falsedad contable idónea”. Señala este autor que no se trata de un delito de resultado cortado, sino de resultado ordinario.

¹¹⁰⁵ Foffani, L., “Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia”, cit. pág. 61. *En relación con el delito de falsedad de información societaria en Italia establece que: “...Con la relevancia otorgada al daño patrimonial individual como momento de consumación (resultado naturalístico) del delito, el tipo penal vuelve de nuevo a la matriz originaria de la estafa –de la cual se había ido separando ya desde la segunda mitad del siglo XIX tanto en Italia como en otros ordenamientos europeos- pero al mismo tiempo pierde su propia identidad y su razón de ser autónoma. El nexo de causalidad entre la falsa exposición (o información omitida) y una lesión patrimonial individualizable corre el riesgo de convertirse en el escollo contra el que está destinado a varar la comprobación procesal...”*.

¹¹⁰⁶ En sentido contrario, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico...* cit. pág. 209.

¹¹⁰⁷ Un resumen detallado sobre las posiciones sobre el concepto de patrimonio se contiene en Bajo Fernández, M., *Los Delitos de Estafa en el Código Penal...*, cit. págs. 21-29.

tanto a los bienes de valor económico como a la apariencia jurídica de los mismos¹¹⁰⁸. Esta última es la dominante en la actualidad tanto en la jurisprudencia como en la doctrina y toma como criterio el conocido como saldo contable, activo menos pasivo. El concepto de perjuicio económico se debe de interpretar como disminución efectiva del patrimonio o como "*cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del «saldo total», que acude a la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior*". Concretamente, se entiende como detrimento patrimonial, normalmente reflejo simultáneo del enriquecimiento por parte del autor o tercero.

La realidad es que en la aplicación casuística de este elemento, doctrina y jurisprudencia se apartan del criterio puramente contable y se proyectan sobre otros aspectos como son el quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación, atendiendo no solo a la valoración económica comparativa (saldo contable negativo), sino también a la incidencia de una valoración personal del mismo, a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado, la finalidad económica perseguida en la operación enjuiciada¹¹⁰⁹. Por lo tanto, este perjuicio alcanzaría a la disminución del patrimonio y a la frustración de los derechos de que se incrementa, sin necesidad de que exista un correlativo beneficio por parte de los administradores¹¹¹⁰. El concepto personal de patrimonio que se desarrolla con posterioridad por un sector minoritario de la doctrina y que atiende a la utilidad que tiene el patrimonio para el sujeto concreto, ha sido admitido por el Tribunal Supremo en el caso de la Colza¹¹¹¹.

Parece que esta interpretación estricta no se amolda a la naturaleza de este delito societario y que en la interpretación del mismo se deberían tener en cuenta las expectativas frustradas por parte de la sociedad, socios y terceros, de forma que en determinados

¹¹⁰⁸ Bajo Fernández, M., *Los Delitos de Estafa en el Código Penal...* cit. pág. 22. Fernández Teruelo, J.G., *Los Delitos societarios...*, cit. págs. 124 y 125.

¹¹⁰⁹ En la STS de 17 de julio de 2006, RJ 841/2006, se valora el elemento de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en el delito societario de administración desleal: "*En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no solo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada*" En el mismo sentido, la STS de 4 de marzo de 1996 se refiere a que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.

¹¹¹⁰ Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, 1996, pág. 101. Como ejemplo de la disminución del patrimonio alude el autor a la manipulación de las cuentas con el fin de repartir dividendos ficticios. Como ejemplo de la frustración de derechos estaría en sentido contrario la manipulación de las cuentas para evitar el reparto de dividendos a los socios o la causación de pérdidas que no permitan cumplir las obligaciones contraídas con terceros.

¹¹¹¹ Pastor Muñoz, N., "La evolución del concepto patrimonio de la mano del tipo de estafa", en *La Teoría del delito en la práctica penal económica* (dir. Silva Sánchez, J.Mª y Miró Linares, F.) 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid, pág. Bajo Fernández, M., en *Los Delitos de Estafa en el Código Penal...*, cit. págs. 24-25.

supuestos se pueden dar las circunstancias de que no disminuya su activo patrimonial, pero se resienta su imagen en el mercado y de forma consustancial sus expectativas de negocio¹¹¹². En el caso *Siemens* proveniente de la jurisprudencia alemana, se afirma que el daño patrimonial alcanza al peligro equivalente al perjuicio efectivo, posición que se sustenta en la idea de que cuando un valor patrimonial está en peligro disminuye el valor económico del conjunto del patrimonio y por este motivo, es necesario tener en cuenta que la diferenciación entonces entre peligro y pérdida patrimonial es tan solo cuantitativa y no cualitativa¹¹¹³. La puesta en peligro se contempla como equivalente al daño efectivo.

En los supuestos en los que se ha producido un perjuicio económico la doctrina se ha planteado los problemas concursales que pueden surgir con el delito de estafa. La redacción del art. 290 CP no tiene la estructura de un delito de estafa, ni en el tipo básico (art. 290.1 CP) ni en el tipo agravado (art. 290.2 CP), puesto que no exige que los elementos del tipo estén interrelacionados de una forma específica y en un orden determinado y no exige inducción al error, acto de disposición ni relación de causalidad. Del mismo modo, son diferentes los bienes protegidos, pues el de la estafa es individual, la lesión del patrimonio de un sujeto determinado, mientras que en el delito societario se protege con carácter principal un bien de carácter supraindividual, el deber de veracidad, y con carácter secundario el patrimonio, además que entraña un delito de peligro abstracto, cuyo injusto presupone un peligro potencial general. El art. 290 CP contempla un sujeto activo específico y unos documentos determinados como instrumento para la causación del perjuicio. Cada precepto tiene un ámbito de aplicación propio¹¹¹⁴.

¹¹¹² Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares, G.), edit. Thomson Reuters, 9ª edic, 2011, Pamplona, pág. 969. Córdoba Roda, J y García Arán, M., *Comentarios al Código Penal*, cit. 1086-1087. Subraya el autor que la doctrina ha elaborado otras interpretaciones alternativas que permiten incluir en el perjuicio típico la afección de intereses, derechos o valores que van más allá de la mera protección del patrimonio existente al momento de los hechos, como pueden ser las expectativas de beneficios, pero que hasta la fecha no han sido admitidas por la jurisprudencia, pero que serían necesarias para contemplar las inversiones de rentabilidad inferior a la que hubiera correspondido de acuerdo con una información societaria veraz.

¹¹¹³ Bacigalupo Zapater, E., “El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU)”, *Diario La Ley*, nº 7295, Sección Doctrina, 1 de diciembre de 2009, Año XXX. Bacigalupo explica en relación con el caso Siemens-KWU que el concepto de daño patrimonial alcanza, según el BGHSt, al peligro equivalente al perjuicio efectivo. Esta noción de perjuicio es explicable desde la perspectiva del elemento económico del patrimonio, sea que se admita un concepto puramente económico, jurídico-económico o personal de patrimonio. El ámbito de esta anticipación conceptual del perjuicio se modula al requerir al sujeto pasivo, después de la disposición patrimonial, ya no pueda impedir la producción del resultado perjudicial o que el perjuicio sea inminente porque ya es innecesaria la intervención del sujeto pasivo. El peligro del perjuicio solo será suficiente para la consumación cuando sea posible sostener fundadamente que se trata de un peligro equivalente al perjuicio patrimonial.

¹¹¹⁴ Faraldo Cabana, *El Delito Societario*.....cit. págs. 155 y 156.

Parte de la doctrina ha venido defendiendo que el delito societario del art. 290 responde al modelo de la estafa, de forma que la penalidad que resulta de aplicar el último párrafo del art. 290 puede llevar a un trato injustificadamente privilegiado¹¹¹⁵. La manipulación de documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad puede constituir un instrumento que permita constituir un engaño idóneo a efectos del delito de estafa. En los supuestos en los que mediante un documento de los contemplados en el art. 290 CP, párrafo primero, se engañe a determinados sujetos, de forma que estos lleven a cabo un acto de disposición patrimonial que conlleve un perjuicio económico, se aplica el concurso de delitos ideal o medial, ya que el injusto del art. 248 CP,

exige la lesión del patrimonio de los sujetos, no absorbe el art. 290.1 CP (peligro abstracto general)¹¹¹⁶. En los casos en los que concurren los elementos del tipo del art. 290,2º párrafo, este último sería norma subsidiaria y la norma principal sería la estafa en concurso con el art. 290.1 CP¹¹¹⁷. Si se cumplen todos los presupuestos del delito de estafa (art. 248 CP) y se utiliza el documento como medio para su comisión, el delito del art. 290.2 CP se ve desplazado por el complejo conformado por el art. 290.1 CP y el delito de estafa. De esta forma, el art. 290.2 CP quedaría para aquellos casos en que se cause perjuicio únicamente mediante una falsedad. En caso de que no concurren los presupuestos propios del delito de estafa, se aplicará el art. 290.2 CP como delito subsidiario.

3.2.- El elemento de la “idoneidad para causar perjuicio”.

La veracidad de la información económica contenida en las cuentas anuales tiene una importancia absoluta y se convierte en objeto de protección por el tipo del art. 290 CP cuando tiene capacidad de lesionar el patrimonio de los sujetos pasivos del delito. Este elemento de idoneidad constituye un elemento típico de aptitud que se comprende en el injusto, que ya se preveía en los proyectos de 1980, 1992 y 1994 y que exige examinar en el caso particular la situación de peligro en el que de forma hipotética se está situando el bien jurídico¹¹¹⁸. Este elemento presenta una singularidad frente al delito comprendido en el Cc

¹¹¹⁵ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales...* cit. pág. 142

¹¹¹⁶ Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal”...cit. pág. 131.

¹¹¹⁷ Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos...* cit. pág. 199. El hecho de que el perjuicio patrimonial tenga que ser objetivamente imputable a la falsedad en documentos sociales hace que este delito se confunda con una simple estafa.

¹¹¹⁸ En la tramitación parlamentaria este elemento referido a la idoneidad para causar perjuicio fue objeto de debate. El Diputado Sr. López Garrido planteó que debía ser suprimido “... Constituye una incongruencia este artículo 292, porque si lo comparamos con el artículo que más adelante debatiremos, el artículo 369 de este proyecto, sobre falsedades documentales, nos daremos cuenta de que resulta más

italiano, respecto del cual afirma Foffani que presenta unos límites más sólidos y visibles y en particular en términos objetivos¹¹¹⁹.

La consideración de la idoneidad para causar perjuicio como elemento del tipo del art. 290 CP ha dado lugar a un debate doctrinal sobre los parámetros que pueden permitir acotar el amplio término de “idoneidad”. Parte de la doctrina asemeja la interpretación de su alcance a través de la aplicación de los criterios desarrollados en torno al “engaño bastante” de la estafa y así ha considerado que la idoneidad exigida en el art. 290 del CP equivale a la idoneidad para inducir a error al sujeto pasivo según criterios de imputación objetiva, que permitirían así identificar si se trata de una conducta con la entidad suficiente para crear un

privilegiada la falsedad que se realiza en el seno de una sociedad mercantil que la que se realiza fuera de una sociedad mercantil nuestra enmienda pretende que se suprima ese inciso del artículo 292 que dice «para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero». Replica entonces el Sr. López Garrido en la página 15589 del Diario de Sesiones nº 512: Dice en la página siguiente (solamente con haber avanzado una página ya hubiera variado su percepción): Quizá la complejidad de los datos manejados en las grandes empresas que actúan en forma social haga difícil la constatación de la conducta falsaria. Y sigue diciendo: La exigencia penal de que las falsedades recaigan solo sobre ciertos elementos o de que revistan específicas características en su ejecución (que es lo que exige el artículo 292 en el informe de la Ponencia) puede ser solo un adición de condicionantes de la punición que --añade Tarradillos-- reducen a nada la eficacia de aquella (es decir, la eficacia de la norma penal) y pone al desnudo el papel legitimante de cierta técnica de tipificación cuya función real es asegurar la impunidad de las conductas que se dice perseguir. Si nosotros exigimos en el artículo 292 que se pruebe la finalidad de falseamiento de las cuentas, yo le aseguro que va a haber muchos casos de impunidad de las conductas que se dice perseguir. Y sigue diciendo en la página 72 Tarradillos: Idéntico efecto restrictivo puede tener la exigencia de que concurren requisitos especiales en el tipo subjetivo. El dolo solo debe abarcar la lesividad del engaño, pero no implica certeza del daño. Apoyándose en la primera y cuarta directiva de la Comunidad Europea, este libro se refiere específicamente al balance como elemento básico de información social. Quiero recordar al señor Mohedano que no estamos hablando de cualquier tipo de falsedad mercantil. Estamos hablando de la falsedad en el elemento más importante de información social, que son las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, como, por ejemplo, puede ser los balances; no cualquier cosa, sino aquello donde se basa la información veraz que tienen los socios o terceros sobre la situación de la sociedad; es decir, la piedra angular de la contabilidad. Hay un autor italiano, que se llama Di Nicola, que ha dicho, muy acertadamente, que prácticamente todos los delitos de cuello blanco de cierta relevancia requieren de la manipulación fraudulenta de los balances. Literalmente extrae una consecuencia este autor italiano que yo voy a repetir aquí. Dice Di Nicola: No se puede pretender llevar a buen término la lucha contra la criminalidad económica si no se comienza por golpear con decisión sobre el mecanismo de que se sirven los delincuentes económicos para el despliegue de su actividad delictiva; es decir, sobre la falsificación de balances --es decir, sobre la falsificación de cuentas. Este es el elemento básico que hay que combatir y, desde luego, si se exige que se pruebe una determinada finalidad, un dolo específico, no se podrá combatir adecuadamente. Por tanto, el señor Tarradillos Basoco --y sigo con el libro «Delitos Societarios»-- propone que esta figura delictiva se construya como un tipo de peligro y que, en el ámbito subjetivo, el dolo se limite a los elementos del tipo, sin requerirse el ánimo de lucro o de perjuicio concretos. Es decir, está dando en el clavo absolutamente con lo que nosotros pretendemos en esta enmienda. Dice Tarradillos: El dolo debe limitarse a los elementos del tipo (que es lo que decimos nosotros aquí), sin que se requiera el ánimo de lucro o de perjuicio concretos. No debe requerirse este ánimo, sin embargo, lo requiere el artículo 292. Habla de causar un perjuicio económico. Sigue diciendo Tarradillos: Y sin que haya que recurrir, por tanto, ante las dificultades de prueba al dolo eventual. Esto supone unas enormes dificultades de prueba”.

¹¹¹⁹ Foffani, L., “Delitos societarios”, cit. pág. 64.

riesgo típicamente relevante de afección al bien jurídico penalmente protegido¹¹²⁰. Otra parte de la doctrina considera que no es suficiente que concurren estas circunstancias fácticas y condiciones jurídicas propias de la conexión de los elementos del engaño y el error la estafa, sino que es necesario añadir la potencial capacidad para producir un perjuicio¹¹²¹. Efectivamente, esta última postura doctrinal es la que recoge y se adapta verdaderamente a la naturaleza del tipo, al exigir que concorra la capacidad de causar un perjuicio, solución a la que creo que se debe llegar igualmente atendiendo al bien jurídico objeto de protección constituido en la veracidad de la información societaria a la que se accede a través del cumplimiento del deber extrapenal y no tanto el derecho de aquellos que deben recibir la información. Además, se puede entender que dicha exigencia de la estafa de que debe existir una inmediatez entre el engaño y la víctima del mismo que dé lugar a un error que a su vez provoque el acto de disposición, no tiene cabida como tal en el tipo comprendido en el art. 290 CP. En apoyo de esta vertiente, da un paso más Gallego Soler¹¹²², cuando mantiene que la puesta en peligro del patrimonio puede concebirse como un supuesto específico de perjuicio patrimonial que opera, generalmente, en el ámbito de los negocios jurídicos sinalagmáticos.

En estos términos, se puede afirmar que consiste en un elemento de aptitud para la producción del daño, es decir, un elemento de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del sujeto que debe poder ser objetivamente imputada al mismo. Lo que es idóneo se puede equiparar a lo que es hipotéticamente apto o eficaz. En consecuencia, la determinación de lo que tiene el carácter de idóneo ha de someterse a criterios objetivos y ostensibles¹¹²³, que permitan discernir las conductas que son relevantes desde el punto de vista penal por ser idóneas para causar un perjuicio económico. La idoneidad debe

¹¹²⁰ Faraldo Cabana, P., *Los delitos societarios*...cit. págs. 133-134. Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta...”...cit. pág. 63. Concreta la autora que la idoneidad se puede describir como: “la capacidad cierta de la acción para incidir en el tráfico económico de la sociedad, tratándose de una idoneidad material.....”. Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*...cit. pág. 57. Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos*...cit. pág. 183., que ha de ser material y no formal, porque solo así pueden verse amenazados los bienes jurídicos protegidos.

¹¹²¹ Núñez Castaño, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”...cit. pág. 87.

¹¹²² Gallego Soler, José-Ignacio, “Política criminal en materia de delitos societarios”, en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal Español de 1995* (dir. Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S.), 2006, págs. 233-234, Cit. 40. De este modo, si alguien adquiere acciones o participaciones sociales hipervaloradas porque la documentación contable de la sociedad es falsa, evidentemente se está perjudicando patrimonialmente; si alguien contrae obligaciones con una entidad en el convencimiento de que se trata de una sociedad saneada, a la vista de su contabilidad, obviamente se le ha irrogado un perjuicio económico desde el momento en que el valor intersubjetivo del derecho de crédito en el mercado no se corresponde con el valor final de la obligación adquirida.

Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta...”...cit. pág. 64.

¹¹²³ Mir Puig, S., *Derecho Penal*...cit. págs. 258 y ss.

predicarse de la forma en la que se realiza la conducta de manipulación de los documentos objeto del tipo. Como guía que indica las conductas de entidad delictiva, se presenta como una condición determinante y ciertamente compleja de delimitación puesto que en alguna medida, se valora en abstracto, en un plano hipotético, siendo suficiente que se puedan producir perjuicios sin necesidad de que efectivamente se lleguen a materializar y que por tanto exista un potencial peligro para el patrimonio como bien jurídico protegido con carácter secundario. Este elemento de aptitud lesiva es de carácter «relativo» en el sentido de que requiere una valoración concreta en cada caso del riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico¹¹²⁴.

El juicio que debemos emitir entonces es si la acción llevada a cabo por el sujeto podría de forma hipotética causar un perjuicio económico a la sociedad¹¹²⁵, de modo que la acción ha de comprender un riesgo esencial implícito y objetivo y una capacidad cierta para incidir en el tráfico económico de la sociedad¹¹²⁶. Esto nos indica que la idoneidad exige que el documento haya entrado en el tráfico¹¹²⁷ y constituye el elemento que delimita las conductas típicas de aquellas que no lo son, ya que solo podrán considerarse conductas esenciales constitutivas de delito aquellas que sean idóneas para causar un perjuicio económico. Por el contrario, no se consideran penalmente relevantes las alteraciones contables que son fácilmente apreciables y burdas. La alteración para ser relevante tiene que ser técnicamente compleja y sustancial. Las manipulaciones documentales “no idóneas” para causar tal perjuicio¹¹²⁸ no tienen relevancia penal, como tampoco la tienen aquellas otras que, una vez realizadas de “forma idónea”, no tiendan a causar tales perjuicios económicos a los sujetos pasivos del delito. Por lo tanto, existe un elemento finalista consistente en el especial motivo o intención de causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero. No hay tal elemento subjetivo¹¹²⁹.

Existen opiniones doctrinales que entienden que se trata de un elemento superfluo, dado que no añade nada diferente de lo que exige la acción típica al presuponer que la

¹¹²⁴ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 213.

¹¹²⁵ En la SAP de Madrid de 29 de enero de 2009, ARP 2009 674 se afirma que: “*El maquillaje contable no supone ningún perjuicio directo a la sociedad, pues no se ha distraído de la misma ningún bien ni se ha impedido la entrada de fondos, ni con la misma se oculta una distracción patrimonial, ni a los socios, que no se han visto privados de ningún tipo de consecuencia patrimonial favorable ni obligados a asumir ningún desequilibrio patrimonial oculto*”.

¹¹²⁶ Del Rosal Blasco, B., “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal”....cit. pág. 130. El Código Penal ha suprimido el elemento subjetivo, presente en el PLOCP 1994: “para causar un perjuicio económico...”.

¹¹²⁷ Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos*....cit. pág. 183.

¹¹²⁸ Bacigalupo, E., “Los delitos societarios en el nuevo Código penal”..., cit. pág. 429.

¹¹²⁹ Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta”...cit. pág. 62.

información no refleja la imagen fiel¹¹³⁰, pero lo cierto es que no debemos olvidar que el elemento de la imagen fiel aplica en el marco solo de las cuentas anuales y no satisface desde el punto de vista penal el plus de gravedad que justifica la aplicación del tipo. Lo que sí que es cierto es que el análisis del elemento de la idoneidad que se ha de efectuar en el marco del art. 290 CP debe seguir un análisis, en el que se debe determinar cuál ha sido el proceso de elaboración de las cuentas y determinar si verdaderamente las irregularidades que las mismas pueden presentar son suficientes como para causar un equívoco sobre la situación económica de la sociedad. La evaluación de la fidelidad de la información presentada requiere entonces determinar en primer lugar cuál ha sido el proceso contable, detectar las partidas en las que se ha podido incurrir en una manipulación, entender la aplicación del principio o los principios contables en los que se ha justificado la inclusión u omisión de dichas partidas y finalmente, concluir si la aplicación de los principios se ha ajustado a la normativa aplicable. En todo caso, el análisis de las circunstancias a valorar es totalmente casuístico y así lo han puesto de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo¹¹³¹.

Con estas coordenadas, se puede entender que el sentido del tipo comprende la confección de unas cuentas anuales que no sean veraces por haber sido confeccionadas fraudulentamente desconociendo gravemente lo dispuesto por la norma extrapenal, lo que conlleva que no pueden cumplir su objetivo informativo y por ello el patrimonio de los interesados sociedad, socios y terceros sufre un potencial perjuicio económico¹¹³², en definitiva, se ha generado una situación de verdadero riesgo, un peligro en términos abstractos de producción de un perjuicio económico a la sociedad, socios y terceros.

¹¹³⁰ Bacigalupo, E., "El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)...cit. pág. 165.

¹¹³¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 2006, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo (CASO AVA), se establece que: "En todo caso, lo que no ofrece duda alguna es que el documento de que tratamos no reúne la exigencia de ser «idóneo» para perjudicar a los terceros denunciadores, por sí mismo y por su propio contenido. El riesgo de que estos fueran desposeídos de parte de su patrimonio, no lo constituye el otorgamiento de poderes.....". En relación con la valoración de este elemento, apunto igualmente las STSS 865/2005, de 24 de junio; 1117/2004, 11 de octubre y 1318/2000.

¹¹³² Faraldo Cabana, P., "Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta..."...cit. pág. 65. Faraldo Cabana considera que no puede estimarse cometido el delito en un caso en que no se recogió en la contabilidad la existencia de un crédito que constaba a los socios y que se recogía en las auditorías. Se considera relevante el recoger en las cuentas de la sociedad menos beneficios de los realmente obtenidos, ya que se dificulta la reclamación de cantidades realmente debidas a los perjudicados, que consistían en un tanto por ciento de esos beneficios.

En el caso de que se produzca el perjuicio, entonces se aplicará el tipo cualificado que constituye un delito de lesión, en la medida en que más allá de la idoneidad del tipo básico¹¹³³.

La idoneidad debe ser acreditada¹¹³⁴. Con independencia de que se haya constatado que las cuentas o demás documentos no reflejen inicialmente la imagen fiel de la sociedad, si no consta acreditado que las irregularidades cometidas han supuesto, de forma potencial o real, detrimento alguno en el patrimonio de la sociedad, de otros socios o de un tercero, procede absolver por el delito imputado¹¹³⁵.

En definitiva, estas indicaciones relativas al elemento de idoneidad se traducen a nivel práctico en que el tipo exige que exista una relación de causalidad hipotética entre la conducta y el perjuicio económico que potencialmente se podría haber ocasionado. Se debe así determinar si los daños y perjuicios potenciales o efectivamente sufridos son consecuencia de la acción típicamente relevante de incumplimiento del deber por parte de los administradores en términos de causalidad. Por lo tanto, habrá que evaluar la presunta conducta de manipulación de documentos societarios y determinar la frontera entre el riesgo permitido y el riesgo típicamente desaprobado para concluir en qué medida dicha conducta podría acarrear la causación de perjuicios económicos en términos de imputación objetiva¹¹³⁶. Esta relación de causalidad entre la conducta llevada a cabo por el sujeto activo

¹¹³³ Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales...*cit. pág. 26. Este tipo agravado tiene similitudes con la estafa, lo que dificulta su aplicación y obliga a realizar un análisis de los puntos en los que confluyen ambos tipos. Indica la autora que la puesta en peligro del patrimonio a través de la publicación de datos falsos relativos a la situación de la sociedad, o a las personas que la integran o dirigen, constituyen un supuesto sumamente próximo a la tentativa de estafa. Bacigalupo, E., “Los delitos societarios en el nuevo Código penal”...cit. pág. 430: “Poco claro es el segundo párrafo del art. 290....El legislador no dice quién es el sujeto pasivo de este perjuicio. Pero es claro que solo puede serlo la sociedad, dado que si el perjuicio se causa a los socios o a terceros, por regla general estaremos ante otro delito, ahora de estafa, que concurrirá realmente el del art. 290 CP. Carecería de todo sentido político-criminal convertir una estafa sobreviviente en una mera circunstancia agravante del art. 290 CP”. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Tratamiento Penal de la Información societaria inveraz*, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2003, pág. 71.

¹¹³⁴ La STS de fecha 14 de abril de 2004, RJ 2003/4659 indica que no cabe apreciar la conducta del art. 290 CP porque no se acredita el supuesto perjuicio pretendido o alcanzado. La SAP de Zaragoza de fecha 11 de junio de 2010. ARP 2010/1307 se refiere a un supuesto en el que en las cuentas se oculta una importante deuda con la Seguridad Social pero no se acredita el perjuicio ni la idoneidad material necesaria para causar dicho perjuicio, sino que se trata de una conducta en la que persiste el engaño antecedente que ya había producido un desplazamiento patrimonial.

¹¹³⁵ Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta...”...cit. pág. 64. Como señala la SAP 157/2003 AP Asturias 29 mayo (ARP 2003, 478) , sec. 2ª : “al igual que en el delito de estafa la idoneidad forma parte del engaño, a modo de riesgo implícito, objetivo y específico de provocar un error de consecuencias patrimoniales perjudiciales, también en el delito de falsedad societaria el riesgo de que se produzca un perjuicio patrimonial, aun sin mediar error, forma parte de la acción típica”.

¹¹³⁶ En el marco del derecho penal económico el concepto de causalidad puede tener una complejidad mayor al determinar los factores causales y las consecuencias lesivas y las relaciones entre unos y otros.

y la situación de peligro patrimonial únicamente se puede valorar en el plano objetivo por medio de la aplicación de criterios de imputación objetiva, que el juzgador deberá evaluar desde una perspectiva *ex ante*. Se debe acudir, por tanto, a criterios de imputación objetiva para determinar si las circunstancias concurrentes permiten calificar la conducta como idónea. Se deberá no solo constatar *ex ante* que se lleva a cabo la conducta típica, sino también hacer un análisis ulterior de que la misma es idónea para causar perjuicio. Los parámetros que se han de utilizar para enjuiciar su concurrencia se pueden extraer no solo de la dicción de la norma, de su interpretación por la doctrina penalista y por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sino también de la doctrina jurisprudencial sentada en los últimos años por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con asuntos de responsabilidad extracontractual de los auditores, como se analizará a continuación.

3.3.- Apuntes sobre causalidad y la teoría de la imputación objetiva en el marco de la responsabilidad penal.

Roxin, partiendo de la formulación de Honig precisa que lo determinante para la imputación no es la “*posibilidad de dominio mediante la voluntad humana como facticidad del poder*”, sino la creación por parte del autor de un riesgo jurídicamente relevante (no permitido): “*si se ve la misión del trabajo de la dogmática penal en la imputación de resultados, y se hace depender esa imputación de la infracción de las exigencias de la norma, la consecuencia inevitable es que una conducta ajustada a las existencias de deber del tipo no puede dirigirse objetivamente a la producción del resultado típico. Si a pesar de ello se realiza el resultado típico, no se tratará de la obra del autor sino de una casualidad*”¹¹³⁷.

La contribución de Roxin difunde y sienta las bases de la formulación de la teoría asumida por la doctrina dominante¹¹³⁸: para la imputación no son suficientes ni la causalidad ni la previsibilidad del resultado, sino que se requiere que el resultado aparezca como realización del riesgo no permitido creado por el autor. Roxin introduce los términos de creación de riesgo no permitido y fin de protección de la norma, de contenido normativo. El desarrollo de la teoría de la imputación objetiva conforme a este concepto permite

Silva Sánchez, J. M^a, *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, (dir. Silva Sánchez, J.M^a. y Miró Linares, F.), 1^a edic, 2013, La Ley, Madrid, pág. 17. La frontera entre el riesgo permitido y el riesgo típicamente desaprobado es la cuestión que ha de obtener respuesta.

¹¹³⁷ Requena Julián, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio*....cit. pág. 158.

¹¹³⁸ Mir Puig, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05 (2003), pág. 4. Requena Julián, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio*...cit. pág. 215.

fundamentar la falta de imputación en relación con conductas de disminución de riesgos y conductas neutras¹¹³⁹. Esta teoría también explica la relación que debe mediar entre acción y resultado y ha supuesto un remplazo de la relación de causalidad que hasta entonces se fundamentaba en bases naturales añadiendo criterios normativos, de modo que la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Roxin ha explicado que un resultado causado por un agente solo se le puede imputar a este si su conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha materializado en el caso concreto. Con carácter general, si el resultado se deriva de la realización de un peligro creado por el autor, el resultado será imputable. Excepcionalmente, se puede excluir la imputación si el alcance del tipo penal no abarcaba la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

La teoría de Jakobs sobre la imputación objetiva difiere de la de Roxin. Las garantías normativas del Derecho no pueden evitar todos los daños, sino que se circunscriben a determinadas personas que en un contexto de interacción social tienen una determinada posición, de acuerdo con un determinado rol. El objetivo es imputar las desviaciones respecto de las expectativas que suscita el portador del rol. En toda lesión o daño, pueden participar, además de la víctima y el autor, terceras personas. Se debe determinar quién quebrantó su rol por haberlo administrado deficientemente. Si todos han cumplido el rol, no puede haber imputación, ya que el resultado habrá sido fortuito. Si fue la víctima quien quebrantó su rol, el resultado será imputable a ella. Solo se podrá imputar el resultado a terceros, cuando sean ellos quienes hayan quebrantado su rol y como consecuencia de dicha infracción se ha causado el resultado dañoso. Las instituciones dogmáticas desarrolladas por Jakobs pueden ser aplicadas a las conductas omisivas y a las activas. En los casos omisivos, solo responden de la consecuencia lesiva quienes sean titulares de una posición de garantía. En la omisión, los límites de los roles son los límites de la responsabilidad. Si actuó dentro del rol no se responde del curso lesivo que provocó el daño, aunque hubiera podido evitarlo. Por otro lado, en el ámbito de la comisión es preciso describir los límites de los roles, de forma similar a las posiciones de garantía, de forma que la imputación de un curso lesivo, aun cuando haya sido causado de un modo evitable, solo se produce si los límites son trasvasados. Esta delimitación la realiza Jakobs a través de cuatro figuras: el riesgo permitido; el principio de confianza; la prohibición de regreso y la competencia de la víctima. Jakobs divide la teoría de la imputación objetiva en dos estadios. En el primero, se califica el comportamiento como típico. En este nivel se deben analizar cuatro instituciones que deben llevar al análisis del juicio de tipicidad: principio de

¹¹³⁹ Requena Julián, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio...cit.* pág. 216.

confianza, comportamiento de la víctima, riesgo permitido y prohibición de regreso. En el segundo, referido al ámbito de los delitos de resultado, se debe determinar si desde el punto de vista objetivo el resultado deriva del comportamiento¹¹⁴⁰.

En la doctrina española Mir Puig afirma que la imputación objetiva no equivale a la comprobación de todo el tipo objetivo sino solo a la afirmación de las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro descrita en el tipo mediante la exigencia de determinados elementos específicos¹¹⁴¹. Como explica este autor, la imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En su aplicación, la imputación objetiva trasciende de ser una fórmula de imputación del resultado al autor como obra suya y se adentra en la tesis de que cabe equiparar imputación objetiva a toda la imputación de la parte objetiva del tipo¹¹⁴². Si se parte de que la imputación objetiva y la imputación subjetiva son necesarias para poder vincular al autor con el resultado típico, también son necesarias para constituir el tipo de delito, el aspecto del injusto. La imputación objetiva exige el desvalor objetivo de la conducta requerido por el tipo o por falta del desvalor del resultado típico (el peligro inherente en la conducta no se materializa en el resultado). En los delitos de acción la teoría de la imputación objetiva exige que la conducta típica cree un riesgo jurídicamente desaprobado *ex ante*, como elemento que afecta a la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo (se excluye este elemento en los supuestos de disminución y ausencia de riesgo, así como en los casos de riesgos socialmente adecuados propios de la actividad), y que se realice en el resultado, como elemento que condiciona el desvalor del resultado, al igual que la relación de causalidad (se excluye en supuestos de interrupción del curso causal por intervenciones posteriores imprevisibles de la víctima o terceros¹¹⁴³).

La imputación objetiva implica un juicio por el que se puede imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material. La conducta que realice la parte objetiva del tipo en los tipos de autoría requiere además de la relación de riesgo que el hecho pueda imputarse al sujeto como suyo, es decir, una relación de pertenencia al autor¹¹⁴⁴. En los delitos de comisión por omisión la imputación objetiva no requiere una propia causación del resultado, sino que de haber actuado el sujeto, hubiera impedido el

¹¹⁴⁰ Jakobs, G, *Derecho Penal...*cit. pág. 225.

¹¹⁴¹ Mir Puig, S., Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 05/05 (2003), pág.8.

¹¹⁴² *Ibid.*, pág.9.

¹¹⁴³ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General...*pág. 254.

¹¹⁴⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General...*pág. 254.

resultado. Estos tipos de comisión por omisión requieren algo diferente a la relación de riesgo: la posición de garante¹¹⁴⁵. Se excluye así la imputación objetiva en los casos en los que no hay riesgo relevante o en los que hay riesgo permitido¹¹⁴⁶.

Gimbernat afirma que la imputación objetiva es, positivamente, un elemento normativo del tipo y, negativamente, un elemento del tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras que estos son mencionados expresamente por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada, sin perjuicio de lo cual es un elemento del tipo¹¹⁴⁷.

En la jurisprudencia española la sentencia pionera en hacer alusión a la imputación objetiva es la referida al caso Colza, en el que se plantea la imputación de los administradores que han actuado por medio de terceros. Se inicia así el desarrollo de un proceso de normativización en el que la imputación objetiva cobra un aspecto nuclear en el marco de la tipicidad, hasta el punto de que se equipara la desvaloración del comportamiento como riesgo no permitido al significado normativo del injusto típico¹¹⁴⁸.

En los delitos de lesión la determinación de la causalidad es ciertamente compleja, en contraposición con los delitos de actividad en los que se limita a la realización de la acción, ya que no existe un resultado ni por tanto un problema de causalidad. En el caso de los delitos de idoneidad, aptitud o peligro potencial, la doctrina española¹¹⁴⁹ y la alemana¹¹⁵⁰ admiten que se han de aplicar criterios de imputación objetiva en el marco de los delitos de peligro abstracto para determinar el elemento de la idoneidad. La aplicación de los criterios de imputación en delitos de peligro abstracto contra el medio ambiente ha permitido desarrollar un cuerpo de doctrina referente al elemento de idoneidad para causar

¹¹⁴⁵ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*.....pág. 259.

¹¹⁴⁶ Mir Puig, S., Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 05/05 (2003), pág.15.

¹¹⁴⁷ Gimbernat Ordeig, E., “¿Qué es la imputación objetiva?”, págs. 175-176.

¹¹⁴⁸ Feijoo Sánchez, B., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares” en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*....., pág. 109. Miró Linares, F., “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I). Tipo objetivo”, en AAVV. *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, (dir. Silva Sánchez, J.Mª y Miró Linares, F.), 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid, págs. 87-95.

¹¹⁴⁹ Miró Linares, F., “Derecho penal económico-empresarial....., cit. págs. 98. En este ámbito tan regulado como el Derecho penal económico-empresarial, es preciso acudir a la normativa extrapenal para conocer en la mayoría de los casos el ámbito de “lo permitido”.

¹¹⁵⁰ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*..... cit.pág. 135. Indica el autor que estos delitos simplifican la prueba de la causalidad y en relación con los delitos de lesión, adelantan la punibilidad.

perjuicio, por el que se afirma que: “basta una causalidad general o estadística para verificar “la idoneidad” que tienen para causar daños”¹¹⁵¹.

La determinación de que concurre el elemento de “idoneidad para causar perjuicio” en el supuesto del art. 290.I CP o el efectivo perjuicio en el caso del art. 290.II CP requerirá la comprobación de los presupuestos exigidos para la imputación objetiva.

La causalidad es la condición mínima de la imputación objetiva del resultado. Solo inicialmente, el resultado puede imputarse a un sujeto de acuerdo al criterio de causalidad que debe aplicarse de forma objetiva. La teoría de la equivalencia de condiciones considera que todas las condiciones que provocan el resultado tienen el mismo valor (*condicio sine qua non*). De este modo, toda acción que aporta una condición comprendería el tipo objetivo. Esta teoría en la actualidad ha sido superada. El Tribunal Supremo ha utilizado criterios como la causalidad eficiente, principal, primera y eficiente, con relevancia y poder mayor e interrupción del nexo causal¹¹⁵². El desarrollo de esta teoría permitió el nacimiento de la teoría de la adecuación, en virtud de la cual solo es relevante la condición que conforme a experiencia y objetivamente es apropiada para producir un resultado. La previsibilidad tiene que ser determinada a través de un juicio ex ante. De los parámetros de ambas teorías se desprende que el resultado no está unido a la mera causación, sino solo a peligros que crea el autor por medio de su acción. Igualmente, se puede extraer que la medida del peligro no es cuantificable¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ Miró Linares, F., “Derecho penal económico-empresarial....”, cit. págs. 96. En relación con los delitos contra el medio ambiente en los que se contempla el elemento de la idoneidad, el TS descarta la necesidad de un resultado delictivo de lesión o de peligro, pero no la imputación objetiva, dado que exige la idoneidad de la conducta para la causación del riesgo jurídicamente desaprobado. El Alto Tribunal profundiza en la idea de la idoneidad del riesgo y declara que: “la situación de peligro no sería elemento del tipo, pero sí lo sería la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro”. La STS de 19 de abril de 2010, Sala 2ª 289/2010, señala que bastará con la peligrosidad de la conducta, es decir, “con el pronóstico de causalidad” en relación con un resultado lesivo hipotético. Se tratará de un proceso de valoración del juez conforme a criterios normativos que relacionen la conducta con lo que se pretende evitar. De este modo, la imputación objetiva o la exigencia de una desvaloración del comportamiento en términos de peligrosidad, se configura tal y como entiende la doctrina mayoritaria en la actualidad, como algo más que un nexo entre acción típica y resultado, como el propio significado normativo del injusto típico. Con los presupuestos esenciales de la teoría de la imputación objetiva, el Tribunal Supremo acentúa la lógica tendencia normativizadora y preserva el principio de intervención mínima en relación con los delitos de peligro abstracto o hipotético en los que más necesario parece limitar con criterios teleológicos el ámbito del injusto penal. La tipicidad exige una valoración de la relación de peligro entre la conducta y el objeto de protección que resulta más problemática aunque no inexistente en los delitos de peligro abstracto y menos en los delitos de peligro concreto donde la valoración de la existencia de un riesgo tiene que concretarse (ex post) sobre un bien jurídico individual. El Tribunal Supremo utiliza la teoría de la imputación objetiva para relacionar conducta con resultado de riesgo y para concretar cuándo la tipicidad de la acción existe cuando se genera un riesgo no permitido socialmente.

¹¹⁵² Mir Puig, S., *Derecho Penal*...cit. pág. 251.

¹¹⁵³ Stratenwearth, G., *Derecho Penal*.....cit. págs. 150 y ss.

La mera verificación de la causalidad natural se muestra insuficiente para la atribución del resultado. La teoría de la imputación objetiva recoge los parámetros de dichas tesis en relación con la causalidad material, que debe concurrir en todo delito de acción y concreta cuándo una conducta se debe considerar causante de un resultado típico en la parte objetiva del tipo. En este punto debemos subrayar que los criterios de imputación objetiva desarrollados en el marco de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad asumida por los auditores de cuentas, pueden aportar elementos útiles para definir los elementos de perjuicio e idoneidad contenido en el tipo del art. 290 CP y que por lo tanto, con el cuidado que exige la mención de los mismos en el ámbito penal, se irán integrando en los distintos apartados.

3.4.- Causalidad y teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil.

Sin perjuicio de que la aplicación e interpretación del elemento del tipo se ha de efectuar obviamente conforme a criterios de imputación de índole penal, no debe pasar por alto que en el marco de la jurisprudencia civil se ha desarrollado de forma paralela y refleja un cuerpo de doctrina muy consolidado en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, que presenta tales coincidencias que puede ofrecer parámetros válidos para evaluar la imputación de conductas relativas a la manipulación de las cuentas anuales. En este sentido, me refiero a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo recientemente en las que se ha tratado la responsabilidad de los auditores por la emisión de informes de auditoría de las cuentas anuales de entidades de diversa naturaleza¹¹⁵⁴. La doctrina jurisprudencial que consolidan estas sentencias explica por qué la causalidad natural debe ser limitada de acuerdo con criterios jurídicos de imputación objetiva que permiten contraer la responsabilidad a aquellos casos en los que el incumplimiento del deber verdaderamente se ha de considerar causa del perjuicio. El examen de esta jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se plantea sumamente interesante pues el núcleo de estas sentencias es común al planteado en la Sala de lo Penal, es decir, la relación de causalidad, y además, la mecánica o proceso para determinar la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil son equivalentes a las que se habrían de aplicar para examinar si concurre el presupuesto de idoneidad para causar un perjuicio (por tanto, causalidad hipotética) exigido por el art. 290 del Código Penal. Estas resoluciones han entrado en el análisis casuístico de

¹¹⁵⁴ Entre las sentencias dictadas sobre esta materia por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se puede citar a título ejemplificativo las sentencias nº 798/2008, de 9 de octubre, y nº 869/2008, de 14 de octubre, así como la sentencia de 16 de mayo de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

esta materia ateniéndose a los diferentes enfoques planteados por los demandantes, lo que ha obligado a desgranar las circunstancias concurrentes en cada uno de los asuntos tratados.

Con independencia del examen casuístico que comprenden, no se puede obviar que en todas las sentencias se efectúa un análisis pormenorizado de la relación de causalidad entre la conducta incumplidora del auditor y el daño. En definitiva, en todas ellas se hace un examen detallado de la relación de causalidad entre la conducta incumplidora y el daño desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, en virtud de la cual, la causa de determinado resultado es atribuible al auditor cuando objetivamente es imputable de acuerdo con criterios normativos. Este ejercicio cabe efectuarlo teniendo en cuenta que los criterios no son aplicables con el mismo alcance en el orden civil y en el orden penal, ya que en las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se hace referencia en determinados aspectos a cuestiones que no pueden tener aplicación en el campo penal como son las reglas de la carga de la prueba, y criterios que tienen diferente alcance en uno y otro orden como pueden ser el incremento del riesgo, la concurrencia de culpas y el alcance de protección de la norma¹¹⁵⁵. Efectuado este apunte, se puede adelantar también que en el marco de esta tesis no es posible entrar a realizar una verdadera comparativa del desarrollo de criterios por parte de una y otra Sala, ya que por sí mismo constituiría este ejercicio un tema único de tesis, pero sí cabe recoger datos relevantes del análisis casuístico llevado a cabo en diferentes procedimientos en los que se ha valorado directa o colateralmente cuestiones que se plantean en el análisis de conductas de manipulación de información económica de la sociedad contenida en las cuentas anuales, a través de un elemento determinante de dicho proceso como es el informe de auditoría.

A los efectos únicamente de poder introducir los criterios desarrollados por la jurisprudencia respecto de la causalidad referida a la actuación de auditores de cuentas en asuntos en los que se han manipulado las cuentas anuales, esbozaré de forma muy somera el planteamiento de la causalidad desarrollado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el marco de la responsabilidad civil.

En el ámbito civil, la concurrencia de la responsabilidad civil exige la existencia de un nexo causal entre el comportamiento culpable del auditor y el daño producido. De los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, este tiene una singular relevancia. Se ha de determinar cuándo la pérdida patrimonial es consecuencia del informe defectuoso

¹¹⁵⁵ Roxin, C., Problemas básicos del Derecho Penal, Traduc. Luzón Peña, D.M., edit. Reus, S.A., 1976, págs. 136-141.

(nexo de causalidad) o cuando ha sido debido al riesgo inherente a todos los negocios o a circunstancias diversas¹¹⁵⁶. El elemento de la relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños causados es diverso en el marco contractual y en el marco extracontractual, en el que los terceros son ajenos a las contraprestaciones que se derivan de la relación contractual. Señala Díez Picazo, que el concepto de causalidad en materia de responsabilidad civil se proyecta en dos direcciones. Por un lado, pretende encontrar la razón por la cual el daño puede ligarse con una determinada persona, que es quien deberá indemnizar el daño que cause a otro (art. 1902 CC). Por otro lado, de forma inversa, pretende relacionar al daño con la persona, pues se debe indemnizar “el daño causado”¹¹⁵⁷.

La relación de causalidad es un presupuesto determinante en el marco de la responsabilidad extracontractual y se compone de elementos fácticos y circunstanciales, por un lado, y de elementos jurídicos, por otro lado. Este problema causal es más complejo cuando los hechos dañosos son el resultado de una pluralidad de circunstancias denominadas “concausas” o “causas adicionales”, pues el daño puede ser el resultado de una conjunción o yuxtaposición de condiciones, de forma que la suma de todas ellas desemboca en el resultado dañoso. En este caso, señala Díez Picazo que es indiferente que cada una de las *concausas* haya seguido anteriormente un curso independiente o que se haya puesto en juego mediante una acción de consumo. Existen también supuestos en los que existe una cadena causal, en la que cada una de las circunstancias produce por sí misma un daño y este causa otro posterior, y así sucesivamente. Se plantea en ambos supuestos la imputación de quién debe indemnizar y los límites del debe indemnizar por el autor de una de las sucesivas condiciones¹¹⁵⁸. La determinación de la causalidad también se revela más complicada debido a la complejidad de las actividades económicas.

La doctrina jurisprudencial en torno a la relación de causalidad ha evolucionado desde la primitiva teoría de la equivalencia de las condiciones, teniendo en cuenta diversas teorías como la de la causalidad adecuada y otras de análoga significación, pero sin tomar partido de forma unánime a ninguna de ellas. Las distintas teorías relativas a la relación de causalidad se han centrado en concretar este elemento con el fin de determinar si el acto antecedente es suficientemente relevante y tiene la virtualidad de considerarse causa del resultado dañoso. Se trata de delimitar la infinidad de causas que pueden haber contribuido a la causación de un resultado y encadenarlas de forma que se pueda determinar cuáles son las que verdaderamente se pueden considerar relevantes en términos de responsabilidad.

¹¹⁵⁶ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas ...*, pág. 358.

¹¹⁵⁷ Díez Picazo, L., *Derecho de Daños...*, pág. 331.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 332.

Este análisis es común al ámbito civil y penal, puesto que la estructura de la responsabilidad en el caso de delitos de resultado es equiparable a la responsabilidad civil que presupone la causación de un resultado dañoso.

La Sala de lo Civil utiliza dos criterios de causalidad en la concreción del nexo causal, *conditio sine qua non* y equivalencia de condiciones, que se adentran en la evaluación de esta cuestión de hecho, que se extrae del relato de hechos y que permite hacer una primera delimitación de las causas naturales. En este primer estadio o “plano fenomenológico” se entra en el análisis de cuestiones de carácter fáctico que representan una sucesión de acontecimientos extraídos de la prueba. La teoría de la “*conditio sine qua non*” se basa en la regla de que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado, de forma que causa es la condición *sine qua non* del daño, que si falta daría lugar a que el resultado dañoso no se produzca. Si desaparece la causa, desaparece la consecuencia. La omisión en el marco de esta teoría se constituye en condición *sine qua non* cuando producido el hecho positivo omitido, el daño no se habría producido y si se hubiera producido de todas formas no es una *conditio sine qua non*¹¹⁵⁹. La teoría de la “equivalencia de condiciones” por su parte dispone que en el caso de concurrencia de varias causas, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también. Esta doctrina de la equivalencia de condiciones define causa como: “*el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido*”.

El segundo estado se refiere a la imputación objetiva que atiende a cuestiones jurídicas¹¹⁶⁰. De acuerdo con esta teoría es posible determinar la causa de determinado resultado en torno a criterios objetivos. Esta teoría se puede afirmar que ha sido más desarrollada en el campo del Derecho Penal. Conforme a sus postulados, una vez que se establece la relación causal y física entre el agente y el resultado dañoso, según las reglas de la lógica, en esta fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que permitan justificar o no la imputación objetiva de un resultado al comportamiento activo u omisivo del autor y discriminar así los antecedentes

¹¹⁵⁹ Díez Picazo, L., *Derecho de Daños*,...págs. 334-341. Con referencia a la doctrina penalista más autorizada y, en particular al planteamiento de Roxin sobre la imputación objetiva, afirma el autor que: “*No se pretende establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y sin permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona*”.

¹¹⁶⁰ En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, de fecha 11 de junio de 2008.

causales relevantes¹¹⁶¹. En suma, el examen de imputación objetiva en el marco de este nivel superior se asienta “sobre juicios de probabilidad formados por la valoración de los demás antecedentes causales y otros criterios” y a través del mismo, se trata de imputar a una persona el resultado por medio de criterios jurídicos, mediante un examen a través del cual se pone en relación el hecho potencialmente dañoso con elementos concretos como son “su proximidad al resultado producido, su idoneidad para producir el daño en relación con los demás elementos y circunstancias concurrentes”¹¹⁶².

Con el fin de determinar el alcance práctico de este esquema es preciso analizar los fundamentos de derecho contenidos en las últimas sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo referidos a la causalidad en el marco de asuntos en los que se debate la responsabilidad civil extracontractual del auditor. El objetivo en todas ellas es determinar si el riesgo de un informe de auditoría irregular se ha realizado en el resultado del perjuicio patrimonial. La complejidad de este análisis deriva del hecho de que es preciso establecer qué razones existen para atribuir o negar la atribución del daño al auditor. El desarrollo de los criterios de imputación objetiva o de aquellos factores de los que depende que un daño causado por una persona pueda finalmente serle imputado y en qué medida, se convierte así en una tarea infinita empapada de casuismo.

Como criterios de imputación objetiva, la jurisprudencia civil ha identificado cuatro principales, como son: la creación de un riesgo jurídicamente relevante, la concreción de dicho riesgo en un resultado, la previsibilidad del resultado desde el punto de vista ex ante y la necesidad de que el resultado se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma¹¹⁶³.

Las dificultades en cuanto a la prueba de la relación de causalidad son claramente mayores en el ámbito extracontractual en el que son terceros los que reclaman el resarcimiento de los daños sufridos¹¹⁶⁴. En este ámbito la tarea de determinar el elemento causal es ardua puesto que con carácter general la intervención de los auditores no representa la causa única y directa del daño.

¹¹⁶¹ Díez Picazo, L., *Derecho de Daños...*cit. pág. 341.

¹¹⁶² En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2010 en la que se cita la previa de 4 de noviembre de 2004, así como la STS, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 2008.

¹¹⁶³ En estos términos, la STS de fecha 30 de julio de 2008, RJ 2008/4640.

¹¹⁶⁴ Gutiérrez Gilsanz, J., “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”....cit. pág. 789.

La relación de causalidad debe determinarse con exactitud¹¹⁶⁵. En opinión de un sector de la doctrina la dificultad para determinar el nexo causal puede salvarse parcialmente aplicando el criterio de derecho comparado de la jurisprudencia de múltiples países de nuestro entorno, en virtud del cual en materia de responsabilidad civil profesional, cuando sea imposible determinar exactamente la relación de causalidad, no se exige certeza científica ni prueba directa, sino que basta con que el juez llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante. De acuerdo con esta tesis, basta con que el juez llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante¹¹⁶⁶.

Como se ha mencionado anteriormente, la jurisprudencia civil sí ha aportado algunas resoluciones en relación con la responsabilidad civil de los administradores que directa o colateralmente se refieren a sus cometidos de elaboración de las cuentas anuales, así como desde el año 2008 se han dictado múltiples sentencias referidas a la potencial responsabilidad civil extracontractual que podían asumir los auditores por la emisión de informes de auditoría de las cuentas anuales obligatorios. En estas últimas sentencias referidas a los profesionales de la auditoría se analizan las cuestiones relativas a las conductas incumplidoras, los daños ocasionados y la relación de causalidad entre unos y otros, que plantean toda la problemática de la imputación objetiva de los daños y perjuicios causados como consecuencia de un informe de auditoría emitido de forma obligatoria por razón de las cuentas anuales de una entidad.

Los elementos fácticos y fundamentos jurídicos más relevantes de estas sentencias los referiré en el análisis de los criterios aplicables para determinar la imputación objetiva, pero se puede adelantar que en dichos pronunciamientos se encuentran argumentos y criterios jurídicos que deben ser tenidos en cuenta para la valoración de un proceso de elaboración de unas cuentas anuales. Estos criterios desarrollados dentro de la Sala de lo Civil pueden ser tenidos en consideración con las debidas cautelas y teniendo en cuenta las diferencias obvias que deben regir entre el orden civil y el orden penal en lo referente al incumplimiento de deberes por parte del profesional. El análisis conjunto de los parámetros que aportan el orden civil y penal en estas materias también permitirá obtener una visión más gráfica de la línea argumental mantenida en esta investigación de considerar los deberes extrapenales de los administradores y auditores desde su origen como un mismo hilo conductor que se origina en el seno del Derecho mercantil, que si se incumple de forma negligente se debe enjuiciar siempre únicamente en el seno de los tribunales civiles y que

¹¹⁶⁵ Pacheco Cañete, M., *Régimen legal de la auditoría de cuentas...*, cit., págs. 356 y 357.

¹¹⁶⁶ Gutiérrez Gilsanz, J., "La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros"....cit. pág. 788-790.

solo en el caso de que existan verdaderos indicios de la existencia de conductas maliciosas puede y debe adentrarse en la potencial aplicación del tipo del art. 290 CP y su consiguiente aplicación por los tribunales del orden penal.

3.5.- Concreción del perjuicio económico y la idoneidad para causarlo conforme a los criterios de imputación objetiva desarrollados por la doctrina y jurisprudencia civil y penal.

El análisis de la imputación objetiva requiere analizar los criterios que han venido desarrollando la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de lo Penal y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que nos van a servir de guía para concluir si realmente la conducta puede tener alcance típico, por concurrir el presupuesto de la causación del perjuicio económico o idoneidad de causar un perjuicio económico.

3.5.1.- La creación de un riesgo no permitido

El primer criterio establecido para determinar la imputación objetiva es evaluar la potencial creación de un riesgo típicamente relevante, jurídicamente desaprobado (*ex ante*), a partir de la constatación de un cúmulo de circunstancias que probablemente desembocará en un suceso típico, de acuerdo con los conocimientos de la experiencia¹¹⁶⁷. El riesgo jurídicamente desaprobado es aquel que trasciende del riesgo permitido y se adentra, por tanto, en la conducta típica para medir el grado de peligrosidad concurrente en el contexto de cada tipo en particular¹¹⁶⁸. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo hace referencia a la creación del riesgo como el primero de los criterios que ha de concurrir, considerando como tal al riesgo anormal o superior al ordinario, que en ocasiones se denomina “riesgo acreditado”, al comportamiento no conforme a los cánones establecidos¹¹⁶⁹.

Para la valoración de este criterio se debe tener en cuenta que el art. 290 CP objeto de análisis se integra dentro del Derecho penal económico y por lo tanto, se debe atender a la normativa extrapenal que delimita el ámbito de lo permitido y de lo jurídicamente

¹¹⁶⁷ Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, título en alemán “*Handlungs-und nomtheoretische Grundfragen der Mitäterschaft*”, publicado en BOHNERT et al. (ed.) *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag* ed, Duncker & Humblot, Berlín, 2001, pág. 627 y s. Traducción de Manuel Cancio de Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, pág. 65. Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, pág. 293.

¹¹⁶⁸ Jakobs, G., “*Dolus malus*”, indret.com, Barcelona, 2009, pág. 14.

¹¹⁶⁹ La STS de fecha 6 de septiembre de 2005 se refiere en detalle a los criterios de imputación objetiva en el ámbito civil.

desaprobado. Como señala Feijoo Sánchez: “En el ámbito del Derecho penal económico las normas penales actúan sobre un orden jurídico primario que confirma extrapenalmente las relaciones sociales o económicas”¹¹⁷⁰. Por este motivo, para definir la frontera entre lo peligroso y lo permitido deberemos tener en cuenta la normativa extrapenal de forma conjunta con los parámetros de imputación objetiva que nos brinda el Derecho Penal, con los desarrollos jurisprudenciales indicados, lo que permite llevar a cabo el análisis de acuerdo con los siguientes criterios:

a) El principio de autoresponsabilidad y la probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Entre los criterios para determinar el riesgo típicamente relevante, destacaría en primer lugar el principio de autoresponsabilidad que preside la teoría de la imputación objetiva, que atribuye la autoría a quien organiza el curso lesivo. Solo el administrador que interviene verdaderamente en la confección de las cuentas anuales organiza el curso lesivo, pues la mera ostentación del cargo no puede nunca considerarse como criterio suficiente de imputación de responsabilidad¹¹⁷¹.

El resultado típico es imputado a aquel que ha creado el riesgo para el bien jurídico. La medición de la probabilidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se debe apreciar desde una perspectiva *ex ante*, pues *ex post* solo puede reprocharse la realización de un tipo delictivo a una persona en la medida en que esta hubiera podido *ex ante* evitar tal realización cumpliendo con su deber¹¹⁷². Como señala Roxin, en este punto se integra la teoría de la adecuación, que no se trata de una teoría causal sino de una teoría de imputación y que en virtud de sus postulados, el resultado es imputable si la acción del autor ha creado un riesgo jurídico de lesión de un bien jurídico¹¹⁷³. En síntesis, el comportamiento ha de

¹¹⁷⁰ Feijoo Sánchez, B., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares” en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, edit. La Ley, pág. 113.

¹¹⁷¹ En sede de jurisprudencia civil se explicita la imposibilidad de considerar responsable a un administrador que tenía un desconocimiento absoluto de la marcha de la sociedad. En la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 138/2007 de 20 febrero. RJ 2007\2069 se analizan aquellos supuestos en los que ha existido un desconocimiento absoluto por parte del administrador”.

¹¹⁷² Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, cit. págs. 57 y 58.

¹¹⁷³ Roxin, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traduc. Luzón Peña, D.M., edit. Reus, S.A., 1976, pág. 131. Cita el autor a English quien denomina como causa adecuada de un resultado a “una forma de conducta que hace esperar el resultado como consecuencia no improbable” o que “las formas de conductas adecuadas son las acciones y omisiones peligrosas en relación con el resultado, y que en cambio las inadecuadas, que solo causalmente traen consigo el resultado, son las acciones y omisiones (relativamente) no peligrosas en relación con el resultado”.

suponer un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad debe incluir las circunstancias conocidas por un hombre prudente en el momento de la acción. Asimismo, se han de tener en cuenta las circunstancias conocidas por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar. En este aspecto, se dice que existe una tendencia a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento, con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa.

En definitiva, en el caso de los administradores se debe valorar su conducta como potencial incumplimiento de sus deberes extrapenales y medir hasta qué punto dicha conducta ha supuesto que la veracidad de la información quedara en peligro o fuera dañada, juicio que se deberá realizar atendiendo a las concretas circunstancias del administrador.

b) Incremento del riesgo.

El riesgo típico es imputado también a quien ha incrementado dicho riesgo y a quien ha eliminado las posibilidades de salvar el bien jurídico amenazado. Si el resultado se iba a producir de la misma forma, la teoría dominante considera que la imputación del mismo se limita a casos en los cuales sea seguro que sin la acción el riesgo no se habría producido. En cambio la teoría del incremento del riesgo considera que es suficiente que la acción prohibida produzca el incremento del riesgo del resultado¹¹⁷⁴. Roxin se refiere a este criterio que encuentra su aplicación en aquellos casos en los que el legislador de acuerdo con las manifestaciones del tráfico moderno, en la actividad de establecimientos peligrosos o de otros casos de utilidad social preponderante, admite que se corra un riesgo hasta un cierto límite, de forma que solo cabrá la imputación si la conducta del autor supone un aumento del riesgo permitido. Si esto sucede se imputa el resultado al agente¹¹⁷⁵. Jakobs, por su parte, admite que este criterio permite afirmar la responsabilidad en casos de comportamientos extremadamente arriesgados en los que es prácticamente imposible poder alcanzar una explicación por medio de un riesgo distinto. Como expone este autor, la aplicación del principio *in dubio pro reo* debe llevar a absolver en casos de máxima falta de

¹¹⁷⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal...* pág. 156 y ss.

¹¹⁷⁵ Roxin, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traduc. Luzón Peña, D.M., edit. Reus, S.A., 1976, págs. 133-135. Para este autor la imputación del resultado solo podrá quedar excluida si la conducta del autor no ha traído consigo un aumento del riesgo permitido.

cuidado y siendo poco probable la explicación a través de otro riesgo, porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento¹¹⁷⁶.

De acuerdo con el criterio de incremento del riesgo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha entrado igualmente en supuestos de potencial responsabilidad civil extracontractual a valorar en determinados casos si la conducta incumplidora de un auditor de cuentas ha supuesto un incremento del riesgo de producción del daño¹¹⁷⁷. En el ámbito de la labor de auditoría la determinación del incremento del riesgo puede tener razón de ser si partimos de la premisa de que la auditoría juega un papel esencial y de interés público en el marco del proceso de elaboración de las cuentas anuales, de forma que el incumplimiento de la normativa aplicable y la consiguiente elaboración de un informe que no cumple las prescripciones legales, supone un incremento de riesgo respecto del ya existente por la existencia de unas cuentas anuales manipuladas. Si no se aplicara este criterio cabría entender que en todos los casos en los que existen unas cuentas manipuladas ya existe un riesgo relevante de que se produzca el resultado, con independencia de que el informe de auditoría estuviera manipulado. Esto quiere decir que nunca cabría asumir que los auditores han podido contribuir al riesgo ya creado anteriormente por los administradores. Desde esta perspectiva, tiene sentido defender que si bien el auditor emite el informe cuando ya el riesgo existe, su actuación ha contribuido a incrementarlo significativamente al eliminar una medida de garantía trascendental y de interés público para la protección de la veracidad y transparencia de la imagen fiel de la empresa.

En definitiva, en el supuesto de elaboración de las cuentas anuales se pueden plantear una concurrencia de riesgos, atribuibles a la conducta de administradores y auditores, puesto que estamos en un terreno en el que, como se ha explicado con detalle, la confección de las cuentas anuales responde a unas circunstancias singulares, comprende un mismo proceso legal en el que se proyectan las conductas de distintos profesionales en distintos estadios, de modo que, aunque el proceso como tal es único, creo que se debe entender que el mismo está compartimentado y que la incidencia de la labor de cada grupo profesional se proyecta en cada fase. La de los administradores da lugar inicio al proceso con el proyecto de cuentas, posteriormente, será la de los auditores, con independencia de que es luego en el momento de presentación de ambos documentos (proyecto e informe de auditoría) cuando se puede entender que produce sus efectos.

¹¹⁷⁶ Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, cit. págs. 197-198.

¹¹⁷⁷ Así se desprende de pronunciamientos como el de la STS (Sala de lo Civil) de fecha 15 de diciembre de 2010, RJ 2011/1550.

Los administradores no pueden responder por los cometidos de los auditores, como tampoco los auditores pueden responder por los cometidos de los administradores.

Este planteamiento entra en conexión con el punto siguiente, en el que se argumenta la necesidad de concretar la infracción de deber y el ámbito de competencia en el que se proyecta dicha infracción.

c) La infracción de la norma de deber y el ámbito de competencia

La acción y sus consecuencias deben suponer una infracción del deber atribuido al administrador y se han de comprender en el ámbito de su competencia, para que se responsabilice de los riesgos que se le pretenden imputar¹¹⁷⁸. En este punto es importante tener en cuenta los deberes asumidos por los administradores en el contexto de la sociedad en la que actúa.

Si a lo largo de esta tesis se ha ido haciendo referencia a los deberes de los administradores y sus competencias en la sociedad mercantil, en este apartado se debe hacer mención a las singularidades que pueden presentar, por ejemplo, las sociedades cotizadas, que han de tenerse en cuenta en términos de imputación objetiva. La posición de garante de los administradores de sociedades cotizadas puede considerarse de algún modo reforzada o de un alcance mayor que en sociedades no cotizadas, como así había venido estableciendo la normativa de la Ley de Mercado de Valores y del contenido de los Códigos de Buen Gobierno formulados en España, en los que se había venido destacando la importancia de detallar los deberes de los administradores que formaban parte de los Consejos de Administración de sociedades cotizadas, como medida de control interno del buen gobierno de estas sociedades. La reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital se puede considerar que viene a implementar legislativamente las medidas de buen gobierno propuestas por los Códigos y reclamadas por un importante sector de la doctrina mercantilista de este país. Esta reforma ha llegado de la mano de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se Modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, en cuya Exposición de Motivos el legislador explica que la

¹¹⁷⁸ Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, cit. pág. 58. De acuerdo con la moderna teoría de la imputación objetiva: “por un lado, la conducta ha de superar los límites de lo socialmente adecuado y de los riesgos generales de la vida; por otro lado, es necesario que, en las consecuencias lesivas a imputar, se hayan realizado precisamente aquellas cualidades del comportamiento en cuestión que fundamentan los riesgos socialmente inadecuados e intolerables”. Jakobs, G., “La imputación...pág. 158. Afirma el autor: “*Nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales*”.

experiencia ha mostrado la importancia de un consejo de administración bien gestionado y en particular, en el marco de las sociedades cotizadas. Por este motivo, se incide en la necesidad de regular ciertos aspectos del gobierno de las sociedades cotizadas, con la idea de dar cada vez mayor relevancia a *“la transparencia en los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros”*. De forma clara se establece que: *“junto con una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de intereses, la Ley atribuye al consejo de administración como facultades indelegables aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión”*.

En esta normativa de reciente aprobación, se reconoce con carácter legislativo la relevancia de contar con un esquema de la posición de cada uno de los miembros del órgano de administración, ya que es una realidad que existen diferentes tipos de consejeros que a nivel individual llevarán a cabo necesariamente conductas de diverso índole dentro de la sociedad, a través de las cuales podrán ser analizadas sus competencias. La especificación a nivel legislativo, más allá de los dictados de los Códigos de Buen Gobierno, de reglas relativas a la composición del Consejo en las sociedades cotizadas, es sin duda una de las novedades que establece la reforma de la LSC, por la que se reconocen diversos aspectos de la organización del Consejo que debe contemplar la sociedad cotizada. En este sentido, establece la Exposición de Motivos de la citada Ley 31/2014, que: *“La composición del consejo de administración de las sociedades cotizadas ha sido una de las cuestiones más estudiadas por los expertos en gobierno corporativo. A este respecto dos son las novedades que se prevén en la figura del presidente: se contemplan de forma expresa sus funciones (ampliables por los estatutos y el reglamento del consejo) y se establece que, cuando el presidente tenga la condición de consejero ejecutivo, el consejo de administración deberá nombrar necesariamente un consejero coordinador entre los consejeros independientes que ejerza de contrapeso. Además, se regulan las funciones del secretario del consejo de administración, se definen las distintas categorías de consejeros, hasta ahora reguladas mediante orden ministerial, y se limita el periodo máximo de mandato de estos, que no debe exceder de cuatro años, frente a los seis que, con carácter general, se establecían previamente”*.

Por lo tanto, las diferentes categorías de consejeros que deben componer el Consejo de la sociedad cotizada y las funciones específicas asumidas por el Presidente y por el Secretario, serán también determinantes para la consideración de la posición de garante

específica que asumen cada uno de los componentes del órgano de administración. Los deberes que asumen los consejeros pueden concretarse en función del tipo de consejero, si es ejecutivo o no ejecutivo.

Por otro lado y en lo que se refiere a la presente tesis, también resulta relevante para la determinación de la posición de garante la consideración de que un consejero forma parte de una Comisión del Consejo, como son las de Auditoría, la de Nombramientos y Retribuciones, puesto que, serán consejeros que estén encargados específicamente de estas materias, que en todo caso han de ser independientes y que su especialización les permitirá ser adoptar una posición preeminente en estas materias. La Exposición de Motivos de la citada Ley 31/2014 destaca la relevancia de la constitución de este tipo de comisiones: *“se prevé la posibilidad de que el consejo de administración pueda constituir comisiones especializadas, siendo obligatoria la existencia de una comisión de auditoría y de una, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones. En ambos casos, las comisiones estarán compuestas únicamente por consejeros no ejecutivos, recayendo siempre la presidencia en un consejero independiente”*. La previsión de la Comisión de Auditoría muestra cómo se subraya a nivel legislativo la importancia de controlar aspectos relativos a la información societaria como son la confección de la contabilidad, la formulación de las cuentas anuales, la auditoría interna y las relaciones con la auditoría externa. La posición de garante de los miembros de la Comisión de auditoría se ve reforzada, por cuanto son administradores que además de asumir ese cargo con carácter general, son miembros de la Comisión especializada en la supervisión de la contabilidad, en la elaboración de las cuentas anuales, en el control y supervisión en materia de riesgos, en el control de la auditoría interna y en las relaciones con la auditoría externa, de modo que todo su haz de competencias específicas se atribuyen al administrador en defensa de la información económica veraz y fiel de la sociedad y secundariamente del patrimonio.

Esta regulación ofrece un mayor detalle de los deberes legales asumidos por los miembros de Consejos de Administración de sociedades cotizadas y permite entender la preocupación del legislador porque las sociedades cotizadas tengan un sistema de gobierno corporativo reforzado, por la relevancia de cualesquiera acciones que puedan acometer los administradores en el seno de este tipo de sociedades, y en particular en materia de confección de la contabilidad y en la formulación de las cuentas anuales, con incidencia directa en los mercados.

Si se analizan verdaderamente los efectos de unas cuentas anuales manipuladas en el marco de una sociedad cotizada se puede ver que, ante una manipulación relevante de unas cuentas anuales que impidan la representación de la imagen fiel de la sociedad, todos los deberes extrapenales reforzados que asumen los consejeros en este tipo de sociedades y las medidas específicas adoptadas por el legislador dirigidas a la protección del mercado quedarán inutilizadas, lo que plantea que el incumplimiento de la posición de garante reforzada, de los deberes extrapenales reforzados en definitiva, es una conducta más grave, que conlleva más riesgos de afectar a la sociedad, socios y terceros y de causar mayor daños a estos destinatarios y al mercado en su conjunto.

Se deberá examinar el cumplimiento de los deberes que regulan una determinada actividad¹¹⁷⁹ y, en particular aquellas normas que especifican medidas preventivas que han de adoptar los operadores en prevención del fraude¹¹⁸⁰. El análisis de este elemento de infracción de deber requiere el conocimiento preciso del alcance de los deberes asumidos por los distintos profesionales, que, en definitiva, son los deberes extrapenales que se han analizado en el segundo capítulo¹¹⁸¹. Jakobs mantiene que en lo que se refiere a las normas no fijadas jurídicamente la cuestión difiere y debe ser objeto de valoración¹¹⁸². Como también indica que la delimitación del rol se obtiene a través de la generalización de facultades y se requiere preestablecer la base de conocimiento del titular de dicho rol sobre la situación correspondiente¹¹⁸³. En la delimitación de los deberes por parte de administradores, cuyo incumplimiento podría dar lugar a la imputación de responsabilidad penal se deben descartar radicalmente aquellos que entran dentro del paraguas de conductas negligentes, de mera despreocupación por el cargo e incumplimiento debido¹¹⁸⁴. Como se ha aclarado a través de la aplicación de la *business judgment rule* que delimita la conducta

¹¹⁷⁹ La jurisprudencia civil ofrece parámetros de evaluación del incumplimiento del deber extrapenal de los administradores. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 736/2006 de 21 julio. RJ 2006\6522 se hace referencia a la importancia de delimitar correctamente el deber infringido del que traen causa los daños objeto de reclamación. La STS (Sala de lo Civil) núm. 1258/2002 de 20 diciembre. RJ 2003\228 se considera que existe una falta de prueba de que las circunstancias de la empresa relativas al cese de la actividad y a la existencia de deudas sociales sean imputables al incumplimiento de deberes del administrador.

¹¹⁸⁰ Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. pág. 128.

¹¹⁸¹ La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 314/2006 de 23 marzo. RJ 2006\1596 se refiere a la actuación de una administradora a quien se imputa una conducta pasiva e incumplidora de sus deberes, pero acredita que ha realizado actuaciones con el fin de conocer la situación económica de la sociedad.

¹¹⁸² Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. pág. 129.

¹¹⁸³ Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. págs. 134-135.

¹¹⁸⁴ En la STS (Sala de lo Civil) núm. 388/2001 de 19 abril. RJ 2001\6885 se trata de un caso en el que se imputa a los administradores una gestión calificada por la sentencia recurrida: “*como contraria a las más elementales directrices de la vida societaria, sino a las propias exigencias legales. No se examinaron anualmente las cuentas, ni se realizó auditoría a la empresa, ni tampoco se llevó a cabo la reforma exigida, ni tampoco se encauzó la crisis mediante la presentación de la suspensión de pagos o quiebra voluntaria*”.

negligente de la maliciosa, los supuestos en los que se producen conductas de omisión de elaboración de los documentos, de despreocupación, omisión de cumplimiento de formalidades exigidas por el cargo, como la falta de planificación debida, de solicitud y obtención de información y documentación necesaria por parte de empleados y administradores, constituyen conductas negligentes que nunca tendría alcance o relevancia penal y en cambio sí puede dar lugar a la asunción de responsabilidad civil.

En el marco de la jurisprudencia civil desarrollada en relación con la responsabilidad de los auditores de cuentas se ha analizado en numerosas ocasiones cómo se debe determinar el nexo causal cuando el tercero alega que el daño sufrido procede de decisiones basadas en un informe que no se ha elaborado conforme exigen los deberes prescritos legalmente, considerándose por tanto erróneo, falso o incompleto. De estos pronunciamientos se desprende que es determinante establecer, en primer lugar, que se ha emitido un informe de auditoría incorrecto y no acorde a las prescripciones legales a las que está sujeto el ejercicio de la actividad de auditoría. Es decir, que se trata de un informe que no respeta el principio de imagen fiel y que no garantiza como está obligado el que las cuentas anuales representen la imagen fiel de la situación financiera de la sociedad. Es el primer término del curso causal¹¹⁸⁵. El informe de auditoría sin acatar los deberes exigidos a los auditores constituye un peligro jurídicamente desaprobado y para determinar el alcance de este peligro se ha de atender a su contenido como análisis de hechos económicos y no como una valoración jurídica¹¹⁸⁶. La constatación o acreditación de que el informe contiene irregularidades puede realizarse a través de las declaraciones de los propios auditores en las que no puedan justificar claras carencias o contenidos del informe, a través de sus papeles de trabajo, de informes periciales que refuten las opiniones técnicas y a partir de resoluciones como las dictadas por el ICAC, en las que se sancione al auditor por incumplimiento de sus deberes¹¹⁸⁷. Estos parámetros servirán para entrar a analizar cuándo

¹¹⁸⁵ Bacigalupo, E., “Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva [Sobre la SSTS 798/2008 y 869/2008 de 16 de mayo de 2008]”, Diario La Ley, nº 7137, 2009, pág. 3.

¹¹⁸⁶ La STS de fecha 26 de octubre de 2012, RJ 2013/2271 (Ponente Sr. Antonio Salas Carceller) remarca la importancia de atender al contenido del informe de auditoría como un análisis de hechos económicos y no una valoración jurídica. Me refiero a la STS de fecha 26 de octubre de 2012, RJ 2013/2271 (Ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller). En esta sentencia se pronuncia el Alto Tribunal sobre un asunto en el que la Sindicatura de la Quiebra de una sociedad anónima inició una acción de responsabilidad contra una entidad auditora en relación con la auditoría de un balance de situación y la posterior emisión del informe especial de auditoría para una ampliación de capital con cargo a reservas, así como en relación con el informe de auditoría de las cuentas anuales. Se solicita por la Sindicatura que la entidad auditora indemnice los daños y perjuicios causados, que equivalen a “la diferencia existente entre el haber líquido de la masa de la quiebra de Centennial en la fecha en la que fue declarada en quiebra, 5 de noviembre de 1996, y el que hubiera tenido en caso de disolución en la fecha del informe de auditoría emitido en 1994 correspondiente a las cuentas del ejercicio 1993”.

¹¹⁸⁷ En la STS, Sala de lo Civil, de fecha 3 de octubre de 2012 Este asunto es analizado por la STS de 3 de octubre de 2012, RJ 2012/9711, Ponente Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel se analiza el asunto relativo a

concorre este primer elemento del curso causal de infracción de la norma de deber, es decir, si el administrador ha cumplido sus cometidos en el proceso de elaboración de documentos conforme con lo dispuesto en la normativa mercantil:

Se debe tener presente la complejidad que entraña el análisis de los datos que comprenden las cuentas anuales y la consiguiente dificultad de determinar en términos de imputación objetiva la inexactitud de los datos. No obstante, de acuerdo con todo lo indicado respecto de los deberes extrapenales, se subrayan a continuación algunos de los criterios que pueden permitir de forma objetiva llevar a cabo dicha labor.

La actuación dentro de los parámetros del ejercicio legal de una actividad o profesión impide la punibilidad de la acción y esta exclusión de punibilidad se fundamenta no solo en la inaplicabilidad de la teoría de la imputación objetiva, por inexistencia de provocación prohibida de peligros¹¹⁸⁸, sino que también podría dar lugar a apreciar la existencia de una causa de justificación de la conducta conforme a la profesión. En este último sentido, el art. 21.7º CP dispone que estará exento de responsabilidad penal: “*El que*

una sociedad que interpuso demanda contra los auditores y contra el socio auditor que firmó el informe de auditoría sobre la base de que las cuentas de la sociedad reflejaban unos beneficios sociales falsos, cuando la sociedad estaba realmente en pérdidas. Frente a la entidad auditora, se alega que sin perjuicio de que conocía que las cuentas eran inexactas, formuló opinión favorable, añadiendo únicamente salvedades intrascendentes. Tras la dimisión del Consejo de Administración que había gestionado la entidad de forma fraudulenta, la entidad auditora presentó un borrador de la auditoría que presentaba beneficios por importe casi de tres mil millones de pesetas y al ser rechazado por el órgano de administración, presentó otro borrador que reflejaba pérdidas por importe de cien mil millones de pesetas. Como consecuencia de la situación de insolvencia, el Grupo instó la suspensión de pagos. De acuerdo con las infracciones incurridas por la sociedad auditora de las reglas de auditoría, el ICAC le impuso una sanción, que fue confirmada en vía contencioso-administrativa por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y por el Tribunal Supremo. Se afirma por la actora que como consecuencia del informe de auditoría defectuoso, se aprobaron las cuentas por la Junta General, lo que impidió que la sociedad tomara medidas a tiempo para sustituir al Consejo y declarar la suspensión de pagos, por lo que reclaman los daños producidos desde la puesta a disposición del informe de los socios hasta la solicitud de suspensión de pagos un año después. La entidad acusaba una seria situación de pérdidas, cuando se estaban mostrando unos beneficios sociales falsos. Igualmente es significativo que en estas circunstancias por parte de los auditores únicamente se reflejan unas salvedades intrascendentes. En esta sentencia se analiza el valor de las resoluciones dictadas en vía administrativa por el ICAC y confirmadas en vía contencioso-administrativa para acreditar las irregularidades contenidas en el informe de auditoría y, en definitiva, para determinar el nexo de causalidad. Con el fin de apoyar el valor de estas resoluciones como prueba irrefutable, se menciona la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de febrero de 2003 (RTC 2003/34) y otras dictadas en la misma línea, por las que se expresa que no pueden existir pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales, por lo que unos hechos no pueden “ocurrir y no ocurrir”, ni “existir y dejar de existir”. Del mismo modo, el principio de seguridad jurídica ofrece e integra la “expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta unívoca de los órganos encargados de impartir justicia”.

¹¹⁸⁸ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*.....cit. pág. 149. Como señala este autor, Roxin en la línea marcada por la teoría de la imputación objetiva primera, se centra en la determinación del objetivo de la conducta cotidiana, exteriormente neutral. Jakobs conforme a la teoría de la prohibición de regreso admite la punibilidad si existe un sentido común de la acción delictiva y la niega en un intercambio normal de mercancías.

obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. De lo anterior se desprende que si el administrador acredita que ha actuado de acuerdo con las normas del cargo que ocupa, no podrá considerarse que ha provocado de forma ilegal el peligro que ha conllevado a la causación del resultado, sino que, por el contrario, habría actuado de forma legítima en el ejercicio de su cargo. En lo que se refiere a la alegación del desconocimiento por parte del administrador, no es fácil de sostener en el ámbito de estos cargos a los que se exige un nivel estricto de conocimientos técnicos, adecuación profesional, formación, prestigio y se ponen a su disposición diversos mecanismos en orden a obtener información y asesoramiento técnico¹¹⁸⁹.

1º.- La contabilidad como conjunto de normas concernientes a aspectos valorativos

La cuestión de hasta qué punto la conducta contemplada por el tipo de “falsear” se puede calificar como idónea requiere atender a la naturaleza de los datos reflejados en las cuentas. Ciertamente, la contabilidad debe reflejar información veraz, pero esto requiere determinar qué se entiende por veracidad, si tenemos en cuenta que la contabilidad es el resultado de la realización de juicios de valor.

Esta perspectiva de que de la contabilidad extraen su contenido las cuentas anuales, permite entender que la contabilidad es una ciencia eminentemente valorativa, que no permite declarar de forma contundente dónde está línea limítrofe entre la veracidad y la inveracidad. El documento contable no prueba la situación económica de la empresa, que deberá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sino solo prueba que el empresario ha emitido una declaración sobre la situación de la sociedad bajo el deber de veracidad¹¹⁹⁰.

Como se ha comentado anteriormente, la tesis mayoritaria en la doctrina mercantil afirma que la declaración contable no es una declaración de voluntad, sino que se trata de una declaración de conocimiento sobre hechos –contables o contabilizables- que le constan o le deben constar al declarante, de manera que el hecho de que este pueda optar entre varias posibilidades que le ofrece el legislador, no desnaturaliza su esencia de declaración

¹¹⁸⁹ En la STS (Sala de lo Civil) núm. 271/2002 de 15 marzo. RJ 2002\2846 se justifica y fundamenta que el administrador no puede eludir su responsabilidad por la mera alegación de la nominalidad del cargo y el desconocimiento de sus competencias.

¹¹⁹⁰ La SAN de 31 de marzo de 2000, ARP 107/00.

de ciencia¹¹⁹¹. En todo caso, es cierto que los juicios de valor no responden al binomio verdadero/falso, pero también se debe tener en cuenta que no toda la información contable constituye valoraciones y que se deben ajustar a criterios normativos, que vienen claramente establecidos en la legislación mercantil nacional, comunitaria e internacional, y que de alguna forma pretenden ofrecer una información estandarizada de las sociedades, que permitan una interpretación común de la contabilidad que llevan a cabo. La aplicación de estos criterios normativos ofrecen un parámetro objetivo que permite examinar cuándo se ha ofrecido una información veraz o cuando se han desconocido plenamente, dando lugar a una desfiguración de la realidad documentada. De este modo, las normas contables ofrecen criterios objetivos sobre la forma de llevar la contabilidad, por mucho que cada anotación contable deba ser valorada o apreciada por el administrador a los efectos de aplicar la concreta norma. En los casos en que las valoraciones se separan de lo razonable, esto es, cuando la aplicación de la normativa al caso particular resulta en una imagen social arbitraria o irrazonable, no puede dudarse de que se infringe el deber de veracidad que pesa sobre el empresario¹¹⁹².

Lo expuesto lleva a afirmar, en la línea de las conclusiones que se han ido extrayendo a lo largo del trabajo, que sí es posible alcanzar una verdad en las cuentas anuales, una verdad que será relativa o singular, que se extrae de la aplicación debida de los principios y normas a las que queda sujeta la elaboración de las cuentas.

En estos términos se concluye que el término veracidad en el ámbito de la contabilidad se debe interpretar como una verdad relativa¹¹⁹³, que puede ser encontrada de acuerdo con criterios objetivos y que por ello, es posible examinar los elementos del tipo objetivamente, sin incurrir en arbitrariedades. En este contexto, toda valoración que es plasmada en la contabilidad de acuerdo con los criterios contables aplicables, se debe considerar ajena al ámbito penal. Es cierto que en muchos casos las valoraciones resultarán

¹¹⁹¹ Villacampa Estuante, C, “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en *La Adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea, La Política Criminal*, Edit Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, pág. 446. Nota a pie de página nº 40 Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 22ª edic., ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 175.

¹¹⁹² En este sentido, la SAN de 31 de marzo de 2000 (ARP 107/00). La SAP (Penal) de Barcelona de 10 de septiembre de 2009, ARP/2010/233 afirma que: “*Carecen de significación penal aquellas alteraciones formales de los citados documentos acordes con el principio contable de la “imagen fiel”. Se refieren al hecho de que no se crea un riesgo típicamente relevante cuando la modificación puede justificarse y/o responde a criterios contables*”. Esta sentencia se refiere igualmente a la relevancia de la prueba pericial contable que ha llevado a considerar las partidas examinadas como asientos justificados de forma razonable y por tanto, atípicos.

¹¹⁹³ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Tratamiento Penal de la Información societaria inveraz*, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2003, pág. 75.

incorrectas por una interpretación incorrecta de la norma que contempla los criterios, pero el tipo no pretende sancionar negligencias profesionales de los administradores (imprudencia) sino las conductas dolosas más graves que suponen una instrumentalización del proceso contable. La valoración en sí puede constituir una conducta de relevancia típica cuando existe un total desprecio de los criterios que han de regir la elaboración de las cuentas anuales, lo que puede llevar a sentar las bases de forma objetiva para considerar que concurre el elemento de idoneidad para causar un perjuicio económico.

2º.- El margen del proceso contable. El parámetro de la imagen fiel como criterio delimitador de la conducta idónea para causar perjuicio.

Como se ha venido reiterando en apartados anteriores, la imagen fiel no es más que el resultado de aplicar una multiplicidad de principios y normas de valoración contables establecidos por Ley. La determinación de la idoneidad de la conducta requiere determinar si a través de las cuentas anuales se ha infringido el deber de reflejar, en los propios términos del art. 34 Cco, la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa¹¹⁹⁴. La búsqueda se centra entonces en una verdad relativa que se desprende del conjunto de documentos que comprenden las cuentas anuales. Si la imagen fiel de las cuentas no se corresponde con la situación económica de la sociedad, se entenderá que estas últimas no han respetado los cánones de fidelidad exigidos por la normativa aplicable. La imagen fiel de la sociedad es entonces un elemento nuclear de este delito, que determina cuándo una conducta de manipulación de la contabilidad puede alcanzar el estadio de típica y punible. La jurisprudencia penal no ha ofrecido una definición del concepto de imagen fiel, y se ha limitado a analizar de forma casuística las circunstancias que determinan en cada caso qué se puede considerar que se ha reflejado una imagen fiel¹¹⁹⁵. La dificultad al determinar si realmente se ha desvirtuado la imagen fiel se presenta al examinar partidas contables referidas a valoraciones y calificaciones de riesgos¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ Pérez Valero, I., “Delitos societarios e información en las instituciones de inversión colectiva” en *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (Coord. J. M. Terradillos y M. Alcalde), Edit. Trotta, 2004, pág. 301.

¹¹⁹⁵ El análisis de la jurisprudencia permite encontrar parámetros para determinar la imagen fiel. La STS de 10 de diciembre de 2004 establece que el principio de imagen fiel: “viene a recoger la necesidad de que los datos económicos y jurídicos más relevantes que reflejan la situación de una empresa y que son de publicación obligatoria ofrezcan un reflejo de la misma que responda a su realidad, esto es, ofrezcan la imagen fiel de lo que es tal situación, para que los intereses de los que pretendan establecer relaciones con ella no se vean defraudados”. Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. pág. 166.

¹¹⁹⁶ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. pág. 167.

3º.- Principios orientadores que rigen la elaboración de las cuentas.

La tarea se dificulta enormemente si tenemos en cuenta que se deben aplicar los principios que rigen en materia contable de forma coherente y coordinada con las normas contables. Estos principios son orientadores, por lo que no permiten una aplicación taxativa e incuestionable. En ocasiones incluso se aplican de forma simultánea varios principios, lo que exige de alguna manera determinar las alternativas que se presentan, coonestar el contenido de los mismos de una forma lógica y extraer cuál tiene prioridad en un determinado caso. El examen puede ser de suma complejidad atendiendo al sector en el que se ubica la sociedad, el concreto modelo de negocio y las operaciones objeto de valoración. Como se ha explicado, en casos excepcionales, es incluso factible no aplicar dichos principios.

La valoración de los principios nos introduce en un terreno movedizo como es el parámetro de la razonabilidad de la interpretación llevada a cabo.

No se podrán considerar que constituyen riesgos jurídicamente idóneos de constituir una conducta típica las discrepancias de aplicación de criterios que encuentran acomodo en una interpretación razonable de las normas, tampoco las meras irregularidades, ni aquellos datos que se muestran de forma patente como erróneos y que se pueden apreciar a simple vista al analizar el documento o por el contenido de otro que forma parte de la unidad, que constituyen las cuentas. La frontera entre la conducta acorde a la normativa y la conducta arbitraria de aplicación de los principios está sumamente desdibujada, y ello complica enormemente la determinación de los criterios para determinar en qué circunstancias la conducta puede considerarse penalmente relevante.

4º.- La irrelevancia de las partidas contables y de la conducta.

La acción típica puede constituirse a través de «manipulaciones» o «artificios contables», que comporten un aumento o disminución de las partidas contables relevantes, que verdaderamente tengan una trascendencia tal, individual o conjuntamente, que permitan afirmar que no se ha reflejado la imagen fiel de la situación económica de la sociedad¹¹⁹⁷. Por el contrario, no existirá un riesgo jurídicamente relevante cuando existan

¹¹⁹⁷ Musco, E., “La tutela penal societaria...”, cit. pág. 60. La conducta penal debe quedar limitada a aquellos supuestos que se consideran relevantes en función de la incidencia de la falta de veracidad en la

meras discrepancias técnicas que deriven de una interpretación razonable de la normativa contable¹¹⁹⁸. La conducta o acción típica de falsear para que constituya un riesgo que fundamente la imputación objetiva se ha de proyectar sobre aspectos contables nucleares de las cuentas anuales, que verdaderamente incidan en la presentación de la situación económica y que provoquen que dicha situación diste de forma significativa de la realidad¹¹⁹⁹. La relevancia de las partidas individualmente consideradas que no se ajustan a la realidad y la imagen global que resulte de los libros será determinante para calificar la conducta como típica, con independencia de que las desviaciones que resulten no sean altas¹²⁰⁰. La cuantía total del perjuicio no será determinante a efectos de tipificación penal, sin perjuicio de que incidirá en la determinación de la pena¹²⁰¹. De este modo, en caso de que se trate de cifras que no pueden tener ninguna incidencia, podría considerarse que no concurre un riesgo jurídico desaprobado, por lo que la imputación objetiva quedará excluida. En estos supuestos, a pesar de haberse llevado a cabo una acción portadora de un determinado nivel de peligro, se trata de un riesgo permitido.

De lo anterior se desprende que las conductas que reflejen una inveracidad material trascendente se considerarán típicas, pero por el contrario no se considerarán como tales aquellas que impliquen desconocer formalidades contables¹²⁰². Entre estas últimas y a título de ejemplo se pueden mencionar la falta de contabilización de determinados activos por imposibilidad manifiesta o la contabilización errónea de los mismos por desconocimiento, por falta de pericia o por simple aplicación incorrecta de criterios contables. Por el contrario, se han de considerar como conductas relevantes en el marco del proceso de elaboración de las cuentas anuales, aquellas que pretendan esconder de forma significativa la situación real de la empresa, incrementando o disminuyendo los beneficios o pérdidas, los descuadros significativos en el cierre del balance, el falseamiento de partidas contables que reflejen el endeudamiento de la sociedad, el incremento o disminución de existencias, la omisión de gastos u otros conceptos relevantes, y las valoraciones de activos y pasivos que

información que obtienen los usuarios de la misma en el marco del resultado global de la representación conjunta del valor patrimonial de la sociedad. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*...cit. pág. 206. Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal*, cit. pág. 643.

¹¹⁹⁸ En determinados supuestos puede existir una disparidad de criterios sobre la forma de contabilizar y que en esta medida puedan contraponerse diferentes opiniones. Así se pronuncia la SAP de Barcelona del orden penal de 20 de septiembre de 2001, JUR 2001/327152.

¹¹⁹⁹ La sentencia de la Sala de lo Penal del TS de fecha 11 de octubre de 2004, RJ 2004/8003 establece que: “*La jurisprudencia excluye la responsabilidad en aquellos supuestos en los que queda afectado un elemento no esencial del documento mercantil o un dato sin relevancia o insignificante en función de la cuantía y según la eficacia del documento en las relaciones jurídicas en las que está llamado a incidir*”.

¹²⁰⁰ La STS de 10 diciembre de 2004, RJ 1256/04 considera típica una desviación contable del 2,5% de la cifra de negocios de la sociedad, equivalente a más de 90.000 euros.

¹²⁰¹ En este sentido, la STS de fecha 10 de diciembre de 2004, RJ 1256/04.

¹²⁰² Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal*, cit. pág. 643.

han sido desvirtuadas significativamente.

5º.- El riesgo permitido.

La otra cara del riesgo típicamente relevante lo constituyen todas aquellas circunstancias en las que queda excluido este primer nivel de imputación objetiva de creación de un riesgo jurídicamente relevante, que reciben la calificación de riesgos permitidos¹²⁰³ y que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea. El riesgo permitido impedirá la imputación de la lesión deber. Se puede producir el resultado, pero no se generará el injusto. Su ubicación en el tipo objetivo permite acotar su alcance. El riesgo creado no puede ser un riesgo permitido. En la determinación del riesgo permitido se debe tener presente el bien jurídico, los intereses que se pretenden proteger (el grado de utilidad social, socio-económica, socio-cultural o personal) y los límites marcados por las normas extrapenales¹²⁰⁴.

El criterio de riesgo permitido tiene una especial incidencia en los delitos de peligro¹²⁰⁵. Constituye un criterio restrictivo esencial en el juicio sobre el peligro típico objetivo, conforme al cual se exige efectuar una previa valoración del peligro objetivo para determinar qué parte de ese riesgo puede calificarse como permitido¹²⁰⁶.

La teoría de la imputación objetiva pretende definir más precisamente los riesgos a cuya producción puede estar referido razonablemente el tipo objetivo de un delito de resultado. Se debe mantener una oferta diferenciada de posibilidades de contacto social, al igual que hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas: *“Es más factible aceptar un riesgo como permitido cuanto más se amplíe la libertad de actuación propia en cada caso”*. La fundamentación del riesgo permitido exige que sean evaluables jurídicamente la magnitud del riesgo, la utilidad y el perjuicio. No existe un modelo social concreto y vinculante, en relación con el cual se pudieran determinar la clase y medida de las

¹²⁰³ Mir Puig, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2003, pág. 15. Se excluye la imputación objetiva por falta de creación de un determinado riesgo tanto en los casos en que no hay riesgo relevante como en los de riesgo permitido.

¹²⁰⁴ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales...*, cit. págs. 101 y 104.

¹²⁰⁵ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, edit tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 120??.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, págs. 69 y 74. La autora considera que el riesgo permitido como criterio de restricción del tipo se sitúa en el juicio sobre el peligro objetivo idóneo.

desviaciones. En palabras de Jakobs, el riesgo permitido se determina por ponderación o por “legitimación histórica”¹²⁰⁷.

El hecho de que se sobrepase el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, por lo que puede interpretarse que el mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. El riesgo permitido que impide la imputación objetiva es diverso del riesgo permitido fundamentado en la ponderación de intereses del estado de necesidad justificante. En el estado de necesidad se tienen en cuenta riesgos para intereses que pueden permitir un comportamiento arriesgado, pero se trata siempre de la especial relación de finalidad en que se encuentra la acción: el contexto de la acción justifica. En el riesgo permitido el contexto de la acción puede autorizarlo, pero no tiene relevancia si la acción concreta se realiza en un contexto determinado. El límite entre ambos está entre la exclusión del tipo y la justificación: Lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza el tipo. No cabe admitir el riesgo permitido por la observancia de la *lex artis*, pues la autorización para emprender una acción respetuosa con la *lex artis* puede (pero no debe) llevarse a cabo sin tener en cuenta la relación de finalidad¹²⁰⁸. La determinación del riesgo permitido puede asentarse en leyes, al igual que en costumbres y reglas de la *lex artis*, Cuando no se rebasan los riesgos tolerados en las reglamentaciones se trata de un riesgo permitido. Si se actúa en el marco del riesgo permitido y se produce un resultado no se produciría el injusto. No existirá un riesgo permitido cuando el autor realiza un comportamiento que aparentemente es normal pero supone la ejecución del tipo¹²⁰⁹. Los riesgos generales de la vida normales entran dentro del concepto de riesgo permitido¹²¹⁰. Respecto de acciones inofensivas pero que permiten que otro delinca existe la cuestión sobre su relevancia¹²¹¹. Cuando el riesgo creado por el autor concorra con otras fuentes de peligros, es complicado establecer a qué peligros debe ser atribuido el resultado. El riesgo no estará permitido cuando el garante no actúe de acuerdo con lo socialmente admitido.

Las situaciones que definen el riesgo son aquellas con cuya producción se realiza el riesgo¹²¹². El riesgo permitido termina donde comienza la peligrosidad especial¹²¹³. Una

¹²⁰⁷ Jakobs, G., *Derecho Penal*.....cit. pág. 243

¹²⁰⁸ *Ibid.*, págs. 245 y ss.

¹²⁰⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal*.....pág. 884.

¹²¹⁰ Mir Puig, S., *Derecho Penal*....pág. 154 y ss.

¹²¹¹ Mir Puig, S., *Derecho Penal*....cit. pág. 156 y ss.

¹²¹² Jakobs, G., *Derecho Penal*.....cit. pág. 273.

¹²¹³ Jakobs, G., *Derecho Penal*.....cit. pág. 276.

mera modificación del riesgo (un condicionamiento de circunstancias concomitantes del resultado) no constituye un comportamiento no permitido¹²¹⁴.

En consideración a estos parámetros, se debe tener en cuenta que el riesgo que ha producido una conducta puede calificarse como permitido si el incumplimiento de deberes por administradores y auditores se encuentra dentro de los parámetros de los usos de la profesión. A tenor de que podemos adelantar que nos encontramos ante un potencial delito de peligro, en el que se adelantan las barreras de protección del bien jurídico, este criterio será determinante para medir el riesgo de acuerdo con parámetros objetivos que permitan limitarlo.

Entre las condiciones que se aproximan al riesgo permitido y permiten excluir el presupuesto de creación de un riesgo relevante estarían los supuestos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial, los de ausencia de un riesgo significativo y los riesgos socialmente adecuados¹²¹⁵.

De forma paralela al riesgo permitido se encontrarían también los supuestos de adecuación social. Esta teoría ha sido concebida y desarrollada por Welzel y según sus postulados, se considera que *“las acciones que se mueven dentro del orden ético social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto”*, incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal¹²¹⁶. En los delitos de peligro tiene una especial incidencia la adecuación social como uso social y como criterio de insignificancia¹²¹⁷. La adecuación social como restricción del tipo supone considerar atípicos comportamientos que formalmente realizan el tipo penal, pero que son valorados positivamente desde una perspectiva ético-social. Considera como socialmente adecuados los negocios que se mantienen en el marco de la actuación conforme con el orden, incluso cuando de ellos se deriven perjuicios. La fórmula de la adecuación social implica que no toda puesta en peligro está prohibida. El principio de adecuación social del hecho que impide considerar el hecho delictivo ha sido fundamentado con base en el concepto de antijuridicidad material, pero en realidad *“lo adecuado”* para la sociedad lógicamente no puede considerarse típico, es decir, indiciariamente injusto para esa misma sociedad, de

¹²¹⁴ Jakobs, G., *Derecho Penal*.....cit. pág. 277.

¹²¹⁵ Mir Puig, S., *Derecho Penal*...cit. págs. 254 y ss.

¹²¹⁶ Robles Planas, R., *La participación en el delito*cit. pág. 93.

¹²¹⁷ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales*..., cit. pág. 121.

modo que parece más adecuado tratar el problema de la adecuación social como un supuesto de “atipicidad”¹²¹⁸.

3.5.2.- Materialización del riesgo creado por la acción en el resultado.

Es en este segundo estadio de la teoría de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado y de entre todos esos riesgos, se ha de determinar el que decididamente lo realiza¹²¹⁹. En términos jurídicos, el resultado como lesión del bien jurídico-penal protegido por el tipo, desde una perspectiva *ex post*, ha de concurrir tanto en los delitos de resultado consumados, como en los de mera actividad e incluso en los supuestos de tentativa¹²²⁰. La consumación de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no requiere la producción de un resultado material de lesión, pero sí la lesión del objeto del delito que puede tener una función análoga al resultado material en sentido estricto¹²²¹. En el caso del bien jurídico supraindividual identificado en el tipo del art. 290 CP, como la veracidad de la información económica, es claro que se lesiona como tal, ante unas cuentas anuales manipuladas fraudulentamente.

La confirmación del referido bien jurídico supraindividual junto con la potencial calificación como delito de peligro, frente al tipo agravado que contempla la efectiva lesión del patrimonio, permite entender que en esta fase de la imputación objetiva se bifurcan los criterios que se aplicarán ante una y otra figura, que por su naturaleza serán diversos. Por este motivo, se hará un breve apunte sobre la jurisprudencia dictada en el orden civil en materia de responsabilidad extracontractual de auditores, que puede arrojar luz sobre la mecánica de la imputación objetiva en este estadio.

De este desarrollo jurisprudencial llevado a cabo en el marco de los parámetros de imputación objetiva, se pueden extraer conclusiones muy útiles para obtener una visión global de todo el proceso de elaboración de las cuentas anuales desde la perspectiva de los

¹²¹⁸ Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal...* cit. págs. 277-278.

¹²¹⁹ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edic., edit. Reppertor, 2005, Barcelona, pág. 257.

¹²²⁰ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales...* cit. pág. 127.

¹²²¹ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales...* cit. págs. 127 y 253-263. Apunta Corcoy Bidasolo que respecto de los “resultados de peligro”, configurados como elementos que cualifican los tipos por la producción de un resultado de peligro, los tribunales aplican formalmente los elementos típicos agravantes, sin realizar ningún juicio de valor sobre si esta concurrencia supone un mayor desvalor de injusto y una mayor lesividad porque no toman como referencia el bien jurídico. Se utilizan términos como perjuicio o daño respecto de bienes jurídicos supraindividuales.

profesionales que intervienen en las mismas como de sus potenciales destinatarios. Y también permite considerar desde un nivel casuístico la verdadera relevancia que alcanza la labor de auditoría, desde la visión de los tribunales. En definitiva, se ponen en práctica todas las conclusiones apuntadas en relación con la configuración legal de los deberes extrapenales de los auditores.

La jurisprudencia civil ha desarrollado de forma pormenorizada los aspectos a tener en cuenta para determinar que el riesgo derivado de un informe de auditoría que incumple de forma relevante la normativa legal se ha concretado en el resultado. El tercero perjudicado debe demostrar que el daño sufrido ha sido consecuencia de las decisiones de alcance patrimonial tomadas en base a un informe de estas características. Es incuestionable que la valoración de si los actos de disposición patrimonial con base en un informe de auditoría han dado lugar a que los inversores sufran pérdidas en su patrimonio, se presenta como una tarea sumamente compleja¹²²². El análisis se complica porque el auditor trabaja sobre unas cuentas anuales manipuladas y cuyo contenido es fraudulento por lo que no es fácil determinar cuando el daño patrimonial es consecuencia del informe o, por el contrario, cuando se deriva exclusivamente de las cuentas anuales, de las circunstancias del mercado, de hechos fortuitos, del propio inversor, no podría conectarse con la actividad de los auditores. Esta tarea no responde a unas pautas definidas, pero sí se pueden apuntar circunstancias relevantes que permiten discernir qué elementos son relevantes tener en cuenta para valorar los criterios de imputación objetiva en el ámbito del tipo del art. 290 CP:

a) Conocimiento de las cuentas anuales, del informe de auditoría y confianza en su contenido para la toma de decisión.

En el marco de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad de los auditores, se explica que la imputación del resultado, del daño efectivo, exige el que el perjudicado pruebe que ha utilizado el informe de auditoría erróneo o incompleto y confió en él al tomar su decisión. El tercero ha podido sufrir un daño, pero ni siquiera conocía el informe de auditoría. La determinación del grado de confianza que el tercero realmente depositó en el informe de auditoría erróneo o incompleto exige contar con las circunstancias concurrentes y valorarlas desde la punto de

¹²²² Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas.....*, cit. pág. 357.

vista subjetivo¹²²³. Esta línea argumentativa excluiría la imputación del resultado en los supuestos que esta situación económica de la sociedad ha sido conocida efectivamente por otros medios, lo que excluiría la imputación del resultado, como así se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia del orden civil¹²²⁴.

Se deberá concretar así si la información del informe de auditoría era la única o la más relevante de cuantas informaciones el perjudicado utilizó para la toma de la decisión; si fue utilizada adecuadamente en tiempo y forma; y si el contenido del informe fue hasta tal punto determinante, que si no se hubiera dispuesto del mismo no habría tomado la decisión que originó la pérdida patrimonial. Esto explica que en ningún caso en los supuestos de falta de presentación de cuentas anuales concurre una conducta que pueda considerarse potencialmente típica porque no ha llegado a trasladarse información que no responda a la imagen fiel y pueda ser idónea para causar perjuicios.

Los terceros que actuaron de acuerdo con el contenido del informe están protegidos por el principio de confianza. La actuación del auditor al emitir el informe determina la confianza en el sujeto que hace uso del informe de auditoría y confía en su contenido. Este principio de confianza les exime de comprobar su contenido. Con carácter general, los sujetos que están interesados en el contenido del informe de auditoría, pueden asumir la corrección del mismo, sin que se tenga que entrar a cuestionar la opinión técnica contenida en el mismo. La razón por la que se les exime de comprobaciones ulteriores está en que no tienen otros medios para comprobar la situación real de la sociedad, y más si tenemos en cuenta que el detalle de la contabilidad de la empresa no es accesible para terceros. No sería posible el correcto funcionamiento del mercado no se asume dicha confianza.

¹²²³ Feinman, J.M., “Liability of accountants for negligent auditing: doctrine, policy and ideology” en www.ssrn.com, 2003, pág. 55 y 56, destaca cómo el hecho de que el tercero tenga la posibilidad de acceder a muy distintas fuentes de información dificulta la determinación del grado de confianza que efectivamente depositó en el informe de auditoría. Algunas veces el informe será claramente el elemento crucial pero otras solo será un factor más que proporcionó al tercero la seguridad que necesitaba para actuar.

¹²²⁴ En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 448/2004 de 27 mayo, RJ 2004\3547 se explica que no es posible fundamentar una responsabilidad del administrador en aquellos casos en los que se conoce de antemano las dificultades existentes en el momento de la contratación, sino que debe correr con el riesgo comercial quien conoce la situación económica de aquel con el que contrató. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 286/2005 de 26 abril. RJ 2005\3767, se refiere a un caso en el que no se puede afirmar que haya existido actuaciones maliciosas o determinantes de culpa imputable a los demandados en la medida en que los administradores realizaron los pedidos a la compañía vendedora que conocía suficientemente las dificultades que se presentarían para el cobro de su precio y además no se acredita que la situación estuviere en una situación de insolvencia absoluta que impidiera su cobro. La STS de 20 de julio de 2001 señalaba que esta Sala tiene declarado, bien es cierto que en recursos sobre acciones fundadas en los arts. 134 y 135LSA, que el consentimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no les autorizan para dirigirse luego contra sus administradores. En este sentido también la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num.1231/2007 de 15 noviembre RJ\2007\8422.

Es complejo determinar las circunstancias en las que el sujeto tomó la decisión y el grado de confianza del tercero en el informe, pero son cuestiones que se deben concretar para determinar la potencial responsabilidad del auditor. Las decisiones tomadas por los sujetos con carácter previo a conocer el informe no entrarán dentro del ámbito de protección de la norma ni permitirán la imputación objetiva de daños a los auditores. Si el informe no había sido publicado cuando se habían tomado decisiones, los daños ocasionados por las mismas no pueden ser imputados a los auditores. Lo mismo puede predicarse respecto de hechos que ocurran con posterioridad a la emisión del informe, que obviamente no se comprenden en el ámbito de responsabilidad de su emisión.

b) Información de las cuentas anuales y del informe de la auditoría de cuentas anuales relevante para la toma de decisión

En el marco de la jurisprudencia civil relativa a la responsabilidad extracontractual de los auditores, se hace alusión a la exigencia de que sea el tercero perjudicado el que debe acreditar que el informe erróneo junto con las cuentas anuales fue la información única o más relevante que utilizó para la toma de la decisión y que la empleó adecuadamente en tiempo y forma. El incumplimiento de sus deberes por el auditor debe haber tenido un efecto relevante en la toma de decisión del sujeto pasivo, que ha conocido, comprendido y confiado en el informe.

El incumplimiento de sus deberes por el auditor debe haber tenido un efecto directo en el sujeto pasivo y haber determinado que el sujeto ajustase su conducta a su contenido. El informe debe influir de forma determinante en su decisión, por lo que es determinante tener en cuenta la fecha del informe de auditoría y ubicar temporalmente en el tiempo la decisión tomada por el perjudicado. En este aspecto este criterio sí podría aplicar igualmente a las conductas de manipulación de las cuentas anuales que causen un efectivo daño patrimonial, a efectos de su imputación. En aquellos casos en los que las inversiones frustradas provienen de instrucciones concretas dadas por los perjudicados, pero no se basan en el conocimiento de las cuentas revisadas y verificadas por el auditor ni de su informe, no se puede atribuir ninguna responsabilidad a los profesionales que intervienen en su preparación.

c) Nivel de conocimientos técnicos del perjudicado

El contenido de las cuentas anuales y del informe de auditoría que acompaña a las mismas puede ser interpretado por personas técnicas o por personas profanas en la materia, lo que permite entender que la valoración de su contenido y de la incidencia a la que puedan dar lugar desde diferentes perspectivas sería diversa. Para medir el riesgo que pueden llegar a crear documentos de esta naturaleza y la potencial imputación objetiva del peligro o los daños que pueden causar sería entonces aconsejable concretar con criterio los destinatarios y potenciales usuarios de los mismos. Es evidente que la incidencia que puede tener la información económica contenida en los documentos variará en función del perfil de los usuarios. En este sentido, los pronunciamientos del orden civil en materia de responsabilidad civil extracontractual de los auditores entran a evaluar el contenido del informe desde las dos perspectivas del contenido del informe y del nivel profesional o técnico que puedan tener los destinatarios del informe y de lo dispuesto en los mismos cabe inferir que el estándar general del que se debe partir es el de que los interesados que manejan estos informes no son técnicos. En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2009 (Sindicatura de la Quiebra Euskal Air) se analiza un informe de auditoría que contenía reservas, pero a pesar de estas reservas se concluye en la sentencia que con dicho informe *“un accionista o un acreedor no experto en temas contables, económicos, jurídicos, no podía deducir la situación desastrosa de la empresa”*. La conclusión a la que llega la sentencia es que si se hubiera advertido en el informe sobre la verdadera situación financiera y su situación de disolución forzosa, los perjudicados hubieran tomado otras decisiones.

d) Desviaciones del curso causal

Para tener una visión completa de los parámetros a tener en cuenta en la imputación de un resultado dañoso a una conducta generadora de un riesgo no permitido se deben analizar igualmente aquellos supuestos que suponen una desviación del curso causal y que, por lo tanto, impiden la imputación del resultado con independencia de que se haya creado o incrementado un riesgo relevante.

Como se desprende de la doctrina y jurisprudencia dominante en el orden penal, se negará la imputación objetiva cuando existe una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, pero el resultado fue causado por otro motivo. Entre estos casos se incluye los casos de interrupción del nexo causal por terceros o por la víctima, que desvían el curso

causal y suponen que el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma¹²²⁵. En el ámbito civil, tanto contractual como extracontractual, cabe también esgrimir estas denominadas causas de exoneración de la responsabilidad, que constituyen supuestos en los que un determinado hecho, conducta o suceso rompe la relación de causalidad entre la acción u omisión del deudor y los daños sufridos por el acreedor. Cuando se produce esta ruptura el sujeto que ha creado el riesgo queda liberado de su responsabilidad. Entre las causas de exoneración de la responsabilidad cabe destacar el caso fortuito, la fuerza mayor, la intervención de un tercero y la culpa exclusiva del perjudicado. El análisis de estos criterios de desviaciones del curso causal ha de partir entonces del denominado principio de autorresponsabilidad como criterio de limitación de la responsabilidad de terceros por hechos que ha organizado el propio sujeto.

1º.- Principio de confianza. La imputación objetiva queda excluida en supuestos de confianza permitida. En virtud de este criterio, quien realiza una aportación que en sí misma es conforme a Derecho, no tiene por qué contar con el uso delictivo que un tercero haga de la misma, a pesar de que sea previsible o probable. No se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido. En la actualidad se engloban bajo sus directrices los supuestos en los que existe división del trabajo. Se permite confiar en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido y, por tanto, no se exige a ninguna persona que controle continuamente a aquellos que comparten su trabajo y cumplen sus propios deberes. La imputación afectará al que incumple su deber¹²²⁶.

Como señala Feijoo, las cuestiones se complican en la sección de la empresa en la que varias personas comparten el cumplimiento de deberes de garante¹²²⁷. La responsabilidad penal se evita al cumplir el individuo sus deberes. El principio de confianza permite determinar el deber de cuidado y también la existencia del dolo en relación con posibles conductas defectuosas de otros. En concreto, este criterio permite determinar qué personas infringen sus deberes en el marco de un trabajo de equipo. En este contexto, la

¹²²⁵ Mir Puig, S., *Derecho Penal*... págs. 257 y ss.

¹²²⁶ Stratenwerth lo describe afirmando que “*por regla general, en aquellos ámbitos de la vida social en los que entran en contacto las conductas de varias personas, cada uno de los intervinientes debe poder confiar en que los demás se comportarán conforme con el cuidado debido*”. Es decir, “*nadie debe responder por la conducta descuidada de los demás, sino que debe confiarse en que cualquier persona cumplirá con sus deberes de cuidado*”. Robles Planas, R., *La participación en el delito*...cit. pág. 107 y ss. Según este autor el principio de confianza no puede ser aplicado de forma generalizada.

¹²²⁷ Feijoo Sánchez, B. “Autoría y Participación en el Delito de Defraudación Tributaria, con Especial Referencia a las Organizaciones Empresariales”, en *Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pág. 121-122. Según este autor, ostentan dominio social en la empresa para ser autor de un delito las personas que detentan poder efectivo para tomar decisiones.

delegación de deberes por parte de un superior a inferiores supone una transformación de los mismos, pero en ningún caso su extinción. Existe una tensión entre el deber de vigilancia y la posibilidad de confiar en los inferiores. La responsabilidad en ocasiones alcanza al comportamiento de terceros subordinados por infracción de su deber de garante.

Según indica este autor, este criterio se refiere a los límites subjetivos del tipo, como es la determinación del deber de cuidado con respecto a las conductas de otras personas¹²²⁸. Por este motivo, los conocimientos especiales presuponen que desaparece el principio de confianza, pero no afectan al tipo objetivo y solo fundamentan la responsabilidad por omisión simple. Este principio tiene relevancia para eliminar la imputación a título de autoría y a título de participación tras valorar que ha existido la realización de un tipo objetivo. De este modo, al autor que crea un riesgo desaprobado o es garante o ejecuta el tipo no puede estar sujeto a la prohibición de regreso, sino a lo sumo al principio de confianza.

2º.- Prohibición de regreso. No se imputarán objetivamente las condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado. De la prohibición de regreso se desprende que cuando median otras personas en una causación, el proceso causal dañoso solo afecta a aquellos intervinientes que son garantes de la no dañosidad del curso causal. Atendiendo a aspectos objetivos y al reparto de tareas existente en toda sociedad organizada, se prohíbe recurrir en el marco de la imputación a otras personas que podrían haber evitado el curso lesivo, puesto que su no evitación no supone el quebrantamiento de su rol¹²²⁹. No es posible controlar todo, pero no es asumible la posibilidad de confianza permitida cuando al tercero competente en sí le falte el conocimiento de las reglas¹²³⁰.

De la autoresponsabilidad por el actuar propio se deduce un principio de la autonomía en el sentido de prohibición de regreso¹²³¹, que se traduce en que la producción culpable o incluso meramente antijurídica de una modificación impide la imputación de esa conducta a otro agente¹²³².

¹²²⁸ Feijoo Sánchez, B, *Límites de la participación criminal*, ed. Comares, Granada, cit. págs. 94-95.

¹²²⁹ Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. pág. 157.

¹²³⁰ Jakobs, G, *Derecho Penal...* pág. 253 y ss.

¹²³¹ Silva Sánchez, Jesús M^a, “La Teoría del delito en la práctica penal económica”, cit. pág. 29.

¹²³² Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, cit. pág. 63. Tras exponer estas ideas y citando a Renzikowski, el autor afirma que la prohibición de regreso es compatible con la accesoriedad limitada y concluye que por ello, la prohibición de regreso es un criterio decisivo para la delimitación entre autoría y participación: “La causación en último lugar autónoma de un resultado típico impide la responsabilidad a título de autor por cualquier contribución causal anterior a la realización del tipo”.

La teoría de la prohibición de regreso se centra también en el tipo objetivo de todas las formas de participación como un problema general de la teoría jurídica del delito. Esta teoría pretende delimitar la frontera entre la intervención punible o no en el delito, determinando cuándo y en qué condiciones puede imputarse el resultado a un primer sujeto que posibilita o facilita a un segundo sujeto la comisión de un delito, ya sea este doloso o imprudente y llevado a cabo de forma completamente responsable¹²³³. Esta teoría normativa se aleja de consideraciones basadas en la causalidad y tiene como objetivo frenar la “excesiva responsabilidad hacia atrás”¹²³⁴. En su origen sirvió para introducir el elemento causal en las actuaciones dolosas y en la actualidad se utiliza para limitar el castigo en los supuestos de intervención imprudente en un delito doloso. Actualmente, bajo esta denominación se engloban diferentes posiciones doctrinales.

La primera vertiente de esta teoría la constituye la denominada como “teoría tradicional de Frank”, por la que se impide la imputación a un primer sujeto que obra imprudentemente cuando entre este y el resultado se halla interpuesto la conducta dolosa de un segundo sujeto. Es decir, el favorecimiento imprudente a una conducta dolosa y culpable es en todo caso impune¹²³⁵. El ejemplo que cabría esgrimir es el de un Director financiero imprudentemente elabora erróneamente unas cuentas anuales que comprenden vicios relevantes y el administrador conocedor de estos vicios de forma intencionada firma las cuentas y las presenta a los auditores para la elaboración del informe de auditoría y posteriormente a la Junta, de forma que el Director no puede ser considerado partícipe del delito.

Otra vertiente de la prohibición de regreso viene de la mano de la teoría de la imputación objetiva de acuerdo con el ámbito de protección de la norma, como así lo desarrolla Feijoo Sánchez¹²³⁶. La cuestión se trató como un problema de imputación del resultado dentro del ámbito de protección de la norma. Los precursores de esta doctrina no admiten la teoría de Frank sobre la base de que consideran que hay casos que deben recibir un diferente tratamiento y admitiendo lo establecido por la teoría de la adecuación, hacen depender la imputación de que la conducta delictiva del tercero fuera no objetivamente previsible. De esta forma, la doctrina mayoritaria sustituye la teoría de la prohibición de

¹²³³ Robles Planas, R., *La participación en el delito*....cit. págs. 81 y ss.

¹²³⁴ Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*....cit. págs. 10 a 12. Consiste según el autor en “especificar los criterios para limitar que la responsabilidad penal retroceda desde el autor hasta otras personas que han tenido alguna relación, incluso remota, con el hecho típico”.

¹²³⁵ Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*....cit. pág. 14.

¹²³⁶ Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*....cit. págs. 34 a 38.

regreso por una teoría de la previsibilidad objetiva y de la confianza frente a conductas de terceros. El fin de protección de la norma se refiere al fin de protección del deber de cuidado (previsibilidad objetiva) como elemento de determinación del deber objetivo de cuidado, por lo que la solución la encuentran en aspectos subjetivos, no en el tipo objetivo. De esta forma, en el delito doloso no existen límites objetivos para la imputación a título de participación, siempre que concorra dolo y causalidad.

La “Prohibición de regreso” en Jakobs constituye una de las cuatro instituciones básicas sobre las que articula su teoría de la imputación objetiva, por la que se pretende enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Es el reverso de la participación punible y limita la responsabilidad (posición de garante). Jakobs explica que hay un ámbito de actuación conjunta dolosa o imprudente en el comportamiento de otras personas, que realizan objetivamente el tipo, sin responsabilidad por esta intervención. Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el interviniente realiza una aportación que en sí es inocua y cotidiana y que solo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso. Según este autor, existe una prohibición de regresar a la conducta de quien no ostente una posición de garante con respecto a las consecuencias que se deriven de la propia conducta¹²³⁷. La imputación solo se dirigirá frente al garante y en cada caso se deberá concretar en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias. Es posible un distanciamiento en estos términos de un interviniente en el ámbito de la prohibición de regreso, cuando su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción, que realiza el tipo, del ejecutor; pues entonces el interviniente ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. La argumentación es la misma que en relación con el riesgo permitido y con la injerencia, es decir, que el interviniente no ha pretendido ningún riesgo especial¹²³⁸.

Afirma Jakobs que nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales, como tampoco se responde de una información veraz, que no puede dar lugar tampoco a responsabilidad alguna¹²³⁹. En los

¹²³⁷ Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción“...págs. 11-15.

¹²³⁸ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*...cit. pág. 844. Feijoo Sánchez, B, *Límites de la participación criminal*...cit. pág. 35. Se refiere a Jakobs, señalando que este autor considera que la teoría de la prohibición de regreso aparece encubierta bajo la teoría de la protección de la norma.

¹²³⁹ Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. págs. 158-160.

supuestos que existen posiciones de garantía puede generarse responsabilidad en cualquier caso, con independencia de que el comportamiento no haya existido precisamente porque dicha posición pretende evitar que el bien sea dañado. El deber de garante le obliga al sujeto a actuar aunque una información inocua pueda dañar el bien jurídico. De este modo, cuando existe una posición de garante persiste la prohibición de regreso pero dicha posición presupone condicionantes singulares que fundamentan por sí mismos la responsabilidad. El garante para cumplir con su deber de protección tiene que actuar incluso cuando actúan terceros. Resume el autor este criterio afirmando que *“la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que solo establece que el comportamiento actual es insuficiente para generar responsabilidad”*¹²⁴⁰.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo explica con la misma línea argumental que la relación de causalidad puede romperse en determinados supuestos relevantes en los que intervenga un tercero en la causación del daño. Son los supuestos que la jurisprudencia civil clasifica como prohibición de regreso en casos de intervención de terceros. El curso causal se interrumpe cuando media la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, de forma que se impide que se regrese desde el que dolosa o culposamente interviene causando el daño, hasta el que lo desencadenó aunque hubiera podido ser condición *sine qua non*. En estos términos, el Tribunal Supremo ha analizado en su sentencia de fecha 5 de marzo de 2009 este criterio de imputación objetiva y ha concluido que no cabe alegar que la intervención de los administradores en el proceso de elaboración de las cuentas anule la relevancia del informe de auditoría e impida atribuir la responsabilidad de los auditores que emiten un informe incorrecto, ya que siempre quedaría excluida su responsabilidad y devendría inaplicable el art. 11 de la Ley de Auditoría. Es cierto que siempre habrá causas más inmediatas a la producción del daño que las relativas a la intervención del auditor, que debe considerarse garante de este proceso, pero ello no le exime de la responsabilidad asumida en su ámbito de actuación.

En definitiva, no se puede admitir la interrupción del curso causal por intervención de terceros porque los administradores hayan incumplido sus deberes legales. La no inclusión de salvedades en la auditoría y la confirmación de las cuentas anuales supone una conducta que ayuda, apoya y coadyuva a la causación del daño¹²⁴¹.

¹²⁴⁰ Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. págs. 158-160.

¹²⁴¹ Como señala la SAP de Alava del Orden Civil de 4 de noviembre de 2003: *“Aunque fueron los administradores perfectamente conocedores de la situación y no quisieron adoptar el acuerdo de disolución y prefirieron esperar unos meses, la conducta de la empresa auditora apoyó decisivamente tal*

3º.- La competencia de la víctima. El comportamiento de la víctima que incumple sus deberes de protección puede excluir la imputación¹²⁴². En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo del delito del art. 290 CP. Los casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado son aquellos en los que la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad»¹²⁴³. Si la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva, no se aprecia este presupuesto. No se podrá imputar a una persona la realización de una conducta delictiva si el hecho es imputable al comportamiento voluntario o involuntario de la víctima (mala suerte, exposición al peligro de la víctima, riesgo asumido por la víctima). Pueden tratarse de supuestos de autopuesta en peligro por parte de la víctima en la que participan otras personas por medio de inducción o cooperación, así como los supuestos de puesta en peligro de la víctima por parte de otro, cuando dicha puesta en peligro es imputable a la víctima, por lo que la imputación de las lesiones se realizará a la víctima y la exclusión a quienes intervienen en el riesgo¹²⁴⁴. También puede darse la circunstancia de que se aprecie conjuntamente el infortunio de la víctima y el comportamiento defectuoso del autor¹²⁴⁵. Como señala Jakobs: *“puede ser que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa situación por obra del destino, por infortunio”*¹²⁴⁶.

También la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplica el criterio de concurrencia de culpas para la limitación de la responsabilidad civil extracontractual. De acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil, la responsabilidad del auditor puede verse reducida, e incluso totalmente eliminada, cuando a la producción del resultado dañoso haya

postura, al no emitir un informe desfavorable.....Por tanto, no existe una interrupción del curso causal por el comportamiento de terceros”.

¹²⁴² Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. pág. 176.

¹²⁴³ En la sentencia del orden penal de la AP de León de 19 de diciembre de 2011, ARP\2012\68 se dispone que el hecho de que se renuncie a convocar judicialmente la Junta o a la auditoría no exime de responsabilidad penal.

¹²⁴⁴ Mir Puig, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal”....cit. pág. 18. En supuestos de consentimiento de la víctima nos encontraríamos ante una situación atípica, en la que no concurren los presupuestos para valorar la posterior imputación objetiva.

¹²⁴⁵ Jakobs, G., “La imputación objetiva en Derecho Penal”, cit. pág. 177.

¹²⁴⁶ Jakobs G., “La imputación objetiva en derecho penal”, cit. págs. 109-110. Figueroa Ortega, Y., *Delito de Infracción de deber...*cit. pág. 256.

concurrido una conducta dolosa o culposa por parte del acreedor o de la persona de la que deba responder¹²⁴⁷. En los supuestos en los que se produce una “competencia de la víctima”, se excluye la imputación objetiva y el daño es imputable a la víctima. En los supuestos en los que la competencia de la víctima y la del sujeto han sido condición del daño, ambos serán sometidos a una valoración de la culpabilidad para determinar la verdadera causa del daño y, en su caso, si la culpa es concurrente. La jurisprudencia considera que en estos casos de concurrencia de culpas deben graduarse las respectivas culpas, y reducir de forma proporcional el deber de indemnizar¹²⁴⁸. El daño podrá imputarse total o parcialmente a la propia víctima, porque: a) no actuó correctamente, ya que tenía otros medios de información diversos al informe de auditoría a los que podía acudir con facilidad. La existencia de otros informes realizados por expertos o de otras fuentes o medios de información por los que el perjudicado podía haber conocido el estado de la sociedad de forma notoria puede constituir un límite de la responsabilidad de los auditores; b) es un experto o un profesional y como tal podía exigírsele que verificara la información directamente en la que basó su decisión de inversión.

4º.- Conductas neutrales. El criterio mínimo de delimitación de la participación en torno al cual se ha desarrollado un importante trabajo doctrinal es el referido a las denominadas conductas neutrales o “acciones internamente neutras o cotidianas” como las denomina Roxin en las que el sujeto lleva a cabo una conducta que hubiera realizado igualmente frente a cualquier otro sujeto que no fuera el autor porque “*con la acción –de antemano (también)- persigue fines propios independientes del hecho y del autor, y jurídicamente no desaprobados*”.

La doctrina española se ha planteado en qué ámbito de la teoría jurídica del delito debe ser resuelta la problemática de las conductas neutrales y parece que existe una práctica unanimidad que aboga por la tesis de que la determinación de si una conducta es neutral debe ser resuelto en el ámbito de la tipicidad¹²⁴⁹. Por el contrario, no existe consenso sobre si dicha delimitación debe efectuarse en el plano del tipo subjetivo o en el del tipo objetivo, respecto de lo cual la opinión mayoritaria se inclina por la delimitación en el tipo objetivo por una cuestión sistemática, ya que delimitará el objeto del dolo o imprudencia¹²⁵⁰. La

¹²⁴⁷ Pantaleón Prieto, F., Las responsabilidades civiles de los auditores.....cit. pág. 47.

¹²⁴⁸ Díez Picazo, L., *Derecho de Daños*....., pág. 366.

¹²⁴⁹ Robles Planas, R., “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, pág. 386.

¹²⁵⁰ Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*.....cit. pág. 12. Robles Planas, R., “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica* (dir. Silva Sánchez, J.Mª y Miró Linares, F.) 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid, pág. 387-388. La participación en el delito se asienta sobre la configuración objetiva de la conducta en el contexto para

posible relevancia de dichas conductas neutrales afecta al ámbito de la libertad general de actuación, por lo que se deberá valorar la relevancia del riesgo que estas conductas comportan para los bienes jurídicos protegidos desde el punto de vista objetivo. De este modo, situado el problema en la esfera de la imputación objetiva, se coincide en partir de la base de la institución del riesgo permitido¹²⁵¹. La jurisprudencia ha reconocido la existencia de conductas neutrales¹²⁵².

En la doctrina española Robles Planas enfatiza que en el marco empresarial esta doctrina engloba todas aquellas actuaciones de favorecimiento al hecho delictivo realizado por el autor del delito, a través de conductas estándar o acordes a las competencias profesionales asumidas en la empresa, y permite delimitar las esferas de responsabilidad y la tipicidad de las conductas de estos intervinientes en un mismo hecho, desde sus diversas posiciones, sirviéndose de criterios de imputación que atiendan a principios como los de jerarquía y división del trabajo¹²⁵³. Resulta muy gráfico el ejemplo que incluye el autor de que sí se considerará delictiva cuando una persona confecciona la contabilidad materialmente con conocimiento de que la infracción de las normas contables no va a poder ser descubierta en la elaboración de las cuentas en la que se va a poder proyectar. Por el contrario, no se considerará delictivo, por ser un acto socialmente adecuado y atípico el mero asesoramiento para que la contabilidad resulte impositivamente más beneficiosa.

determinar el riesgo permitido, por lo que será la teoría de la imputación objetiva la que permita distinguir el alcance del riesgo permitido. El conocimiento seguro de la comisión de la conducta delictiva será un indicio de la inadecuación social de la conducta.

¹²⁵¹ Martínez-Buján Pérez, C., “Autoría y Participación en el Delito de Defraudación Tributaria”, cit. págs. 85 y ss. En ámbitos neutrales las actividades humanas no comportan riesgo alguno para los bienes jurídicos. En el seno de la concepción significativa de la acción, la constatación de conocimientos especiales, al igual que ocurre con los elementos subjetivos del tipo y con el dolo, habrán de ser configurados como componentes en sentido exteriorizado, como manifestaciones externas. La verificación de los mismos se realizará de acuerdo con las competencias del sujeto y las características públicas de su acción.

¹²⁵² En relación con la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a las acciones neutrales, la STS de 9 de junio de 2014, RJ/2014/4223 afirma que: “..... *En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo* , etc.puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos..... Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse **el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco** . Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero”.

¹²⁵³ Robles Planas, R., “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, cit. págs. 390-399. Esgrime el autor que: “*La intervención relevante se origina cuando concurre un deber de evitar que su aportación pase a formar parte de un hecho delictivo ajeno*”.

Estas acciones neutrales se pueden detectar en todos los niveles de la empresa con capacidad de decisión o bien subordinados¹²⁵⁴.

5º.- Concurrencia de riesgos. El daño puede derivar de diversas condiciones que constituyen el riesgo. El comportamiento de riesgo puede darse en un contexto en el que existen a su vez otros riesgos. También varios autores pueden ser responsables de un riesgo (coautoría, autoría simultánea y participación)¹²⁵⁵.

La falta de exclusividad de competencias en una determinada persona no hace decaer su posición de garante, ni el deber jurídico penal ni impide que en los supuestos de incumplimiento de dicho deber, se pueda imputar objetivamente el resultado a dicha persona. El nexo causal hipotético de la existencia de otros administradores no exime de responsabilidad, pues los cogarantes pueden contribuir a que la conducta fraudulenta no sea descubierta¹²⁵⁶.

En todo caso, es preciso delimitar los riesgos que producen el resultado dañoso, y para ello aclarar el curso causal efectivamente dañoso¹²⁵⁷. Un riesgo en cuestión puede quedar excluido o limitado en su efecto dañoso por la concurrencia de otros riesgos. La verificación de que se ha realizado el riesgo no depende de lo que habría ocurrido sin el riesgo, sino de lo que ha ocurrido con el riesgo. En el marco del Derecho penal lo determinante es establecer qué relaciones le está permitido iniciar al autor respecto de otro y cuáles no.

El tratamiento en el ámbito civil de la concurrencia de culpas es dispar al ámbito penal. Como señala Roxin, el Derecho Civil a través de este criterio, al igual que con las cargas de la prueba, tiene diversas posibilidades de corrección diferenciadora de los criterios de responsabilidad de las que no dispone el Derecho penal¹²⁵⁸. Resulta muy interesante el tratamiento que la jurisprudencia civil ha dado a los supuestos de posible concurrencia de conductas de administradores y auditores. Sin perjuicio de que la falta de cumplimiento del deber por parte de los auditores no sea la única ni principal causa del resultado dañoso, es

¹²⁵⁴ Robles Planas, R., "Imputación en la empresa y conductas neutrales", cit. pág. 389. Se debe negar la participación del delito cuando no existan posiciones de garantía que obliguen a evitar "proyectos delictivos ajenos" y no exista una actuación inequívoca de adaptación al hecho que va a ser cometido.

¹²⁵⁵ Jakobs, G., "La imputación objetiva en derecho penal" ...cit. pág. 177.

¹²⁵⁶ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Edic. Experiencia, 1ª edic, 2006, págs. 25-27.

¹²⁵⁷ Jakobs, G., *Derecho Penal*....cit. pág. 269.

¹²⁵⁸ Roxin, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traduc. Luzón Peña, D.M., edit. Reus, S.A., 1976, pág. 141.

suficiente con que haya sido una causa que ha contribuido a su causación de forma colateral o complementaria, al privar a los interesados de un informe acorde a la Ley que refleje la imagen verdadera y fiel de la situación económica de la entidad, que les hubiera permitido adoptar las decisiones correspondientes con conocimiento de la oportunidad o inoportunidad de su decisión en el ámbito societario conocido¹²⁵⁹.

Los administradores son los encargados de la redacción de las cuentas anuales y al hacerlo pueden haber cometido errores no intencionados o bien haber falseado conscientemente las cuentas sin que los auditores hayan detectado ninguna de ambas circunstancias. Los auditores, que ni participan en la gestión ni redactan las cuentas anuales, podrán responder en sede civil cuando hayan actuado negligentemente y si hubieran actuado con la debida diligencia, no hubieran podido descubrir los actos erróneos o fraudulentos de los administradores.

La responsabilidad civil es exigible de forma personal e individualizada. La posibilidad de que se condene a los administradores no obsta a la potencial responsabilidad civil de los auditores. Es perfectamente factible que se considere a los auditores corresponsables civiles junto con otras personas que toman decisiones, cuando no han cumplido correctamente sus obligaciones contractuales, por esa labor primordial que tienen en la fiscalización de las cuentas y por la confianza que inspiran sus informes. No es extraño que en supuestos en los que las cuentas anuales no reflejan la imagen fiel concurren de forma coincidente administradores y auditores. Son varias causas concatenadas las que producen el daño. El hecho de que sean diversos los sujetos causantes del daño dificulta la concreción de la relación de causalidad¹²⁶⁰ y más en aquellos casos en los que los administradores han falseado dolosamente las cuentas, dificultando la labor de los auditores¹²⁶¹. Esta situación impide segregar nítidamente las responsabilidades de cada uno de los participantes. Se trata de una labor compleja y principalmente cuando los

¹²⁵⁹ En la STS de 5 de marzo de 2009, RJ 115/2009 (Ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller) se trata el asunto relativo a la Sindicatura de la quiebra de una entidad que demandó a la auditora solicitando la declaración del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas con dicha entidad y la consiguiente responsabilidad de la entidad auditora por dicho incumplimiento de sus deberes y por la posterior emisión del informe de auditoría de las cuentas anuales. En el informe de auditoría no se reflejaba el hecho de que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y la falta de inclusión de salvedad alguna en el informe de auditoría. Se concluye en la sentencia que: *“Situados en el terreno de la causalidad no puede desconocerse la relación entre el contenido de la auditoría, que omitió la necesaria formulación de un juicio desfavorable sobre el contenido de las cuentas auditadas -el cual era procedente según razona la Audiencia desde la propia valoración de los hechos acaecidos- y el resultado del perjuicio patrimonial producido....”*.

¹²⁶⁰ Pacheco Cañete, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas....cit.*, pág. 357.

¹²⁶¹ Gutiérrez Gilsanz, J., *“La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”....cit.* pág. 788

administradores han actuado dolosamente y se plantea hasta qué punto el auditor conoció la forma de actuar de los administradores¹²⁶². La existencia de diversas causas que contribuyen a la causación del daño no impiden la condena del auditor. Se puede condenar civilmente al auditor si se verifica que ha existido una contribución por su parte. Se produce un “facere” negligente del auditor, y causante o determinante del daño inferido, de forma que esa negligencia causante del daño supondrá la asunción de responsabilidad civil por el auditor, con independencia de que responda solidariamente con los administradores¹²⁶³.

En la STS del orden civil de 14 de octubre de 2008 el actor argumenta que la causa única no fue el incumplimiento de los auditores, ya que los directivos habían realizado una gestión desastrosa¹²⁶⁴, pero la Sala considera que, si bien los causantes directos no fueron los auditores, sí contribuyeron a la causación de los daños. Los socios de la Cooperativa fueron condenados y también los auditores que contribuyeron a la causación de los daños, al no informar a los cooperativistas. En la STS de 5 de marzo de 2009 se examinan los criterios de imputación objetiva y se concluye que la intervención de los administradores en la disolución forzosa de la entidad auditada no constituye un obstáculo para condenar a la sociedad de auditoría.

Y en la sentencia del Tribunal Supremo 798/2008 de 9 de octubre de 2008 se concluye que comportamientos ajenos al del auditor (el de la agencia de valores -merecedor de la tramitación de un proceso penal y de la aplicación de sanciones por el Consejo de Ministros) concurrieron a la producción del daño.

La sentencia del orden civil de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2000 (XM Patrimonios), de la que trae causa esta sentencia del Tribunal Supremo, analiza en particular el argumento planteado por los demandados de que ha existido una

¹²⁶² Gonzalo Angulo, J.A. y Castellanos Rufo, “La Reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas”, cit. pág. 43.

¹²⁶³ Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis. “Responsabilidad civil del auditor de cuentas”, Diario La Ley nº 7107, Año XXX, 4 feb. 2009, ref D-33, pág. 1480.

¹²⁶⁴ En la STS, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2008, RJ 2008/6913, Ponente Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel se plantea el caso de los miembros de la Promotora Social de Vivienda (PSV), que invirtieron importantes sumas de dinero para la compra de casas que estaban en construcción, las cuales fueron irregularmente dispuestas por los directivos de la misma. En consecuencia, la Cooperativa entró en una fuerte crisis económica y posteriormente entró en un procedimiento de insolvencia, en el curso del cual se suspendió la construcción de las viviendas. En los informes de auditoría correspondiente a los ejercicios 1991 y 1992 no se reflejó la crisis económica en la que estaba sumida la Cooperativa y por lo tanto los miembros de la misma no pudieron conocer su verdadera posición financiera. Los socios pertenecientes a la Cooperativa demandaron a los auditores y a la aseguradora y reclamaron el daño consistente en las derramas abonadas, con sus intereses legales, y el sobrecoste vinculado al reinicio de las obras y la revisión de precios.

potencial concurrencia de culpas, por depositar los perjudicados prácticamente todo su capital en una sola Agencia de poca entidad, con la concentración de riesgo que ello suponía. La Audiencia consideró que todas las inversiones recayeron sobre valores seguros y el problema no se proyecta sobre la eficacia y solidez intrínseca de tales productos, sino sobre la fraudulenta actuación de la administración de la Agencia, sobre la que no había motivo para desconfiar. La significación de la Agencia no puede erigirse como un elemento que desvirtúe o aminore la confianza que los consumidores/inversores, ya que desde el momento de su constitución y actividad están regladas y sometidas a fuertes medidas de intervención y control legal y administrativo, por lo que el inversor puede tener la confianza en la previsible eficacia de los controles del sistema. Se aduce igualmente que los perjudicados no efectuaron comprobaciones del efectivo mantenimiento de las inversiones.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada de fecha 9 de octubre de 2008 no admite este argumento porque considera que no es exigible a un inversor realizar comprobaciones periódicas que le permitan asegurar que el estado de sus inversiones se corresponde con las comunicaciones que recibe de la entidad. Tampoco por esta vía puede evitar los abusos de confianza de los gestores que realizan operaciones ocultas. El motivo de desconfianza surge cuando se plantea la crisis de la entidad. En todo caso, la confianza relevante es la que se plantea por el buen funcionamiento de la entidad asegurado por los controles del sistema. Según indica la sentencia “*lo fundamental es la confianza en el buen funcionamiento de las cosas en base a los controles del sistema*”. El consumidor de productos financieros no tiene que vigilar la solvencia de la entidad, ya que delega dichos controles en el Sistema. Esta es la premisa sobre la que se asienta el funcionamiento del mercado.

La responsabilidad del auditor puede ser reducida e incluso eliminada cuando la sociedad cliente actúe con dolo o culpa y cuando los empleados de la entidad auditada interfieran en la labor de auditoría, de forma que contribuyan o sean la causa de que el informe no haya podido cumplir los fines por los que ha sido emitido, y el auditor haya actuado negligentemente. También se podrá ver reducida dicha responsabilidad cuando los administradores incumplan las recomendaciones de los auditores o cualquier conducta negligente de los administradores que no pueda excusar su legítima confianza en el informe de auditoría¹²⁶⁵.

¹²⁶⁵ Pantaleón Prieto, F., *La responsabilidad civil de los auditores...* cit. pág. 47. En este caso, se refiere el autor a supuestos de “*activa interferencia de los trabajos de auditoría*”.

Finalmente, se debe tener en cuenta que en la defensa de sus posturas y falta de responsabilidad, el auditor puede sostener que toda la responsabilidad debe ser asumida por los gestores, que son quienes tienen la competencia de elaborar las cuentas anuales y que tienen un absoluto desconocimiento de los fraudes llevados a cabo por dichos gestores. El auditor puede no haber tenido conocimiento de las actuaciones irregulares de los administradores en perjuicio de la sociedad y de terceros inversores. En defensa de esta tesis se puede esgrimir, en primer lugar, que no es la labor del auditor la de localizar los fraudes, ya que no son policías. En segundo lugar, porque las técnicas sofisticadas utilizadas por los administradores para ocultar el fraude han impedido identificar estas operaciones al llevar a cabo las tareas de comprobación. En tercer lugar, porque sin perjuicio de que han cumplido sus deberes y han acometido con diligencia las labores de verificación, no era materialmente posible detectar el fraude. En cuarto lugar, porque se trata de actuaciones que ni siquiera los organismos supervisores han detectado. En quinto lugar, porque el verdadero motivo por el que se han precipitado los daños son causas externas a la gestión de la sociedad, como es una crisis económica, una cancelación de un contrato u otras.

Considerados todos estos aspectos, resulta que el matiz que debe guiar todo el examen de las conductas de los profesionales que resultan en las cuentas anuales y en el informe de auditoría, es la clara diferenciación de los deberes y competencias asumidas por unos y otros en las distintas fases del proceso de elaboración de las cuentas anuales y la distinción dentro de sus competencias, de si ha existido una potencial conducta de alcance delictivo¹²⁶⁶.

e) Causas de reemplazo y el criterio de conducta alternativa correcta

En los supuestos en los que la condición puesta por el autor ha entrado en lugar de una causa de reemplazo que, si no, habría producido el resultado, la doctrina dominante ha defendido que esta causa de reemplazo constituye una hipótesis que no puede tener ninguna incidencia ya que, en todo caso, solo debe tenerse en cuenta el riesgo que ha producido el resultado efectivamente.

La idea de que todo bien está sometido continuamente a riesgos, que pueden imputarse a terceros, al titular o como riesgos situados en su competencia. Lo hipotético

¹²⁶⁶ Stratenwerth, G., Derecho Penal, Parte General, pág. 160. Las causas de reemplazo (hipotéticas), que consisten en acciones antijurídicas de terceros deben quedar de antemano fuera de consideración.

privaría al bien de su garantía normativa y no hay ningún principio que exprese que un bien cuya existencia estaba en todo caso amenazada ya no se encuentra normativamente garantizado¹²⁶⁷. El autor cuando desplaza con su conducta un curso causal dañoso hipotético, responde por el curso conducente al resultado, aunque de él no dependa la existencia del resultado. Sin la conducta del autor el resultado se habría producido por otro riesgo¹²⁶⁸.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se refiere al criterio de conducta alternativa correcta en los casos en los que se analiza la responsabilidad extracontractual del auditor de cuentas¹²⁶⁹. Una información hipotéticamente distinta de la que constaba en el informe de auditoría correctamente efectuado hubiera llevado a tomar una decisión diversa. La consideración de la causalidad hipotética exige valorar la adecuación potencial del informe de auditoría realizado deficientemente. Un informe que no detecta la existencia de irregularidades o de riesgos para la continuidad de la actividad de la sociedad provoca daños y perjuicios a los socios de la sociedad auditada y produce el efecto de que los socios toman decisiones que no habrían adoptado de haberse realizado correctamente el informe de auditoría. Si un auditor no informa de las incorrecciones que contienen las cuentas anuales ni de que dichas cuentas no muestran la imagen fiel de la empresa, ni del verdadero estado del patrimonio de la entidad, no está advirtiendo a terceros del peligro que conlleva negociar con dicha compañía, y puede dar lugar a entender hipotéticamente que era previsible que su incumplimiento pudiera dar lugar a un perjuicio para la sociedad auditada. El criterio de la conducta alternativa correcta se fundamenta en la idea de que se puede imputar la responsabilidad al sujeto incumplidor, ya que si no hubiera incumplido sus deberes no se habrían causado daños o, en su caso, estos hubieran sido menores. Estos argumentos parten de la idea de que el informe de auditoría tiene una relevancia y valor

¹²⁶⁷ Jakobs, G., *Derecho Penal*.....cit. pág. 282.

¹²⁶⁸ Jakobs, G., *Derecho Penal*.....cit. pág. 283.

¹²⁶⁹ En la STS (Sala de lo Civil) de fecha 15 de diciembre de 2010, RJ 2011/1550, Ponente Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel (PSV) se plantea el supuesto de un grupo de adjudicatarios de viviendas y garajes cuya construcción fue atribuida a la Promotora Social de Viviendas, Sociedad Cooperativa (PSV), que demandaron en condición de terceros perjudicados a la entidad auditora, al socio responsable y a la entidad aseguradora. En la demanda se alega que los informes de auditoría sobre las cuentas de la Cooperativa se habían realizado deficientemente, al no poner de manifiesto las graves irregularidades de las cuentas y que ocultaban una situación de insolvencia de la sociedad. La acción contra los auditores tenía en cuenta que estos no fueron los únicos responsables, pero sí contribuyeron a los daños ocasionados a terceros, al obstaculizar el que se pudiera reaccionar contra la incorrecta administración de la Sociedad. Los terceros habían confiado en la apariencia de normalidad de la Sociedad, a la vista de los informes emitidos que no incluían salvedades significativas. Como consecuencia de esta actuación, el daño que les imputaban era el incremento de prestación a su cargo que se había derivado respecto de la inicialmente establecida para la terminación de las construcciones. La sociedad se encontraba incurso en una situación de insolvencia y los auditores no incluyeron salvedad alguna.

esenciales que fundamentan la responsabilidad civil que asumen los auditores por el incumplimiento de sus obligaciones.

En definitiva, se concluye que de haber sido distinta la información contenida en el informe, no habría tomado la decisión que originó la pérdida patrimonial¹²⁷⁰. El sujeto habría actuado de un modo diferente de haber conocido la situación real de la sociedad a través del informe de auditoría, lo que resulta complejo de probar. De haber actuado el sujeto de ese diferente modo se habrían evitado los daños (no habrían invertido, no habrían comprado acciones). Se puede dar la circunstancia de que aun cuando la labor del auditor hubiera sido diferente, no se habría podido detectar la verdadera situación económica de la sociedad, de forma que se puede advertir que el informe no ha tenido ninguna incidencia práctica en el curso causal. En este sentido, el análisis se puede complicar cuando se plantea que el daño es consecuencia de circunstancias sobrevenidas.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 2008 (PSV) se plantea una causalidad hipotética y tras la oportuna deliberación del tribunal se concluye que concurre la relación de causalidad exigida para apreciar la responsabilidad civil del auditor. Si el informe hubiera informado correctamente, los cooperativistas hubieran actuado de forma diversa. La entidad era una sociedad cooperativa de carácter personalista frente a la cual, además, los socios tenían la condición de beneficiarios de unas viviendas en promociones concretas y determinadas. En el informe no se indicaba que los gestores administraban mediante «cuentas de enlace» los fondos correspondientes a las distintas promociones de la cooperativa, infringiendo así la obligación estatutaria de gestionar cada promoción separadamente. La omisión de esta advertencia permitió traspasos irregulares de fondos e incrementó los riesgos para los cooperativistas. Se concluye que un informe de auditoría desfavorable que hubiera recogido la verdadera situación económica de la cooperativa con salvedades suficientes referidas a esas conductas irregulares, de haber sido conocido por los socios cooperativistas, hubiera evitado una actuación del calado de la que realizaron¹²⁷¹.

Como se desprende también de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009, si el informe de auditoría hubiera denegado la conformidad de las cuentas con el principio de imagen fiel o hubiera dicho que la sociedad se encontraba incurso en causa de disolución, no se hubieran incrementado o multiplicado

¹²⁷⁰ Gutiérrez Gilsanz, J., “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”....cit. pág. 789.

¹²⁷¹ En este sentido la STS 869/2008 de 14 de octubre de 2008.

los perjuicios y no se les podría haber imputado la responsabilidad a los auditores¹²⁷². La disolución de la sociedad hubiera sido segura tras la emisión de un informe desfavorable por parte de los auditores y por consiguiente, las pérdidas hubieran sido mucho menores. Por este motivo, el procedimiento de insolvencia hubiera tenido un desenlace favorable a los acreedores. El auditor de esta forma contribuye a que el patrimonio continúe disminuyendo.

3.5.3.- El alcance de la protección de la norma

Este criterio también predetermina la aplicación del principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. La imputación objetiva queda sujeta a la finalidad del tipo. Roxin explica precisamente que la teoría de la esfera de la protección de la norma como criterio limitador de la responsabilidad fue desarrollada en el Derecho Civil y se fue introduciendo “con vacilaciones” en el Derecho penal¹²⁷³. El planteamiento de este presupuesto lo explica de forma muy clara al señalar que se debe decidir si se quiere limitar el fin protector de los correspondientes preceptos a impedir las consecuencias directamente lesivas de bienes jurídicos o si se lo quiere extender también a evitar daños secundarios desencadenados por aquéllas. En este punto apunta Roxin que en el ámbito civil se puede cubrir o abarcar de forma más laxa los daños indirectos, mientras que en el ámbito penal resulta un tema más complejo, ya que en este punto se puede determinar si el sujeto debe o no ser castigado. Apunta entonces el autor como conclusión que desde el punto de vista político criminal la limitación de la esfera de protección del Derecho Penal se debe limitar a los daños directos. Concreta entonces que lo que no es peligroso en absoluto o se encuentra dentro del riesgo permitido no fundamentará la imputación del resultado ni desde el punto de vista jurídico civil ni desde el punto de vista jurídico penal. En cambio la esfera de protección de la norma se puede utilizar como aspecto rector en ambos campos y traspasar de la esfera del Derecho civil al Derecho penal, pero, *por su naturaleza sus respectivos contenidos, tienen que ser distintos siempre que las divergentes metas de la justa reparación del daño, por un lado, y de la reacción adecuada político criminalmente, por otro lado, requieran soluciones discrepantes.*

La jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil de los auditores es muy clarificadora en cuanto al alcance que debe tener la protección de la norma en materia de auditoría y ello puede resultar de utilidad para

¹²⁷² En estos términos, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009.

¹²⁷³ Roxin, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, cit. págs. 136-146.

determinar el elemento de idoneidad para causar perjuicio o el perjuicio contemplados en el art. 290.1 y 2 CP.

El ámbito de protección de las normas es equivalente al contorno para aplicar los criterios de imputación objetiva y viene a exigir en su aplicación que el resultado tenga su fundamento en estas normas cuya infracción se analiza. En el marco de la auditoría las normas que se deben considerar objeto de protección son las relativas a la determinación de los deberes de los auditores en relación con el contenido del informe de auditoría. Se excluiría así la imputación objetiva cuando el resultado sea consecuencia causal de la infracción de una norma cuya finalidad no era impedir tales perjuicios¹²⁷⁴.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 5 de marzo de 2009 dictada en el asunto Euskal Air, se establece con respecto al criterio del fin de protección de la norma que la actuación errónea basada en la confianza en la auditoría es la que se trata de prevenir desde la fijación de un régimen de responsabilidad de los auditores. Explica esta sentencia que dentro de la norma de responsabilidad de los auditores objeto de protección en el ámbito de la auditoría (la Ley de Auditoría de Cuentas) no se comprende ninguna labor de apoyo a la CNMV, sino que se dirige a proteger a los terceros, ya sean accionistas o acreedores de la sociedad. Este es el argumento analizado en la STS de 9 de octubre de 2008, en la que se valora el elemento de la causalidad a través de la postura defendida por el demandante de que el auditor había emitido un informe no conforme a Derecho que impidió la actuación de la CNMV¹²⁷⁵. Para los demandantes, el informe del auditor había determinado/causado la ausencia de la actuación sancionadora inmediata y, por consiguiente había permitido las inversiones de los actores. La Audiencia Provincial de Barcelona sí consideró que si el informe de auditoría hubiera mostrado un resultado desfavorable como correspondía de acuerdo con la situación de la sociedad, la intervención de la CNMV hubiera sido segura. Se señala entonces al informe de auditoría como causa que ha

¹²⁷⁴ Bacigalupo, E., “Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva...”...cit. pág. 3.

¹²⁷⁵ En el relato de hechos de la STS, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 2008, RJ/2008/6042, Ponente Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel, se explica cómo la entidad auditora emite el informe de las cuentas de una Agencia de Valores en el que se afirma que las cuentas auditadas reflejaban la imagen fiel de la sociedad sin hacer constar ninguna salvedad, cuando los resultados de la Agencia en dichos ejercicios no se correspondían con la información contenida de las cuentas anuales. Estas cuentas no mostraban los resultados claramente negativos de la Agencia. La administración de la Agencia había realizado inversiones extranjeras que habían generado importantes pérdidas. Los fondos de clientes habían sido desviados a sociedades instrumentales particulares para cubrir estas pérdidas y no habían sido recogidos en el informe de auditoría. En 1995 la Agencia quebró, y fue entonces cuando la CNMV ordenó la intervención de la Agencia y la suspensión de todas sus actividades. En síntesis, el Tribunal Supremo declaró que los auditores no podían ser considerados responsables de la conducta de terceros que estaban fuera de su ámbito de actuación y control, responsabilidad que sí corresponde asumir a las autoridades públicas, por lo que las pretensiones de los demandantes fueron íntegramente desestimadas.

determinado las inversiones de los demandantes, que de otra forma no se hubieran producido. El Tribunal Supremo revocó esta sentencia porque consideró que el examen de la relación de causalidad no se había realizado correctamente, por cuanto la intervención de la CNMV constituía una causa extraña al ámbito de protección proporcionado por la normativa a cuya infracción se ha vinculado la responsabilidad del auditor. La finalidad de la norma objeto de aplicación es permitir a la sociedad auditada y a terceros que conozcan la opinión técnica del auditor sobre la contabilidad de la entidad. Considera el Alto Tribunal que la imputación objetiva o causalidad jurídica no puede permitir que se atribuya a los auditores la condición de vigilantes o garantes últimos de la transparencia de la información económico-contable de la empresa auditada, causantes del resultado perjudicial para los actores, por no detectar los incumplimientos en la elaboración de las cuentas para que la CNMV pudiera actuar. Esta circunstancia no se puede introducir en el curso causal hipotético. Es un hecho incuestionable que la CNMV tiene la facultad de intervenir al margen de la auditoría y que no se encuentran encadenadas las obligaciones de este organismo y las de los auditores.

Es decir, no se puede conectar o considerar que existe una relación entre el hecho de que los auditores no hubieran informado conforme a sus deberes legales, y la falta de intervención de la CNMV al no alertar a los cooperativistas de que no debían continuar con las aportaciones. La CNMV ejerce competencias de supervisión o inspección por su propia iniciativa y estas competencias, que implican un control del cumplimiento de la normativa vigente por aquellos que desarrollan su actividad profesional en los mercados financieros las debe ejercer por propia iniciativa, a tenor de la naturaleza pública de la Comisión, sin que pueda hacerse depender su intervención del dictado del auditor designado por la entidad auditada. El auditor no tiene esta obligación de alertar a la CNMV. De acuerdo con este razonamiento y teniendo en cuenta el planteamiento esgrimido por las partes, el resultado queda fuera del fin de protección de la norma. La CNMV no sería un tercero frente al que el informe de auditoría (la revisión y verificación de documentos contables en las que consiste la actividad auditora) pueda tener efectos. La posible intervención de la CNMV si el informe hubiera contenido reparos es una mera hipótesis, que escapa del sentido de aplicación de la norma. La conclusión es que los perjuicios sufridos derivan de la previsible frustración de la rentabilidad de sus inversiones por el riesgo que implicaban y que la conexión entre las pérdidas económicas y el deficiente cumplimiento por el auditor de la prestación profesional es únicamente indirecta, ya que la intervención sancionadora por parte de la CNMV es simplemente una hipótesis referida a un potencial hecho futuro e incierto, de modo que no se puede considerar como una causa segura que determina la

relación de causalidad. El examen de la causalidad jurídica lleva por tanto a la conclusión de que no es imputable a los auditores lo que la CNMV debió hacer¹²⁷⁶.

En la STS de 16 de mayo de 2008, RJ/2008/2756, se plantea la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad de la Administración. En la tesis sustentada por demandante, se argumentaba que si la CNMV hubiera ejercido desde el primer momento todas las potestades de que dispone contra la Agencia AVA, al conocer las irregularidades de su actuación, no se habría producido la pignoración de acciones, que provocó la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes. La normativa no contemplaba entonces que la CNMV tenía un deber de divulgar toda la información que iba adquiriendo, incoar un procedimiento sancionador o incluso acordar la intervención de los cargos de dirección y administración de AVA. La función que la Ley encomendaba a la CNMV era supervisar e inspeccionar los mercados de valores y asegurar la transparencia de los mismos. Se concluye que no cabe admitir la responsabilidad patrimonial por omisión porque la CNMV no ejerciese todas sus potestades desde el primer momento, a la vista de que no es la causa lógica de la pérdida patrimonial sufrida. Si la CNMV no tenía un deber jurídico de realizar una determinada actuación, no se le puede objetivamente imputar un resultado lesivo que no estaba obligada a evitar. Subraya así la sentencia que en ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de estas. La causalidad no alcanza a donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008 relativa al caso PSV se explica que el fin de protección de las normas de auditoría es la protección del derecho a la información de los socios de la entidad auditada. Los perjuicios sufridos por los cooperativistas entran dentro del ámbito de protección de la normativa por la que el auditor tiene que emitir un informe de forma diligente en orden a garantizar la correspondencia de las cuentas con la imagen fiel de la situación económica de la sociedad. Los usuarios del informe de auditoría no pudieron emitir conscientemente el voto sobre la aprobación de

¹²⁷⁶ Bacigalupo, E., “Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva....cit. pág. 3. Afirma este autor que este punto de la resolución comentada puede ser discutible porque el balance auditado puede permitir la iniciación del procedimiento para retirar la autorización. (arts. 73 y 70.1 de LMV).

cuentas, por lo que el daño causado es imputable a los auditores. Si los socios hubieran dispuesto de esa información habrían modificado su actitud ante la cooperativa sustituyendo sus periódicos asentimientos sobre las cuentas presentadas por una reacción ante la gestión social irregular que provocó la situación económica crítica de la cooperativa. Se concluyó en la sentencia que la falta de información de los cooperativistas se ha traducido en un aumento de costes de la adjudicación de las viviendas, con novación de lo pactado, por lo que los daños entran dentro del ámbito de aplicación de la norma que los auditores infringieron.

3.6.- Síntesis sobre el elemento de idoneidad y la efectiva causación del perjuicio.

En definitiva, la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad de la acción como las causas y permite concretar la verdadera idoneidad para causar un perjuicio económico. La valoración de la conducta debe tener en cuenta cada caso y no puede calificarse como idóneo de forma automática, únicamente porque ha existido una conducta infractora de la normativa extrapenal que cumple los demás elementos del tipo. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que es adecuado en el sector en el que opere. Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante. La conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico no se encontraba en su propio ámbito de competencia.

Los criterios manejados para determinar la imputación objetiva por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo son en muchos aspectos similares a los dictados por la Sala de lo Civil, como se ha indicado al analizar las sentencias dictadas en materia de responsabilidad civil de los auditores de forma conjunta con aportaciones doctrinales muy relevantes. En definitiva, el criterio de creación de riesgo previsible *ex ante* es el primer estadio de la imputación objetiva, y para su determinación se debe tener en cuenta criterios como el principio de autorresponsabilidad de aquel administrador que verdaderamente haya actuado, la infracción de deberes extrapenales relativos a la documentación societaria atribuidos a los administradores en el ámbito de sus competencias y el incremento del riesgo por medio de dicha infracción de deberes extrapenales. Este criterio no concurrirá cuando se aprecie que se ha disminuido el riesgo. En el segundo estadio se ha de comprobar si el riesgo en cuestión creado o incrementado por el administrador ha derivado en el resultado delictivo. No concurrirá este elemento si se aprecia que ha sido la conducta de la

víctima la que ha generado el resultado dañoso y si se aplican criterios como las causas de reemplazo y las hipotéticas causas del resultado. Tampoco se aplicará cuando el sujeto haya actuado en el marco de riesgo permitido o adecuación social, cuando aplique el principio de confianza o el principio de prohibición de regreso referida a la intervención de un tercero impide la atribución de responsabilidad al administrador. Finalmente, en el último estadio se comprende la exigencia de que la imputación se produzca en el ámbito de protección de la norma, que como hemos visto delimita la potencial imputación objetiva, en la medida en que impide que se imputen perjuicios causados por incumplimientos que no se corresponden de forma específica con la normativa a la que queda sujeto el profesional, en este caso, los administradores.

3.7.- La causalidad en el caso de conductas omisivas.

La causalidad en la omisión es sumamente polémica. Introduce Roxin que un sector de la doctrina representado por Welzel y Kaufmann niega que exista causalidad en los delitos omisivos, de forma que cuando existe esta modalidad de comportamiento no se castiga la realización de un resultado típico, sino la falta de evitación del mismo¹²⁷⁷. Continúa explicando el autor que la jurisprudencia del BGH, por el contrario, sí que reconoce que una omisión es causal cuando el resultado se habría evitado a través de la acción no efectuada con una probabilidad rayana en la seguridad o certeza, criterio que ha sido aceptado por la doctrina dominante en Alemania. Frente a esta tesis, otro sector de la doctrina se plantea si no es necesaria dicha probabilidad rayana, sino que basta con que la actuación hubiera evitado el resultado posiblemente, de acuerdo con la traslación a los delitos omisivos de la teoría del incremento del riesgo. Roxin plantea que la jurisprudencia si bien exige la “probabilidad rayana” de forma práctica en muchos casos asume la causalidad de la omisión con la constatación de que existe una mera probabilidad de evitación del resultado.

En la doctrina española Rodríguez Mourullo¹²⁷⁸ explica que la omisión carece de un propio elemento físico-material y que por este motivo, el valor causal viene constituido por la misma fórmula que la acción positiva, pero en sentido invertido. Esta fórmula se sustenta en el planteamiento de la hipótesis de qué ocurriría en el supuesto de que se hubiera realizado la acción omitida. Si se hubiera evitado el resultado, la omisión tendría valor causal y si no hubiera sido así, no tendría valor como tal. Mir Puig se refiere igualmente a la

¹²⁷⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General...*cit. págs. 767-776.

¹²⁷⁸ Rodríguez Mourullo, G., *Derecho Penal. Parte General*, edit. S.L. Civitas Ediciones, 1978, págs. 305-307.

“virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo, que denomina como “causalidad hipotética”¹²⁷⁹. Dentro de esta causalidad hipotética, como subraya Mir Puig, la doctrina dominante se ha referido a la necesidad de que la conducta hubiese evitado el resultado con una “probabilidad rayana en la seguridad”¹²⁸⁰.

Estos parámetros propuestos por la doctrina dominante, han sido recogidos por la jurisprudencia, y así encontramos que se afirma en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011, nº 542/2012¹²⁸¹, que se entiende por causalidad hipotética: “*la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad*”.

4.- Naturaleza del tipo. Delito de peligro vs delito de lesión

4.1.- Configuración bifronte del tipo.

De acuerdo con la clasificación de los tipos mostrada de forma unánime por la doctrina, constituye delito de lesión aquel que el tipo de injusto incorpora la destrucción de un bien jurídico, mientras que el delito de peligro comporta la creación de una situación en la que es probable desde una perspectiva *ex ante* que se produzca el resultado lesivo¹²⁸². Esta clasificación queda sujeta a la naturaleza de los bienes jurídicos objeto de protección. Como se señaló anteriormente, el bien jurídico objeto de protección en el art. 290 CP se constituye principalmente por la transparencia y veracidad de la información societaria que ha de ser transmitida por los administradores de la sociedad y de forma secundaria, el patrimonio. El primero es un bien jurídico de carácter supraindividual y el segundo de carácter individual. Debido a la diferente estructura o configuración del tipo de injusto de cada uno de los párrafos del art 290 CP, es necesario plantearse cuál es la verdadera naturaleza de ambos tipos y cuáles son los motivos por los que se han configurado de esta forma.

Del contenido de los distintos elementos que los conforman parece desprenderse que cada uno de ellos configura una figura típica de naturaleza diversa. En el primer párrafo parece que se “destruye” la veracidad y transparencia de la información como bien jurídico

¹²⁷⁹ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*,.....cit. pág. 328.

¹²⁸⁰ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*,.....cit. pág. 329.

¹²⁸¹ Se refiere la sentencia con este pronunciamiento a la sentencia de 26 de octubre de 2009.

¹²⁸² Rodríguez Devesa, J.M^a y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, edit. Dykinson, Madrid, 1994, págs. 427-428.

supraindividual, constituyendo así un delito de lesión, y además se pone en peligro el patrimonio como delito de peligro abstracto. En el segundo párrafo se requiere el efectivo daño de la veracidad y transparencia de la información como delito de lesión y el patrimonio como bien jurídico individual que le otorga también la naturaleza de un delito de lesión¹²⁸³. Esta clasificación es sumamente relevante porque determina posteriormente el alcance y sentido de los elementos del tipo, por lo que debe ser objeto de un breve análisis.

4.2.- Los delitos de peligro. ¿Qué constituye peligro?

Los delitos de peligro se han clasificado por la doctrina dentro del denominado Derecho penal moderno, accesorio, que encuentra su acomodo dentro de la sociedad de riesgos¹²⁸⁴. Constituye una categoría que engloba a todos aquellos tipos que protegen bienes jurídicos supraindividuales¹²⁸⁵ e incriminan conductas potencialmente lesivas, con la exigencia de que las acciones sean aptas para causar resultados lesivos, que se materialicen como tales en el caso de bienes jurídicos supraindividuales¹²⁸⁶. Los argumentos que se esgrimen en favor de avalar la existencia de este tipo de delitos son múltiples: la seguridad y confianza del ciudadano; la prevención de riesgos; la posible intervención del Derecho Penal cuando no se ha producido una lesión del bien jurídico individual pero existe peligro para ello; la valoración del peligro que ha existido para otras personas y la evitación de problemas de imputación¹²⁸⁷. En estos delitos, la peligrosidad típica surge del peligro inherente a la conducta del sujeto y al ámbito de actividad, y el resultado de peligro se generará cuando el bien jurídico quede expuesto por la conducta del sujeto¹²⁸⁸. Con la

¹²⁸³ Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, cit. pág. 51. Confirma el autor que en su primera modalidad es un tipo de actividad peligrosa idónea para producir un cierto resultado y en su segunda modalidad es un delito de resultado constituido por la lesión del patrimonio. Mata y Martín, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Edit. Comares, Granada, 1997, págs. 1-9. Este autor denomina como bienes jurídicos intermedios o de referente individual a aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos de carácter homogéneo y complementario.

¹²⁸⁴ Sobre los cambios a nivel social que han dado lugar al nacimiento de los delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos universales, Alberto Donna, E., “La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto”, en *La comisión por omisión*, Direc. E. Gimbernat Ordeig, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 863.

¹²⁸⁵ Terradillos Basoco, J.M^a, “Peligro abstracto y garantías penales”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, (coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats), edit. Aranzadi, 2001, pág. 805. Defiende el autor el mecanismo de los delitos de peligro abstracto. Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 117 y ss. Defiende el autor que es necesaria la individualización del resultado de peligro para el bien jurídico permite entender la anticipación de la tutela penal en prevención de situaciones objetivamente peligrosas.

¹²⁸⁶ Corcoy Bidasolo, M., “Responsabilidad penal derivada del producto en particular la regulación legal en el Código Penal Español: delito de peligro”, pág. 251.

¹²⁸⁷ Corcoy Bidasolo, M., “Responsabilidad penal derivada del producto...cit. pág. 252.

¹²⁸⁸ Cerezo Mir, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, cit. pág. 49.

tipificación de estas conductas se pretende evitar riesgos propios del sector de actividad donde desarrolla su conducta, así como el incremento de la peligrosidad que pueda llevar a la comisión de un delito¹²⁸⁹.

El peligro es un elemento normativo en cuanto que se refiere al bien jurídico, que se constituye como *ratio* de la norma y su definición comprende la probabilidad de lesión del bien jurídico, de forma que en cada caso se deberá comprobar que no concurre ninguna circunstancia que se oponga a la ley de la frecuencia o probabilidad¹²⁹⁰. Rodríguez Devesa se refiere al concepto de peligro que tiene una estrecha relación con la lesión¹²⁹¹ y Terradillos Basoco matiza que el concepto de peligro se caracteriza por un elemento consistente en la posibilidad lesiva y la eventualidad de un mal que se identifica con la destrucción del bien jurídico como resultado o con la eventualidad de la lesión. El peligro se ha de determinar a través de una valoración que atienda a criterios normativos, es decir, se ha de llevar a cabo un juicio del peligro¹²⁹². En este juicio se descarta la utilización como criterio determinante de los datos estadísticos y matemáticos, pero sí se permite a través de los mismos y como un criterio más, calibrar la gravedad. Igualmente, se debe contar con la calidad del riesgo o el riesgo penalmente típico, que vendrá delimitado externamente por el riesgo permitido¹²⁹³. Este juicio sobre si una situación constituye un peligro objetivamente idóneo, inevitablemente será *ex post*, pero se realizará desde la perspectiva *ex ante*¹²⁹⁴. En el mismo se deben considerar todas las circunstancias posibles

¹²⁸⁹ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales...*, cit. pág. 109.

¹²⁹⁰ Cerezo Mir, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, cit. pág.42. Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro...*, págs. 31 y ss. Corcoy Bidasolo hace un profundo desarrollo doctrinal en torno al concepto de peligro, explicitando las teorías subjetivas (juicio subjetivo *ex ante* de un hombre medio) y las objetivas (conurrencia general de un grado elevado de probabilidad de lesión, en la que es mayoritaria, Binding) que han intentado acotar el alcance y la definición de este concepto. En el término medio estarían las teorías que propugnan el juicio *ex ante* desde la perspectiva de un hombre medio o de un experto. Señala la autora que la doctrina mayoritaria española defiende un concepto de peligro presunto, ya que el legislador en los delitos de peligro abstracto realiza una presunción *iures et de iure* sobre la peligrosidad de algunas modalidades de conducta. La teoría normativa de peligro trata de poner en relación el peligro objetivo real y el peligro aparente *ex ante*. El peligro se define así como una “probabilidad de lesión de un bien jurídico penal” y concurre cuando un comportamiento puede ser objeto de prohibición penal. La perspectiva causal naturalista es un indicio necesario pero no suficiente para dotarlo de contenido. En sí, la autora rechaza las teorías causal-naturalistas. La doctrina dominante en Alemania no acepta la definición de peligro y entiende que el peligro es algo valorativo.

¹²⁹¹ Rodríguez Devesa, J.M^a y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, cit. págs. 427-428.

¹²⁹² Terradillos Basoco., “Peligro abstracto y garantías penales”...cit. págs. 789-791.

¹²⁹³ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro...*cit. págs. 31 y ss. Explica Corcoy Bidasolo que se debe determinar el concepto de peligro normativo, según su gravedad o probabilidad de lesión y la cualidad del peligro o riesgo. Posteriormente, se deben analizar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva del espectador objetivo *ex ante*.

¹²⁹⁴ Terradillos Basoco., “Peligro abstracto y garantías penales”...cit. pág. 805. Cerezo Mir, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, nº 10, 2002, pág. 49.

en el contexto del caso (conocimiento del sujeto, capacidad de evitabilidad, conocimientos técnicos, grado de aceptación por la ciencia, circunstancias conocidas por el autor producto del azar, pero conectadas de forma general con la situación en cuestión...de otros partícipes, terceros, víctimas...) ¹²⁹⁵. Como veremos posteriormente, el riesgo permitido se convierte en el pivote o punto de inflexión para acotar el juicio sobre el peligro típico objetivo.

Es común a todos los delitos de peligro el elemento negativo de que el injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico. Un sector de la doctrina considera que parte de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad es más pequeño, de forma que el castigo de la pena puede no estar justificado ¹²⁹⁶. Lo cierto es que no se debe ver desde esta perspectiva, sino considerar que son las peculiaridades de determinados bienes jurídicos los que imponen el recurso a tipos de peligro y que su uso no tiene por qué suponer una reducción de los criterios de imputación ni de las garantías aplicables ¹²⁹⁷. Terradillos Basoco argumenta cómo la mayor parte de los autores definen el peligro como un resultado. La explicación se asienta en que desde la concepción dualista de los ilícitos penales, en los delitos de peligro abstracto concurre un resultado de “peligro” que se diferencia del resultado de “lesión”, que se puede identificar en ambos casos como aminoración de las condiciones de seguridad en las que se encuentra un determinado bien jurídico ¹²⁹⁸. Mir Puig afirma que en la medida que *la conducta ha de “resultar” efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados, separados o no de la conducta*, de forma que la antijuridicidad objetiva parte del desvalor de resultado, cuyo contenido es distinto en los delitos de resultado de lesión respecto de los delitos de peligro concreto con resultado separado y los de peligro abstracto en los que dicho resultado no está separado ¹²⁹⁹. Cerezo Mir en contra de estas tesis argumenta que el contenido material de lo injusto de los delitos de peligro abstracto y de los delitos de aptitud es el desvalor de acción y el castigo se justifica por la puesta en peligro del bien jurídico, de forma que no existe desvalor de resultado ¹³⁰⁰.

¹²⁹⁵ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*...cit. págs. 31 y ss.

¹²⁹⁶ Kindhäuser, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, indret.com, Barcelona, 2009, pág. 3.

¹²⁹⁷ Terradillos Basoco, J.M^a, “Concepto y método del derecho penal”, cit. pág. 27. El peligro supone probabilidad de un mal que se proyecta en un bien jurídico. El peligro como probabilidad exige una prueba de afectación negativa a la seguridad de un bien jurídico en el caso concreto, sin que sea suficiente la probabilidad estadística.

¹²⁹⁸ Terradillos Basoco, J.M^a, “Peligro abstracto y garantías penales”, cit. págs. 791-792.

¹²⁹⁹ Mir Puig, S., “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, Sección Doctrinal, págs. 11 y 12. El desvalor de resultado va decreciendo de los delitos de lesión a los delitos de peligro y de los delitos de concreto a los delitos de peligro abstracto.

¹³⁰⁰ Cerezo Mir, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, cit. págs. 63-64.

Entre los delitos de peligro se encuentran diversas figuras que protegen intereses difusos de significación social y económica¹³⁰¹. Como señala Hefendehl, el Derecho Penal debe ocuparse de los riesgos futuros contra bienes jurídicos colectivos, por cuanto las acciones típicas aisladas no producirán atentados reales e inmediatos contra los mismos¹³⁰². No se exige en este tipo de delitos la efectiva causación del perjuicio, por lo que constituye una sanción autónoma de la lesión del deber, con independencia de la causación del perjuicio. Es evidente que en el caso del artículo 290 párrafo primero CP no se exige el resultado, pero en lo que no existe consenso es en si se trata de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

4.3.- Distinción de los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto

Dentro del grupo de delitos de peligro se puede distinguir diferentes modalidades, en función de la forma en que se pone en peligro dichos bienes jurídicos supraindividuales o difusos. En este punto, doctrina y jurisprudencia han evolucionado manteniendo criterios totalmente dispares sobre la clasificación de los delitos de peligro, llegando a un entendimiento sobre la principal clasificación entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, a la que se unen diversas modalidades intermedias denominadas como delitos de aptitud o de peligro hipotético¹³⁰³. La doctrina es unánime al clasificar a los delitos de peligro abstracto dentro de la categoría de los delitos de mera actividad que se consuman con la realización de la conducta típica peligrosa y a los delitos de peligro concreto en la categoría de los delitos de resultado de peligro imputable a la conducta típica peligrosa¹³⁰⁴. La distinción entre los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto radica en la intensidad del peligro que suponen para el bien jurídico¹³⁰⁵. En los delitos de peligro concreto ha de concurrir un peligro para el bien jurídico en el caso individual y la ley exige expresamente la creación de una efectiva situación de peligro de lesión para el bien

¹³⁰¹ Musco, E., La tutela penal societaria..., cit. pág. 54. Como indica este autor, la excesiva anticipación de la tutela puede dificultar la aplicación del tipo. Kuhlen, Lothar, "Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto", cit. pág. 235. "Hasta cierto punto los modernos peligros para bienes jurídicos pueden y deben ser reducidos a través de normas de conductas jurídico-penales. El legislador lo intenta cada vez más con ayuda de los tipos de peligro abstracto". El autor se opone a las críticas radicales que se han realizado a este tipo de delitos (Herzug y Prittwitz).

¹³⁰² Hefendehl, R, "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?", cit. pág. 5

¹³⁰³ Terradillos Basoco, J.M^a, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit. págs. 50-51.

¹³⁰⁴ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales...* cit. pág. 69. Según la autora, se puede afirmar que: "en aras a la seguridad jurídica, los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no tendrían que estar descritos como delitos resultativos, se debería concretar las modalidades de comportamiento típicas. Se deben configurar como delitos de mera actividad, con independencia de que se requiera o no un resultado de peligro".

¹³⁰⁵ Kindhäuser, U., "Estructura y legitimación de los delitos de peligro...", cit. págs. 11 a 15.

jurídico¹³⁰⁶. El tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión del bien jurídico¹³⁰⁷. Jakobs señala que *el peligro concreto constituye resultado porque es algo más que la ejecución de una acción en una determinada situación subjetiva, es el ocasionamiento de una situación de peligro para un objeto de ataque determinado, realmente dado*¹³⁰⁸. La evaluación del resultado de peligro se ha de efectuar necesariamente *ex post*.

Los delitos de peligro abstracto se encuentran en un estado más alejado respecto del bien jurídico que los delitos de peligro concreto¹³⁰⁹ y en los mismos concurre una conducta de relevancia material que comprende una peligrosidad característica, que es propia de la “sociedad del riesgo” referida a un bien jurídico determinado de una relevancia especial y a un peligro efectivo¹³¹⁰. No se requiere un peligro concreto. Es la peligrosidad que conlleva la propia acción, que está inherente a la misma, sin necesidad de que concurra el resultado de peligrosidad de una lesión de un concreto bien jurídico¹³¹¹. La mera acción del sujeto activo integra el tipo. La aceptación de este tipo de delitos se justifica en situaciones en las que solo sea posible organizar un ámbito social normalizando la conducta. En estos delitos se castiga la conducta típicamente peligrosa, sin que en el caso concreto sea necesario que se haya producido un resultado de puesta en peligro¹³¹². En los delitos de peligro abstracto es la especial forma de comisión del delito lo que caracteriza el tipo¹³¹³. La evaluación del riesgo y la peligrosidad de la acción se ha de realizar *ex ante*. Es frecuente que se configuren como delitos de mera actividad.

Jakobs considera como delitos de peligro abstracto aquellos en los que ni el tipo objetivo ni el subjetivo apuntan a la lesión o puesta en peligro concreta de un bien. El fundamento de la punibilidad es la peligrosidad general (con abstracción del caso concreto)

¹³⁰⁶ Corcoy Bidasolo, M., “Responsabilidad penal derivada del producto en particular la regulación legal en el Código Penal Español: delito de peligro”, cit. pág. 251.

¹³⁰⁷ Terradillos Basoco., “Peligro abstracto y garantías penales”, cit. pág. 798.

¹³⁰⁸ Jakobs, G., *Derecho Penal*....., cit. pág. 206.

¹³⁰⁹ Hefendehl, R., “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, cit. págs. 7 a 11. Kindhäuser, U. K., “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...”, cit. págs. 449-451. El autor explica que el peligro es abstracto porque no es una desprotección actual del bien sino del daño de la seguridad que pone en riesgo la libertad de los individuos en el marco del Estado.

¹³¹⁰ Terradillos Basoco., “Peligro abstracto y garantías penales”, cit. pág. 798. Del mismo autor, *Estudios sobre Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, págs. 150-151.

¹³¹¹ Stratenwearth, G., *Derecho Penal*.....cit. págs. 144 y ss. Mir Puig, S., *Derecho Penal*...cit. págs. 233 y ss. Jakobs, G., “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, UAM, Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997, págs. 308 a 311, quien designa este tipo de delitos como “desviaciones del estándar”. No resultará dañado el objeto de la acción, sino la relación del titular con el objeto. La conducta peligrosa se finaliza y tiene una efectividad externa general.

¹³¹² Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General*...cit. págs. 407 y ss.

¹³¹³ Jakobs, G., *Derecho Penal*....., cit. pág. 210. Stratenwearth, G., *Derecho Penal*....., págs. 144 y ss.

de un comportamiento determinado¹³¹⁴. Este tipo de delitos están formulados como delitos de desobediencia, de forma que se exige al sujeto obligado por la norma que cumpla aun cuando no concurra peligro concreto. Además, se argumenta por este autor que hay que tener en cuenta que el concepto de peligro abstracto se asienta en un nivel de abstracción discrecional de los bienes jurídicos. En cualquier caso, concluye que la calificación de un delito como de peligro abstracto no implica que el resultado no pueda lesionar un objeto que represente el bien jurídico a un nivel menos abstracto¹³¹⁵.

Como ejemplo paradigmático de los delitos de peligro, Kindhäuser alude a los delitos contra la Administración de Justicia, en los que considera que es vital el contexto que rodea las decisiones de los tribunales, en el que se comprende la veracidad del testimonio de testigos y peritos, de modo que estas circunstancias necesarias de seguridad y garantía del buen funcionamiento de la Administración de Justicia no es un reflejo de la protección de bienes jurídicos a través de prohibiciones de lesión, “*sino la condición de que se pueda siquiera generar el bien jurídico de las sentencias jurídicamente correctas*”¹³¹⁶.

Entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto se valora la existencia de una categoría intermedia que responde a la denominación de delito de aptitud o de peligro hipotético, y se clasifican como tales aquellos en los que se incluye un elemento de idoneidad lesiva, por lo que podríamos incluir entre los mismos el art. 290.I CP. El análisis de este elemento de aptitud requiere un examen valorativo *ex ante* sobre el peligro que supone la conducta para el bien jurídico y otra valoración posterior en la situación concreta sobre el peligro efectivo que ha sufrido el bien jurídico imputable objetivamente al autor. La doctrina más autorizada, entre la que se puede citar a Bajo Fernández, considera que los delitos de peligro abstracto en los que concurre este elemento de idoneidad son los que verdaderamente justifican su presencia en el ámbito penal¹³¹⁷.

La cuestión que surge es cuál puede ser la diferencia entre este tipo de delitos de peligro y los delitos de lesión, a efectos prácticos como es el cómputo de la pena¹³¹⁸.

¹³¹⁴ Jakobs, G., *Derecho Penal*....., cit. págs. 210 y ss., cita nº 174.

¹³¹⁵ Terradillos Basoco, J., “Peligro abstracto y garantías penales”, cit. pág. 811. Desarrolla el autor los argumentos de la doctrina por los que defienden que en estos delitos no se anticipa la tutela porque aunque son delitos de peligro para bienes concretos son de lesión para bienes colectivos.

¹³¹⁶ Kindhäuser, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro.....”, cit. pág. 18.

¹³¹⁷ Bajo Fernández, M., “Los delitos económicos.....”, cit. pág. 414.

¹³¹⁸ Kindhäuser, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro....”, cit. pág. 14.

4.4.- El elemento de la “idoneidad”: clasificación como delito de peligro abstracto

Se plantea Jakobs de forma particular cómo se deben clasificar los tipos que atienden a la “idoneidad” de un comportamiento para ocasionar un resultado, o en general a una “puesta en peligro”, si como delitos de peligro concreto o de peligro abstracto¹³¹⁹, y concluye que los mismos deben ser considerados del último tipo. En concreto, el autor enumera entre los ejemplos de delitos que considera como de peligro abstracto el 331 StGB.

La comisión del delito no exige que se determine de forma particular que se haya producido un concreto peligro, sino que bastará con apreciar que se ha realizado una acción peligrosa en circunstancias idóneas para que dicho peligro real se hubiera podido transformar en la causación de un perjuicio de forma efectiva con carácter general, de forma probable y de acuerdo con las normas de la experiencia¹³²⁰. Por este motivo, no es preciso constatar el concreto peligro del bien jurídico ni desde el punto de vista material ni desde el punto de vista procesal¹³²¹. La afectación del bien jurídico queda más alejada que en los casos de tipos de peligro concreto y de los delitos de lesión. El injusto se debe definir desde el desvalor de la conducta y puesta en peligro abstracto, atendiendo a criterios como la infracción de las reglas que rigen el ejercicio de una profesión o actividad. Debido a que se trata de un delito de peligro abstracto, el enjuiciamiento de la idoneidad, capacidad o aptitud de la conducta para causar perjuicios y, por tanto, para alcanzar el potencial o hipotético resultado deberá realizarse *ex ante*. La clasificación de delito de peligro abstracto nos acerca al denominado delito de mera actividad, que se consume con la conducta del sujeto, sin concurrencia del resultado del perjuicio ni del concreto peligro para el bien jurídico. En lo referido al art. 290.1 CP, la lesión del bien jurídico queda ajena al tipo.

Roxin reconoce la existencia de un tipo de delitos que denomina de aptitud abstracto, los cuales, según explica el autor, fueron introducidos por Schröder como delitos de “peligro abstracto concreto”. El elemento de aptitud común a esta categoría de delitos que no precisan de un resultado de peligro concreto ha de ser objeto de interpretación judicial. Para este autor la restricción del tipo de estos delitos habrá de efectuarse de acuerdo con los mismos criterios que se aplican a los delitos de peligro abstracto clásicos y ello

¹³¹⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal.....*, cit. pág. 212. Es cierto como apunta el autor que los factores a tener en cuenta para determinar el peligro son ilimitados.

¹³²⁰ Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación.....*,pág. 182. Méndez se opone al criterio de Torío de aplicar criterios de imputación objetiva aun cuando son supuestos en los que se niega la existencia material de un resultado.

¹³²¹ *Ibid.*, pág. 133. La acción se tipifica por su peligrosidad presunta.

supone que se deberá utilizar criterios como la infracción del deber del cuidado debido, que es común a los delitos de imprudencia pero sin alcanzar al resultado¹³²².

La orientación del Derecho Penal a la tutela de bienes jurídicos solamente puede verificarse exigiendo que aquello que se considere merecedor de pena haya sido realmente dañoso u ofensivo para un bien jurídico. En los delitos de peligro es la probabilidad del daño el riesgo para el bien jurídico el que justifica la intervención penal. Las necesidades de protección impuestas por el progreso han requerido la anticipación protectora del Derecho Penal allí donde el riesgo de graves incidencias es muy alto, por lo que es imprescindible comprobar que la probabilidad efectivamente se ha producido. Sin perjuicio de que se diferencia entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, no se debe afirmar que en los delitos de peligro abstracto el delito existirá aunque no haya habido, en el caso, ni un peligro remoto¹³²³. La exigencia de peligrosidad de la conducta se incorpora al tipo mediante el elemento de valoración relativo a su potencialidad lesiva¹³²⁴.

En este sentido, es preciso que técnicamente los delitos de peligro abstracto se sometan a una serie de presupuestos, que garanticen que la intervención del Derecho Penal es legítima y acorde a los principios de legalidad, taxatividad e intervención mínima. La delimitación del círculo de sujetos activos que responden al cumplimiento de unos deberes taxativos y de la conducta típica que responde a un especial desvalor de acción, unido a la inclusión de este elemento de idoneidad supone una restricción típica necesaria, ya que delimita la conducta que vulnera las condiciones de seguridad garantizadas por el Estado y acota la labor preventiva de evitación de riesgos que se persigue mediante el delito de peligro¹³²⁵.

¹³²² Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*cit. págs. 409-410. Roxin considera que la idea más convincente para restringir los delitos de peligro abstracto es la desarrollada por Horn y Brehm de hacer depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes (un peligro de resultado sin necesidad de un resultado de tipo). Se trataría de una imprudencia sin consecuencias. Schünemann ha modificado el punto de partida en el sentido de que la cuestión no depende de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente, incluso inidónea. También se refiere a Frisch, quien aboga por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por delitos de aptitud, “que acentúan la concreta aptitud ex ante de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar”. El criterio común que sirve de guía es que el fin en estos delitos es la protección de bienes jurídicos.

¹³²³ Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal...*cit. pág. 282.

¹³²⁴ Corcoy Bidasolo, “Responsabilidad penal derivada del producto en particular la regulación legal en el Código Penal Español: delito de peligro”, cit. pág. 252.

¹³²⁵ Martínez, C., “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, cit. págs. 804 y ss. Los elementos normativos de aptitud exigen una puesta en peligro de la libertad ajena. Fernández Teruelo, J.G., *Los Delitos societarios...*pág. 134.

4.5.- El delito del art. 290.1 CP como delito de peligro abstracto frente al 290.2 CP

De lo expuesto en los apartados anteriores, se infiere que en el tipo del art. 290.1 CP no se llega a exigir la efectiva constatación de un peligro concreto para el patrimonio, por lo que constituye un delito de peligro abstracto respecto de este bien jurídico¹³²⁶, que la jurisprudencia ha calificado como delito de peligro hipotético¹³²⁷. Esta forma de adelantar las barreras del derecho penal ha sido una posición constante mantenida por los países del entorno europeo¹³²⁸. El tipo básico se configura como un delito de actividad abstracto¹³²⁹.

La clasificación como delito de peligro abstracto tiene su razón de ser sobre la base de que se pretende tutelar anticipadamente el orden socioeconómico, sin esperar a la lesión efectiva de bienes individuales, y para ello se debe atender al hecho de que es determinante la fiabilidad en la información societaria¹³³⁰. En la conducta relativa a la manipulación de la documentación societaria que refleja la situación jurídica y económica de la entidad se considera especialmente pernicioso el daño al mecanismo de información a la sociedad. Por este motivo, en la fase previa a la causación del resultado toma relevancia el peligro potencial en el que se sitúa el patrimonio de la sociedad, socio y terceros. Se aprecia así cómo se adelantan las barreras de protección en relación con estas conductas que se producen en el marco societario en aras a prevenir daños irreparables de una envergadura ilimitada en los patrimonios comprometidos de los sujetos pasivos citados¹³³¹. El bien

¹³²⁶ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*...cit. pág. 208. Este autor afirma que no es un puro delito de peligro abstracto.

¹³²⁷ La STS de 14 de julio de 2000, RJ 6583/00 se refiere a la necesidad de concurrencia del elemento de idoneidad de causación de un perjuicio. En la STS de fecha 21 de noviembre de 1995, RJ 8317/95, se alude a la necesidad de que concurra una especial antijuridicidad material de puesta en peligro de los bienes jurídicos.

¹³²⁸ Foffani, L., "Crónica de una muerte anunciada", cit. pág. 63. Tras un estudio comparado del alcance de los delitos de falsedad de cuentas anuales en Europa, afirma el autor: "Además, la relevancia penal de la falsedad en las cuentas no resulta ligada en ningún país a la existencia de un daño patrimonial concreto (sea como resultado o como condición de culpabilidad) en perjuicio de los socios o de los acreedores: en la gran mayoría de los casos (por ejemplo en Alemania, Francia, Inglaterra, Austria, Dinamarca, Finlandia, etc.) la conducta de falsificación por sí sola es suficiente para que exista el tipo penal, sin tener que esperar a un concreto resultado lesivo. Las únicas excepciones parciales provienen de Suiza (art. 152 CP) y de España (art. 290 CP), pero en realidad no van más allá de la previsión de una mera idoneidad de la falsedad para provocar un perjuicio económico a la sociedad, socios o a terceros en general".

¹³²⁹ Bacigalupo, E., "Los delitos societarios en el nuevo Código penal"...cit. pág. 429. Stampa, J.M^a y Bacigalupo, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, edit. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pág. 67. Ferré Olivé, J.C., "Las falsedades en la información social (Artículo 290 del Código Penal)", en *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital, aspectos civiles, penales y fiscales*, 1999, pág. 121.

¹³³⁰ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*.cit. págs. 27 y 28.

¹³³¹ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*....., págs. 71 y ss.

jurídico objeto de protección de carácter supraindividual, que se ha establecido primeramente en el deber de informar verazmente sobre la situación jurídica y económica de la sociedad y de forma secundaria en el patrimonio de la sociedad, socios y terceros¹³³², es hasta tal punto relevante que ya se considera punible toda conducta de incumplimiento de los deberes impuestos por la normativa mercantil a los administradores de formular las cuentas anuales y emitir otros documentos societarios conforme a los criterios establecidos en dicha normativa.

Como delito de peligro abstracto, el tipo contenido en el art. 290.I CP adelanta la protección penal a una posición previa a la efectiva causación de una lesión del bien jurídico del patrimonio. Lo determinante es el reconocimiento y protección penal de instituciones o intereses colectivos, que sufren una lesión en su validez. El bien jurídico no se corresponde inmediatamente con el objeto de la conducta y con una víctima concreta y se describe de esta forma el tipo como una conducta más concreta apelando al concepto del deber¹³³³.

La interpretación de este precepto de forma conjunta con lo dispuesto en el párrafo segundo muestra la clara naturaleza de delito de peligro abstracto de este precepto. El perjuicio como tal y su dimensión se muestran como conceptos ajenos a la figura típica. El bien jurídico supraindividual relativo a la veracidad de la información societaria directamente protegido se muestra desconocido, y el bien jurídico de carácter secundario constituido por el patrimonio queda en peligro de forma indirecta¹³³⁴. La conducta del sujeto activo debe suponer en sí misma un incumplimiento de la obligación de prestar información societaria veraz y una puesta en peligro del patrimonio de los interesados en la información, y dicha puesta en peligro se debe apreciar de forma abstracta, de acuerdo con los cánones generales de experiencia. Será suficiente con aplicar un enjuiciamiento general que determine la peligrosidad abstracta de la conducta, sin atenerse a las circunstancias del caso concreto. Este análisis deberá realizarlo el juez con sometimiento a la Ley.

En el delito comprendido en el segundo párrafo del art. 290 CP se exige la concurrencia del perjuicio económico, lo que implica que sí tiene que producirse la efectiva causación del resultado. Este presupuesto diferencia como de resultado el delito contenido

¹³³² Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal*....cit. pág. 315.

¹³³³ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*....cit. págs. 66 y ss.

¹³³⁴ Mata y Martín, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Edit. Comares, Granada, 1997, pág. 87.

en el referido párrafo como un delito de lesión¹³³⁵. Constituye un tipo agravado que requiere concretar la entidad, naturaleza y cuantía del perjuicio. Si el criterio de perjuicio económico se ha de interpretar de forma estricta en aplicación del principio de legalidad, esta aplicación tan restrictiva supone que el delito corresponde a la estructura típica patrimonialista propia del delito de resultado. No obstante, es preciso apuntar que hay un sector de la doctrina que defiende que el concepto de perjuicio económico comprendido en el art. 290.2 CP se ha de interpretar en sentido amplio, de forma que la estructura del delito respondería a la de un delito de peligro concreto, tesis que no tiene encaje en el art. 290.1 CP en el que se comprende como elemento del delito “la idoneidad para causar perjuicio”¹³³⁶.

Un sector de la doctrina ha venido señalando que existe un solapamiento entre el supuesto agravado del art. 290.2 y el delito de estafa, de forma que se entiende que la aplicación de este precepto es muy difícil y cuando la falsedad haya sido determinante por medio de error de la causación de un perjuicio para socios o terceros, el hecho será calificado como estafa y existirá un concurso de delitos entre el 290.1 y el delito de estafa¹³³⁷. Desde mi punto de vista, no existe un solapamiento con el delito de estafa, puesto que el bien jurídico protegido y el resto de elementos del tipo del art. 290 CP comprenden una estructura diversa a la estafa y una conexión o forma de relacionarse los elementos también diferenciada.

En síntesis, el tipo del art. 290 CP engloba dos estructuras diferentes en cada uno de sus párrafos. El elemento de la idoneidad para causar perjuicio del párrafo primero denota claramente una apuesta por anticipar la responsabilidad penal a un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Se plantea así un delito que pretende prevenir los efectos perniciosos de conductas de manipulación de documentación societaria con información trascendente de carácter jurídico y económico, como son unas cuentas anuales fraudulentas. La relevancia del bien jurídico difuso objeto de protección de carácter supraindividual como es la transparencia y veracidad de la información societaria de carácter jurídico y económico justifica la adopción de medidas más drásticas de intervención del derecho penal y por ello, se plantea que este delito constituye un delito de peligro abstracto. En particular, como afirma Tiedemann los tipos de peligro abstracto constituyen una restricción de la libertad de

¹³³⁵ Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal*.... cit. pág. 315.

¹³³⁶ Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Direc.), edit. Thomson Reuters, 9ª edic, 2011, Pamplona, pág. 971.

¹³³⁷ López-Barja de Quiroga, J., “Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal* (Dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón), edit. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 2216.

acción empresarial, pero se justifican porque se evitan acciones peligrosas¹³³⁸. El legislador adelanta primero las barreras de protección del bien jurídico, por la especial trascendencia que tiene esta figura en el marco socio-económico, señalando que es suficiente que la conducta sea idónea para causar un perjuicio económico, pero posteriormente, se incluye una cláusula de cierre que contempla con efectos agravatorios la efectiva causación del perjuicio económico. La realización del tipo puede menoscabar el bien jurídico protegido o solo ponerlo en peligro¹³³⁹. En el caso del tipo del art. 290 CP, por un lado, se contempla un delito de peligro abstracto o de aptitud abstracta (párrafo primero), dado que el bien jurídico que protege se ve ya lesionado con la publicación de las cuentas anuales o los informes falsos, sin exigir la efectiva causación del perjuicio¹³⁴⁰, y, por otro lado, un delito de lesión (párrafo segundo), que exige un efectivo perjuicio patrimonial¹³⁴¹.

5.- Consumación.

En lo referido a las cuentas anuales y su correspondiente informe de auditoría, el tipo básico no exige que exista perjuicio efectivo alguno, de modo que se consuma con su formulación y consiguiente puesta en conocimiento de los socios de forma previa a la

¹³³⁸ Existen múltiples argumentos a favor de la inclusión de delitos de peligro para la eficaz protección en ámbitos de especial riesgo y peligro, como son el medio ambiente, economía... Terradillos Basoco, J. *Derecho penal de la empresa*, cit. pág. 50. El recurso a los delitos de peligro permite una tutela eficaz de los bienes jurídicos individuales que se esconden tras los colectivos. Tiedemann, K., *Poder económico y derecho*, cit. pág. 33. Explica el autor que un Derecho Penal que se limite a perseguir hechos punibles puede ser más permisivo que una legislación administrativa sin sanciones penales. Existen importantes aportaciones doctrinales en la doctrina española sobre esta materia en los que se analizan estas cuestiones, por lo que, sin ánimo exhaustivo, citaré alguno de los mismos. Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit. págs. 150-163. Fernández Teruelo, J.G., Los delitos societarios en el Código Penal Español, edit. Dykinson, Madrid, 1998, págs. 136-142. Mata y Martín, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Edit. Comares, Granada, 1997, págs. 1-9. Otto, H., "El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto" en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995, págs. 462 y ss. El autor expone las críticas que se han venido sucediendo en relación con estos delitos y concreta que estos delitos no muestran ámbitos y orientaciones de protección uniformes y la limitación de la punibilidad en supuestos en los que la conducta estandarizada como peligrosa no lo era en el caso concreto ni objetiva ni subjetivamente.

¹³³⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal*....., pág. 206.

¹³⁴⁰ En el tipo básico no se exige la efectiva causación del perjuicio a la sociedad, que pertenece a la fase de agotamiento del delito (STS de 14 de julio de 2000, RJ 1318/2000). Existen voces en la doctrina que defienden que se trata de un tipo de peligro abstracto sino de peligro concreto por la inmediatez de la producción del resultado. Queralt, J.J., *Derecho Penal Español*,.....pág. 602. "En realidad este tipo es una tentativa cualificada del delito base, pero agravada respecto de la pena que correspondería de aplicarse las reglas generales". Se argumenta que por el principio de legalidad no cabe considerar el delito como de peligro abstracto sino concreto.

¹³⁴¹ Bacigalupo, E., "Los delitos societarios en el nuevo Código penal"....cit. pág. 429. Del Rosal Blasco, B., "El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal"....cit. pág. 102. Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*....cit. pág. 13. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*....cit. pág. 142; Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los delitos societarios*....cit. pág. 21.

celebración de la Junta General que ha de aprobarlas. La doctrina mayoritaria mantiene que este es el momento en el que se produce la consumación, ya que es cuando las cuentas tienen entrada en el tráfico jurídico y despliegan una eficacia en el mismo. También es pacífico en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el delito en su modalidad básica se consuma al presentarse las cuentas a la Junta General para su aprobación, y, por lo tanto, una vez emitido el informe de auditoría que habrá de acompañar a las mismas¹³⁴². Por lo tanto, el delito no se consuma en el momento en que se aprueban las cuentas ni tampoco cuando, tras haber sido firmadas por los administradores, las cuentas se someten al examen de los auditores, sino, según la opinión dominante, en el instante en que, una vez emitido el informe de auditoría, se presentan ante la Junta General para su aprobación¹³⁴³ y por tanto, son conocidas por terceros ajenos al órgano de administración. Como señala la jurisprudencia, resulta irrelevante que dichas cuentas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuricidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento.

La tentativa será considerada típica tanto en el marco del tipo básico como del tipo agravado¹³⁴⁴. Lo relevante de cualquier delito es el incumplimiento del deber de garante, que permitirá la imputación objetiva del hecho al autor¹³⁴⁵.

En cuanto a la tentativa de los delitos de omisión impropia, según Bacigalupo¹³⁴⁶, Schröder considera que la cuestión se ha de situar de forma paralela en el ámbito de la

¹³⁴² En la STS (Penal) de 14 de julio de 2006, núm. 796/06 se considera que la consumación se produce en el momento de la presentación de las cuentas, dando igual lo que se diga después en la Junta General, aunque sean rectificadas. En la sentencia 59/2007 se afirma que se incumple el deber de veracidad en el momento de la presentación.

¹³⁴³ La consumación típica se produce en el momento en que se consignan u omiten dolosamente datos propios de los mismos, siendo irrelevante que sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General porque el delito ya se había consumado previamente (STS de 14 de julio, núm. 796/06). Gutiérrez Castañeda, A., *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*, Edit. Tirantonline, 2003. Se consuma con la realización de la falsedad, sin que se exija la efectiva causación del perjuicio. Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos...*cit. pág. 198.

¹³⁴⁴ Pérez Valero, I., *El delito societario de Falsedad en las Cuentas Anuales (art. 290 CP)*...cit. pág. 147. Señala este autor que la determinación de la tentativa dependerá de la voluntad del sujeto.

¹³⁴⁵ Figueroa Ortega, Y., *Delitos de Infracción de Deber*...cit. pág. 215. En relación con la tentativa en los delitos de infracción de deber, se refiere el autor a Jakobs cuando afirma que el comienzo de la tentativa se producirá en el mismo momento si se causa por acción o por omisión, es decir, cuando se quebrante el deber, ya que en ese momento se podrá imputar el hecho objetivamente al autor. De lo dispuesto por este autor se desprende que la tentativa se inicia desde que el autor se comporte en contra del deber y de la norma dentro de la primera fase del *iter criminis* y siempre y cuando se trate un delito en el que se puede aplicar los criterios de imputación objetiva.

¹³⁴⁶ Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 183-188.

omisión, tanto propia como impropia, del comienzo de la lesión del deber (que puede emerger de una posición de garante o no). En los delitos impropios de omisión, el hecho de que existiera un resultado separable temporalmente de la conducta del autor, permitió admitir el concepto de comienzo de la ejecución. Si se reconoce la existencia de los delitos propios de omisión de un resultado se aplicaría la misma solución. Bacigalupo concluye que es imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos impropios de omisión, tanto como a los propios de omisión, ya que lo impiden las especiales características del contenido de disvalor de acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de la ejecución¹³⁴⁷.

La fase preparatoria se deslinda de la ejecutiva teniendo en cuenta que la puesta en peligro comienza ya con la primera acción preparatoria y crece hasta la consumación del delito, por lo que no será la puesta en peligro en sí misma la que caracterice la tentativa, sino solo su inmediatez. Se requiere el inicio de los trámites para someter las cuentas a la Junta para su aprobación; es en ese momento cuando se pone en peligro el bien jurídico protegido por el delito, pues se requiere que la acción sea idónea para causar un perjuicio a tercero. La elaboración de unas cuentas adulteradas suponen un peligro para el bien jurídico, pero solo será inmediata esa puesta en peligro cuando la acción se dirija a su aprobación por la Junta General¹³⁴⁸, pues en ese momento puede razonablemente considerarse que el comportamiento es idóneo para perjudicar a tercero¹³⁴⁹. No pueden generar una confianza legítima unas cuentas no aprobadas formalmente en Junta o no auditadas en los casos de auditoría obligatoria, ya que la responsabilidad del eventual perjuicio quedaría en el ámbito de protección de la propia víctima. Del mismo modo, cuando el administrador o un particular creen quebrantar un deber que en realidad no les incumbe, no nos hallamos ante tentativas punibles, sino ante un delito putativo y, por tanto, impune¹³⁵⁰.

¹³⁴⁷ Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 183-188.

¹³⁴⁸ La STS, Sala de lo Penal, de fecha 14 de julio de 2006, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo considera que: “*El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuricidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento*”.

¹³⁴⁹ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Tratamiento Penal de la Información societaria inveraz*, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2003, pág. 149

¹³⁵⁰ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas*...cit. pág. 47

VII.- CONCLUSIONES. TOMA DE POSTURA SOBRE LA ESTRUCTURA DEL TIPO DEL ART. 290 CP

El tipo del art. 290 CP comprende una serie de elementos de los que se extraen los posibles deberes extrapenales que son objeto de protección. En primer lugar, al referirse a los “administradores”, se incluye una primera delimitación que comprende a los componentes del órgano encargado de la gestión de la sociedad; gestión que lleva aparejada el cumplimiento de una serie de deberes establecidos por la Ley. En segundo lugar, la conducta típica “falsear las cuentas u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad” supone acotar, entre los deberes que corresponden a los administradores, un deber concreto al que se refiere el legislador y que no es otro que el relativo al proceso de formulación de cuentas anuales y a la emisión de documentos societarios, que debe ser interpretado a la luz de los deberes genéricos de lealtad y diligencia. Y, finalmente, como parangón, se introduce un último criterio de delimitación al señalarse que de todos estos deberes, los únicos en los que se centra la protección de la norma penal son aquellos que pueden tener una relevancia en el patrimonio de la sociedad, por ser su incumplimiento susceptible de causar perjuicios económicos en tres direcciones diferentes: la sociedad, a los socios y, por último a terceros.

Extraído el elemento del deber extrapenal que ha de analizarse necesariamente con carácter previo en el marco del Derecho Mercantil, se pueden entrar a analizar los elementos del tipo objetivo del delito del art. 290 CP para determinar su estructura. Se trata de un tipo con elementos normativos, que han de ser interpretados preservando la autonomía del Derecho Penal respecto del Derecho Mercantil, pero que en todo caso, dicha interpretación debe guardar una coherencia por la lógica del Ordenamiento en su conjunto. El bien jurídico objeto de protección por los administradores como garantes es de carácter pluriofensivo, pues se protege con carácter principal un bien jurídico supraindividual referido a la veracidad de la información económica y transparencia de la sociedad, como resultado del cumplimiento por los administradores de sus deberes extrapenales en la confección de dicha información, y con carácter secundario, el patrimonio de la sociedad, socios y terceros. La relación entre los administradores y el bien jurídico se constituye a través de los deberes extrapenales que asumen individualmente y específicamente cada uno de los administradores, de lealtad y de información veraz sobre la imagen fiel de la sociedad, cuyo incumplimiento grave y relevante puede poner en peligro el bien jurídico. Está configurado en su apartado primero como un delito de lesión respecto del bien jurídico supraindividual y de peligro abstracto respecto del bien jurídico individual, lo que muestra que tiene como

objeto de protección principal el cumplimiento de los deberes extrapenales referidos. El apartado segundo se refiere a la protección del bien jurídico individual del patrimonio y comprende un tipo agravado que tiene la naturaleza de un delito de lesión tanto para el bien jurídico principal, como para el protegido con carácter secundario.

El tipo del art. 290 CP contempla como sujetos activos a los administradores de hecho y de derecho, que ocupan una posición superior en la sociedad y que están especialmente obligados al cumplimiento de deberes extrapenales específicos que sostienen la configuración del tipo. El administrador de hecho puede acceder también al bien jurídico y deviene responsable de su protección mediante la asunción de hecho de las competencias propias del administrador de derecho, lo que habrá de valorarse en el caso en concreto y de acuerdo con parámetros de orden material, como son su capacidad de decisión, las competencias asumidas y otras cuestiones fácticas que se desprendan de la propia organización de la sociedad.

La posición de garante se debe extraer del tipo de delito específico, atendiendo al bien jurídico objeto de protección y al resto de elementos que conforman su redacción. La asunción de los referidos deberes extrapenales en torno a la confección de las cuentas anuales conlleva el que los administradores de hecho y de derecho asuman una posición de garante que les obliga a cumplir en todo momento con dichos deberes, que les sitúa en una posición privilegiada que les permite proteger el bien jurídico cuya garantía está a su alcance y que, por otro lado, les impide desconectarse de dicha posición. La concreta delimitación de la posición de garante en el marco del tipo del art. 290 CP ha de efectuarse teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de los deberes extrapenales. En particular, en lo que se refiere a los deberes de carácter general, se debe distinguir en la línea que se ha explicado antes, cómo entre el deber de lealtad y el deber de diligencia han de recibir un tratamiento jurídico diverso, El deber de lealtad se debe tratar con “severidad” y el deber de diligencia con “indulgencia”. Realizada la anterior división se puede comprobar que dentro del deber de diligencia hay una parcela en la que no podrán adentrarse las normas relativas a la responsabilidad civil, como tampoco las relativas a la responsabilidad penal. Esta parcela viene formada por el alcance del art. 226 LSC introducido por la Ley 31/2014, por la que se contempla a nivel legislativo los postulados de la doctrina norteamericana desarrollada en torno a la *business judgment rule*. El resultado que arroja la aplicación de esta regla es que no podrán ser objeto de atribución de responsabilidad civil ni las decisiones estratégicas, ni las decisiones de negocio ni el incumplimiento leve del deber de diligencia. Proyectado este deber en el específico de confección de las cuentas anuales, podrá constituir un incumplimiento grave susceptible de

ser tipificado como delito, la confección de unas cuentas anuales en las que el administrador deslealmente en contra de los intereses de la sociedad, haya reflejado una imagen de la sociedad en el aspecto económico que no se corresponde con la realidad, en definitiva, que no es fiel.

Si se dibuja el complejo esquema planteado en el que se comprueba la incidencia del deber extrapenal en la determinación de la posición de garante, es de utilidad comprobar que la posición de garante penal comenzará en la cima de la estructura piramidal construida los deberes extrapenales asumidos por los administradores en torno a la confección de las cuentas anuales, quedando claramente fuera del escenario delictivo las conductas relativas a decisiones estratégicas, las de falta de diligencia comprendidas en la regla de la *business judgment rule*, la negligencia grave y la deslealtad. Constituirá entonces la figura del garante penal del art. 290 CP la grave deslealtad del administrador en la formulación de las cuentas anuales, junto con el resto de elementos extraídos del tipo del art. 290 CP de vinculación del administrador con el bien jurídico relativo a la veracidad de la información societaria.

El administrador tiene obligación de velar en todo momento por dicho bien jurídico y no se puede desvincular de dicha obligación, alegando que ha sido una mera omisión, porque dada la posición de garante la acción y omisión se equiparan. En definitiva, asumen obligaciones de carácter negativo, al no poder actuar en el sentido descrito por el tipo de injusto, y de sentido positivo, dado que su posición les obliga a actuar para evitar el daño del bien jurídico. Los garantes deben responder como tales solo por cursos causales dañinos que afecten a dicho bien.

El objetivo de este delito es la información societaria que se contiene en los documentos designados en la redacción del tipo, las cuentas anuales y otros documentos que reflejen la situación económica y jurídica de la sociedad.

La conducta de falsear contenida en el art. 290 CP se ha de interpretar en conjunción con el resto de elementos del delito, y en particular, con el bien jurídico protegido con carácter principal (la veracidad de la información) y el objeto del mismo (la información societaria de trascendencia jurídica y económica expresada en las cuentas anuales y en otros documentos societarios). Se comprueba así que la conducta no se corresponde con una conducta de naturaleza falsaria, sino con el incumplimiento grave del deber de lealtad de los administradores que se proyecta, a su vez, sobre los deberes extrapenales de los

administradores de emitir dichos documentos de trascendencia económica y jurídica, y concretamente, las cuentas anuales de forma acorde a las exigencias de la normativa mercantil.

Una vez tipificada la conducta, la protección del deber extrapenal que fundamenta la posición de garantía queda reforzada por un deber de índole penal de protección del bien jurídico, que el legislador ha considerado necesario instaurar para el buen funcionamiento del orden socioeconómico. La constatación de que el administrador ha infringido el bien jurídico debe pasar por incumplir sus deberes extrapenales. Si no existe dicha infracción de deberes, el bien jurídico no puede considerarse lesionado y por tanto, la conducta debería calificarse como atípica. Para infringir su deber y dañar al bien jurídico será suficiente que incumpla la conducta positiva de actuar para evitar el daño, ya que la conducta típica puede efectuarse por acción o por omisión. Es equivalente la conducta del administrador que introduce en las cuentas anuales datos falsos, con la conducta de omitir la inclusión de datos que deban figurar en las referidas cuentas anuales de acuerdo con la normativa extrapenal aplicable. En ambos casos el administrador infringe su deber de reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad que se corresponde con su imagen fiel.

La limitación última de las conductas que pueden calificarse como típicas se efectúa a través del elemento de idoneidad para causar perjuicio a la sociedad, socios o terceros, en el caso del tipo de básico, y a través del efectivo perjuicio económico en el caso del tipo agravado, que deberán ser especificados de acuerdo con criterios de imputación objetiva.

Desde la perspectiva de que el tipo del art. 290 CP responde a la estructura de un delito de infracción de deber, el desvalor de la conducta típica se centra en el hecho de que el sujeto activo incumple el deber extrapenal en la forma y con la relevancia descrita en el tipo penal (el incumplimiento relevante del deber de formular las cuentas anuales de forma leal con el interés de la sociedad de forma idónea para causar un perjuicio económico), de modo que la efectiva causación del perjuicio que viene motivada por la infracción de dichos deberes no añadiría ningún matiz a este tipo y, por tanto, podría considerarse que la existencia de una figura agravada en los términos del art. 290.2 CP, no resulta coherente atendiendo a la estructura del tipo básico del art. 290.1 CP. Esta valoración creo que debe abrir un debate sobre el alcance y efectividad del apartado segundo del art. 290 CP, que plantearé al final del trabajo como una parte necesaria de estudio del tipo desde una perspectiva de *lege ferenda*.

En conexión con el punto anterior, en el que se afirma que la figura agravada tal y como está contemplada en la actualidad, puede no ser coherente con la estructura del tipo básico ni tener utilidad práctica, creo que es necesario plantearse desde el punto de vista de *lege ferenda* si es necesario que exista una figura agravada y si en vez de la figura agravada, se debería valorar alguna otra solución desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de las penas, al objeto de poder graduar de forma conveniente la gravedad de las conductas y la penas asignada a las mismas. Este interrogante surge precisamente al tener en cuenta que existen circunstancias en las que determinadas conductas pueden llegar a tener una clara peligrosidad de mayor entidad, como podría ser el hecho de que se lleve a cabo la falsedad de cuentas anuales en el seno de una sociedad cotizada, pues como señala la Exposición de Motivos de la LSC: “*el importante papel de las sociedades cotizadas en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección del inversor y por otra a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros*”. Esta cuestión que se plantea de *lege ferenda* será analizada en el último capítulo de este trabajo.

El estudio del elemento de idoneidad para causar perjuicio de acuerdo con los parámetros que ofrece la doctrina y jurisprudencia penal, así como la jurisprudencia dictada en el orden civil en relación con la responsabilidad extracontractual de los auditores, permite obtener una visión global de todos los aspectos más complejos que presenta el análisis del proceso de elaboración de las cuentas anuales y en definitiva, la aplicación por los operadores jurídicos de esta figura típica.

El análisis del tipo del art. 290 CP permite apreciar que todos los elementos del mismo se conforman en torno a los deberes extrapenales asumidos por los administradores en la función relativa a la formulación de las cuentas anuales.

De lo expuesto se desprende que el tipo del art. 290 CP responde a una estructura definida en función de los deberes especiales positivos que se atribuyen a los administradores por la normativa extrapenal; deberes relativos a la obligación de prestar información veraz sobre la situación jurídica y económica de la sociedad, que constituye la imagen fiel, de forma leal a los intereses de la sociedad, socios y terceros; obligación que viene recogida previamente en la normativa especial extrapenal mercantil. La estructura del tipo del art. 290 CP no contempla el que el sujeto activo actúe con dominio del hecho, sino que, por el contrario, lo relevante será determinar si el que el sujeto que ocupa una posición de garante penal utiliza sus competencias específicas y rige su actuación de conformidad con los deberes encomendados por la propia sociedad. En los supuestos en los que desvíe su

conducta de dichas obligaciones y utilice indebidamente su posición de garante de forma activa u omisiva, se considerará que daña gravemente el bien jurídico objeto de protección¹³⁵¹.

El dominio del hecho queda como un criterio irrelevante en el marco del art. 290 CP, al perder todo sentido ante una estructura típica en la que la infracción de deber se erige como eje de toda su estructura.

En síntesis, el delito del art. 290 CP de manipulación de las cuentas anuales responde a la estructura de un delito de infracción de deber, ya que se puede apreciar que su contenido normativo se centra en la figura de los administradores, que están obligados al cumplimiento de deberes extrapenales dirigidos a la confección de unas cuentas anuales que representen la imagen fiel de la sociedad, impuestos por la normativa extrapenal societaria por ostentar dicho cargo y que han de cumplir de forma necesaria. Es la posición de deber el elemento determinante sobre el que se configura el tipo.

¹³⁵¹ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*, cit. pág. 14. García Cavero, *La responsabilidad del administrador de hecho...*cit. pág. 39.

CAPÍTULO VIII

LA AUTORÍA EN EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

I.- EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA (ART. 290 CP) COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

Como se ha desarrollado en el apartado anterior, el delito del art. 290 CP puede ser clasificado como un delito de infracción de deber, en la medida en que se ha construido en torno a al incumplimiento grave de deberes extrapenales atribuidos a los administradores relativos a la confección de las cuentas anuales y otros documentos societarios. Como tal delito de infracción de deber, la regla por la que rige la construcción de las normas de autoría y participación es que la *autoría ni requiere ni se mide en función del dominio del hecho del sujeto*, sino que se fundamentará en torno a la intervención los administradores de hecho o de derecho que desde su posición de garantes realicen, provoquen o permitan la ejecución de la acción delictiva comprendida en el tipo del art. 290 CP. Por este motivo, la clasificación como delito de infracción de deber va a tener una incidencia directa en la concreción del título de intervención del sujeto a título de autor o de partícipe y por las características del tipo de delito societario que constituye el art. 290 CP, ejemplo paradigmático de los delitos de infracción de deber, se puede adelantar que en su aplicación los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber van a llegar a soluciones lógicas y plausibles. El criterio determinante para la autoría residirá entonces en la infracción de deberes jurídicos extrapenales que constituyen la posición de garante. La idea de partida para efectuar el análisis de la fórmula de intervención será que la conducta típica que se encuadra en este tipo de manipular fraudulentamente las cuentas anuales y la documentación societaria se funda en la especial relación entre el autor y la sociedad; relación especial que comprende el cumplimiento de una serie de deberes extrapenales por

los que se prohíbe a los administradores conducirse de manera desviada, desleal y contraria a las normas básicas que dictan la confección de la documentación societaria de trascendencia jurídica y económica en la forma prescrita por el legislador mercantil.

A través de esta lente particular de los delitos de infracción de deber, se puede entrar en el que se denominaría como segundo nivel de imputación a los efectos de determinar las posibilidades de autoría y participación en el marco de aplicación del tipo del art. 290 CP¹³⁵². El análisis entonces de las formas de autoría y participación se realizará de acuerdo con los postulados de la doctrina de los delitos de infracción de deber formulada por Roxin, tal y como se ha desarrollado en el capítulo sexto de la presente tesis, teniendo en cuenta los especiales deberes extrapenales asignados a los administradores y la posición del resto de sujetos intervinientes relegados a la categoría de *extraneus*¹³⁵³.

II ANTECEDENTES. BREVE SÍNTESIS DE LOS POSTULADOS DE LAS TEORÍAS SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El análisis sobre el alcance de la autoría y las formas de participación ha motivado la formulación de muy diversas teorías, que se han fundamentado, según los casos, en criterios subjetivos, objetivos y mixtos. No se pretende en el presente trabajo realizar un análisis exhaustivo de las referidas teorías, por cuanto excedería del objeto del mismo, si bien es necesario mostrar un esbozo de sus fundamentos para entender que las mismas quedaron superadas al nacer la teoría del dominio de hecho.

Para su análisis es preciso realizar una primera distinción entre el “concepto unitario de autor” y el “concepto extensivo de autor” y, posteriormente diferenciar dentro de este último entre los conceptos “extensivo” y “restrictivo” de autor¹³⁵⁴. **El “concepto unitario de autor”** supone negar la distinción entre autoría y participación, sobre el entendimiento

¹³⁵² Mir Puig, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”.....cit. pág. 1. Mir Puig establece una especie de segundo nivel de imputación objetiva en sentido amplio en el que se debe distribuir la imputación entre sujetos según sus esferas de responsabilidad y determinar la autoría y la participación.

¹³⁵³ El sector doctrinal que mantiene que se trata de un delito de falsedad, construye las reglas de autoría y participación de acuerdo con esta naturaleza. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. pág. 213. El delito del art. 290 es un delito especial propio o en sentido estricto. Faraldo Cabana, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*...cit. pág. 124. El art. 290 CP es un delito especial en sentido amplio, pues quienes sin ser administradores he hecho o de derecho realizan la conducta pueden ser autores de un delito de falsedad en documento mercantil o privado, salvo en caso de falsedad ideológica, en cuyo caso será un delito especial en sentido estricto.

¹³⁵⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*.....cit. pág. 368.

de que todo sujeto que participa en el hecho es considerado como autor (el sistema italiano y el sistema austriaco utilizan este concepto). El sistema español distingue entre autoría y participación, con lo que no sigue este sistema. Por su parte, **el concepto extensivo de autor** se atiene a la teoría de la equivalencia de condiciones y establece que todos los sujetos que intervienen en el hecho son causas del mismo. En aplicación de este concepto, la teoría subjetiva de la participación diferencia los grados de responsabilidad de la autoría y la participación en función de criterios internos del propio sujeto, sin que tenga influencia alguna lo que ocurra en el contexto objetivo en el que se sitúa. Lo relevante es *el sentimiento de ser autor del hecho*¹³⁵⁵. En su desarrollo cabe distinguir, por un lado, la teoría del dolo, que se asienta sobre una específica *voluntad de ser autor (animus auctoris)*, desigual de la del partícipe, y, por otro lado la teoría del interés, según la cual, lo relevante es el interés del sujeto en la ejecución del delito¹³⁵⁶. **El concepto restrictivo de autor**, por el contrario, entiende que no todo el que contribuye a la causación del delito puede ser tachado de autor, ya que causación no equivale a realización del delito. De esta forma, los tipos de participación serán “causas de extensión de la pena”¹³⁵⁷.

En la línea marcada por el concepto restrictivo de autor, se han desarrollado diferentes tesis para distinguir objetivamente entre autoría y participación. **La teoría objetivo-formal** se centra en la aportación objetiva de cada interviniente al hecho delictivo, de manera que se considera autor al que ejecuta las acciones típicas, y partícipe a aquel que realice cualquier otra contribución material al suceso delictivo¹³⁵⁸. De esta forma, la distinción entre autor y partícipe se efectúa según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos¹³⁵⁹. Esta teoría fue dominante en Alemania, pero hoy ha sido abandonada. En cambio en España ha sido la teoría dominante¹³⁶⁰, aunque va perdiendo terreno con la entrada de la teoría del dominio del hecho¹³⁶¹. Sus partidarios solo consideran autor de un hecho doloso al que realiza finalmente la acción típica, aunque tienen en cuenta las especiales actitudes internas del autor en los casos en los que el legislador ha dado relevancia a tales elementos en la configuración de los tipos. El propio Roxin ha sido quien ha sabido extraer más aspectos positivos de esta teoría, al reconocer que la misma contempla al autor como el sujeto que, de propia mano, dirige el acontecer del hecho. De

¹³⁵⁵ Quintero Olivares, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 610.

¹³⁵⁶ Bacigalupo, E., *Principios del Derecho Penal...* cit. pág. 358.

¹³⁵⁷ A favor del concepto restrictivo de autor, Díaz y García Conlledo, *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, pág. 42. Feijoo Sánchez, B, *Limites de la participación criminal*, cit. pág. 4.

¹³⁵⁸ Quintero Olivares, G. *Manual de Derecho Penal.....* cit. pág. 612.

¹³⁵⁹ Bacigalupo, E., *Principios del Derecho Penal.....* cit. pág. 357.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, pág. 356.

¹³⁶¹ Díaz y García Conlledo, M., *La Autoría en Derecho Penal*, cit. pág. 411.

esta forma, se considera a esta teoría como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho.¹³⁶²

La teoría objetivo-material también se centra en la aportación delictiva de cada interviniente al hecho delictivo, pero atribuye la autoría al que aporta objetivamente la contribución más importante¹³⁶³. Esta teoría atiende a criterios de contenido que van más allá de la forma misma del comportamiento, destacando entre todas sus vertientes la más moderna que es la teoría del dominio de hecho. En definitiva, el sentido material se halla normalmente desvinculado del todo de la norma penal típica¹³⁶⁴. El problema por el que fracasó esta teoría fue por apoyarse, a su vez, en teorías causales¹³⁶⁵. Entre sus vertientes se pueden destacar la teoría de la necesidad, la teoría de la simultaneidad, las teorías que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad, la teoría de la supraordinación del autor y la subordinación del partícipe o de la coordinación o igualdad de los coautores¹³⁶⁶. Estas teorías perdieron su virtualidad con el reconocimiento de la **teoría del dominio del hecho** formulada por Roxin comentada en el capítulo sexto, que cada vez va ganando más peso en Sala Segunda del Tribunal Supremo español.

Sentadas las bases de las teorías desarrolladas en torno a la fundamentación de las formas de intervención del delito, se puede entrar a analizar los contornos de las fórmulas de autoría recogidas en el Código Penal Español.

III.- LA AUTORÍA

En palabras de Mir Puig: *“El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos”*. La doctrina mayoritaria especifica que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados¹³⁶⁷. De acuerdo con lo anterior, son diversos los términos que se emplean para establecer cuándo el delito se “realiza como propio” y se

¹³⁶² *Ibid.*, pág. 442.

¹³⁶³ Quintero Olivares, G. *Manual de Derecho Penal*.....cit. pág. 613.

¹³⁶⁴ Díaz y García Conlledo, M., *La Autoría en Derecho Penal*.....cit. pág. 536.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, pág. 536.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, pág. 536 y ss.

¹³⁶⁷ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edic., Barcelona, 1998, pág. 365.

equipara la autoría a la posibilidad de imputar al sujeto el hecho como suyo, el quien anónimo de los tipos legales, el que lo realiza, al que le pertenece¹³⁶⁸.

El Código Penal es fiel a la postura mantenida por la doctrina mayoritaria y establece así en su art. 28 que: “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”, pero a su vez, distingue las denominadas las formas de participación (inducción y cooperación necesaria). Es decir, el art. 28 CP establece quienes son y a su vez, quienes se considerarán autores. Estos partícipes a los que se les considera como autores, quedan sujetos a la misma pena que el autor en sentido estricto, mientras que los partícipes que verdaderamente tienen dicha naturaleza (cómplices de conformidad con lo establecido en el art. 29 CP) se someten a una pena menor. Este artículo solo puede aplicarse de forma vinculada a los concretos tipos legales de la Parte Especial, como tipos de autoría que se refieren a la realización de una conducta punible. Por otro lado, las normas de participación contenidas en la Parte General del Código se consideran como extensivas de la punibilidad¹³⁶⁹ y se aplican en aquellos supuestos en los que concurren varios sujetos en la realización del hecho delictivo. El autor se convierte así en el ejecutor, en el único interviniente que realiza un tipo autónomo cuya concurrencia no depende de la presencia de un hecho principal, mientras que como veremos en el siguiente apartado los partícipes en cambio se someten al principio de accesoriedad respecto del hecho del autor¹³⁷⁰.

La delimitación del concepto genérico de autoría como “realización del hecho” (art. 28 CP), permitirá automáticamente definir el ámbito de lo que puede abarcar la conducta del partícipe (arts. 28.2 y 29 CP) aplicable en todos aquellos casos en los que concurren varios sujetos en la realización del hecho delictivo. Debido a que no existe un concepto o definición en el Código Penal de las figuras de “autor” y “partícipes”¹³⁷¹, es preciso establecer una teoría de la autoría y de la participación que permita concretar los criterios por los que una conducta puede ser imputada al sujeto a título de autor o de partícipe, así como que justifique la diferencia de pena aplicada a cada partícipe, de acuerdo con los postulados del principio de legalidad y de seguridad jurídica.

¹³⁶⁸ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 365.

¹³⁶⁹ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 365, Díaz-Maroto y Villarejo, J. y Polo Vereda, J., *Problemas Generales de Aplicación de los Delitos Societarios*....cit. pág. 89.

¹³⁷⁰ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*...cit. pág. 367. Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, 2ª edic., Edit. Akal, 1986, pág. 455.

¹³⁷¹ Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, edit....., 1991, pág. 107. Se refiere el autor a que los penalistas españoles hoy, sin excepción, consideran que el art. 14 no ha querido formular un concepto jurídico de autor, sino solo indicar a quiénes se considera autores a efectos de la aplicación de la pena.

La doctrina mayoritaria entiende que la teoría de la autoría forma parte de la teoría del tipo, de forma que la concurrencia de la culpabilidad o imputación personal no tiene ninguna relevancia a los efectos de determinar la autoría, puesto que la autoría no exige la plena responsabilidad. Este entendimiento de la autoría proviene del traslado del dolo y la imprudencia de la culpabilidad al tipo de injusto. Sobre estas premisas, se puede afirmar que el sistema español se ha basado en la diferenciación de las categorías del autor y del partícipe al nivel del tipo penal. El concepto de autor se extraerá, por tanto, de cada uno de los tipos penales de la Parte especial, de forma que se considerará autor a quien ejecute la acción expresada por el verbo típico. Existen supuestos en los que el sujeto actúa con otros partícipes, que generarán la disyuntiva de si se clasifican como conceptos de coautoría o de participación¹³⁷², en los que la doctrina mayoritaria distingue entre una y otra categoría según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir formalmente bajo el verbo del tipo penal. En estos supuestos se debe distinguir entre las conductas que atentan contra el bien jurídico constitutivas de coautoría, respecto de las conductas de participación comprendidas y tipificadas en las disposiciones generales relativas a la inducción, cooperación necesaria o complicidad, analizando así la contribución concreta de cada uno de los sujetos mediante su subsunción en los elementos del tipo en cuestión¹³⁷³.

IV.- FORMAS DE AUTORÍA COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

1.- Autor directo e inmediato

Entre los intervinientes que crean el riesgo, serán considerados autores aquellos que tienen una relación con el hecho, los que toman parte directa en la ejecución del hecho, que permite imputárselo a ellos como suyo¹³⁷⁴. De acuerdo con la concepción de los delitos de infracción de deber de Roxin, será considerado autor del art. 290 CP el administrador de hecho o de derecho, al ser el sujeto que viene obligado por un deber específico de lealtad y de veracidad en las cuentas anuales y en el resto de documentos con trascendencia jurídica y económica que han de elaborar en el ejercicio de su cargo. La infracción de estos deberes extrapenales por parte del administrador conllevará el que en

¹³⁷² Octavio de Toledo y Urieto, E., "La autoría conforme al Código Penal", cit. pág. 576.

¹³⁷³ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...* cit. pág. 21.

¹³⁷⁴ Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, cit. pág. 467. Mir Puig, S., "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal"....., pág. 17. Para la imputación del tipo de autoría no basta la relación de riesgo, sino que hace falta además la relación de pertenencia a título de autor.

todo caso responda a título de autor, puesto que se encuentra en una posición de garante ante la cual se equiparan las formas de autoría y participación¹³⁷⁵. El administrador garante, que desde su posición de obligado especial a la defensa inmediata del bien jurídico constituido por la veracidad de la información societaria, quebrante los deberes extrapenales dirigidos a la protección de dicho bien jurídico, será considerado siempre como autor y en ningún caso podrá adentrarse en la categoría de partícipe, si daña, si no evita y si permite la puesta en peligro de la integridad y veracidad de la información económica contenida en las cuentas anuales.

2.- Autoría mediata

En lo que a la autoría mediata se refiere, responderá como autor el administrador de hecho o de derecho obligado especial cuando encargue la manipulación de las cuentas anuales y de la documentación societaria relevante objeto del art. 290 CP a una persona que no está sujeta a obligación alguna de protección de la información societaria y transparencia de la sociedad.

En los casos en los que el administrador, considerado *intraneus*, se sirva de un tercero *extraneus* no cualificado o de otro cualificado *intraneus*, que desconocen que se trata de una conducta delictiva, para confeccionar unas cuentas anuales fraudulentas, en orden a distorsionar la veracidad de la información económica de la sociedad y evitar que refleje la imagen fiel de la sociedad, en todo caso responderá a título de autor. La justificación de esta atribución de responsabilidad se deriva del incumplimiento grave de su deber extrapenal, que comprende la obligación de reflejar lealmente la imagen fiel de la sociedad en las cuentas anuales y demás documentos que expresen datos relativos a la situación jurídica o económica de la misma.

El administrador que consienta que un tercero inimputable dañe el bien jurídico será autor mediato y también cuando ese tercero sea imputable, de acuerdo con la figura del autor detrás del autor¹³⁷⁶. Lo expuesto rige también para el caso de que el *intraneus* administrador se valga de otro administrador (*intraneus*) como instrumento para manipular

¹³⁷⁵ Kindhäusser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, cit. pág. 66. Afirma el autor que: “Desde la perspectiva subjetiva, el injusto determinado a través de imputación objetiva –es decir, la competencia por la realización de un riesgo no permitido- resulta imputable a un agente a título de infracción de deber cuando para él –presumiéndose una lealtad al ordenamiento jurídico suficiente – hubiera sido necesario omitir la conducta generadora del riesgo, o, en su caso, evitar la realización del riesgo, a fin de impedir la realización del tipo”.

¹³⁷⁶ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas*.....cit. pág. 49. Explican los autores que el hombre de detrás es siempre un autor inmediato.

documentos societarios, es decir, para los casos en los que un administrador utiliza a otro administrador que actúa por error en la confección de unas cuentas anuales manipuladas, desconociendo esta situación.

En el caso de que sea un *extraneus* el que utilice a un sujeto obligado especialmente a título de administrador para la manipulación de las cuentas anuales o de otros documentos societarios de trascendencia jurídica y económica, actuando este último sin conocimiento de la conducta delictiva y por tanto sin dolo, no habrá conducta típica que pueda tacharse como delito societario del art. 290 CP, puesto que el *extraneus* no puede responder como autor del mismo por cuanto no tiene la posición y obligaciones especiales del administrador, ni como partícipe, al no existir un actor principal, un administrador o garante que hubiera actuado dolosamente¹³⁷⁷.

3.- Coautoría

La infracción de la norma en régimen de coautoría se apreciará cuando a cada uno de los administradores que intervienen activa o pasivamente en la manipulación de las cuentas anuales y documentos societarios se les impute como propio la infracción de un deber y además, la conducta de los demás intervinientes, de modo que las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario al deber, del que responde cada uno de los coautores como si lo hubieran cometido solos¹³⁷⁸. La coautoría en un delito de infracción de deber como el tipificado en el art. 290 CP no depende del dominio funcional del hecho, sino del incumplimiento del deber extrapenal de lealtad y de formulación fraudulenta de las cuentas anuales y otra posible documentación societaria por parte de varios sujetos especialmente obligados que ocupan el cargo de administradores, quienes asumen que su actuación u omisión conjunta contraria a sus respectivas posiciones

¹³⁷⁷ La jurisprudencia y la doctrina descartan unánimemente la posibilidad de participación en un hecho imprudente, y además los delitos societarios especiales solo son punibles en su modalidad dolosa. Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas*.....cit. pág. 50.

¹³⁷⁸ Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, cit. pág. 53. Posteriormente (pág. 64), pregunta este autor: “...resulta incomprensible que la infracción de deber por parte de una persona haya de bloquear la imputación de un resultado a otra persona que se comporta de forma contraria al deber, ya que ello se contradice con el principio de imputación general a partir del cual no cabe invocar una conducta contraria a deber para obtener una exoneración. En Derecho Penal no se protege al autor, sino al ámbito jurídico de la víctima – a través de la garantía de vigencia de la norma – las normas de conducta sirven al aseguramiento de bienes. Por ello, los obligados no pueden limitar entre ellos sus deberes frente al bien protegido por la norma, y mucho menos derogarlos. Solo aquel a quien el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de disposición sobre el bien puede abandonar un deber y mantener otro”. De acuerdo con esta afirmación, para Kindhäuser: “La responsabilidad a título de coautoría se fundamenta en la representación recíproca, de forma que todos los intervinientes gestionan simultáneamente su propia conducta y la conducta ajena, dado que esta última se considera un acto de organización”.

de garante podrá conllevar la atribución de responsabilidad penal a los mismos a título de coautores. Ciertamente, se entenderá cometido el delito del art. 290 CP por dos o más sujetos a título de coautores en aquellos supuestos en los que concurran administradores obligados especialmente que incumplan el mismo deber extrapenal de lealtad y veracidad en la emisión de las cuentas anuales y el resto de documentos con trascendencia económica y jurídica, ya que este incumplimiento del deber común será el criterio de imputación para todos los coautores¹³⁷⁹. En los casos en los que los miembros de un Consejo Administración organicen, planeen y de forma conjunta decidan y aprueben el acuerdo de formular unas cuentas que no reflejan la imagen fiel de forma relevante y fraudulenta, con independencia de que unos lleven a cabo labores ejecutivas y otros se limiten por omisión a permitir la confección de dichas cuentas fraudulentas, se podrá afirmar, según las circunstancias, que ha existido una intervención a título de coautoría, con independencia de la aportación material llevada a cabo por cada uno de ellos. Esta solución respeta perfectamente el esquema propio de la coautoría por el que el comportamiento de todos y cada uno de los intervinientes debe ser interpretado conforme al mismo patrón, en lo que se refiere al incremento del riesgo y al correspondiente reparto de tareas, desde la perspectiva de sujetos que ocupan una posición de garantes y sobre la base de que para todos ellos se considerará el plan recíprocamente vinculante. De este modo, se puede apreciar la decisión común de cometer un hecho único de forma global y las aportaciones y la voluntad de todos los intervinientes que tienen también una razón de ser de forma conjunta¹³⁸⁰.

No obstante, la apreciación de la coautoría no será fácil y con carácter general responderán a título de autores inmediatos, con independencia de quien tenga el dominio del hecho, por cuanto todos infringen desde su posición de garante su deber especial extrapenal a través de una actuación directa principal, con independencia de que reciban ayuda de terceros u otros garantes para lesionar el bien jurídico, o a través de una conducta omisiva por la que no impiden que otros dañen el bien jurídico¹³⁸¹. El hecho de que existan varios sujetos en posición de garante no impide que se impute objetivamente a cada uno de

¹³⁷⁹ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas*....cit. pág. 50.

¹³⁸⁰ Kindhäusser, U., "Cuestiones fundamentales de la coautoría"....cit. págs. 67-68. Los coautores se unen en un esquema de interpretación reconocido recíprocamente como vinculante y referido a un riesgo no permitido concreto, que constituye un solo hecho. Se le imputan las acciones de los demás coautores como propias.

¹³⁸¹ Kindhäusser, U., "Cuestiones fundamentales de la coautoría"....cit. pág. 66. Para este autor la determinación del injusto objetivo por vía de imputación objetiva tiene también como presupuesto, al igual que en la autoría individual, que al agente que responde como (co)-autor le compete el riesgo no permitido o la evitación de la realización del riesgo. El interviniente obligado por el deber especial debe controlar el riesgo que le compete, con independencia de las acciones de terceros. Será autor si incumple el deber. En relación con los deberes especiales, la competencia por el riesgo existe con independencia del comportamiento y no puede fundamentarse en la vinculación con el comportamiento ajeno.

ellos el resultado típico, puesto que si no existe dicho deber conjunto, cada uno de los administradores como obligado especial responderá como autor inmediato por su incumplimiento del deber que le obliga personalmente y el que no esté obligado será considerado partícipe.

Los no cualificados podrán responder a lo sumo a título de partícipes (cooperador necesario, inductor o cómplice). Por este motivo, un particular no cualificado no podrá nunca convertirse en coautor junto con un sujeto cualificado de un delito societario especial como el establecido en el tipo del art. 290 CP, puesto que autor solo puede ser el sujeto obligado como “administrador de hecho o de derecho”, con independencia de que si su contribución ha sido relevante se pueda tener en cuenta en la graduación de la pena¹³⁸². Es decir, si por ejemplo dentro de un plan delictivo confeccionado con los administradores actúan asesores externos o internos que contribuyen a formular unas cuentas falseadas en su contenido u otros documentos societarios, aunque hayan diseñado o coadyuvado a la elaboración de una compleja y sofisticada estrategia contable a través de herramientas de “ingeniería financiera”, que haya permitido la comisión del delito y el que no se detecte por los auditores externos, por las autoridades supervisoras como la CNMV y el Banco de España, estos sujetos no administradores de hecho o de derecho nunca responderán a título de coautores, sino a lo sumo de partícipes.

En síntesis, pueden ser considerados coautores en el marco del art. 290 CP las personas a quienes incumbe el deber extrapenal común de lealtad y veracidad en la formulación de las cuentas anuales y otros documentos societarios, los administradores, si su intervención de forma activa u omisiva es conjunta, aunque a título individual no ejecuten todos ellos de forma material el delito ni tengan el dominio del hecho, ya que aquí no se da una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. En el seno de este delito de infracción de deber tipificado en el art. 290 CP la realidad es que cada administrador incumple su propio deber por lo que, en la mayoría de los casos, se podrá afirmar que su incumplimiento de obligaciones constituye una autoría inmediata sin necesidad de acudir a las normas de coautoría. Por el contrario, no podrá existir coautoría nunca entre los administradores y los *extraneus*, por cuanto estos últimos no infringen ningún deber extrapenal referido a la emisión de documentación societaria de trascendencia jurídica y económica, ni asumen una posición de garantes que les exija la protección de la información veraz y transparencia de la sociedad, sino que a lo sumo, podrán intervenir a título de partícipes, como veremos más adelante.

¹³⁸² Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas*cit. pág. 50.

V.- EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN ANTE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA. TOMA DE DECISIONES COLEGIADAS

En el marco de entidades de cierta envergadura, lo común será encontrarnos ante un órgano de administración colegiado, como es un Consejo de Administración, en el que serán varios administradores de derecho los que tengan atribuida la obligación de formular cuentas anuales sin posibilidad de delegación¹³⁸³, lo que obligará a individualizar los criterios de imputación objetiva del resultado a la conducta de cada uno de los miembros de dicho órgano.

En estos casos es preciso entrar a realizar un análisis de la forma en la que habrán de responder cada uno de los miembros del órgano de administración, en el caso de que se formulen unas cuentas o se emitan otros documentos societarios de trascendencia jurídica y económica en la forma tipificada por el art. 290 CP y, por tanto, los criterios de imputación personal que han de ser objeto de aplicación. Para ello, se deberá analizar la concreta actuación de cada uno de ellos, el conocimiento que tienen de la información adulterada e individualizar la responsabilidad que han de asumir por sus propios actos, ya que en el marco penal no se aplica, lógicamente, la responsabilidad solidaria ni las presunciones a las que hace referencia el art. 237 LSC. En la jurisprudencia encontramos diversos casos en los que ha sido necesario adentrarse en el análisis de las conductas realizadas en el seno del Consejo, utilizando diferentes parámetros, como el grado de conocimiento de los consejeros y en función de dicho conocimiento, la postura que adoptan¹³⁸⁴.

¹³⁸³ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. págs. 170-171. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico*....cit. págs. 213-214.

¹³⁸⁴ La STS de fecha 9 de octubre de 2003, RJ 2003/7233 se plantea el que las cuentas anuales no reflejaban la realidad económica de la sociedad y muchas operaciones eran meramente artificiales, dándose una apariencia de solvencia cuando en realidad era de déficit. En Derecho Penal: “no cabe la culpa colectiva, sino que parte del principio de responsabilidad personal (concepción individualista), a diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurídico privado donde la responsabilidad de los miembros del órgano de administración es solidaria, salvo supuestos excepcionales, que deben ser probados por el afectado”. Como explica la SAN de fecha 31 de marzo de 2000 del caso Banesto muestra el tratamiento práctico del proceso de elaboración de las cuentas en el marco de sociedades de cierta envergadura. La teoría de la imputación en caso de estructuras complejas que se rigen por el principio de división del trabajo, ha puesto de manifiesto cómo las facultades originariamente atribuidas por la ley a las personas situadas en los niveles superiores de la empresa pueden ser delegadas en otros siempre que gocen de la suficiente cualificación para el desempeño de la función delegada y cuente con los medios suficientes para realizar adecuadamente el cometido. En ese caso, cuando no ha sido probada la actuación dolosa del delegante, a lo sumo cabe exigir responsabilidad por la omisión de los correspondientes deberes de vigilancia, pero esta omisión negligente no es punible de acuerdo con los tipos en los que las acusaciones subsumen el hecho. La defensa referida a la delegación material de funciones requiere la acreditación de las instrucciones específicas sobre la forma de contabilizar las operaciones que resulten ser fraudulentas y sobre la llevanza en general de la contabilidad.

1.- Complejidad de la estructura del Consejo

En el seno del Consejo los deberes especiales y la posición de garante de protección de la veracidad de la información y los intereses patrimoniales de la sociedad, socios y terceros la ostentan los consejeros de forma simultánea. Esta organización a través del Consejo implica una mayor complejidad a la hora de imputar la responsabilidad por la emisión de documentos que no reflejan la situación económica y jurídica de la entidad, así como por la formulación de unas cuentas anuales inveraces y no acordes a la imagen fiel de la entidad. Se ha afirmado previamente que el administrador ocupa una posición de garante en el ejercicio de las funciones propias del cargo, lo que exige determinar en el caso de que exista un Consejo de Administración la responsabilidad de cada uno de los concretos miembros del órgano de administración. Esta labor exige concretar objetivamente cuál ha sido la actuación de cada sujeto y la voluntad que ha dirigido dicha actuación. La tarea se dificulta si tenemos en cuenta la propia complejidad del funcionamiento de este órgano, y las distintas posturas que puede adoptar el consejero en el marco seno del mismo. Se pueden plantear cuestiones como el hecho de que todos los consejeros acuerden de forma conjunta llevar a cabo la manipulación de las cuentas u otros documentos societarios, el que sea uno o más miembros los que tomen la decisión en dicho sentido y posteriormente inviten a otros sujetos a aprobar las cuentas anuales u otros documentos manipulados, el que algunos lleven a cabo la adulteración de la información sin conocimiento de los demás o que sean algunos de los administradores los que hayan confeccionado las cuentas anuales manipuladas y algún consejero conozca de dicha manipulación y la acepte votando a favor.

Como hemos visto anteriormente, los miembros del Consejo de Administración están obligados a participar en las deliberaciones del órgano, mostrar su opinión, tomar parte en los debates de forma acorde a Derecho y votar los acuerdos que se han de adoptar y siempre someter su actuación al deber de lealtad. En lo que se refiere a las cuentas anuales, deberán votar en relación con la aprobación del proyecto de cuentas anuales en el seno del Consejo, firmarlas y presentarlas a la Junta General y en relación con el resto de documentos societarios cuya emisión les atribuye la Ley, deben también cumplir las prescripciones legales que en cada caso explicita la legislación mercantil. La tarea se puede complicar más, por cuanto en sociedades de determinada envergadura existe una Comisión de Auditoría en el seno del Consejo de Administración, que puede obrar con autonomía respecto del Consejo, así como otras comisiones que tienen asignadas competencias en materia contable.

Desde el punto de vista de la autoría se debe examinar cómo se sucede la intervención de cada uno de los miembros del Consejo. Como se ha introducido en el apartado anterior relativo a la coautoría, desde el prisma de los delitos de infracción de deber cabría entender que los administradores han actuado como autores inmediatos o directos en la confección de las cuentas manipuladas, por incumplimiento de sus propios deberes extrapenales, o que procede aplicar la fórmula de la coautoría porque todos ellos incumplen conjuntamente un deber común¹³⁸⁵. En otros casos se puede plantear la impunidad de aquellos miembros del Consejo que sufren también la conducta manipuladora de las cuentas u otros documentos objeto del art. 290 CP por parte de otros consejeros y actúan sin conocimiento. De este modo, la comisión de delitos por la actuación de los administradores de forma colegiada se somete a los parámetros comunes de autoría y participación en los delitos especiales. No obstante, la complejidad de estos Consejos en entidades de gran envergadura, así como su forma de organización y funcionamiento dificulta la delimitación de competencias (pensemos por ejemplo que en la práctica unos administradores concentran el poder y otros ocupan una posición meramente representativa, existen comisiones especializadas dentro del Consejo...), la investigación, la obtención de prueba, el procesamiento y, en definitiva, la correcta atribución de responsabilidad penal a cada consejero.

2.- Individualización de la responsabilidad penal. La votación en el seno del Consejo

Si se parte de la base de que todos los miembros del órgano de administración tienen jurídicamente igual rango, la designación como administrador lleva implícita la ostentación de una posición, así como una serie de competencias en el marco empresarial y como contraprestación, el obligado cumplimiento de una serie de deberes que lleva implícito el ejercicio del cargo. En este sentido, la aplicación de criterios de imputación objetiva, como son los examinados anteriormente, nos permitirán adentrarnos en lo que en un principio puede parecer una amalgama de conductas y diseccionar la concreta intervención de cada uno de los administradores en la decisión colegiada para valorar la verdadera relevancia de su aportación y si la misma puede tener un alcance penal.

¹³⁸⁵ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, pág. 11. Señala el autor que: “En el ámbito de los consejos de administración, la doctrina ha pretendido demostrar que ni la inducción ni la autoría mediata operan en estas estructuras, sino que los criterios de asignación de responsabilidades pueden moverse perfectamente en un contexto de imputación objetiva y quedar cubiertos mediante las figuras de la coautoría o del autor detrás del autor, respectivamente, según la dogmática de la concreción de riesgos y la imputación objetiva”.

Los consejeros tienen una posición de garante y deben responder de los cursos lesivos que surgen en la empresa que se originan en su actuación y en la de otros consejeros, de acuerdo con las reglas de imputación de estructuras organizadas¹³⁸⁶. La doctrina que ha tratado esta materia ha realizado diferentes propuestas sobre los criterios a aplicar para individualizar la responsabilidad de cada uno de los consejeros. Un sector considera que se ha de vincular causalmente la contribución individual de cada consejero con el resultado. Otro sector, por el contrario, se opone a dicha tesis por cuanto entiende que en estos casos no existen diferentes riesgos atribuibles a los diferentes consejeros, sino un solo riesgo que es creado conjuntamente. Por este motivo, defienden que el enfoque que se ha de dar es que se produce la creación conjunta de un riesgo penalmente relevante, lo que no se proyecta necesariamente en el aporte causal, sino en la competencia por la relevancia penal de la decisión adoptada¹³⁸⁷. En la línea mantenida por este último sector, considero que la determinación de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas debe partir de la decisión conjunta tomada por los miembros del órgano colegiado. Técnicamente, debemos afirmar que la decisión es adoptada por el órgano colegiado y no por los miembros que componen en el mismo. No obstante, identificada la decisión conjunta en la que se han producido irregularidades, se debe analizar las entrañas del proceso de adopción de la misma, empezando por determinar los deberes de cada consejero cuya infracción ha podido desembocar en dicha decisión.

En los supuestos en los que sean varias personas las que hayan infringido sus deberes contribuyendo todas ellas al riesgo creado o exteriorizado por la empresa, nos encontramos ante una lesión conjunta de deberes que da lugar a una imputación compartida del hecho delictivo y no a la imputación del hecho a un “sujeto colectivo” que infringe sus deberes como tal. Lo que se le imputa a cada uno de los que ha apoyado la decisión delictiva, son los hechos que se derivan de esa decisión colectiva como una organización conjunta de un hecho delictivo¹³⁸⁸. En este punto, la concreción de los deberes que asumen los administradores es determinante, ya que de ello dependerá la correcta atribución de responsabilidad y la correcta aplicación de los criterios que permitirán limitar la

¹³⁸⁶ Robles Planas, R., “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, cit. pág. 400.

¹³⁸⁷ García Caveró, Percy, “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa”, cit. pág. 309. Cada interviniente en la votación podría alegar que su voto no era causal del resultado al contarse con los votos de los otros miembros que eran suficientes para tomar la decisión.

¹³⁸⁸ Feijoo Sánchez, B., “Autoría y Participación en Organizaciones empresariales complejas”...cit. pág. 212. García Caveró, Percy, “La competencia por el hecho...”, cit. pág. 309. La competencia jurídico-penal es clara en el caso de los miembros que votan formalmente a favor de la decisión penalmente relevante, con independencia de si su voto, al momento de emitirse, puede considerarse causal o no en el momento de la votación.

responsabilidad de cada uno de los consejeros, como son el de división del trabajo y los principios de culpabilidad, autonomía personal y confianza. Indudablemente, la correcta definición de los deberes nos permitirá delimitar el alcance de la posición de garantía que asume el administrador con los efectos que ello conlleva.

En la medida en que en nuestro sistema no existe un delito colegial, es necesario discernir la intervención de cada uno de los administradores en la adopción del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, a través de un examen minucioso del sentido del voto emitido por cada uno de los consejeros en el acuerdo de aprobación. Se debe considerar qué tratamiento se da a la conducta del administrador que emite su voto a favor de la aprobación de las cuentas, a sabiendas de que es totalmente necesario para que el acuerdo salga adelante como también a los supuestos en que conoce que es innecesario porque el acuerdo se va a aprobar de todas formas.

La emisión de un voto favorable a la decisión que implique una manipulación de la veracidad de la información, se trataría de una conducta relevante desde el punto de vista de la responsabilidad penal¹³⁸⁹. En los supuestos de decisión por unanimidad de todos los miembros del Consejo y con pleno conocimiento de su actuación vulneran sus propios deberes y se trataría de un caso de autoría múltiple¹³⁹⁰. Esto aplica tanto a los supuestos en los que se produce una votación simultánea, como aquellos en los que se produce una votación sucesiva. En estos últimos, en los que los sujetos van emitiendo su voto en momentos distintos, es mayoritaria la doctrina que defiende que quien votó a favor antes de que se hubiera alcanzado la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo será responsable del hecho delictivo. Y también si el voto favorable se emite después de que ya exista un número de votos suficientes para entender adoptado el acuerdo, en la medida en que su decisión ha contribuido a configurar la voluntad del órgano colegiado¹³⁹¹.

¹³⁸⁹ Schünemann, B., “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2002, pág. 21. A juicio del autor, en el caso *Lederspray* se valora por el Tribunal acertadamente que todos los miembros de la Junta Directiva que votaron responden de los delitos causados, e incluso considera que si hubiera habido votos en contra también hubieran respondido porque hubieran sido parte del proceso de votación causal para la continuación de la venta. Lascuraín, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 20. Este autor afirma que responderán los que voten a favor.

¹³⁹⁰ Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S., *Derecho penal económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2010, pág. 133.

¹³⁹¹ García Caveró, P., “La competencia por el hecho...”, cit. pág. 309. Encinar del Pozo, M.A., “Cuestiones Penales referidas a los Administradores Sociales”...cit. pág. 84. Puppe, I., “Problemas de imputación que resultan en el ámbito de la responsabilidad por el producto”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (Coords. S. Mir Puig y D. M. Luzón Peña), Edit. J.M. Bosch Editor, pág. 222. El autor afirma que “todo miembro del órgano que ha votado a favor de una decisión ilegal, responde penalmente de sus consecuencias, aunque aquella haya sido acordada necesariamente por una mayoría más numerosa”. Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos*

El caso del administrador que emita un voto contrario a la adopción del acuerdo también tiene que ser objeto de examen. Una tesis doctrinal sustenta que no incurre en responsabilidad en ningún caso, con independencia de que su intervención se produzca antes o después de que exista la mayoría necesaria para su válida adopción¹³⁹², pero bajo mi punto de vista es necesario analizar las concretas circunstancias del caso, puesto que se debe pensar en la posibilidad de que exista un plan confeccionado por varios consejeros, por el que acuerdan que algunos votan a favor de la aprobación de las cuentas y otros en contra por razones nimias, a sabiendas de que van a obtener la mayoría, simplemente para dar apariencia frente a otros miembros de que la votación está siendo acorde al funcionamiento normal del Consejo. En estos casos el voto en contra que formalmente consta en el acta no evitará la asunción de responsabilidad penal del consejero. Como en ocasiones anteriores, entiendo que las formalidades no deben desvirtuar la posibilidad de alcanzar la realidad material que subyace, en la que se proyecta la verdadera valoración de la actuación llevada a cabo por los administradores.

Otro interrogante que se debe plantear es cómo tratar los casos en los que los votos son innecesarios, es decir, de votos emitidos cuando ya se hubiera tomado una decisión por mayoría gracias a otros votos¹³⁹³. En los casos en los que el sujeto emite un voto en contra del acuerdo, una vez que ya existe la mayoría suficiente a favor del acuerdo antijurídico, y, sin embargo, el emisor del voto era partidario, y así lo defendió en la deliberación, de votar a favor, existe división de pareceres en la doctrina. Una vertiente considera que al mostrar su voluntad contraria al acuerdo (mediante el voto contrario) no surge responsabilidad penal; y otra considera que hay que distinguir entre lo que sería la voluntad formal, reflejada en el voto en contra, y la voluntad efectiva del sujeto, esto es, su verdadera intención, que era favorable a la adopción del acuerdo delictivo (máxime si esa voluntad se ha manifestado en el seno del órgano y con ella se ha contribuido al nacimiento del acuerdo delictivo)¹³⁹⁴. En mi opinión, esta última corriente determina de forma más certera el alcance de la intervención de cada consejero en la adopción del acuerdo y la consiguiente responsabilidad penal que se le debe atribuir por el incumplimiento grave de su deber extrapenal de

societarios, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 67. Afirma este autor que debe descartarse la responsabilidad por la simple participación en la votación.

¹³⁹² García Caveró, P., “La competencia por el hecho...”, cit. pág. 311. Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, cit. pág. 687. Este autor apunta que lo verdaderamente importante son los efectivos comportamientos y voluntad del sujeto, de modo que aunque formalmente haya emitido un voto, sustantivamente la dirección de su voto se dirigía a otra finalidad. Lascuraín, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 10.

¹³⁹³ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*....cit. págs. 138 y ss. El miembro del Consejo de vigilancia comete una omisión punible en todo caso cuando no impide que se produzca o se ejecute una decisión contraria al deber de lealtad, dada su posición de garante.

¹³⁹⁴ Encinar del Pozo, M.A., “Cuestiones Penales referidas a los Administradores Sociales”... cit. pág. 84.

confección de unas cuentas anuales de forma leal y conforme al principio de imagen fiel. Entiendo que esta es la solución lógica desde el prisma de un delito de infracción de deber como es el art. 290 CP.

En los supuestos de adopción de acuerdos delictivos la concurrencia de más votos que los necesarios carecería de relevancia como apuntan Lascuraín y Bacigalupo¹³⁹⁵, mientras que Fernández Teruelo sostiene que el recurso a la teoría mayoritaria de la condición, determinaría la irrelevancia causal aisladamente de cada uno de los votos favorables al acuerdo delictivo, ya que este se habría producido también sin su concurrencia¹³⁹⁶. En la misma línea de lo apuntado en el supuesto anterior, se debe considerar que lo relevante jurídicamente es la contribución al acuerdo adoptado y en la medida que todos los votos favorables han supuesto una intervención en el proceso de consecución del mismo, todos los que los han emitido responderán como autores.

En los supuestos de voto en blanco o abstención o falta de asistencia a la reunión del Consejo debemos partir igualmente de una delimitación clara del alcance de los deberes de los consejeros respecto de conductas criminales llevadas a cabo por otros consejeros. El consejero conoce que se va a adoptar una decisión penalmente relevante y no toma iniciativa alguna en orden a impedirlo, limitándose a abstenerse de la votación. Parte de la doctrina entiende que solo surgirá responsabilidad penal si se trata de un delito de omisión pura, pero no si se trata de casos de comisión por omisión¹³⁹⁷. Otras posiciones, a las que me sumo, sí que valoran la posibilidad de que se tenga obligación de actuar y que el hecho de no hacerlo puede conllevar responsabilidad penal¹³⁹⁸. Bacigalupo llega más allá y afirma

¹³⁹⁵ Lascuraín, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 20. En el mismo sentido, Bacigalupo, S., “Distribución de la responsabilidad penal entre los miembros del Consejo de Administración de una Sociedad”, en *Gobierno Corporativo y derecho penal* (Coords. Bajo Fdez, M., Bacigalupo, S., Gómez-Jara Díaz, C.), Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 186. Apunta la autora que efectivamente el deber se dirige a evitar el resultado por lo que se responde de todas formas.

¹³⁹⁶ Fernández Teruelo, J.G., *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, edit. Lex Nova, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, págs. 109 y 110.

¹³⁹⁷ Encinar del Pozo, M.A., “Cuestiones Penales referidas a los Administradores Sociales”....cit. pág. 83.

¹³⁹⁸ García Cavero, P., “La competencia por el hecho: ...”, cit. pág. 311. En el caso de la abstención es necesario determinar si, en términos organizacionales, los miembros tienen el deber negativo de impedir la toma de una decisión antijurídica. Según el autor esta situación solamente se dará en el caso de deberes de aseguramiento o salvamento derivados de un riesgo especial previamente creado por el órgano colegiado con su decisión. Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 67. Defiende este autor que al igual que los que han votado en contra, los que no han participado en la reunión y los que con posterioridad se han adherido informalmente al acuerdo, y no han participado en la ejecución, no se considerarán responsables. Sí serán responsables según su punto de vista si votan en contra o no toman parte del acuerdo pero sí participan posteriormente en la ejecución de la decisión. Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales....cit. pág. 687. Según los supuestos en los que la ausencia haya hecho posible la comisión del delito sí puede incurrir en responsabilidad penal.

que la omisión no se consumará solo con la ausencia, dimisión o desatención de las obligaciones del consejero virtual, sino con la omisión de la acción de impugnación de acuerdos sociales antes de la publicación y a los efectos de impedirlos¹³⁹⁹. En los supuestos de dimisión del consejero para no afrontar la votación, se puede considerar igualmente una conducta que favorece la comisión del delito por cauces ilegítimos, por lo que se incumple de igual forma el deber de lealtad y de confección de unas cuentas anuales que representen la imagen fiel de la sociedad.

En los casos en los que un miembro del órgano colegiado ha quedado en minoría al votar en contra o abstenerse de votar, sin poder impedir la ejecución de la decisión ilegal, el interrogante que surge es si solamente debe tomar las medidas internas posibles que según el Derecho de sociedades le corresponde a los órganos o, si debe extenderse a la adopción de todas las medidas tácticamente posibles hasta renunciar al cargo o denunciar los hechos a las autoridades. Explica Tiedemann que la opinión dominante defiende que solo se les exige adoptar medidas internas, ya que si existe una decisión de la mayoría de los administradores, por el principio de autonomía personal, no tiene que impedir delitos de otros sujetos¹⁴⁰⁰. La posición de garante les obliga a actuar positivamente en todo momento de forma leal y de buena fe en defensa del interés social, lo que exige que utilicen todos los mecanismos societarios para garantizar que se protegen los bienes jurídicos que deba salvaguardar en el ejercicio de su cargo y cuando se trata de la información económica de la sociedad, debe salvaguardar la veracidad y transparencia de la información contenida en las cuentas anuales como reflejo de la imagen fiel de la situación de la sociedad. En los supuestos en los que sea necesario y viable el administrador deberá manifestar su disconformidad, oponerse, impugnar el acuerdo, advertir a los auditores y adoptar cuantas medidas sean necesarias para que el acuerdo de formulación de las cuentas no despliegue efectos en el tráfico jurídico¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Art. 290 CP).....”, cit. pág. 171.

¹⁴⁰⁰ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*...cit. pág. 145. Los deberes de acción de garante están limitados en cuanto a su contenido. García Caveró, P., “La competencia por el hecho: ...”, cit. pág. 315. En términos organizacionales, la competencia de los que votaron a favor de la decisión es plena. En relación con los miembros que votaron en contra, el tema es claro en el sentido de no ser competentes organizacionalmente por la decisión adoptada, sin que sea necesario para evitar responsabilidad penal el que adicionalmente emprendan acciones dirigidas a impedir la ejecución de la decisión. En la misma situación estarían los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o no asistieron a la votación, pues no realizan un acto de organización más allá de lo permitido jurídicamente. López Barja de Quiroga, J., “Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal*...cit. pág. 2214. El miembro del órgano de administración viene obligado a cumplir su deber de fidelidad y lo que resulte necesario para evitar la materialización del daño.

¹⁴⁰¹ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. págs. 170-171. No es suficiente con la manifestación de disconformidad por parte del administrador, sino

Se puede cuestionar igualmente cuáles son las obligaciones exigibles a un administrador que conoce de forma previa a la celebración de la sesión del Consejo relativa a la aprobación de las cuentas que el proyecto u otros documentos comprendidos en el objeto del delito contienen una manipulación de datos. Surge la pregunta de si el hecho de no asistir le exime de toda responsabilidad, o si se le puede exigir acudir a la sesión cuando tiene conocimiento de que se aprobarán unas conductas falsas o conductas posteriores que muestren un rechazo ostensible del acuerdo que se va a adoptar¹⁴⁰². Según el criterio apuntado anteriormente y en contra de lo sostenido por gran parte de la doctrina penalista¹⁴⁰³, considero que el alcance del deber extrapenal de lealtad en defensa del interés social debe llevar a concluir que sí responde el administrador que conoce que se está efectuando una actuación delictiva por parte de otro miembro del consejo y la permite.

Cuando la votación es secreta, la problemática que surge es la misma que en las hipótesis planteadas anteriormente, pero lo que ocurre es que existirá un problema de prueba. La doctrina mayoritaria ha venido defendiendo que si el acuerdo ha sido adoptado por mayoría, no es posible o será muy difícil exigir responsabilidad criminal a ninguno de los integrantes del órgano, en la medida en que no se puede probar cuál fue la decisión concreta de cada uno de ellos¹⁴⁰⁴. Pero si el acuerdo es aprobado por unanimidad, entonces no existe ese problema de prueba, ya que todos votaron a favor del mismo y, por tanto, el acuerdo delictivo puede ser imputado a cada uno de los integrantes del órgano¹⁴⁰⁵.

Una vez efectuada la votación, se puede plantear que el deber de lealtad y los deberes específicos de formular unas cuentas anuales conforme a los dictados de la legislación aplicable, sí que se puede pedir al administrador la adopción de otras medidas para evitar los efectos de la decisión delictiva adoptada en el seno del Consejo, en cuya

que como garante tiene que hacer “todo lo conveniente para evitar el daño”, por lo que como garante sí tiene que impugnar el acuerdo nulo de aprobación de cuentas.

¹⁴⁰² García Caveró, P., “La competencia por el hecho...”, cit. pág. 311. Respecto de la abstención, defiende el autor que el solo hecho de conocer la decisión ilegal no es suficiente para atribuirles responsabilidad penal, sino que han de concurrir especiales deberes de aseguramiento y salvamento. Una conformidad informal puede ser para suficiente para atribuirle responsabilidad penal.

¹⁴⁰³ Lascurain, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 21. Este autor sostiene que el deber que emana de la posición de garante, que es el propio control de una fuente de riesgo propia, no comprende la vigilancia y corrección de los demás administradores como en una relación de delegación, motivo por el cual considera que es discutible que si no evita el delito de un colega tenga que responder como autor y no como partícipe.

¹⁴⁰⁴ Lascurain, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 20. No parece un aspecto relevante, con independencia del problema de prueba.

¹⁴⁰⁵ García Caveró, P., “La competencia por el hecho...”, cit. pág. 309. Encinar del Pozo, M.A., “Cuestiones Penales referidas a los Administradores Sociales...cit. pág. 84.

adopción no ha intervenido o ha votado en contra, pero respecto de la cual ha tenido perfecto conocimiento.

3.- El administrador frente a la conducta fraudulenta de otros administradores

Como he señalado previamente, de acuerdo con los deberes asumidos que adopta el administrador en relación con las cuentas anuales y otros documentos societarios de trascendencia jurídica y económica, se puede afirmar que el mismo tiene que evitar que la sociedad se vea perjudicada por la adopción de un acuerdo en el seno del órgano de administración que avale la confección o aprobación de unas cuentas anuales y otros documentos societarios que contengan graves manipulaciones o hayan sido sometidos a graves alteraciones constitutivas de ingeniería financiera¹⁴⁰⁶. Se debe determinar si el administrador que conoce que la sociedad está siendo objeto de conductas desleales por parte de otros administradores, a través de la confección de unas cuentas manipuladas, puede responder penalmente si omite toda actuación en defensa del interés de la sociedad y permite dicha actuación sin tomar medida alguna contra otros consejeros con el fin de evitar en todo caso la aprobación de un acuerdo que suponga una manipulación de dichos documentos. Es criterio dominante de la doctrina española que los administradores no podrán responder por la omisión de la conducta de otros, de acuerdo con el principio básico del Derecho Penal que se asienta en la propia responsabilidad de cada persona, sin posibilidad de responder de la actuación de un tercero en condiciones normales¹⁴⁰⁷.

La STS de fecha 11 de marzo de 2010, 234/2010 (Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca) aporta el caso prototipo para analizar la cuestión planteada por la doctrina sobre si los miembros del Consejo de Administración tienen la obligación de vigilarse entre sí y si pueden, en su caso, responder en supuestos en los que infringen dicho deber de vigilar u otros deberes que les competen, como podría ser el deber de lealtad o los deberes específicos que aplican en cada materia, como podría ser el deber de confección de unas cuentas anuales que respondan debidamente al principio de imagen fiel. Después de relacionar diferentes argumentos, el Tribunal Supremo concluye que no existía posición de garante, ya que los recurrentes no tenían la obligación de vigilar la actividad de los demás miembros del Consejo de Administración en la ejecución de las actividades propias del giro

¹⁴⁰⁶ García Cavero, P., “La competencia por el hecho....”, cit. pág. 315. Afirma el autor que: “*En general, los miembros del órgano colegiado son responsables, garantes de controlar los riesgos que puedan derivarse de decisiones tomadas por dicho órgano, por lo que cabría responsabilizarlos si no impiden, cuando es posible, la materialización delictiva del acuerdo...*”.

¹⁴⁰⁷ Gimbernat Ordeig, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, cit. pág. 1 y cita 1 que corresponde a Rudolphi y la cita 2 de Schumann.

de la sociedad, hasta el extremo de comprobar que no aprovechaban su cargo para cometer alguna acción delictiva¹⁴⁰⁸. Afirma la sentencia, que los deberes de diligencia y lealtad a los que quedan sujetos los administradores no les hacen penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo, que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existe una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan. Los recurrentes coadministradores habían sido condenados en instancia a título de cómplices¹⁴⁰⁹.

El Tribunal Supremo les absuelve de acuerdo con diferentes argumentos. Se alega en primer lugar que dichos administradores no ocupaban respecto del autor activo una posición de superioridad que les confiriera alguna autoridad sobre aquel. Eran miembros del Consejo de Administración, aunque cada uno ejecutara funciones diferentes. Los actos del tercer administrador, en cuanto recibía cantidades para la adquisición de obligaciones hipotecarias, se desarrollaban en el marco del objeto social, y, como tales, no presentaban

¹⁴⁰⁸ En la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ\2010\4482 que ha sido mencionada en anteriores notas de página, viene a concluir que dos miembros del Consejo de Administración no tienen una posición de garante respecto del resto de miembros del Consejo de Administración. La conclusión final a la que se llega en la sentencia es que: *“No existía pues, posición de garante, ya que los recurrentes no tenían la obligación de vigilar la actividad de los demás miembros del Consejo de Administración en la ejecución de las actividades propias del giro de la sociedad hasta el extremo de comprobar que no aprovechaban su cargo para cometer alguna acción delictiva. Tampoco se acredita la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo de la comisión por omisión. La doctrina ha señalado que es preciso el conocimiento de la situación que genera el deber de actuar, de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar”*.

¹⁴⁰⁹ En la SAP de las Palmas, Sección 2ª, de fecha 23 de abril de 2009, dictada en el caso Gesfinsa y que fue confirmada por la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ\2010\4482, se afirmaba que ambos sujetos ostentaban una posición de garantes como administradores en relación con la actividad de la sociedad y del tercer socio y que nada hicieron por procurar que la sociedad mantuviera su equilibrio patrimonial para atender las obligaciones. Igualmente, afirman que no se puede concluir que no tuvieran conocimiento de las operaciones realizadas y dirigidas por el tercer socio. No era un conocimiento exacto, pero sí sabían el tipo de negocios de "ingeniería financiera" con los riesgos que ello implica y además habían invertido capital propio. Por todo lo anterior, se considera que de acuerdo con la posición de garante y congruente deber jurídico de intervenir en orden a evitar fraudes como el que se verificó, los dos coadministradores se convirtieron en cómplices, por omisión, pues su conducta venía inspirada por un "animus adiuvandi". Se consideran cooperadores de segundo grado con el autor material. La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido en una causalidad hipotética a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción u omisión. Si hubieran intervenido como miembros del Consejo de Administración, hubieran procurado que dicha sociedad no llegara a tener el desequilibrio patrimonial al que llegó, realizándose los balances contables anuales exigidos por la ley y evitándose así la distracción de los fondos, o, al menos, no en la proporción que acaeció. No bastaba con mirar hacia otro lado ante la situación que se iba gestando año tras año, limitándose a percibir los beneficios, sino que estaban obligados a evitar dicha situación en la medida de sus posibilidades. Los dos administradores y socios han de responder como cómplices en el delito de apropiación indebida cometido por el tercer administrador, al haber facilitado, con su inactividad, dicha comisión. El trabajador que no es administrador ni socio de la entidad es absuelto.

una especial peligrosidad para intereses ajenos que exigiera una especial vigilancia. En la información ordinariamente disponible sobre la marcha de la sociedad, de la que los miembros del Consejo deben informarse diligentemente, no tenía que aparecer necesariamente nada que indicara la existencia de la acción delictiva. El conocimiento de la situación de desequilibrio se atribuye en la sentencia al balance de 1997, elaborado finalizado el ejercicio, después de que se llevaran a cabo la mayoría de las operaciones que se relatan en los hechos probados. Se dice que aprobaron las cuentas anuales del año 1996, pero nada se dice acerca de su contenido.

Se afirma también en la sentencia que la distracción de las cantidades recibidas es independiente de las anotaciones del balance, pues es claro que en este no ha de figurar tal conducta ilícita, de manera que el conocimiento del balance no supone necesariamente el de la acción delictiva. Por ello se concluye que el perjuicio causado no se deriva inicialmente del desequilibrio patrimonial, sino de la distracción de las cantidades recibidas en lugar de destinarlas a la adquisición de obligaciones hipotecarias, debidamente garantizadas, que es lo que había motivado las distintas entregas. Entiende el tribunal que en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de vigilancia, es preciso que estas, en su configuración, se extiendan a la conducta delictiva. Y en el caso, no puede establecerse que de la condición de miembros del Consejo de Administración se desprenda una obligación de vigilar, de tal amplitud, que comprenda cualquier actividad delictiva que pudieran cometer los demás consejeros y que tuviera alguna clase, cualquier clase, de relación con la actividad social, concretamente si, en algunas ocasiones, hacía suyo el dinero recibido en lugar de darle el destino pactado, aunque formalmente tal finalidad apareciera cumplida.

Matiza la sentencia que la actividad, en sí misma no suponía un peligro especial que precisara del permanente control y vigilancia de terceros, y en la sentencia no se precisa ningún dato que hubiera podido indicar a los recurrentes que el coacusado aprovechaba la actividad de la sociedad para delinquir en su propio provecho, perjudicando tanto a la sociedad como a los socios. Se concluye en la sentencia que de forma racional se desprende que los sujetos conocían que el coacusado se dedicaba a la realización de operaciones propias del tráfico de la empresa, pero no alcanza para afirmar que eran sabedores de que no daba al dinero que recibía el destino pactado, que lo empleaba en su propio interés y que no cumplía, en ese aspecto, con las obligaciones que para él se desprendían de los contratos que suscribía. La adquisición de obligaciones hipotecarias es una operación que conlleva un riesgo económico, pero nada tiene que ver con la conducta de distracción que se imputa al coacusado.

El Tribunal Supremo no reconoce que exista tal deber de vigilancia, control o actuación en el seno del Consejo, sino que se aplica la regla general de la estricta competencia y asume que los consejeros no se ven obligados a actuar frente a la actuación delictiva de otros.

El tratamiento por parte de nuestros tribunales en determinadas sentencias de las conductas de los administradores en el seno de de los órganos colegiados es ciertamente interesante, por cuanto, aunque ha dado lugar a escasos pronunciamientos, es una materia que ha suscitado mucho interés por parte de la doctrina¹⁴¹⁰. Como veremos, son matices y cuestiones casuísticas las que delimitan la atribución de responsabilidad penal a los miembros de los órganos colegiados, de ahí que en esta materia existe un campo abonado para el análisis de la responsabilidad penal de los administradores, en el que la concreción del deber extrapenal de los administradores se erige como punto de partida incuestionable para el planteamiento correcto de la problemática y su posterior solución.

El voto particular emitido por el magistrado D. Enrique Bacigalupo junto con la STS de fecha 11 de marzo de 2010, 234/2010 (Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca) considera que el deber del ordenado empresario, interpretado conforme a las exigencias del Derecho mercantil contable, los Códigos de Buen Gobierno y los valores de la cultura empresarial, sí comprende una posición de garante y sí comprende la obligación de vigilar que otros miembros del Consejo no distraigan dinero de la sociedad¹⁴¹¹. Desde el

¹⁴¹⁰ La STS de fecha [11 de septiembre de 2007 \(RJ 2007, 5374\)](#), caso Torras- Grupo Kío estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra SAN que absolvió a uno de los acusados, Consejero Delegado del Grupo Torras, que previamente había sido Presidente, Consejero Delegado y Director General de Torras Hostench, núcleo germinal del citado Grupo (un auténtico holding), y lo condena, como coautor de apropiación indebida, en cuanto tales cargos le imponían la obligación de conocer suficientemente el conjunto de circunstancias que definían ese tipo de operaciones de gran envergadura económica y la de actuar en consecuencia con la diligencia precisa. En ese caso se le considera coautor, y no mero cómplice, ya que, según se explica en la sentencia, del contenido de una carta que remitió a los auditores de Torras Hostench LonD. Ltd., en la que explícitamente se dice que el Grupo Torras conocía todas las condiciones y circunstancias de los créditos, se pone de manifiesto la implicación directa de este acusado en las operaciones delictivas.

¹⁴¹¹ En el Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482 de reiterada mención se establece: *“La posición de garante puede surgir de deberes de protección o de deberes de vigilancia. Los primeros imponen al garante el cuidado de determinados bienes jurídicos frente a los eventuales peligros que pudieran amenazarlos. Los deberes de vigilancia, por el contrario, tienen la función de cuidar una posible fuente de peligros para evitar que se lesionen bienes jurídicos ajenos, en este caso el patrimonio de los inversores. No cabe duda que un ordenado empresario tiene el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo consejo de administración es miembro y, en tanto las sociedades solo actúan mediante acciones de sus representantes y directivos, esa vigilancia tiene que extenderse a las acciones de los representantes y directivos realizadas dentro de sus competencias sociales. Es obvio que quienes tienen un deber de vigilancia no pueden invocar respecto de los vigilados el principio de confianza, que autoriza a suponer que otros -respecto de los que no existe un deber de vigilancia- se comportarán de acuerdo a derecho. Es claro que si en estos casos pudiera ser invocado el principio de confianza se anularía el deber de vigilancia del garante”*.

punto de vista fáctico asume que sí que existían claros indicios de fraude que fueron conocidos por el resto de consejeros y la omisión de toda conducta por parte de los administradores supone una vulneración de sus deberes de vigilar, actuación con diligencia y lealtad¹⁴¹².

De acuerdo con la postura mantenida en la presente tesis, el análisis del presente caso desde la visión de los delitos de infracción de deber puede aportar parámetros claros en términos de seguridad jurídica, puesto que de acuerdo con la tesis sustentada de la relevancia de concretar los debidos contornos del deber extrapenal y la consiguiente posición de garante como elemento nuclear de la estructura de los tipos de delitos especiales, como los delitos societarios, permite desentrañar la problemática que encierran estos asuntos.

Como se expuso anteriormente en relación con la posición de garante, Tiedemann mantiene que los órganos de vigilancia de las sociedades de capitales y en especial los Consejos de Vigilancia tienen una posición de garantía como garantes de la protección del patrimonio social y como garantes de la vigilancia para impedir delitos de otros órganos y trabajadores de la sociedad en perjuicio de terceros¹⁴¹³. De lo expuesto por Tiedemann se puede colegir que con independencia de que no exista Consejo de Vigilancia, como ocurre en nuestro ordenamiento societario, los consejeros sí tienen obligación de evitar las conductas delictivas de otros consejeros¹⁴¹⁴.

¹⁴¹² En el Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482 referido también se afirma que el disenso con la mayoría del Tribunal se refiere al punto de partida de la sentencia, en tanto niega que el deber de garantía de un ordenado empresario y un representante leal de los miembros de un consejo de administración suponga “una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan” alcance a la vigilancia de actividades delictivas de otros consejeros. Para el magistrado que suscribe el voto particular: “un ordenado comerciante tiene la obligación de vigilar que otros miembros del consejo de administración no distraigan dinero de la sociedad. No habiendo delegación de funciones en el sentido del art. 141 LSA -como en el presente caso- ese deber incumbe a todos los miembros del consejo de administración. Mucho más en el caso de una sociedad anónima cuyos tres socios ejercen conjuntamente la administración”. Concluye así el magistrado que los magistrados acusados hubieran podido impedir la continuación de los daños que finalmente se produjeron, pues estaba dentro de sus facultades decidir la interrupción de las operaciones en las que se prometía un altísimo interés que no sería posible satisfacer y contaban con la mayoría necesaria dentro del consejo de administración para hacerlo.

¹⁴¹³ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico*, págs. 146-163: “Dado que el deber de administrar lealmente el patrimonio, según el art. 266, segunda alternativa, supone un deber de garante más elevado (Schünemann...) no es imaginable un deber de lealtad sin posición de garante”. En el sentido de distinguir entre competencias ejecutivas y decisorias, García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa...*cit. pág. 97. Indica este autor que: “Los órganos de coordinación poseedores de una base de información son titulares de ciertas competencias de control o vigilancia que fundamentaría una responsabilidad penal”.

¹⁴¹⁴ Gimbernat Ordej, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana...”, cit. págs. 80 y 81. Explica este autor que en la legislación alemana se han tipificado expresamente conductas delictivas de

En la doctrina española Lascuráin plantea como pauta básica de imputación que un administrador como garante podrá responder de un delito cometido en su empresa por otro administrador o por un empleado en el ejercicio de sus actividades sociales, si no lo ha evitado desde su posición de garantía respecto del proceso que ha desencadenado el delito o respecto del bien afectado. Es clara la responsabilidad de los administradores a título de autores, según Lascuráin, que no cumplen su deber de garantía por el descontrol en la esfera de organización adecuada de la empresa y en la falta de supervisión adecuada de los delegados inmediatos, como así se desprende del art. 31 bis, que atribuye deberes de control de determinadas actividades de las personas jurídicas a sus administradores¹⁴¹⁵. El deber de garantía infringido es el relevante y al que se asocia la imputación de un resultado no evitado. Como explica Lascuráin en el Proyecto de Código Penal se incluía un art. 286 6 bis bajo el título “*Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas*” por el que se penaba 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 doce años: “*el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que 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*”. La condición que se tiene que dar en esta propuesta para la comisión del delito es que se hubiera dado inicio a la ejecución de esas conductas ilícitas y la misma podría haber sido evitada o seriamente dificultada, si se hubiera empleado la debida diligencia. Comparto la opinión con Lascuráin de que esta figura típica es inadmisibles en nuestro sistema jurídico, con la amplitud y vaguedad con la que está configurada¹⁴¹⁶.

Desde la tesis sentada en criterios de imputación objetiva del “foco de peligro”, Gimbernat afirma que es perfectamente posible colocar a varios garantes para la protección del bien jurídico especialmente amenazado o para la vigilancia de fuentes de peligro especialmente intensivas¹⁴¹⁷. En relación con un ejemplo de un anestesista que causa un homicidio imprudente, Gimbernat explica cómo también han de responder el director del

funcionarios con competencias de vigilancia o control de asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por el último pertenezca a los asuntos sometidos a su vigilancia o control, como también conductas en las que consienta la infracción de deberes por parte de subordinados.

¹⁴¹⁵ Lascuráin, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 13. Se refiere el autor a la tipología de posiciones de garantía de Kaufmann sobre fuentes de peligro como una empresa.

¹⁴¹⁶ Lascuráin, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. pág. 19.

¹⁴¹⁷ Gimbernat Ordeig, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, sección doctrinal, ADPCP, Vol. LIV, 2001, pág. 13.

hospital y el cirujano en concepto de garantes secundarios. La omisión impropia imputable a ambos profesionales se centra en el hecho de que están obligados como “garantes secundarios” directamente a mantener dentro del riesgo permitido el foco de peligro en cuestión. Responden indirectamente en comisión por omisión también por la no evitación de cualquier hecho punible imprudente o doloso de terceros¹⁴¹⁸.

Recogiendo lo sustentado por las diferentes tesis, entiendo que el punto de partida para analizar las conductas de los miembros del Consejo y su deber de actuar de forma firme frente a la conducta delictiva de otros consejeros exige tener un correcto entendimiento de la naturaleza del Consejo de Administración. En el contexto del Consejo necesariamente se ha de dividir la posición de garante entre todos los distintos consejeros y ello nos obliga a analizar la concreta intervención de cada uno de ellos en el proceso de elaboración de las cuentas. De alguna manera se ha de evitar, por un lado, que la estructura de múltiples personas que engloba el Consejo se convierta en un escudo para eludir responsabilidades personales individuales y, por otro lado, no permitir que por el hecho de que los deberes atribuidos a los consejeros no sean exclusivos, se adopte la interpretación equívoca de que el administrador pueda perder su posición de garante al existir otro garante en el que confía su gestión, lo que equivaldría a desdibujar totalmente el juego de responsabilidades a los que se someten los miembros del Consejo. En el ámbito puramente mercantil dicha posición de garante se lleva a sus máximas cotas al establecerse que todos los consejeros responderán solidariamente por el contenido de las cuentas anuales, salvo prueba en contrario que acredite su abstención y las causas justificadas alegadas para ello. En el ámbito penal el derecho fundamental a la presunción de inocencia impide aplicar esta regla, pero no por ello debemos perder el sentido de esta norma mercantil, que en definitiva pone de manifiesto la importancia que tiene en el seno del Consejo la posición de garante que ostentan cada uno de los consejeros y que inevitablemente comparten todos como componentes del mismo. En el seno del Consejo deben asumir dicha posición de garante como un ejercicio común de responsabilidad y no puedan eludirla limitándose a escudarse en la conducta del resto de consejeros.

Señala Bacigalupo en su Voto Particular que los miembros del Consejo ostentan una posición de garante y que el concreto contenido y naturaleza de los deberes de vigilancia y

¹⁴¹⁸ Cita de Rudolphi, en Gimbernat Ordeig, “Omisión impropia e incremento del riesgo...”, cit. pág. 13, nota 30 y pág. 14. Cita el autor en apoyo de esta tesis a Schünemann y afirma: “La persona más cercana a la cosa que ejerce el control inmediato sobre la cosa posee también la responsabilidad primaria de garante”. López Barja de Quiroga, J., “Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal...*, cit. pág. 2214. Los problemas que plantea la actuación de órganos colegiados dentro de las sociedades deberán ser resueltos partiendo de la posición de garante de base institucional.

de protección que conforman dicha posición son diversos, pero quizás el planteamiento sobre si la posición de garante alcanza a las actuaciones delictivas de otros consejeros no requiere llegar a dicho estadio. Es cierto que en lo que se refiere a los deberes de los administradores que forman parte del Consejo, la normativa mercantil no nos ofrecía un elenco detallado de deberes que habían de cumplir los administradores, pero el desarrollo doctrinal y jurisprudencial ha permitido acotar los aspectos que conforman el deber de diligencia y el deber de lealtad, como así se ha expuesto en el capítulo segundo referido a los deberes extrapenales de los administradores y en el capítulo octavo referido al alcance de la posición de garante penal. De lo expuesto en dichos capítulos se desprende que los deberes extrapenales no pueden ser los mismos en el seno de un órgano de administración compuesto por un administrador único que si se trata de un Consejo de Administración. El consejero asume unos deberes extrapenales en el marco del órgano colectivo que vienen marcados por el funcionamiento del Consejo. Si se entiende adecuadamente el deber de lealtad de un consejero, se puede comprender que el mismo está obligado a ser leal en la protección del interés de la sociedad en todo momento en el seno del Consejo. En el marco de los delitos societarios que responden a la estructura de los delitos de infracción de deber, esta posición de garante implica que cada consejero está obligado en cumplimiento de sus deberes a la protección del interés de la sociedad frente a los empleados y directivos de la sociedad, frente a terceros, frente al resto de consejeros y frente a sí mismo, lo que le exige actuar de forma positiva en todo momento en defensa de los bienes jurídicos objeto de protección a través de los referidos deberes extrapenales. La protección leal del interés de la sociedad no presenta excepciones.

De acuerdo con lo señalado en el capítulo séptimo respecto de la posición de garante, si el administrador asume esta posición, sus conductas tienen una incidencia equivalente tanto si son activas como si son omisivas, equivalencia que se acentúa y viene plenamente justificada en el seno del Consejo al amparo del art. 11 CP. En este sentido, se pronuncia Rodríguez Mourullo cuando afirma que la solución respecto del alcance del deber del consejero frente a las conductas fraudulentas de otros consejeros se debe buscar en los principios reguladores de la comisión por omisión, en la concreción de la posición de garante del sujeto activo “*respecto de la no verificación del hecho y que el deber incumplido sea un auténtico deber de impedir el resultado no evitado, y no un simple deber de actuar*”¹⁴¹⁹. Por este motivo, la ausencia del garante a la sesión del Consejo, la dimisión y desatención a las sesiones cuando el administrador consejero tiene constancia de que las cuentas anuales van a aprobarse de forma fraudulenta conllevarán su responsabilidad por

¹⁴¹⁹ Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales...”, cit. pág. 688.

omisión. El elemento del conocimiento de la posición de garantía que asume el administrador es determinante, porque es donde se marca la diferencia de la actuación que se le puede exigir y la responsabilidad que puede asumir. Por este motivo, al administrador se le exige que muestre su oposición firme a la aprobación del acuerdo correspondiente o que decline la firma del documento en cuestión, como es necesario en el caso de las cuentas anuales¹⁴²⁰. Entre estas medidas, se debe contemplar como una opción básica la impugnación del acuerdo¹⁴²¹, por lo que si no adopta todas las medidas a su alcance para evitar la realización del tipo, está incumpliendo el deber de garante; medidas que comprenden desde la oposición expresa hasta la adopción de medidas que pueden evitar el peligro al bien jurídico relativo a la transparencia y veracidad de la información y al posterior daño al patrimonio de los socios, no están actuando como un garante.

Como apunta Gimbernat, la vigilancia puede estar atribuida simultáneamente a varias personas, por lo que si no atienden a su deber, todas ellas son responsables en comisión por omisión de los resultados típicos producidos por el foco de peligro desestabilizado generado por una conducta imprudente o dolosa, lo que en términos del autor citado puede constituir “una yuxtaposición de responsabilidades”¹⁴²². Según la concepción de la omisión impropia descrita por Gimbernat: “*la abstención equivale desvalorativamente a un delito de acción cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de ese foco de permitido en ilícito o la no reconducción al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados*”¹⁴²³.

El consejero que conoce la realización de una conducta delictiva debe actuar para erradicarla¹⁴²⁴ y dicha actuación positiva en defensa del interés social trasciende del mero control o vigilancia y se adentra en la posición de garante como una extensión lógica del deber de lealtad. La misma actitud leal que obliga al administrador a renunciar a su propia actuación delictiva, por muchos intereses que puedan incitarle a acometerla, le obligan a

¹⁴²⁰ Bacigalupo, E. “El falseamiento de las cuentas anuales y el nuevo derecho mercantil contable”, cit. pág. 178.

¹⁴²¹ Fernández Teruelo, J.G., *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, cit. págs. 109 y 110.

¹⁴²² Gimbernat Ordeig, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana...”, cit. pág. 96. En relación con el asunto de la Colza la conclusión del autor es que el sujeto citado socio-administrador responde en comisión por omisión por tener a su cargo un foco de peligro, para que estos no se desestabilicen, rebasando el nivel del riesgo permitido, ni causen lesiones a bienes jurídicos.

¹⁴²³ Gimbernat Ordeig, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana...”, cit. pág. 96.

¹⁴²⁴ Gimbernat Ordeig, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana...”, cit. págs. 96-97. El autor se plantea la pregunta de si un directivo competente para la vigilancia de los “focos de peligro” responden en comisión por omisión por no haber evitado las consecuencias dañosas producidas por otro como *autor inmediato*.

actuar frente a los consejeros que como él forman parte del órgano gestor de la sociedad. La posición de garante entonces alcanza a su cargo de consejero, como alcanza al resto de consejeros. El consejero está obligado así a adoptar las medidas precisas para evitar que otro consejero incurra en actuaciones delictivas en el seno de la empresa¹⁴²⁵. Esto supone que la posición de garante del consejero alcanza a la protección del interés de la sociedad frente al resto de consejeros, de modo que si el consejero conoce que los otros dos consejeros que forman el consejo han preparado unas cuentas anuales que no responden a la imagen fiel de la sociedad, concurriendo los elementos del art. 290 CP, y las suscribe con su firma, dicho consejero está infringiendo su propio deber extrapenal de lealtad y su propio deber extrapenal de formular las cuentas anuales en la forma prescrita por la Ley. Si no se entendiera así la extensión del deber de lealtad y de los deberes extrapenales que asumen los administradores en el seno del Consejo de Administración, se darían situaciones paradójicas en las que empleados o clientes pudieran avisar a un consejero de la actitud fraudulenta de otro/s consejero en la confección de las cuentas anuales y el hecho de que se mantuviera inactivo y permitiera esta conducta fraudulenta tampoco podría considerarse una conducta comprendida en el tipo. Incluso podría llegar a recibir favores o beneficios por parte del otro consejero que actúa delictivamente y tampoco respondería penalmente. Se debe considerar por tanto que su inactividad supone el incumplimiento de su deber de protección del bien jurídico y la permisión de la puesta en peligro o daño del mismo.

La posición mantenida aquí referida debe venir reforzada por el propio dictado del tipo del delito societario como puede ser el comprendido en el art. 290 CP, puesto que si se admite en nuestro sistema penal la figura del administrador del hecho como sujeto que está investido de un deber de lealtad y se le hace responder por conductas atentatorias contra el bien jurídico, el administrador de derecho y miembro del Consejo de Administración que permite y contempla, pasivamente, una conducta delictiva en el seno del Consejo que atenta contra un bien jurídico a su cargo debe responder penalmente de forma más clara.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el consejero incumpla deberes de informarse, de asistir a las reuniones, de prepararlas y de asesorarse convenientemente, de forma que su desidia y dejadez le lleven a desconocer que está firmando unas cuentas anuales que no representan la imagen fiel, nos encontraremos con un supuesto de conducta negligente que, en su caso, podría conllevar responsabilidad societaria, pero nunca debería alcanzar a la responsabilidad penal, frontera que se ha clarificado con la aplicación debida

¹⁴²⁵ A favor de esta postura el Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482 referido anteriormente.

de la denominada *business judgment rule*. Por este motivo, lo expuesto supone compartir el sentido del voto particular de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482, aunque con algunos matices en cuanto a su fundamentación en lo que se refiere el autor a conceptos como “ordenado empresario”, diligencia debida, información suficiente, prudentes juicios, valores culturales y “valentía moral”, que según la tesis aquí sostenida no pueden llevar a fundamentar la responsabilidad penal por conductas de falsedad contable llevadas a cabo por administradores¹⁴²⁶.

En consecuencia, el planteamiento que se debe hacer es analizar en profundidad la conducta llevada a cabo por cada consejero y examinar su conocimiento de la situación delictiva y si su grado de inactividad ha traspasado de la mera falta de diligencia (falta de desconocimiento, de evaluación de riesgos, de evaluación de puesta en peligro del bien jurídico) y se ha adentrado en una verdadera deslealtad frente al interés social (permisión de una conducta delictiva, puesta en peligro y daño efectivo al bien jurídico). Esta evaluación solo se podrá hacer mediante el uso de la herramienta constituida por el conjunto de deberes extrapenales aplicables correctamente delimitados. El entendimiento de este tipo de casos debe por tanto plantearse desde un conocimiento correcto y certero del alcance de la lealtad, previamente desligado en un estadio anterior de la negligencia. Es claro entonces que la posición de garante termina allí donde no sea posible acreditar que el consejero ha conocido la situación típica y, por tanto, de forma negligente la ha permitido. Por este motivo, no se trataría como señala la sentencia de 11 de marzo de 2010 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de que “*el deber de vigilancia no se extiende a vigilar la actividad de los demás miembros del Consejo de Administración en la ejecución de las actividades propias del giro de la sociedad hasta el extremo de comprobar que no aprovechaban su cargo para cometer alguna acción delictiva*”, sino de su propio deber de lealtad con la sociedad que obliga a proteger en todo caso el interés social y a evitar toda conducta que pueda dañarlo.

Esta interpretación del alcance del deber extrapenal encaja de forma clara en el marco de la doctrina de los delitos de infracción de deber. De acuerdo con los parámetros dados respecto de cómo juega la figura del garante penal en el marco de estos delitos y en consonancia con las reglas de la autoría y participación se llega a la misma conclusión. El

¹⁴²⁶ En el Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482 referido anteriormente: “*Por lo pronto el art. 133 LSA responsabiliza a los administradores de los daños que causen por actos "realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo" (art 133.1 LSA). La diligencia debida, como es claro, solo se satisface cuando el obligado se informa suficientemente sobre la marcha de la sociedad y, sobre todo, de la legalidad de esa marcha*”.

administrador que ostenta la posición de garante penal, que le obliga a la protección del bien jurídico, si tiene conocimiento de que el mismo está en peligro ha de actuar en su defensa.

Del mismo modo, responde también como autor quien no actúa en defensa del bien jurídico sabiendo que está en riesgo. Ciertamente, la falta de impedimento del riesgo o daño del bien jurídico se representa como una omisión constitutiva de delito. Responde el administrador como autor desde su posición de *intraneus*.

Ambos responden como autores por el incumplimiento de sus propios deberes extrapenales, pues ambos llevan a cabo un comportamiento delictivo. Uno por acción y el otro por omisión.

En comentarios a la STS de reiterada mención, Silva Sánchez plantea toda la problemática desde el punto de vista del conocimiento¹⁴²⁷. Si conocían o no el resto de consejeros las prácticas delictivas. Si se demuestra que las conocían, desde una y otra perspectiva el principio de confianza hubiera sido suficiente para fundamentar la responsabilidad de los consejeros, pues este principio en su concepción tradicional deviene ineficaz ante la actuación defectuosa del otro consejero. El autor analiza el problema planteado desde la perspectiva de las relaciones horizontales, en el seno de las cuales el principio de confianza admite la primera interpretación por la que el que obra en su ámbito de organización puede presuponer que los demás también harán lo que les corresponde, lo que explica que no existe deber de vigilancia si no existen indicios de una actuación contraria a Derecho en los demás directivos situados al mismo nivel, en cuyo caso sí que existiría un deber de neutralizarla. Desde esta perspectiva, el principio de confianza no limita las posiciones de garantía, sino que supone una extensión de las mismas. La posición de garantía se amplía por el conocimiento sobrevenido del déficit organizativo de un sujeto situado al mismo nivel, que se representa como seguro, probable o posible y en función del que concurra se podrá apreciar una responsabilidad dolosa o imprudente¹⁴²⁸.

Silva Sánchez rechaza esta primera propuesta y acoge la visión de otro sector doctrinal que aplica el principio de confianza en el plano horizontal de forma más rígida. De esta forma considera que quien obra de modo conforme a Derecho en su propia esfera de competencia no tiene por qué neutralizar los efectos de la actuación deficiente de un tercero en la suya, aunque estén en un plano horizontal y el primero alcance el conocimiento de la

¹⁴²⁷ Silva Sánchez, J.M., “Deberes de los miembros...”, cit. pág. 1 y ss.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, pág. 1

deficiencia en el actuar del segundo. Se denomina entonces como principio de estricta competencia o de separación estricta de esferas. Por otro lado, considera que en las relaciones de jerarquía rige de forma contraria el principio de desconfianza, es decir, los superiores jerárquicos tienen el deber de lealtad sobre los subordinados, el deber de vigilar para conocer lo que hace el subordinado y el deber de evitar la actuación del subordinado, neutralizando sus conductas desviadas. Para el autor esta perspectiva tradicional no debe regir en todas las situaciones horizontales, pero que sí tendría su aplicación entre sujetos en los que los vínculos son más estrechos. En estos casos considera Silva Sánchez que los garantes tienen el deber propio y el deber de subsanar el incumplimiento del deber ajeno, como podría ser el Consejo de Administración, mientras que en relaciones de jerarquía o en las que rige el principio de separación de deberes no aplicaría¹⁴²⁹. El sujeto en el seno del Consejo de Administración asume el deber institucional, que preexiste y por el que el conocimiento del acto defectuoso ajeno permite la imputación de su infracción. Este deber no se trata de un deber de garante de vigilancia, de organizar el modo de adquirir el conocimiento sobre lo que hacen los demás. Concluye entonces Silva Sánchez que los miembros de un Consejo de Administración tienen deberes de garantía recíprocos, pero no de vigilancia recíproca de unos respecto de los otros. Estos deberes de garantía recíproca sí alcanzan a que si un consejero tiene conocimiento, incluso probable, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo capacidad para hacerlo, no lo evita¹⁴³⁰. La tesis desarrollada por Silva Sánchez relativa a los deberes de “garantía recíproca” resulta plenamente asumible y la tesis aquí defendida coincide en sus conclusiones esenciales con la misma, aun cuando se plantea desde otra perspectiva.

Lo expuesto permite afirmar que el Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482, llega a una conclusión correcta al establecer que los otros dos miembros del Consejo de Administración debían responder penalmente en su condición de garantes penales por la relevancia de sus conductas infractoras de deberes extrapenales, si bien la base de esta conclusión bajo mi criterio y de acuerdo con lo expuesto, no debería ser por la infracción del deber de diligencia de un ordenado empresario, sino que más allá de la negligencia por no vigilar, debía responder por la actuación desleal de mala fe en contra del interés social constitutiva de una infracción del deber extrapenal de lealtad, al conocer y permitir que el otro consejero realizara operaciones de distracción de dinero con fines particulares y en perjuicio de los intereses de la sociedad, socios y terceros. Existía un

¹⁴²⁹ *Ibid.*, pág. 4

¹⁴³⁰ Silva Sánchez, J.M., “Deberes de los miembros.....”, cit. pág. 5.

conflicto de intereses evidente entre los intereses del administrador que actuaba fraudulentamente y los intereses de la sociedad, que los otros dos consejeros conocieron y la permitieron con la consiguiente preeminencia de los intereses particulares frente a los intereses de la sociedad. En síntesis, la solución a la problemática planteada por la STS debía haberse inclinado al sentido del Voto Particular, como así se desprende de los fundamentos del mismo, de la tesis de los delitos de infracción de deber, que se sustentan en la posición de garante construida en torno al deber extrapenal de lealtad, de la tesis planteada por Gimbernat en torno a la “yuxtaposición de responsabilidades” o al concepto de “garantes secundarios”, así como de la tesis avalada por Silva Sánchez referida a los “garantes recíprocos”.

En suma y en lo que al tipo del art. 290 CP se refiere: todo sujeto administrador en posición de garante que, de forma pasiva y con conocimiento de la conducta delictiva de otro administrador de manipulación de las cuentas anuales y otros documentos societarios cubiertos por el referido tipo en el seno del órgano de administración, infrinja los deberes extrapenales de lealtad, transparencia, veracidad y de garante penal del bien jurídico protegido, omitiendo actuar en defensa del bien jurídico, responderá como autor.

VI.- ANÁLISIS DE LOS POSIBLES ARGUMENTOS PARA LA DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES

Los conceptos de licitud e ilicitud son únicos en todo el ordenamiento. Las leyes penales cumplen una función protectora, que coincide con otras normas que protegen intereses comunes a los instrumentos propios del Derecho Mercantil, pero *“en la medida en que pueda fundamentar la aplicación de una pena al que infrinja esa prohibición de forma culpable, es una norma penal y no un solo precepto con dos órdenes diferentes de consecuencias posibles, penales y no penales, por más que su contenido originario afectara en principio a las meras relaciones comerciales”*¹⁴³¹.

Es posible apreciar la atipicidad de la conducta, en los casos en que el hecho, siendo formal o aparentemente típico, no ofende al bien jurídico protegido. En los delitos de peligro abstracto, la producción de un peligro para personas o cosas se liga “a priori” a determinadas acciones que, por experiencia, se presumen por el legislador como desencadenantes de tales peligros. Pero la doctrina ha señalado que, aun siendo válido en

¹⁴³¹ Quintero Olivares, M., *Manual de Derecho Penal, Parte General...*cit. págs 107 y 108.

principio el sistema de presunciones en lo penal, no es admisible en cambio que estas se asuman como pruebas basadas en una presunción “*iuris et de iure*”, sin que quepa prueba alguna en contrario. En consecuencia, en los delitos de peligro abstracto, si se comprobara que en el caso concreto no ha habido peligro alguno para bienes o personas, sería procedente excluir la aplicación del tipo¹⁴³².

Es posible que los administradores queden exonerados de toda responsabilidad a través de la demostración de que han **cumplido los deberes atribuidos** por la normativa societaria y las recomendaciones de buen gobierno corporativo, y se han aplicado las oportunas instrucciones y medios de control sobre aquellos que debían proceder a la elaboración material de las cuentas anuales. Este argumento es obvio y si se constata que ha existido dicho cumplimiento la acción no podrá prosperar.

La responsabilidad de los administradores no quedará exonerada por la **intervención de la junta general por la que adopta el acuerdo**, lo autoriza con carácter previo o lo ratifica. La Ley atribuye a los administradores un ámbito de competencia individualizado, propio y objetivo para la gestión y representación de la sociedad, ajeno al de la junta de socios. Los administradores ejercen sus funciones directamente y asumen su responsabilidad sin intervención alguna de la Junta¹⁴³³.

Los administradores que han sido cesados, sin que se haya inscrito el cese en el Registro, pueden eludir la responsabilidad en relación con los actos perjudiciales posteriores al cese¹⁴³⁴.

En aquellos supuestos que se ha producido una delegación en un consejero delegado o una comisión ejecutiva se puede alegar que no les ha sido trasladada información suficiente al consejo en pleno, o que se han ocultado acuerdos o decisiones en la periódica rendición de cuentas. Esta circunstancia puede constituir una defensa relevante para la exoneración del resto de consejeros por **no intervención y desconocimiento**. En general, dentro de este contexto societario, son difícilmente asumibles las alegaciones que con carácter general realizan los administradores de desconocimiento de los hechos debido a la envergadura de la empresa, la complejidad del negocio, y el propio desconocimiento de lo realizado por otros miembros del Consejo¹⁴³⁵.

¹⁴³² *Ibid.*, pág. 277.

¹⁴³³ Quijano, J., Comentario al artículo 236 de la LSC....cit. pág. 1699.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, pág. 1694.

¹⁴³⁵ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas*....cit. pág. 33. La SAN de 31

El administrador no puede alegar que ha actuado en **cumplimiento de órdenes u obediencia debida**. En general, no existe en los delitos societarios una causa de justificación a modo de “obediencia debida”. El administrador no puede desvincularse ilícitamente de su deber de garante alegando que ha seguido órdenes de los superiores jerárquicos¹⁴³⁶.

En la medida que este delito tiene un bien jurídico de carácter supraindividual, el **consentimiento** no tendrá ninguna validez¹⁴³⁷.

El administrador puede conocer la existencia del acuerdo y su ilicitud y adoptar **medidas adicionales** como hacer todo lo que está a su alcance para evitar el daño, en la medida de sus posibilidades reales de actuación y capacidades. Entre las acciones que puede acometer el administrador se encuentran la advertencia de los riesgos que conlleva el acuerdo; la solicitud de nuevos informes; la solicitud de una nueva reunión del consejo para que se reconsidere el acuerdo aún no ejecutado; la solicitud de intervención del consejo si se trata de un acuerdo de la comisión ejecutiva o de una decisión del consejero delegado, la interposición de una denuncia; y la impugnación del acuerdo en los términos del art. 251 LSC, solicitando además su suspensión¹⁴³⁸.

Una tesis puede ser la de entender que si la normativa mercantil no exige la impugnación del acuerdo por parte del administrador, en el orden penal no se le puede exigir proceder a dicha impugnación para eludir su responsabilidad. Así, se puede apreciar cómo la doctrina ha venido debatiendo sobre este aspecto relativo al alcance de los deberes de los administradores en relación con otros administradores en el marco del Consejo de Administración. En este sentido, se han desarrollado planteamientos que asumen que un consejero sí tiene que actuar frente a una actuación delictiva de otro miembro del Consejo¹⁴³⁹, mientras que otros han defendido que no pueden tener el deber de actuar¹⁴⁴⁰.

de marzo de 2000 enfatiza la importancia de determinar la responsabilidad individual de cada uno de los que intervinieron en los hechos: “*Pero el delito imputado es, en cualquier caso, y como hemos declarado, un delito doloso....La responsabilidad penal es una responsabilidad individual y no puede responderse por un hecho ajeno....*”.

¹⁴³⁶ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas....*cit. pág. 46

¹⁴³⁷ Tiedemann, K., *Manual de Derecho Penal Económico....*cit. págs. 159-160. Expone el autor un caso del Tribunal Supremo Federal del que se desprende “*la invalidez del consentimiento cuando la extracción ataque al capital original de la sociedad o pusiera en peligro la existencia o liquidez de la misma. Es decir, cuando ataque los principios de un negociante ordenado, especialmente en caso de ocultar bienes mediante una contabilidad incorrecta*”. La conclusión es que el consentimiento no hace desaparecer la infracción del deber referido a la manipulación de los balances”.

¹⁴³⁸ Quijano, J., Comentario al artículo 237 de la LSC....cit. pág. 1706.

¹⁴³⁹ Voto Particular a la STS de fecha 11 de marzo de 2010, RJ/2010/4482 (Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo). Jaén Vallejo, M., “Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un Consejo de Administración: ¿Debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS núm. 234/2010 de 11-3)”, en Cuadernos de Política Criminal, número 102, III, Época II,

De acuerdo con la tesis que se ha descrito anteriormente respecto a la extensión del deber extrapenal de lealtad que se proyecta en los concretos deberes asumidos por los administradores en la gestión de la entidad, entiendo que si se demuestra que el administrador conoce que se está llevando a cabo una conducta delictiva por parte de otro u otros administradores y no lleva a cabo ninguna de las acciones que la normativa mercantil provee en defensa de la sociedad, sin justificación plausible que explique la falta de actuación en defensa del bien jurídico, se debe considerar como un claro indicio de una conducta desleal potencialmente delictiva.

La oposición expresa mediante el voto en contra al acuerdo lesivo también permite exonerar la responsabilidad. No es suficiente otra actitud en la votación (ni la abstención o el voto en blanco, ni, por supuesto, el voto a favor acompañado de advertencias). Se debe hacer constar en acta o acreditarlo mediante confesión escrita fuera del acta, con la firma de quienes tienen el poder de documentación que, según el art. 250 LSC, son el presidente y el secretario del consejo¹⁴⁴¹. En todo caso, el administrador que se opone y no suscribe las cuentas debe hacer lo conveniente para evitar el eventual daño, oponerse a cualquier actuación eventualmente dañosa del órgano e, indicando los motivos por los que adopta dicha posición. No basta la negativa u oposición a la firma de las cuentas, sino que la diligencia exigible al administrador reside precisamente en su obligación de expresar en el propio texto de las cuentas los motivos por los que adopta esa postura, ya que la negativa injustificada no exime de responsabilidad. El incumplimiento de este deber constituye un acto antijurídico que puede conllevar responsabilidad penal, administrativa, tributaria, civil y concursal.

La confección de la contabilidad puede ser objeto de **delegación en personas autorizadas**, pero el administrador en todo momento es responsable. La delegación no es factible en el supuesto de la formulación y presentación de las cuentas anuales¹⁴⁴², por lo que no es asumible alegar este hecho en descargo de la responsabilidad penal del administrador. En caso de otros documentos societarios que deben emitir los administradores, no existe la

diciembre 2010, págs. 247-253. Robles Planas, R., “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, cit. pág. 400. Afirma el autor que si adquieren conocimiento de la actuación delictiva de otros consejeros no concurrirá un espacio de neutralidad. En definitiva, son garantes.

¹⁴⁴⁰ Silva Sánchez, J.M^a “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración”, *Indret Penal 2* (2011), pág. 5. El conocimiento adquirido carece de trascendencia en tanto el riesgo aún puede (y debe) ser neutralizado por quien asumió la función. Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 69. Menciona que se descarta la existencia de una específica responsabilidad por culpa in eligendo o in vigilando, como cabría en el ámbito civil.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, pág. 1707.

¹⁴⁴² Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”...cit. pág. 63.

prohibición de delegación referida a las cuentas anuales, pero en todo caso el administrador que debe firmarlos asume la responsabilidad por el contenido de los mismos.

VII.- CONCLUSIÓN

De acuerdo con el objeto del presente trabajo, que se circunscribe a la posible responsabilidad de los administradores de compañías mercantiles por el incumplimiento de deberes que se atribuyen a dichos administradores por determinadas normas extrapenales en relación con las cuentas anuales y otra documentación societaria de relevancia jurídica y económica, se puede extraer que el tipo contenido en el art. 290 CP es un delito de infracción de deber.

En consecuencia, en sede de autoría se puede afirmar que la conducta delictiva contenida en dicho tipo puede ser cometida a través de autoría directa o inmediata, si el administrador de derecho o de hecho infringe el deber extrapenal de lealtad en conjunción con el deber específico de formular unas cuentas anuales con respeto del principio de imagen fiel y otros documentos societarios de trascendencia jurídica y económica. Tanto el administrador de hecho como el administrador de derecho podrán incurrir en responsabilidad penal a título de autores inmediatos por la infracción del deber extrapenal de lealtad en conjunción con el deber de emitir documentos societarios con trascendencia jurídica. En la misma línea, se puede atribuir la responsabilidad penal a título de autoría mediata a los administradores, por infringir respectivamente los deberes extrapenales como sujetos obligados que utilizan a otros sujetos para alcanzar el fin de formular unas cuentas anuales que no representan la imagen fiel de la sociedad. Finalmente, los administradores pueden responder como coautores cuando infrinjan de común acuerdo el deber extrapenal de lealtad, en conjunción con los relativos a la documentación societaria, según el tipo de administrador respectivamente y siempre que dicha infracción suponga una realización conjunta de la conducta delictiva.

En el desarrollo de las tesis de Roxin relativa a los delitos de infracción de deber diferenciada de los delitos de dominio, se ha hecho mención a las reglas aplicables para determinar cuándo el sujeto obligado debe responder a título de partícipe. Por consiguiente, en el siguiente apartado se procederá a realizar una síntesis sobre las cuestiones relativas a la participación enfocadas en el delito de manipulación de las cuentas anuales, de acuerdo con su naturaleza de delito de infracción de deber.

CAPÍTULO IX

ANÁLISIS DE CUESTIONES RELATIVAS A LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

I.- INTRODUCCIÓN. CONCEPTO GENERAL Y FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN

Dentro del ámbito de la empresa en el que desarrollan sus funciones los administradores mercantiles y en particular, en relación con la confección de las cuentas anuales, se puede entender cómo es factible que diferentes sujetos que intervienen en el proceso de elaboración de las cuentas anuales incurran en conductas fraudulentas, sin que se pueda afirmar que todos ellos asumen la misma responsabilidad y, por tanto, que tengan la consideración de autores. Como afirma Antón Oneca: “*la tendencia humana a la asociación se manifiesta también en el delito*”¹⁴⁴⁶. Es decir, se trata de analizar las diferentes intervenciones de acuerdo con la estructura del tipo del art. 290 CP calificado como delito de infracción de deber y delimitar si los sujetos intervienen a título de autores o de partícipes. En el Código Penal Español se comprenden dos preceptos relativos a la participación y en el mismo se contemplan tres diferentes formas de participación: la inducción, regulada en el art. 28.2.a); la cooperación necesaria, que se recoge en el apartado 2.b del art. 28; y la complicidad, que se rige por lo dispuesto en el art. 29. No obstante, ninguno de estos preceptos contiene una definición de participación y la doctrina ha venido construyendo la categoría sobre diversos criterios que integran la colaboración en el hecho ejecutado por el autor principal¹⁴⁴⁷. Si en el apartado anterior se delimitó el concepto de autoría y se apuntaron las teorías generales desarrolladas en torno a la estructura del delito que se proyectan de forma automática en la autoría, en este apartado se concretarán los criterios determinantes sobre los que se constituye la participación. De acuerdo con lo

¹⁴⁴⁶ Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, cit. pág. 453.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, pág. 454.

dispuesto en los arts. 28 y 29 del CP, los partícipes no son autores y no realizan el hecho, a diferencia del autor individual¹⁴⁴⁸.

La participación en sentido estricto se contrapone a la autoría y ello tiene una serie de implicaciones determinantes, como el que el partícipe se sitúe en una posición secundaria respecto del autor¹⁴⁴⁹ y que el desvalor de su intervención proceda del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo¹⁴⁵⁰. Las conductas del partícipe solo cobran relevancia cuando se ponen en relación con los autores estrictos¹⁴⁵¹ porque el mismo no cumple los requisitos del tipo y frente a él son indiferentes los elementos personalísimos del tipo que solo deben concurrir en el autor principal¹⁴⁵². La participación se articula como una causa de extensión de la pena a comportamientos que, sin estos preceptos ubicados en la parte general del código relativos a la participación, quedarían impunes.

La doctrina mayoritaria en España y Alemania ha reconocido que el fundamento del injusto de la autoría y de la participación no podía ser el mismo, por lo que, partiendo del entendimiento del concepto restrictivo de autor, como aquel que realiza los tipos de injusto de la Parte Especial y del partícipe como una extensión de la punibilidad¹⁴⁵³, se ha abierto un debate muy extenso sobre el fundamento del injusto de la participación, en el que se plantea si la participación deriva del injusto del autor o no. De acuerdo con lo anterior, el objetivo planteado ha sido establecer la relación que vincula la conducta de los partícipes (inductores y cooperadores) con la acción del autor¹⁴⁵⁴ para determinar el criterio por el que se explica la extensión del castigo al partícipe, principalmente, en supuestos en los que se

¹⁴⁴⁸ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*...cit. pág. 396.

¹⁴⁴⁹ Von Beling, E., *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 106. Para este autor las formas de participación son “*acciones preparatorias, secundarias y accesorias de la acción principal. El legislador los hace “autores en sentido lato” y subdivide entre “autoría propiamente dicha” y “coparticipación”*”. Rodríguez Devesa, J.M^a y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, edit. Dykinson, Madrid, 1994. Con cita a Beling, explican estos autores la participación como tomar parte en el acto de otro que es autor y que realiza una conducta básica que Beling denomina como núcleo del delito y otras periféricas que accedan a la principal. Octavio de Toledo y Urieto, E., “La autoría conforme al Código Penal”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, (coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats), edit. Aranzadi, 2001, pág. 575. Los partícipes realizan tipos accesorios o referidos a la autoría.

¹⁴⁵⁰ Von Beling, E., *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 107

¹⁴⁵¹ Octavio de Toledo y Urieto, E., “La autoría conforme al Código Penal”, cit. pág. 580.

¹⁴⁵² Von Beling, E., *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 110. Considera así el autor punible a título de instigador al que no siendo empleado determina a un empleado a un acto de corrupción, como participación en un delito especial.

¹⁴⁵³ Robles Planas, R., *La participación en el delito*.....cit. pág. 118.

¹⁴⁵⁴ Miró Linares, F., “Derecho Penal económico-empresarial...”, cit. pág. 285. La participación del *extraneus* en los delitos especiales tiene que ver con el alcance del principio de accesoriedad. Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*...cit. pág. 17.

aleja la intervención del partícipe. Han existido diversas teorías tradicionales que fundamentan el injusto de la participación¹⁴⁵⁵.

Las teorías que apelaban al ataque de un bien distinto que el del autor, que actualmente están completamente descartadas. La teoría de la corrupción o de la culpabilidad, en virtud de la cual partícipe es todo interviniente que no puede ser autor, bien porque su realización organizativa solo entraña una aportación atenuada al delito, al faltar el dominio del hecho, bien porque le faltan requisitos de la autoría específicos del delito¹⁴⁵⁶.

En sentido opuesto, se plantean diversas teorías en las que se independiza el injusto de la participación del de la autoría, de forma que el partícipe puede ser responsable con independencia del hecho del autor¹⁴⁵⁷. En su forma más extrema se desarrolla la teoría pura de la causación al margen del principio de accesoriedad formulada por Lüderssen, en virtud de la cual se defiende que no es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino la causación mediata del resultado del hecho del autor. Esta teoría sostiene por tanto el carácter autónomo del partícipe, al que se le imputa su propio ataque indirecto o mediato al bien jurídico. Se hablaba así de delitos de partícipe y no de participación en el delito, porque se consideraban como delitos autónomos, portadores de su propio contenido de injusto, en los que no era relevante que el autor obre o no culpablemente, sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe que actúa culpablemente¹⁴⁵⁸. Roxin explica que esta teoría no es aplicable ni en los delitos de dominio ni en los de infracción de deber, y en relación con estos últimos en particular considera que no llega a conclusiones lógicas respecto de la posible participación del *extraneus* que no puede cumplir el tipo por falta de cualificación del autor¹⁴⁵⁹.

La teoría de la participación en el injusto también parte de la independencia del injusto del partícipe respecto del autor, pero al contrario de la teoría pura de causación

¹⁴⁵⁵ Robles Planas, R., *La participación en el delito*.....cit. pág. 120 y ss.

¹⁴⁵⁶ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 794. El fundamento de la responsabilidad de la participación puede derivarse del de la autoría, de forma que la participación es una "autoría menguada". Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 397. El partícipe se merece el castigo "por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo".

¹⁴⁵⁷ Stratenweth, G., *Derecho Penal, Parte General*. El hecho punible, 4ª edic., edit. Hammurabi, 2005, pág. 413. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, págs. 208-209. Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 795.

¹⁴⁵⁸ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 397. Apunta Mir Puig que es la teoría dominante en Alemania y que es la más adecuada al Derecho positivo, doctrina (fórmula de la accesoriedad limitada, por la que basta el hecho antijurídico del autor) y jurisprudencia españolas.

¹⁴⁵⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. pág. 209.

considera que el partícipe implica o involucra al autor en la culpabilidad¹⁴⁶⁰. Esta teoría denominada como *teoría de la participación en la culpabilidad* sitúa el fundamento de la participación en que el partícipe posibilita el injusto del autor, de forma que el hecho ajeno es el resultado de la acción de participación. El partícipe se limita a contribuir o favorecer el ataque que realiza el autor principal¹⁴⁶¹ y así el injusto del autor es el resultado del comportamiento del partícipe. El bien atacado en el delito del autor importa solo mediata, indirectamente¹⁴⁶².

La teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico defendida por Roxin, y cuyo origen se encuentra en Stratenwerth, aboga por que la participación se define a través del injusto del hecho principal en parte, es accesorio porque el injusto doloso que realiza el autor se imputa también al partícipe que colabora, pero de forma paralela es parcialmente independiente y autónomo porque el partícipe realiza un ataque propio al bien jurídico. Roxin califica su teoría como mixta en la medida en que fundamenta el injusto de la participación en parte desde la imputación del injusto del autor (accesoriamente) y en parte a partir de un elemento independiente como es el ataque al bien jurídico¹⁴⁶³.

Como explica Peñaranda Ramos¹⁴⁶⁴, Jakobs desarrolla otra vertiente de esta teoría denominada de participación del injusto referida al resultado, en la que también se centra en la complejidad de los delitos especiales y, en particular, por los delitos de infracción de deber, en los que se puede entender la relevancia desde el punto de vista material de que

¹⁴⁶⁰ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 210-211. Como apunta Roxin esta teoría fue fundada por Trechsel y seguida por autores como Keller.

¹⁴⁶¹ Zugaldía., *Derecho Penal. Parte General...*cit. pág. 728, la denomina como teoría de favorecimiento en sentido estricto. La de nominación apuntada se atribuye a Jakobs”.

¹⁴⁶² Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General...*cit. pág. 795. Stratenwerth, G., *Derecho Penal, Parte General. El hecho punible*, 4ª edic., edit. Hammurabi, 2005, pág. 414.

¹⁴⁶³ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, págs. 207-208. Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 329 y 330. Explica el autor que esta teoría ha tenido eco en nuestra doctrina, Ruiz Antón y Cobo-Vives. Zugaldía *Derecho Penal. Parte, General...*cit. pág. 729. Cita el autor a Roxin en apoyo de su tesis. Solo existe la participación en tanto que el partícipe lesione un bien jurídico que también esté protegido frente a él. Es, por tanto, un concepto secundario y subordinado a la autoría, aunque no solo deducido de este. Stratenwerth, G., *Derecho Penal, Parte General. El hecho punible*, 4ª edic., edit. Hammurabi, 2005, pág. 415. Explica el autor esta teoría en los siguientes términos: “*el contenido de ilícito de la participación se determina primariamente por el ilícito del hecho al que ella presta*”.

¹⁴⁶⁴ Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad* cit. págs. 330 y 333. En relación precisamente con esta teoría y general con toda la discusión planteada por la doctrina alemana en torno al fundamento material de la pena, el autor explica que la misma está viciada desde un inicio por un malentendido porque, en palabras de Jakobs, el partícipe no contraviene nunca la prohibición de la realización del tipo, tal como está descrito en la Parte Especial, sino tan solo la prohibición ampliada por las reglas de la accesoriedad.

exista un hecho principal con las cualificaciones del autor para que exista también el injusto del partícipe *extraneus*.

Otra teoría que se ha desarrollado es la relativa a la aplicación de la teoría de las normas en sus diferentes vertientes. En una primera línea se diferencia entre autoría y participación, según las distintas normas de conducta que abarcan estas formas de intervención, sin utilizar el criterio del dominio del hecho. En otro sentido, se defiende que autoría y participación constituyen diversas formas de conducta que llegan a lesionar el bien jurídico por diferentes caminos, de manera que también están prohibidas por diferentes normas de conducta. Una tercera postura es la que considera que autoría y participación son dos formas distintas de conducta abarcadas por distintas normas de conducta y que, a su vez, inducción y complicidad lesionan normas de conducta diferentes. Lo característico de la participación es el incremento del riesgo para la lesión de un bien jurídico¹⁴⁶⁵.

La teoría que fundamenta el castigo de la participación en la solidarización con el injusto ajeno planteada por Schunemann, parte de la autonomía por principio del injusto del partícipe, pero justifica que el partícipe se solidariza con el injusto del autor mediante su contribución dolosa, con lo que se pone en común con el hecho ajeno¹⁴⁶⁶.

La opinión dominante en la doctrina alemana rechaza todas las teorías que promueven la independencia del injusto de la participación y hacen depender a través de la teoría de la causación orientada a la accesoriedad su fundamento del hecho principal, de forma que explican la participación como una derivación de la causación de la conducta del autor, por el que el injusto doloso ajeno se transfiere al partícipe. Se concibe así la participación como una causación mediata, por la que el resultado típico se realiza a través del autor¹⁴⁶⁷. En España, es también mayoritaria esta teoría.

De acuerdo con dicha concepción mayoritaria, se entrará a continuación a valorar cómo se construye la denominada accesoriedad en los delitos de infracción de deber.

¹⁴⁶⁵ Robles Planas, R., *La participación en el delito*.....cit. pág. 123 y ss.

¹⁴⁶⁶ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, págs. 212-213.

¹⁴⁶⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, págs. 213-215. En la opinión dominante de la doctrina se comprenden Jescheck, Mauräch y Gössel.

II.- LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

La participación presupone “el hecho” del autor intentado o consumado, pero se cuestiona las características o alcance que deba tener dicho “hecho”¹⁴⁶⁸. Si la participación solo es posible cuando concurre realmente un hecho principal cometido por un autor, se comprende que la construcción de la participación es secundaria o accesoria al hecho que constituye la autoría¹⁴⁶⁹. Desde esta perspectiva de accesoriidad, la intervención del partícipe se puede denominar como adhesión no autónoma¹⁴⁷⁰. De estas premisas surge el denominado principio de accesoriidad como eje de la teoría de la participación, en la medida en que la intervención participativa implica *de facto* el tomar parte de un hecho ajeno realizado por el autor. Parte de la doctrina ha postulado la exclusión de la accesoriidad de acuerdo con un sistema unitario de autor propio de los modelos italiano y austriaco en los que se igualan todas las aportaciones al delito, pero en España este planteamiento no ha tenido ninguna aceptación ni en la doctrina ni en la jurisprudencia y como señala Peñaranda Ramos, este concepto resulta incompatible con el principio de tipicidad¹⁴⁷¹.

Se han propuesto diversos criterios para delimitar la accesoriidad desde el análisis de circunstancias de diversa naturaleza¹⁴⁷². La accesoriidad cuantitativa o externa, referida a las fases o grado de realización del hecho delictivo, de modo que si el hecho principal se ha realizado totalmente, el partícipe responderá por su participación en un delito consumado y, si solo se ha realizado parcialmente, responderá por su participación en un delito intentado. El límite mínimo de la punibilidad es el principio de la ejecución del hecho ajeno¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁸ Un estudio detallado sobre el alcance de la accesoriidad como dependencia absoluta o relativa lo hace el Profesor Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*...cit. págs. 237-357.

¹⁴⁶⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Thomson-Reuters, Civitas, 2014, pág. 207.

¹⁴⁷⁰ Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”...cit. pág. 68. Esta adhesión significa “*que el partícipe contribuye al incremento del riesgo mediante su iniciativa o su actividad de fomento...*”

¹⁴⁷¹ Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, edit....., 1991, págs. 257 y ss. y en particular, pág. 327. Zugaldía, *Derecho Penal. Parte General*...cit. págs. 730 y ss. Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*...cit. pág. 139.

¹⁴⁷² Zugaldía, *Derecho Penal. Parte General*...cit. págs. 730 y ss.

¹⁴⁷³ Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*...cit. pág. 4. En el concepto restrictivo se fundamentaba el principio de accesoriidad. La punición del partícipe depende de que el autor llegue a comenzar la ejecución típica (accesoriidad cuantitativa). Peñaranda Ramos, *La participación en el delito*, cit. pág. 327. Recoge el autor que: “*Por tanto, puede que el desvalor de la conducta del autor vaya unido el desvalor de una serie de conductas que hayan facilitado, favorecido o motivado su actuación. En este ámbito es donde debe ser ubicada la problemática de la “prohibición de regreso” como intento de buscar una limitación normativa a esa forma de responsabilidad penal accesoria*”.

Por otro lado, se aplica el criterio de la accesoriadad cualitativa o interna, que se refiere a las características de la figura central del hecho del autor para justificar la punibilidad del partícipe. El criterio de la accesoriadad mínima, que se limita a la tipicidad del hecho ajeno, aunque esté justificado; el de la accesoriadad limitada, que se refiere a la antijuricidad de hecho ajeno; y, el de la accesoriadad máxima, que alcanza a la culpabilidad del autor y la hiperaccesoriadad referida a la punibilidad del delito.

En Alemania, Roxin ha considerado que el principio correcto es el de accesoriadad limitada porque: *“vincula por un lado la pena de la participación, de modo conforme al Estado de Derecho, a la existencia de injusto típico del autor y evita así un desbordamiento o extensión excesiva de la punibilidad de participación que es inevitable si se renuncia a la accesoriadad. Pero por otro lado colma también lagunas de punibilidad incomprensibles que traería consigo al aferrarse a la accesoriadad extrema”*¹⁴⁷⁴.

En España, al igual que en Alemania, doctrina y jurisprudencia han adoptado el criterio de la accesoriadad limitada, según el cual el partícipe será responsable cuando haya intervenido en un hecho típico y antijurídico del autor, sin necesidad de que sea culpable, puesto que la culpabilidad se determina individualmente para cada uno¹⁴⁷⁵. Este principio de accesoriadad limitada es determinante de la teoría de la participación, si bien existen corrientes doctrinales que lo han recogido con diverso fundamento. Como interpretación más plausible de la aplicación de este principio se encuentra el que el art. 28 CP emplea la palabra “hecho” como presupuesto de las formas de participación, y los arts. 19 y 20.1 y 2 CP que no requieren la imputación personal al autor. Se puede deducir así que el principio de accesoriadad cumple una función de garantía que se proyecta en diferentes direcciones respecto de la punibilidad de los partícipes, ya que la accesoriadad define estrictamente el ámbito de lo punible al remarcar que la participación depende del hecho ajeno realizado por el autor, pero también que esta dependencia es relativa y llega hasta un cierto límite, que

¹⁴⁷⁴ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*...cit. pág. 216. Para el autor el principio de accesoriadad limitada tiene verdadera relevancia práctica en relación con los delitos de infracción de deber, delitos especiales, en los que está excluida la autoría mediata de un extraneus, y con los delitos de propia mano. Stratenwerth, G., *Derecho Penal Parte General I*...cit. pág. 412. Apunta este autor que el partícipe se caracteriza negativamente por el hecho de que no ejecuta la acción típica, no comete el delito. Las normas sobre participación configuran una ampliación de la punibilidad a formas de conducta que sino quedarían impunes, lo que implica que no pueden ser incluidas otras variedades de concurso de personas en un hecho punible que las mencionadas expresamente por la ley (numerus clausus).

¹⁴⁷⁵ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, pág. 204. Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, edit., 1991, pág. 337.

viene constituido por el comienzo de la ejecución por el autor de un hecho antijurídico, sin que se requiera que sea a su vez culpable¹⁴⁷⁶.

Lo expuesto indica que en el Código Penal español vigente se adopta un concepto restrictivo de autor y no se regula de forma expresa la accesoriedad, por lo que los contornos precisos de este concepto se deben deducir de la estructura normativa de las reglas sobre la participación como “reglas de extensión de la responsabilidad criminal”¹⁴⁷⁷. Se rechazan por tanto las tesis que defienden un concepto extensivo de autor y que se refieren a criterios de contribución causal al resultado¹⁴⁷⁸.

En la actualidad existen otras opiniones doctrinales por las cuales se entiende que se debe considerar que la autoría y la participación van más allá de la teoría del tipo, y requieren adentrarse en una teoría de la imputación. Dentro de la doctrina alemana, Jakobs explica que en la participación, al igual que en la coautoría, se consideran globalmente las aportaciones de todas las personas en un suceso delictivo que recorre unitariamente los estadios de la preparación y de la tentativa¹⁴⁷⁹. El grado que alcance el suceso delictivo en su conjunto determinará también el grado por el que ha de responder el interviniente, con independencia de que el mismo haya realizado enteramente su aportación. Todas las aportaciones se tratan conforme al progreso cuantitativo del hecho en su conjunto, como si un autor ejecutara todo.

En la misma línea, Lesch (discípulo de Jakobs) descarta las teorías relativas al citado concepto restrictivo como formas de intervención en el delito, y defiende que este concepto restrictivo de autor debe sustituirse por una teoría de la imputación de carácter restrictivo, que abarque el campo completo de la intervención en casos de división de trabajo¹⁴⁸⁰. La diferenciación entre las distintas formas de intervención en el delito debería

¹⁴⁷⁶ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 398. Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*....cit. pág. 9. El principio de accesoriedad limita la intervención del Derecho penal. Según el autor, al partícipe se le imputa su propio hecho, de forma que los tipos de participación recogen la descripción de una conducta típica y no una relación causal. Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, edit....., 1991, pág. 326. Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*....cit. pág. 138. Octavio de Toledo y Urieto, E., “La autoría conforme al Código Penal”, cit. pág. 577.

¹⁴⁷⁷ Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, cit. pág. 467. De acuerdo con un concepto restrictivo de autor, la participación son causas de extensión de la pena. Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, edit....., 1991, pág. 326. Rodríguez Devesa, J.M^a y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, cit. pág. 796. De acuerdo con estos autores, se ha de rechazar el concepto causal y extensivo de autor y considerar de acuerdo con el elemento de autor restrictivo, que el castigo de los partícipes es como una causa de extensión de la pena.

¹⁴⁷⁸ Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, cit. pág. 468.

¹⁴⁷⁹ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 803.

¹⁴⁸⁰ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*...cit. págs. 48-49.

atender, según este autor, a criterios cuantitativos, de modo que el fundamento de la responsabilidad sería idéntico para todos los intervinientes, pero las cuotas de responsabilidad serían distintas y llevarían aparejadas distintas penas. En consecuencia, el esquema que se debería seguir sería primero preguntar en general quién debe responder, a quién le corresponde la ejecución y, posteriormente, debería determinarse en virtud de qué responde cada componente. Los cimientos de esta tesis se construyen sobre la base de que los tipos no describen, en principio, al autor, sino que simplemente fijan en qué consiste una perturbación social (hecho penal), que también puede ser realizado por varios intervinientes y, por ello, concluyen que la autoría y participación se encuentran más allá de la teoría del tipo¹⁴⁸¹.

Dentro de la doctrina española, Robles Planas ha defendido que el injusto del partícipe debe ser entendido de forma autónoma, no derivada¹⁴⁸², de tal forma que en la medida en que la intervención puede tener lugar antes del inicio de la realización del tipo, el injusto del partícipe no puede definirse sin considerar el tipo de la parte especial, para así evitar sacrificar la perspectiva del hecho¹⁴⁸³. Si en un mismo hecho delictivo concurren las aportaciones de varios sujetos, el hecho se objetiva y cobra sentido independiente de cada uno de los sujetos, de modo que entonces surge la posibilidad de intervenir en él. De esta forma, para este autor, no es posible apreciar una intervención si el hecho se identifica absolutamente con la conducta del autor por haber infringido el deber directamente derivado de la prohibición típica. Posteriormente, la distinción entre autoría y participación se articulará a través de una operación que tiene dos pasos. En el primero, la fundamentación de la responsabilidad de un determinado círculo de sujetos por un mismo hecho delictivo (criterios de imputación objetiva de la conducta o como denomina el autor teoría de la conducta típica de intervención). En el segundo, se discutirá cuál es el título de responsabilidad que le corresponde a cada uno (delimitación entre autores o partícipes a través de la teoría de la autoría y participación en sentido estricto)¹⁴⁸⁴. El castigo de la participación debe ser muy restrictivo, tan solo cuando se realiza una conducta inequívoca de adaptación al hecho que va a ser cometido podrá hablarse de complicidad. Los casos más habituales de cooperación son aquellos en los que el sujeto adapta su conducta para hacerla

¹⁴⁸¹ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*.....cit. pág. 66. Como explica este autor, autoría y participación no muestran algo parecido a dos formas diferentes de imputación ya desde un principio, sino la correspondiente cuota de responsabilidad como momento de la imputación: "Se trata de consideraciones de concreción de la pena que están integradas en la imputación y tipificadas en las diferentes formas de intervención, las cuales se orientan respectivamente según el quantum de esta".

¹⁴⁸² Robles Planas, R., *La participación en el delito*.....cit. págs. 167-172. El autor realiza un análisis de la accesoriadad en el marco del Código Penal español para confirmar su tesis.

¹⁴⁸³ Robles Planas, R., *La participación en el delito*.....cit. pág. 137.

¹⁴⁸⁴ Robles Planas, R., *Garantes y cómplices*.....cit. págs. 21-23.

encajar en un hecho simultáneo o posterior¹⁴⁸⁵. La distinción entre autoría y participación afecta a la forma en que deben ser sancionadas las conductas penalmente típicas, de forma que se aplicará una pena atenuada al partícipe respecto del autor¹⁴⁸⁶. Como señala el autor, de acuerdo con esta tesis, los grados de contribución al hecho no se determinarán en función de criterios precisos, sino que dependerá de la influencia de cada interviniente en aspectos normativamente relevantes como la realización directa del tipo, la definición del las características del hecho o la decisión sobre la producción del delito¹⁴⁸⁷. Estas consideraciones inducen a pensar que no existen parámetros ciertos que puedan llevar a determinar el alcance de cada contribución, de modo que no se ven claros criterios o soluciones prácticas a lo que aporta esta tesis.

Lo cierto es que las posturas mantenidas por estos autores, en definitiva, defienden un concepto unitario de autor, en el que todos los intervinientes se sitúan en una misma posición y tienen un tratamiento igual de partida dentro de cada uno de los tipos penales, pero de alguna forma llegan a la misma tesitura de tener que calibrar a través de “criterios cuantitativos” las diferentes aportaciones, que en definitiva plantean un escenario más abstracto en el que es difícil diferenciar las responsabilidades, por lo que no se acierta a apreciar las ventajas que llevan a asumir estos planteamientos.

Asumida la posición de la doctrina mayoritaria que avala la construcción de la participación en torno al criterio de accesoriad limitada, que ha sido recogido también por la jurisprudencia¹⁴⁸⁸, se plantea cómo tratar desde el punto de vista del partícipe los supuestos en los que se produce un exceso por parte del autor. En estos casos el exceso del autor no es imputable al partícipe. Si existe un defecto en el autor respecto del partícipe, se ha de distinguir si es cuantitativo porque hace menos o cualitativo porque hace algo distinto. En ambos casos, la doctrina mayoritaria ha entendido que el partícipe no ha de responder por un hecho más grave que no ha sido realizado por el autor. Si concurre un defecto cuantitativo, el partícipe responderá por el hecho menor, pero si es un defecto cualitativo, la conducta del partícipe quedará impune.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, págs. 26-28.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, pág. 31.

¹⁴⁸⁷ Robles Planas, R., *Garantes y cómplices...* cit. pág. 15.

¹⁴⁸⁸ La STS (Sala de lo Penal) de 30 de abril de 2003, RJ 2003/3085 se refiere al criterio de accesoriad limitada en estos términos: “conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si esta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare”.

En el seno de la doctrina se dividen también las opiniones en relación con la cuestión de si el hecho principal además de típico y antijurídico debe ser doloso o si también es posible la participación en un hecho principal imprudente. Nada afirma a este respecto el Código Penal español, como sí hace el Código Penal alemán al incluir expresamente la referencia al dolo del autor¹⁴⁸⁹ y la doctrina alemana al explicar el fundamento de este presupuesto¹⁴⁹⁰. La mayoría de la doctrina española también defiende que la participación en un hecho requiere dolo del autor principal¹⁴⁹¹. No obstante, sí existe un sector minoritario que defiende que la participación dolosa en un hecho imprudente (el partícipe quiere el hecho principal y el autor no) sí es punible¹⁴⁹². Es difícil asumir que se puedan dar estos supuestos y que no se reconduzcan a una autoría mediata, pero lo cierto es que como el delito de manipulación de cuentas anuales no puede cometerse en la modalidad imprudente no es preciso extenderse en este aspecto.

El requisito subjetivo que ha de concurrir en el partícipe, según la doctrina mayoritaria, es la intervención dolosa, que exige que el partícipe conozca que induce o coopera a la realización de un hecho ajeno, descartándose la participación por imprudencia.

De lo expuesto se desprende, que en un delito como el comprendido en el art. 290 CP que responde a la estructura de infracción de deber, si autor principal es solo quien realiza el hecho, es decir, quien infringe el deber extrapenal en torno al cual se construye el tipo, los partícipes solo podrían ser quienes sin estar obligados por el citado deber extrapenal intervengan o cooperen en el hecho principal, de acuerdo con lo dispuesto en los preceptos relativos a la participación, que constituyen causas de extensión de la pena del autor.

¹⁴⁸⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, pág. 205.

¹⁴⁹⁰ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General...* cit. pág. 799. Jakobs concluye que el hecho principal debe ser típico, antijurídico, doloso y deben darse además todos los elementos de la autoría específicos del delito. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014, págs. 217-220.

¹⁴⁹¹ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...* cit. págs. 139 y 151. Parte de la teoría admite la participación en hechos imprudentes, pero es difícil de explicar. Silva Sánchez, J. M^a., *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, cit. pág. 29. Señala el autor que: *"En delitos especiales de infracción de deber, en el caso de que el intraneus no actúe con dolo, con independencia de que actúe el extraneus, se puede apreciar una irresponsabilidad general. La jurisprudencia española ha reconocido la participación del extraneus en un delito especial aunque el autor intraneus actúe sin dolo"*.

¹⁴⁹² Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General...* cit. pág. 399. Según Mir Puig, debe admitirse la participación en el delito imprudente, en forma de inducción o cooperación necesaria, aunque no la mera complicidad imprudente. También se considera punible la complicidad dolosa en un delito imprudente.

III.- BREVE MENCIÓN A LAS DISTINTAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Entre las formas de participación se pueden distinguir la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad, categorías que con el fin de poder mostrar un mapa completo de las posibilidades de intervención en el art. 290 CP se describirán de forma breve, incidiendo en las cuestiones más relevantes que diferencian las diferentes categorías.

El inductor y el cooperador necesario se sitúan en una posición de partícipes en el marco del art. 28 CP desde la que aportan una contribución trascendente para que el autor realice el hecho. No realizan el comportamiento característico de la autoría, sino otro de participación determinante para dicha autoría, que justifica el que se equipare la pena que se les va a imponer a la de los autores por su contribución a que realicen el hecho. Las conductas de inducir o cooperar de forma necesaria a la ejecución del hecho no son equivalentes a su realización porque los partícipes no realizan los actos típicos ejecutivos, sino que contribuyen a la realización de los mismos por los autores. En cambio, los cómplices no aportan un comportamiento de la relevancia o entidad de los cooperadores o inductores, pero ayudan de forma menos decisiva a la comisión del hecho delictivo.

En relación con la denominada inducción o instigación, Von Beling la traduce como la conducta de generar la resolución de cometer un hecho que efectivamente se lleva a cabo, con independencia de la gravedad del hecho principal, de forma que subyacen en la representación y en el asentimiento del actor la propia instigación en el hecho principal ajeno¹⁴⁹³. Conforme a lo dispuesto en el art. 28.a) CP, este partícipe responde por inducir directamente a otro u otros a ejecutar el delito, de lo que se deriva que la pena que se le aplica se equipara a la del autor¹⁴⁹⁴. Antón Oneca define al inductor como: “*el que determina en otro la resolución de cometer el hecho antijurídico*”, *debiendo concurrir las notas de ser directa, eficaz, determinada y dolosa*”¹⁴⁹⁵. Mir Puig define la inducción como “*la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de*

¹⁴⁹³ Von Beling, E., Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, pág. 112.

¹⁴⁹⁴ Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, págs. 6 y ss. Sánchez –Vera explica cómo en la práctica los tribunales suelen aminorar la pena de los inductores y así concluye el autor que el inductor merece una sanción inferior que la autoría respecto del hecho principal.

¹⁴⁹⁵ Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, cit. págs. 471-474. Estas notas caracterizadoras de la inducción también las destaca Rodríguez Devesa, J.Mª y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, edit. Dykinson, Madrid, 1994.

la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría doloso o imprudente”.

Quintero Olivares la define como “*determinar consciente e intencionadamente a otra persona a cometer un delito, pero sin participar en su ejecución*”¹⁴⁹⁶. Como señala Roxin, si bien la definición de inducción como “*el determinar provocando o incitando dolosamente a un hecho ajeno*” parece sencilla, tras la misma se ocultan difíciles problemas de interpretación¹⁴⁹⁷, que no podrán ser analizados en el marco de esta tesis por necesidad de acotar el objeto de la misma, por lo que tan solo se esbozarán algunas pinceladas sobre los elementos esenciales que comprende la inducción.

La inducción a un hecho doloso requiere así para este autor la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos¹⁴⁹⁸. Objetivamente, se exige la causación imputable, mediante un influjo psíquico en otro de la resolución y realización por parte de este de un tipo doloso de autoría. En primer lugar, la causación de la resolución criminal significa que su actuación debe ser *condicio sine qua non* de la resolución delictiva del autor. Para constituir una *condicio sine qua non* requiere que se haya producido una influencia de gran entidad que determine la voluntad del inducido.

El inductor determina o hace surgir en otra persona la idea de cometer un delito¹⁴⁹⁹ y una vez que traslada esta idea, el inducido tiene el dominio y decide la comisión del delito¹⁵⁰⁰. Es decir, debe suponer un influjo psíquico o influencia en el sentido de incitación al hecho y dicha incitación debe ser peligrosa y representar desde una perspectiva *ex ante* y de acuerdo con la capacidad y conocimientos del inductor, un incremento relevante del riesgo de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se incita. Este elemento de influencia psíquica es requerido tanto por la doctrina dominante alemana como por la española y puede adoptar diversas formas, como promesas de recompensa o mera persuasión, amenaza, violencia, coacción, que supongan una condición necesaria o tengan la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva. La instigación ha de implicar la

¹⁴⁹⁶ Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal*....cit. pág. 627.

¹⁴⁹⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. pág. 226.

¹⁴⁹⁸ La STS (Sala de lo Penal) de 30 de abril de 2003, RJ 2003/3085 describe la inducción como: “*una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible...*”, en la que deben concurrir las notas de ser anterior, directa, eficaz, dolosa y productora de un resultado.

¹⁴⁹⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 228-232. El autor exige que la inducción ha de tener un carácter de provocación o incitación. Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, págs. 4-6. La inducción consiste en determinar “directamente a otro u otros” a ejecutar el hecho antijurídico.

¹⁵⁰⁰ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte General*....cit. pág. 445

determinación al autor de la decisión de cometer el hecho¹⁵⁰¹, por lo que ha de ser directa y debe determinar a realizar un delito concreto a un ejecutor determinado¹⁵⁰².

Como sostiene la mayoría de la doctrina española, no es posible admitir la inducción por omisión, pues, como señala Roxin, la incitación implícita en la inducción requiere un hecho concluyente que no es posible alcanzar a través de una conducta omisiva¹⁵⁰³. Como segundo elemento, se requiere que el inducido realice el tipo doloso de autoría referido como una acción típica antijurídica y dolosa realizada por el autor o coautores. La inducción debe ser eficaz y determinante, lo que implica que el inducido debe llevar a cabo el tipo de autoría objeto de inducción, que puede ser tanto consumado como una tentativa (es suficiente con que dé comienzo a la ejecución del delito)¹⁵⁰⁴. En los supuestos en los que el autor ya estaba resuelto a cometer el delito y el sujeto refuerza esta idea o da su aprobación, será un supuesto de mera complicidad de menor entidad.

Desde el punto de vista subjetivo, la determinación del hecho debe ser dolosa. El dolo del inductor debe comprender la causación de la resolución criminal, las circunstancias concretas que determinan el contenido del ilícito, típicamente relevantes, y que el inducido realice efectivamente el hecho. Por este motivo, no existe inducción cuando el autor ya estaba decidido a cometer el delito. Es admisible tanto el dolo directo como el dolo eventual¹⁵⁰⁵. En caso de exceso por el inducido, el dolo del inductor constituye el límite de su responsabilidad¹⁵⁰⁶. Roxin se plantea en detalle los supuestos en los que existe un exceso que afectan a la clase y cantidad de ilícito dentro del mismo tipo, de forma que si el autor se mantiene dentro del mismo marco de la dimensión del injusto prefijada por la inducción habrá inducción y de lo contrario, existirá un exceso que excluye la imputación a la

¹⁵⁰¹ Stratenwerth, G., *Derecho Penal, Parte General I...*cit. pág. 420. Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, pág. 28. Especifica el autor que el partícipe ha de haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha de haber concretado en su aporte al hecho principal a través del autor.

¹⁵⁰² Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, cit. pág. 15. Indica el autor que en el tipo objetivo debe concurrir: “una homogeneidad o congruencia perfecta entre lo inducido y lo ejecutado, que revele que la inducción tuvo la intensidad suficiente para determinar directamente al autor a la ejecución de un concreto delito”.

¹⁵⁰³ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. pág. 235. En contra, Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, págs. 31-37, para quien el supuesto omisivo solo es punible, al igual que el activo, si se encuentra en posición de garante. Para Sánchez Vera es posible la inducción en comisión por omisión visto como acción o como omisión y para ello se tiene que constatar el aporte “inductivo”, que residirá lógicamente en el pasado, mediante un comportamiento de injerencia, situando al sujeto en posición de garante.

¹⁵⁰⁴ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. pág. 237-250.

¹⁵⁰⁵ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. pág. 252. Sánchez –Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, pág. 19. En el tipo subjetivo se requiere que el inductor cree el dolo del inducido.

¹⁵⁰⁶ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General...*cit. págs. 403-408.

inducción. En el supuesto de que el ejecutante vaya más allá de la medida indicada por la inducción en la cantidad del ilícito o injusto realizado, se tendrá en cuenta en la medición de la pena¹⁵⁰⁷.

En relación con la denominada complicidad necesaria, Von Beling explica que hay tipos de delitos que pueden ser cometidos por un sujeto “*con otro o en o para otro*”, que denomina como complicidad necesaria, pero en los que solo un sujeto puede ser autor. De acuerdo con esta premisa, el autor denomina como cooperador o cómplice indistintamente en el marco del sistema alemán, a quien ha facilitado el hecho y no es punible como autor, esto es, quien contribuye a la acción con acciones preparatorias o concomitantes o aquellos que han obrado típicamente facilitando la acción del otro, pero que no son autores porque les falta un elemento personalísimo extrapenal de la figura típica¹⁵⁰⁸. Roxin considera que constituye complicidad o cooperación “*la acción de aumentar el riesgo, causal para el resultado típico y jurídicamente desaprobada*”, de forma que la causalidad es el presupuesto básico de la imputación, sin necesidad de que constituya una *conditio sine qua non* para el resultado, aunque la jurisprudencia ha considerado suficiente que concurriera un fomento o promoción de la provocación del delito, que, en definitiva, el autor considera que tiene naturaleza causal¹⁵⁰⁹.

En relación con las diferentes formas de participación y por tanto también en aplicación a la cooperación, Roxin aplica el principio del incremento del riesgo, cuando se hace entrar en juego a la causalidad, pues solo quien mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima, emprende un ataque autónomo al bien jurídico. Según el autor, la prestación de ayuda comprende el que con la aportación se posibilite, facilite, intensifique o asegure el hecho¹⁵¹⁰. Según indica Quintero Olivares con mención a Gimbernat, en la cooperación necesaria se da una condición sin la cual el autor “*no hubiera podido realizar el hecho de otra manera*”¹⁵¹¹. Se pueden aplicar diversos criterios para determinar lo que constituye cooperación necesaria¹⁵¹², pero el criterio principal es el de valorar la necesidad de la cooperación para la producción del resultado. El segundo criterio

¹⁵⁰⁷ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. pág. 246.

¹⁵⁰⁸ Von Beling, E., *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, págs. 111-114.

¹⁵⁰⁹ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 274-275. En el sistema alemán la cooperación necesaria se define como la prestación dolosa de ayuda a un hecho típicamente antijurídico y doloso.

¹⁵¹⁰ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 287-288.

¹⁵¹¹ Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal*.....cit. pág 630.

¹⁵¹² Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., “En los límites de la inducción”, www.indret.com, Barcelona, 2012, pág. 12. Explica el autor que la cooperación y de la inducción se solapan asimétricamente.

aplicable sería la escasez de la aportación para determinar si tiene la entidad de una cooperación necesaria o si no tiene más entidad que una mera complicidad, como ha propuesto Gimbernat con la *teoría de los bienes escasos*. Esta teoría se refiere a que la aportación del cooperador es difícilmente obtenible en el marco de determinadas circunstancias¹⁵¹³. Otros criterios aplicados son la importancia causal, la singularidad, escasez y dificultad de la contribución¹⁵¹⁴. La actividad del cómplice es secundaria y accesorio, mientras que el cooperador necesario aporta una *condicio sine qua non*, que constituye un bien escaso y que implica un dominio del hecho porque su retirada impediría el delito¹⁵¹⁵. La cooperación se puede llevar a cabo por diversos medios psíquicos y materiales y debe tener lugar en la fase preparatoria, ya que si es simultánea a la ejecución del hecho, no debe suponer una parte esencial del plan global porque entonces constituiría coautoría¹⁵¹⁶.

Como ejemplo de conducta de participación como cooperación necesaria podemos encontrar el supuesto en el que un administrador de una sociedad A comienza un proceso de descapitalización fraudulenta de dicha compañía y un tercero no administrador se adhiere al proceso de ejecución del delito posteriormente, realizando desvíos de ingresos a otra sociedad B, de la que ambos eran socios únicos, de forma que ambos de común acuerdo dejan sin actividad comercial la primera entidad. El sujeto tercero que se adhiere posteriormente al proceso de ejecución del delito contribuye de forma decisiva en la ejecución del plan ideado por el administrador de la primera sociedad y por lo que sería considerado cooperador necesario del delito de administración desleal¹⁵¹⁷.

¹⁵¹³ En la jurisprudencia, encontramos pronunciamientos como las STS de de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10200) y 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10051) que se refieren a la distinción entre cooperación y complicidad: “*En la complicidad, basta que la cooperación a la ejecución de lo hecho por otro sea causal en cuanto a la producción del resultado, mediante la realización de actos de ejecución, pero accesorios, periféricos, secundarios o de simple ayuda. Lo determinante del signo diferenciador entre cooperación necesaria y complicidad radica en la eficacia, necesidad y trascendencia que la actividad haya tenido en el resultado producido...*”.

¹⁵¹⁴ Las STS de 16-5-2007 (RJ 2007, 4814) y de 17-4-2001 (RJ 2001, 2251) sintetizan los parámetros que conforman la complicidad: “*requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito, y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Para la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, las teorías que se mantienen son la del dominio del hecho y la relevancia de la aportación. La jurisprudencia, aunque con vacilaciones, se decanta por esta última, porque lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen; lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”.*

¹⁵¹⁵ En este sentido la STS de fecha 27 de septiembre de 2001.

¹⁵¹⁶ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General...*cit. págs. 408-410. Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 281-283. El autor también secunda la posibilidad de que exista cooperación o complicidad psíquica.

¹⁵¹⁷ En este sentido, la STS de fecha 2 de noviembre de 2004 (Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre). En los fundamentos de derecho de esta sentencia se establece que: “*en la cooperación, la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es*

Conforme con lo dispuesto en el art. 29 CP, es cómplice quien no hallándose comprendido en el art. 28 CP, coopera en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, por lo que se caracteriza negativamente. El cómplice, además de participar en el delito o falta, realiza otro delito (el de complicidad en el hecho principal). En este caso, el delito se entiende en un sentido no autónomo, que impide castigar la imperfecta ejecución de la participación, así como admitir la participación en la participación. El cómplice presta una ayuda, según el principio de la participación, una aportación real al acontecer típico psíquica o que suponga una intervención interna¹⁵¹⁸.

El cómplice puede intervenir tanto en los actos preparatorios como en los actos simultáneos. Las formas que puede adoptar la complicidad son múltiples, como un asesoramiento técnico o un reforzamiento de la voluntad o apoyo¹⁵¹⁹ y en todo caso exigen el favorecimiento eficaz al hecho. Para determinar la peligrosidad y eficacia de la complicidad es preciso atender a la perspectiva *ex ante* de contribución a la puesta en peligro del bien jurídico, a la facilitación o aseguramiento de la comisión del delito y todo ello en el marco de los criterios de causalidad e imputación objetiva¹⁵²⁰. La mera presencia en el lugar del hecho es un supuesto que puede suponer también una complicidad, pero se cuestiona el alcance que verdaderamente puede llegar a tener. Roxin propone entonces como criterio para delimitar estos supuestos, el que el sujeto actúe en caso de ser necesario a favor del autor¹⁵²¹. Tanto la cooperación como la complicidad deben ser dolosas y se deben dirigir a la prestación de ayuda a una acción dolosa del autor y a la lesión por parte del autor del bien jurídico protegido, por lo que ha de concurrir el denominado doble dolo del cooperador¹⁵²².

necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho. La jurisprudencia que considera que en la cooperación lo decisivo es su “eficacia, su necesidad y su trascendencia en el resultado finalístico de la acción” se refiere al criterio de la equivalencia de condiciones, complementado con las del dominio del acto y de los bienes o actividades escasos (7.3.96), aludiendo también a la “imprescindibilidad”, considerando la cooperación necesaria, si supliendo mentalmente, el acto cooperador, el resultado no se produce....”.

¹⁵¹⁸ Stratenwerth, G., *Derecho Penal, Parte General I...*cit. pág. 427.

¹⁵¹⁹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte General...*cit. pág. 448.

¹⁵²⁰ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 282-283. En los supuestos de reforzamiento a la resolución del hecho es posible la complicidad mediante mera influencia en la resolución del autor, siendo necesaria la causalidad de la contribución de la cooperación. También se considerarían como tales los supuestos en los que se proporciona un motivo adicional o se convence para eliminar objeciones, como aquellos en los que existe un “encubrimiento previamente prestado” que supone una estabilización de la resolución al hecho. No se consideran como tales los supuestos de solidarización con el autor, aprobación o simpatía con el mismo.

¹⁵²¹ *Ibid.*, pág. 284.

¹⁵²² *Ibid.*, pág. 311.

La participación por omisión no es posible admitirla en supuestos en que exista el auxilio moral que refuerce el ánimo delictivo del autor por silencio, ya que no cabe si no existe posición de garante. La posición de garantía requiere una fundamentación clara¹⁵²³. Según Feijoo, la posición de garantía se conecta con la constitución de una determinada sociedad o de los deberes que se derivan del ordenamiento jurídico y presupone que es indistinta la conducta por acción u omisión.

La jurisprudencia ha admitido de forma reiterada la omisión en la participación, apelando a la figura de la posición de garante. En este sentido, encontramos múltiples pronunciamientos que establecen los presupuestos que han de concurrir para su admisión¹⁵²⁴, de los que se desprende que la complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción u omisión¹⁵²⁵: 1) Un presupuesto objetivo, que debe ser causal del resultado típico

¹⁵²³ Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal...* cit. págs. 81 a 91. El autor se refiere a la admisión por la Jurisprudencia actual del TS de la participación por omisión, tanto cooperación necesaria como complicidad. La posición de garante debe estar muy bien fundamentada para que el incumplimiento adquiera objetivamente un significado delictivo y se debe comprobar que concurren los presupuestos de la comisión por omisión (“posibilidad objetiva y subjetiva”). Los casos fortuitos en todo caso serán atípicos, por falta de concurrencia de los elementos subjetivos (dolo o imprudencia).

¹⁵²⁴ La STS de 15-3-2007 (RJ 2007,3269) apunta que la jurisprudencia ha admitido la relevancia de cooperación mediante una conducta puramente omisiva en delitos de resultado, tanto en relación con la cooperación necesaria, como con la complicidad (STS de 9-10-2000 [RJ 2000, 9958]). En esta última sentencia, además de referirse a los requisitos de aplicación del art. 11 del CP., se alude a los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado (*la omisión nunca es causal por definición*) no ha evitado su producción. Se añade que la jurisprudencia (STS de 13-10-1999 [RJ 1999,7611]), ha admitido: “*la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al art. 11 del CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias*”. En el caso Gescartera al que se refiere la STS de 13 de octubre de 2009, núm. 986/2009 (Ponente Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez) se hace referencia al caso en el que ostenta una señora los cargos de miembro del consejo de administración, vicepresidenta y presidenta de la entidad, y se considera que en el marco del tipo del 252 debe ser condenada por complicidad omisiva: “*Y esto debido a que en su modo de operar, de contribuir al fenómeno criminal constituido por la operativa de la entidad, hay, es cierto un componente omisivo, el representado por la pasividad, por un no hacer para dificultar lo que otros estaban ejecutando.....en la medida en que, desde su posición privilegiada en el organigrama de la entidad, conociendo como conocía las particularidades del modo de operar con sus significativos elementos de irregularidad criminalmente relevantes, tendría que haber tratado, ya que no de impedirlos, pues no estaría a su alcance, sí de obstaculizarlos o cuestionarlos, cumpliendo el deber convencional y legal de garantía asociado a los cargos en el consejo de administración....Y en fin, relevantes, como ha entendido y explica la sala de instancia, a los efectos del art. 11 CP*”.

¹⁵²⁵ La STS (Penal) de 10 de octubre de 2006, RJ 2006/8256 después de relacionar los requisitos objetivos exigidos por el art. 11CP, se refiere de forma expresa a la relevancia de concretar el elemento normativo de la posición de garante: “*por la mayoría de la doctrina se hace especial hincapié en que el cómplice debe encontrarse en una particular situación (posición de garante), concepto que se reconoce que presenta contornos indefinidos, porque en definitiva depende de una valoración coyuntural de las circunstancias concurrentes en cada caso. La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la*

(cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice). Es decir, una omisión eficaz, patente y manifiesta, no necesaria, para la comisión del delito; 2) Un presupuesto subjetivo, consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución. Es una voluntad consciente de cooperar al resultado con esa inacción; y 3) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante, que se extrae del art. 11 CP, en virtud de la cual se equiparan la acción y la omisión. Existe un deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se está cometiendo; deber impuesto por la Ley o por una situación de peligro anterior creada por el omitente.

De la admisión de la participación por omisión y del estudio de la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la posible participación por omisión se extrae que el elemento vital para determinar su posible construcción es delimitar de forma conveniente la posible posición de garante del sujeto. No obstante, en el marco de delitos especiales, en los que la posición de garante viene marcada por el sujeto al que la ley le atribuye especialidades características de autoría, el que omita actuar y dañe al bien jurídico desde dicha posición especial o situación de garantía se considera que debe responder a título de autor, sin que se vea posibilidad de diferenciar y tratar como partícipes a unos sujetos.

Para realizar el análisis de los fundamentos y principios que han de regir en la aplicación de las formas de participación de los delitos de infracción de deber, se analizará previamente la doctrina desarrollada en torno a la intervención en el delito especial por parte del partícipe *extraneus*.

causación de un resultado propio de un delito de acción u omisión. En la [STS de 15 de Junio de 1999 \(RJ 1999, 3889\)](#) se condena como cómplice por omisión al socio que, frente a la dirección y protagonismo de las actividades fraudulentas por el otro acusado, de una forma más pasiva, no se preocupó de poner en conocimiento de los proveedores las nuevas vicisitudes de la empresa, lo que convierte su conducta, a juicio del Tribunal Supremo, en una complicidad por omisión. La Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN de fecha [25 de marzo de 2008 \(JUR 2008, 112612\)](#) (Caso Gescartera) condena como cómplice por omisión al Presidente de la citada entidad por su falta de diligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes a dicho cargo. La [STS de 15-3-2007 \(RJ 2007, 3269\)](#) precisa que la Jurisprudencia ha admitido la relevancia de cooperación mediante una conducta puramente omisiva en delitos de resultado, tanto en relación con la cooperación necesaria, como con la complicidad (STS. de 9-10-2000 (RJ 2000, 9958)).....Dice la [STS. de 25-1-2006 \(RJ 2006, 3331\)](#) que la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado; de tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa; la existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia). Se añade que la jurisprudencia ([STS. de 13-10-1999 \(RJ 1999, 7611\)](#), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al art. 11 del CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias”.

IV.- PROBLEMÁTICA EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO ESPECIAL

El tipo comprendido en el art. 290 CP constituye un delito especial. Los delitos especiales se delimitan por ser aquellos en los que se reducen el círculo de autores frente a los delitos comunes que pueden ser realizados por cualquier persona¹⁵²⁶. Se trata de una construcción doctrinal que no define el Código Penal¹⁵²⁷ y que atiende al criterio de las circunstancias esenciales que rodean al sujeto del delito para determinar y dar razón de ser al tipo¹⁵²⁸. Las circunstancias que limitan el círculo de autores tienen diversa naturaleza, pero en esencia se trata de elementos objetivos específicos de autoría que comprenden una relación especial entre el bien jurídico y el sujeto establecido por el tipo y en los que, como establece la doctrina dominante, el contenido de injusto se construye materialmente a través de una conducta que supone la infracción de un deber específico. En el caso del art. 290 CP sería sin duda el sujeto que ocupa el cargo de administrador, cuya naturaleza encuentra sus raíces en el derecho privado. Estos delitos presentan particularidades en relación con la determinación de la autoría, puesto que su construcción en torno al deber extrapenal los introduce en la categoría de delitos de infracción de deber, y adquieren una trascendencia específica en las cuestiones referentes a la teoría de la participación, puesto que los partícipes en los que no concurren las circunstancias especiales no pueden llegar a ser autores¹⁵²⁹.

De acuerdo con las especiales características de estos delitos, la aplicación del criterio de la accesoriedad ha dado lugar a un profuso debate en el que se plantea si la conducta del partícipe no cualificado en el hecho realizado por el *intraneus* cualificado en este tipo de delitos debe ser punible o quedar impune, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 65.3 CP que a continuación se analizará¹⁵³⁰. La punibilidad de un interviniente en quien no concurren las condiciones personales exigidas por el tipo que contribuye a la comisión de

¹⁵²⁶ Rodríguez Devesa, J.Mª y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, cit. pág. 820. Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 34.

¹⁵²⁷ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 36.

¹⁵²⁸ Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, 2ª edic., Edit. Akal, 1986. Señala el autor que: “*La doctrina dominante considera que los extraños pueden ser partícipes...pues lo propio de tales categorías no es ejecutar los actos propios de la figura delictiva, sino intervenir en el hecho que el autor principal ejecuta*”.

¹⁵²⁹ Rodríguez Devesa, J.Mª y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, cit. pág. 820. Considera el autor que: “*Sin embargo, la peculiar naturaleza de estos delitos hace que no pueda estimarse autor sino aquel que reúna las características exigidas por la ley. En consecuencia, actos que en otro caso serían de ejecución tendrán que calificarse de auxilio necesario*”.

¹⁵³⁰ A favor de la punibilidad del partícipe en el delito especial, Lascuraín, J.A., “*La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa*”, cit. pág. 12.

un delito especial solo puede basarse en la accesoriedad de su conducta con respecto a lo injusto del principal en quien sí concurren dichas condiciones¹⁵³¹. Tan solo una vertiente minoritaria de la doctrina entiende que la participación del *extraneus* en un delito especial debe quedar impune. En este sentido, Robles Planas considera que la solución a los supuestos del *extraneus* que participa en el delito especial es encontrar una fórmula que distinga las particularidades normativas de los delitos especiales y propone distinguir los delitos especiales en una categoría de “delitos especiales impropios” (delitos de posición) frente a “los delitos especiales de deber” en sentido estricto¹⁵³². La falta de atribución de un deber especial al partícipe como el que ostenta el autor, impediría responsabilizar al primero por su intervención, cerraría la posibilidad de responder para el interviniente en quien no concurre el deber y, por tanto, no cabría la participación¹⁵³³.

En contra de dicha tesis, la doctrina mayoritaria ha venido admitiendo que el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder por su intervención a título de partícipe conforme con lo estipulado por el principio de accesoriedad. Como se desarrollará en detalle en el siguiente apartado, autores como Roxin, Jakobs, Sánchez-Vera y Bacigalupo admiten la participación del *extraneus* en el delito de infracción de deber. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien sostuvo inicialmente la tesis de la no punibilidad del partícipe no cualificado (*extraneus*), esta línea doctrinal sufrió una modificación y en la actualidad podemos decir que la jurisprudencia admite de forma constante la punibilidad del *extraneus* en el delito especial¹⁵³⁴.

¹⁵³¹ Rueda Martín, M^a. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*, Edit. Comares, Granada, 2010, pág. 86, Cit. 8.

¹⁵³² Robles Planas, R., *Garantes y cómplices...* cit. pág. 134 y 135, así como págs. 225-239.

¹⁵³³ Robles Planas, R., *La participación en el delito...* cit. pág. 226. Lesch apunta que cabrían tres soluciones posibles: Negar la posibilidad de participación, admitir que el *extraneus* comete un delito propio de infracción de deber (delito autónomo de participación) o se le imputa al *extraneus* el injusto ajeno del *intraeus*.

¹⁵³⁴ En este sentido, señala la STS, Sala de lo Penal, de 30 de abril de 2003, RJ 2003/3085: “*En relación con la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el «extraneus», el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del «intraeus». La jurisprudencia ha sido favorable a la admisión de dicha posibilidad, (sentencias de esta Sala de 18 de enero y 24 de junio de 1994, 20 de mayo de 1996, 25 de marzo de 1997. En la sentencia de 21 de diciembre de 1999 se dice: «la Ley no impide la punibilidad del «extraneus» como partícipe en el delito propio del «intraeus». El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el mismo bien jurídico; si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito».*”

V.- EXTENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS A LOS PARTICÍPES

En los delitos especiales propios como es el tipo del art. 290 CP necesariamente se debe mantener la unidad del título de imputación para los partícipes, pero la pregunta que ha sido objeto de polémica en la doctrina es si el *extraneus* debe responder por la misma pena que el *intraneus*, si se debe aplicar una atenuación de la pena con carácter general a los delitos especiales como defiende parte de la doctrina¹⁵³⁵, o si dicha atenuación debe aplicarse solo en determinados supuestos de delitos especiales como sostiene otro sector doctrinal¹⁵³⁶.

La jurisprudencia con anterioridad a la introducción del art. 65.3 por medio de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre de 2003 (BOE nº 283 de 26 de noviembre de 2003), ya venía aplicando una atenuante analógica por la que se reducía en un grado la pena al inductor o cooperador, y en dos grados al cómplice, en su condición de *extraneus* en los que no concurría la obligación especial prevista en el tipo, pero que infringían la norma del Código Penal que prohíbe la participación en un delito. En este sentido, se pronuncia la STS de fecha 12 de febrero de 1997 (Ponente Sr. Excmo. Bacigalupo Zapater)¹⁵³⁷ y la STS de 11 de junio de 2002 (Ponente Sr. Excmo. Conde-Pumpido Tourón). Con la reforma operada por Ley 15/2013 se introdujo el art. 65.3 CP con la pretensión de reconocer por Ley la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en torno a la participación en los delitos especiales, pero lo cierto es que la técnica utilizada no plasmó la doctrina jurisprudencial, que de forma tan consolidada se había sentado en el Tribunal Supremo, a la vista de que no se ubicó correctamente dentro del Código Penal, su redacción se refirió de forma equívoca a los elementos de culpabilidad e incurrió en un olvido en relación con la complicidad, no salvado de forma inexplicable en las sucesivas reformas operadas en el Código Penal.

¹⁵³⁵ Rueda Martín, M^a. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal...*cit. págs. 109 y ss. Gimbernat Ordeig, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 377, nota 5.

¹⁵³⁶ Silva Sánchez, J. M^a, *Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal*, pág. 907. Defiende que en los delitos especiales de dominio coincidentes con los delitos comunes de dominio no se justifica la atenuación; así como Gómez Martín, V., *Los delitos especiales...*cit. pág. 524. Rueda Martín, M^a. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal...*cit. págs. 109 y ss.

¹⁵³⁷ En esta sentencia el TS se analiza un supuesto de participación de un *extraneus* en un delito de cohecho y se concluye que: “La doctrina que la jurisprudencia viene siguiendo explícitamente desde la STS 52/1993, de 18 de enero de 1994, establece, asimismo, que el partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto del autor “*intraneus*”. Ello se debe a que el primero no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de la ilicitud”.

El verdadero reconocimiento legislativo de la doctrina jurisprudencial que había desarrollado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en torno a la participación en los delitos especiales, hubiera requerido quizás que de forma específica se creara una norma dentro de la parte general, y concretamente un apartado dentro del art. 28 CP, equivalente al art. 31 CP, que atendiera de forma específica a la problemática relativa a la imputación objetiva de los delitos especiales. Esta fórmula hubiera sido la forma idónea de proceder acorde con la decisión de política criminal de mantener la tesis del Tribunal Supremo de que la participación de sujetos no obligados por el deber cualificado debían responder penalmente a título de partícipes, supliendo así la falta de cualificación del partícipe por no concurrir en el mismo los elementos objetivos que caracterizan al autor. Cuestión diversa es que, además de dicha regla, se introdujera una disposición específica como el art. 65.3 CP en la que se determinara la pena a aplicar en estos casos.

Este error en la ubicación sistemática legislativa no impide apreciar el que el art. 65.3 CP en realidad ha pretendido incorporar la citada doctrina jurisprudencial, como así se indicaba expresamente en el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, aprobado el 26 de marzo de 2003. En este informe se reconoce que la reforma presupone que se ha positivizado la postura jurisprudencial relativa a la participación de extraños en delitos especiales propios en respuesta a la línea jurisprudencial y doctrinal por la que se consideraba necesaria una atenuación de la pena para el *extraneus* partícipe de un delito especial propio, y que por vía de la analogía *in bonam partem* se venían aplicando (art. 21.6 CP). En definitiva, no impide apreciar que el citado precepto comprende materialmente una regla de extensión de la participación¹⁵³⁸, aunque el hecho de que se haya introducido la posible aplicación de la misma con carácter potestativo no encaja con la doctrina sentada por el TS previa a la reforma citada.

El precepto responde a una técnica incorrecta y resulta confuso al referirse a los elementos que “fundamentan la culpabilidad”, que por su naturaleza no se comprenden en la accesoriidad y que se trata de elementos individuales que ni son presupuesto de la punibilidad de la participación, ni se transmiten a los partícipes¹⁵³⁹, lo que debe llevar a interpretar que, en definitiva, el art. 65.3° CP, por la propia aplicación de la accesoriidad limitada, se refiere a la culpabilidad en sentido amplio¹⁵⁴⁰. Este precepto dentro de los límites expresos de la regla de la accesoriidad limitada, se refiere en

¹⁵³⁸ Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S., *Derecho penal económico*, 2010, cit. pág. 126.

¹⁵³⁹ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 165.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, págs. 161 y 165. Martín, M^a. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal...*cit. pág. 124.

realidad a las circunstancias personales referidas al responsable cualificado de la ejecución del hecho dentro del estadio de la tipicidad, las cuales modifican o fundamentan la pena¹⁵⁴¹. En efecto, la referencia en el art. 65.3 CP a los supuestos en los que en el inductor o en el cooperador necesario no concurren “*las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*” ha sido interpretada por la doctrina de forma unánime como los elementos o características que definen de una manera específica el sujeto activo en diversos tipos de la Parte Especial del Código Penal, aunque se ha distinguido su naturaleza atendiendo al elemento de infracción del deber¹⁵⁴².

Finalmente, la última problemática que presenta el precepto radica en que en el mismo no se nombra al cómplice, lo que puede llevar a dos interpretaciones. La primera sería que en el art. 63 CP se establece de forma específica cómo se ha de determinar la pena del cómplice, señalando que ha de ser la inferior en grado a la fijada por la ley para el autor del delito y que, por tanto, no es de aplicación el art. 65.3 CP a los mismos. La segunda es que, con independencia de lo dispuesto en el art. 63 CP, en el art. 65 se trata el supuesto de los delitos especiales, de forma que habría de aplicarse esta aminoración de pena en el supuesto de que un cómplice participe en el delito especial y, posteriormente, disminuir otro grado a tenor del primer precepto nombrado. Esta segunda solución resulta claramente más plausible, por cuanto no tendría sentido que el cómplice respondiera en el mismo grado que el cooperador necesario y el inductor, aunque no se entiende el que el legislador no se haya percatado de esta omisión y no lo haya salvado en alguna de las sucesivas reformas que ha sufrido el CP desde la fecha. En desarrollo de esta segunda postura, la STS de fecha 18 de noviembre de 2013, nº 841/2013¹⁵⁴³, recoge que en el caso del partícipe cómplice en el que no concurren las cualidades señaladas por el delito especial debe responder por una pena rebajada en dos grados, a tenor de los postulados del principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad, que obligan a no dejar de aplicar una norma favorable así como a

¹⁵⁴¹ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. págs. 163-164.

¹⁵⁴² Rueda Martín, M^a. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal...*cit. págs. 5 y ss. Silva Sánchez, J. M^a, *Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal*, págs. 906 y ss.

¹⁵⁴³ En esta sentencia el TS fundamenta la necesaria rebaja de dos grados de pena en el caso del partícipe que actúa como cómplice en un delito especial: “*Es cierto que explícitamente el art. 65.3 CP no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del art. 63 CP obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de legalidad*”.

diferenciar su posición frente al inductor y cooperador. Esta interpretación del art. 65 CP también fue admitida por la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

Quintero Olivares ha criticado¹⁵⁴⁴ duramente los términos en los que se ha redactado la regla introducida en el apartado tercero del art. 65 CP, calificando la misma como “una aberración jurídica” y apuntando que es absolutamente minoritaria la doctrina que defiende la existencia de unos delitos especiales que no se rigen por la protección de bienes jurídicos sino por el de infracciones de deber. La pregunta entonces que nos debemos hacer es si el sentido de esta norma supone dar por válida la teoría de los delitos de infracción de deber y las soluciones en cuanto a la participación del *extraneus* en el delito efectuado por el obligado especial que se derivan de la misma. A priori se puede contestar afirmativamente, por cuanto de alguna manera se admite que existen una serie de delitos que responden a una naturaleza diversa, por cuanto es la cualificación personal del autor como obligado al cumplimiento del deber la que determina la estructura del tipo, así como la posible participación del *extraneus* como sujeto no obligado, que a lo sumo podrá responder como cooperador, inductor o cómplice. Más adelante analizaré las concretas propuestas doctrinales referidas a la participación en los delitos de infracción de deber.

Del análisis de las resoluciones jurisprudenciales dictadas desde que entrara en vigor la nueva redacción del art. 65.3 CP, se puede extraer que el mismo ha mantenido a efectos prácticos la misma doctrina jurisprudencial desarrollada por la Sala Segunda con anterioridad a la aprobación de la Ley 15/2013, como así se recoge en diversas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴⁴ Quintero Olivares, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*.....cit. pág. 424.

¹⁵⁴⁵ Con posterioridad a la reforma, en la STS de fecha 8 de junio de 2006, se trata un supuesto de inducción de *extraneus* a un *intraeus*, en el que se explica la posible sanción al *extraneus*, *si bien no podrá ser autor directo o coautor por no reunir los requisitos que el tipo exige para la autoría, pero sí inductor o cooperador necesario, supuestos que en el art. 28, se equiparan a la autoría*. Se afirma igualmente en la sentencia que *se puede aplicar el art. 65 CP para rebajar la pena teniendo en cuenta el menor desvalor de acción del extraño*. En la STS de fecha 17 de marzo de 2005 se enjuicia el caso en el que un agente de la policía municipal rellena un boletín de denuncia por indebido aparcamiento de un vehículo en el municipio en el que desarrolla su función profesional, a instancias de un bombero del Ayuntamiento, con la finalidad de presentar una denuncia falsa en el recurso que iba a interponer contra la multa que le habían interpuesto, también por aparcamiento, en otro Ayuntamiento. En los fundamentos de derecho de la sentencia, se muestra que el Bombero del Ayuntamiento, pese a tener la condición de funcionario público, es un *extraneus* al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana. En consecuencia, corresponde la aplicación de lo dispuesto en el art. 65.3 CP y reducir la pena correspondiente a la falsedad en documento oficial en un grado. Especifica la sentencia que la aplicación de este precepto se realiza, igualmente, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales que concurren desde la STS de fecha 14 de enero de 1994. Igualmente, en la más reciente STS de fecha 13 de julio, RJ 2012/9064 (Ponente Excmo. Sr. Manuel Marchena) se reconoce la posible participación en los delitos especiales impropios y en relación con el art. 65.3 CP se afirma que supone una “*atenuante de*

Peñaranda Ramos en contra de la postura aquí mantenida defiende que se debe desvincular la teoría de los delitos de infracción de deber de la atenuación prevista en el art. 65.3 CP, aunque sí que reconoce que se trata de una atenuante que aplica a determinados delitos especiales cuando interviene *un extranei*¹⁵⁴⁶. Este precepto aplica, según este autor, a los elementos limitadamente personales que en determinados delitos especiales propios fundamentan la culpabilidad del autor, quedando excluidos los supuestos de las circunstancias generales mixtas con componentes personales e impersonales y los elementos típicos personales que no fundamentan, sino agravan o atenúan la responsabilidad. Según el autor, el art. 65 CP permite así inferir principios que ayudarán a obtener una solución para tales casos a través de una aplicación analógica del art. 65.3 CP. Robles Planas y Riggi¹⁵⁴⁷ critican del mismo modo la interpretación realizada del art. 65.3 CP desde la perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber y defienden otra aplicación de este precepto que se basa en ciertas premisas. El art. 65.3 CP, al referirse a los inductores y cooperadores necesarios, solo constituye un recordatorio de la necesidad de graduar la responsabilidad en las formas de intervención que sean de menor importancia, así como también en los delitos especiales denominados de posición. Como se fundamentará en el próximo apartado, estas críticas resultan infundadas a la vista de la solidez de los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber y de la jurisprudencia constante que se ha desarrollado en torno al art. 65.3 CP.

carácter facultativo para aquellos extranei partícipes en delitos especiales propios” y sitúa el fundamento de la atenuación en el principio de proporcionalidad, en la medida en que: “el contenido y la intensidad del injusto en la acción del extraneus que interviene en un delito de esta naturaleza es, por definición, menor que el predicable de la acción del intraneus. El legislador toma en consideración el hecho incuestionable de que el extraneus no infringe -no puede infringir- el deber jurídico especial que pesa sobre el intraneus. De ahí la atenuación de la pena”.

¹⁵⁴⁶ Peñaranda Ramos, E., “Sobre el alcance del art. 65.3 CP., cit. págs. 1419 y ss.

¹⁵⁴⁷ Robles Planas, R. y Riggi, E. J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, en InDret, Barcelona, octubre, 2008, en www.indret.com. Estos autores parten de la premisa de que en los que ellos denominan delitos especiales de deber no cabe participar y no caben cooperadores necesarios o inductores. Este precepto aplica a otros delitos denominados delitos de posición en los que sobre el autor y sobre otros sujetos sí pueden recaer circunstancias personales que pueden agravar el injusto. En el círculo de sujetos que ha contribuido a configurar el injusto, cuyas conductas se hallan comprendidas en las normas de conducta de los tipos de la Parte Especial los delitos posición permiten incorporar al ámbito de la determinación de la pena las circunstancias que convierten más grave la conducta de unos en relación con otros. Este precepto determinaría entonces que en los delitos de posición el marco previsto para la complicidad abarcaría en los términos del art. 63 CP hasta el tope del máximo del marco previsto en la Parte Especial. La calificación de la conducta como autoría o participación deberá tener en cuenta las circunstancias que singularizan la conducta y especialmente el que a un interviniente le afecte una cualificación que la convierta en más grave. Por tanto, no debe operar una doble rebaja penológica.

VI.- LA DOCTRINA SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1.- La participación en los delitos de infracción de deber en ROXIN

1.1.- *Concreción del concepto de autor como figura central de la acción.*

Roxin defiende básicamente que todos los delitos especiales son delitos de infracción de deber. Igualmente, apunta que todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, por lo que todos los delitos de omisión son delitos especiales.

La concepción del delito de infracción de deber de Roxin tiene un efecto directo en relación con la accesoriedad. La teoría dominante sostiene como base de la participación su dependencia de un acto principal doloso, lo que elimina la admisión de formas de participación en delitos no dolosos, como así exponía Kaufmann. Roxin propone un criterio de accesoriedad propio de los delitos de infracción de deber, sobre la base de que la autoría se crea en torno a la infracción de deber y la participación, como defiende la teoría dominante, es de naturaleza secundaria.

No obstante, para Roxin en los delitos de dominio y en los delitos de infracción de deber las reglas de la autoría y participación no son las mismas. Si el sujeto obligado por un deber especial es la figura central del delito, el sujeto no obligado que intervenga en la comisión del hecho delictivo no puede obtener dicho protagonismo, aun cuando hubiera actuado dolosamente y con dominio del hecho. El concepto de autor de los delitos de infracción de deber se extrae del análisis del tipo y secundariamente, se aplica una concepción de la participación que se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y dominio del hecho. La autoría únicamente viene fundamentada por la infracción de deber. Por el contrario y con naturaleza secundaria, el partícipe se define como aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría¹⁵⁴⁸. El *extranei* no cualificado que determina el resultado sin vulnerar el deber especial puede ser considerado partícipe, y nunca autor, aun cuando dicho deber es la esencia de la ilicitud¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁸ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 386. De este modo, la construcción del tipo se centrará en el obligado y no en el curso de la acción, limitando la punibilidad del *extranei* o la estructura del dominio. En definitiva, se considerará el dominio del comportamiento externo.

¹⁵⁴⁹ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho*.....cit. pág. 405. El autor explica que el fundamento de la punición reside, como en todos los demás tipos, en la lesión del bien jurídico. Rodríguez Mourullo, G.,

Se modifican así las reglas de la accesoriadad de la participación¹⁵⁵⁰. La conducta esencial es el incumplimiento del deber por el sujeto obligado especialmente y el partícipe toma parte en este hecho delictivo, pero su intervención resulta accesoria a la infracción del deber que constituye la autoría.

En este tipo de delitos rige el principio de la accesoriadad limitada. Para el autor, este principio, en el marco de los delitos de dominio del hecho, no tiene ninguna virtualidad, pero en los de infracción de deber sí¹⁵⁵¹. En el concepto del dominio del hecho (la figura central es el sujeto que domina el hecho y lo conduce a su consumación) siempre se da autoría mediata cuando el ejecutor obra sin dolo o con inconsciencia, es un inimputable, menor, coaccionado o disculpado por cualquier causa. Solo existirá un potencial partícipe si ha actuado un sujeto de forma dolosa con el dominio del hecho. Es decir, los delitos de dominio del hecho no admiten la participación en un hecho principal en el que no concurre el dolo.

En cambio, en los delitos de infracción de deber el reconocimiento de la accesoriadad limitada es necesario, por cuanto la accesoriadad extrema dejaría impunes los casos de participación infundadamente¹⁵⁵². El deber permite diferenciar la condición de autor y de partícipe. Así, el autor mantiene una teoría diferenciadora, por la cual, en los delitos de dominio nadie puede ser partícipe (cooperador sin dominio del hecho), sin que otro tenga el dominio del hecho y actúe dolosamente. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber, cabe la participación en hechos principales no dolosos, porque es el deber el elemento que distingue autoría y participación¹⁵⁵³.

Si un *extraneus* instiga a un funcionario a encarcelar a un inocente, no puede ser autor, aunque tenga el dominio del hecho, pero responderá como inductor. Al contrario que en los delitos de dominio, en los que, de acuerdo con la doctrina dominante, se ha de rechazar la participación en hechos principales no finales (no dolosos), en estos se admite la participación aunque el obligado actúe sin dolo, pues este elemento se muestra irrelevante¹⁵⁵⁴. La estructura del delito no se modifica porque el sujeto actúe sin dolo, siendo suficiente que exista una infracción de deber que se erige como elemento

“Algunas consideraciones político-criminales...”, cit. pág. 686. El autor ya adelantaba que los extraños que no reúnen tales cualificaciones no pueden ser autores pero sí partícipes.

¹⁵⁵⁰ Bacigalupo Sagese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 75.

¹⁵⁵¹ Roxin, C., *Autoría y Dominio del hecho...*cit. pág. 403.

¹⁵⁵² *Ibid.*, pág. 397.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, pág. 403.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, pág. 401.

fundamental de la comisión del delito. Del mismo modo, se admite la inducción y la complicidad en el hecho no final.

Como ejemplo de estas circunstancias sería el de una secretaria que impide al administrador incluir en las cuentas anuales una partida correspondiente a un préstamo personal que se le concedió bajo violencia, intimidación o coacción de que le comunicará a su mujer que ha tenido relaciones con ella y destrozará su vida. La doctrina dominante se inclina por la impunidad de quien carece de las características del autor contenidas en el tipo penal, como se deriva de los principios generales.

Desde el punto de vista de los delitos de infracción de deber, si un *extraneus* impide mediante engaño o violencia que un obligado garante cumpla con su deber admitimos la intervención a título de partícipe, por cuanto no es necesario el dolo del garante. La conducta del obligado principal debe ser típica desde el punto de vista objetivo, sin que sea necesario que concurra el tipo subjetivo. En consecuencia, el *extranei* que no infringe un deber puede ser castigado de forma accesoria a título de inductor de un delito de infracción de deber, aunque el ejecutor directo obrara sin dolo y con error sobre el tipo, como cooperador o finalmente, como cómplice de la infracción del deber del autor.

La inducción en los delitos de infracción de deber es posible por parte de aquel que no es un obligado por el deber específico, sin perjuicio de que respecto del inductor se admite la atenuación de la pena.

La complicidad o cooperación a los delitos cualificados de infracción de deber se admite también e incluye el caso de un sujeto que no tiene deber de custodia patrimonial y participa en una administración desleal, de forma que dicha cooperación conllevará una atenuación de la pena.

En síntesis, con independencia de que el obligado por el deber lo infrinja sin dolo será considerado figura central del suceso y en consecuencia, autor. Los delitos de dominio requieren la tipicidad objetiva y subjetiva del hecho principal. En los delitos de infracción de deber el tipo subjetivo no se exige en el hecho principal, es suficiente con que concurra el tipo objetivo. Para determinar la participación se debe entonces definir primero la acción del autor, de acuerdo con la estructura de cada tipo penal en aplicación, y después establecer la accesoriadad con esta infracción de deber.

1.2.- Participación en la omisión.

Roxin afirma que ni el criterio del dominio del hecho ni de “la voluntad de autor” de la teoría subjetiva son criterios idóneos para resolver el problema de la delimitación entre autoría y cooperación en los delitos omisivos. El criterio del dominio del hecho presupone necesariamente un control activo del curso causal y no puede alcanzarse por la mera inactividad. Explica el autor que la idoneidad del dominio del hecho en los delitos de omisión es plenamente reconocida en la doctrina. En cuanto a la aplicación de una teoría subjetiva diferenciadora considera Roxin que los criterios relativos a la teoría del dolo como “la aprobación interna” y “el interés propio” no permiten una delimitación clara de autoría y participación, son disposiciones internas y motivos que son relevantes para la culpabilidad y pena pero no tampoco para esta delimitación, e incluso puede resultar un criterio arbitrario que no atiende a razones objetivas sino únicamente subjetivas¹⁵⁵⁵.

Como se ha indicado anteriormente la concepción de Roxin es que los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, en los que el criterio de infracción del deber de evitar el resultado fundamenta del tipo, así como el cumplimiento de los demás requisitos típicos. La autoría es la realización del tipo, sin que se pueda exigir más para ella. Es indiferente la actitud interna por la que el sujeto se mantiene inactivo porque no modifica la condición de autor y solo puede influir en la medida de la pena. El garante omitente en principio, cuando no hay ningún requisito especial del tipo que lo impida, es autor por omisión si no interviene en la evitación del delito comisivo. En cambio, puede considerarse partícipe cómplice o cooperador cuando no exista la posibilidad de cometer el delito por omisión, por tratarse de un delito de propia mano, de medios determinados o de apropiación¹⁵⁵⁶.

En los casos en los que el garante desconoce el mandato de garantía y no interviene en delitos de propia mano, también denominados como de infracción de deber personalísimos, no evita los perjuicios, solo puede ser cómplice (cooperador), pues el tipo por ejemplo de falso de testimonio requiere un juramento de propia mano y por tanto, no puede instituirse en autor por omisión¹⁵⁵⁷. En los tipos que requieren un elemento subjetivo

¹⁵⁵⁵ Roxin, C., Derecho Penal....., págs. 799-801.

¹⁵⁵⁶ Ibid., pág. 516. A favor de admitir la participación omisiva en los delitos de empresa, “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, cit. págs. 10-11. Admite el autor que un sujeto no garante puede responder penalmente como partícipe por omisión, como por ejemplo quien permite que un ámbito sirva para la comisión de un crimen o un sujeto que tiene un deber de garantía que no es el específico que daría lugar a la autoría del delito.

¹⁵⁵⁷ Ibid., págs. 802-804.

como un ánimo de apropiación y falta en el garante inactivo (un vigilante respecto de un robo), se castigará por complicidad o cooperación por omisión en el robo. En los delitos de infracción de deber el omitente no opera ni influye sobre el autor como en la participación activa, sino que realiza el tipo de omisión de forma independiente, un tipo propio totalmente diferente a la cooperación comisiva¹⁵⁵⁸. Igualmente, el omitente será partícipe en lugar del autor cuando la posición de garante consista en impedir la acción de complicidad de otro (por ej. si el padre no impide que su hijo sea cómplice en unas lesiones, será cómplice por omisión en el delito de lesiones)¹⁵⁵⁹.

Por lo tanto, en la medida que el delito de manipulación de cuentas anuales no se comprende en ninguna de dichos supuestos, en el supuesto de que el omitente tenga la condición de garante, responderá a título de autor y no de partícipe.

Para Roxin es posible la inducción por un *extranei* a la comisión de delitos omisivos, como especie de delitos de infracción de deber y así lo explica en contra de la postura de autores como Armin Kaufmann y Welzel, que defienden que no existe un dolo de omisión por lo que no es posible admitir la inducción en estos delitos, puesto que, según este autor, basta que el autor conscientemente no intervenga en un curso causal y en ese momento acepte la producción del resultado típico¹⁵⁶⁰. En este terreno de la instigación en el delito de omisión impropia, si se acepta la tesis de Roxin de no hacer depender la accesoriadad del dolo (entendido como voluntad final de realización), sino de la existencia de un deber, la falta de dolo en el hecho principal no constituye problema para admitir la instigación en la omisión impropia¹⁵⁶¹. Roxin considera que la verdadera autoría de un delito de omisión sería posible solamente en algunos pocos casos, como son en los que es “esencial la dirección a la no evitación del resultado y cuya causación determina responsabilidad por un puro delito de resultado”. La mayoría de los tipos exigen sin embargo una clase determinada de acción para la autoría, que no existe en la acción del que instiga¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, págs. 802-804.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, pág. 527. Silva Sánchez, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, CPC, nº 38, 1989, pág. 388. Silva Sánchez sostiene en este artículo una teoría que llega a las mismas conclusiones que en la teoría de infracción de deber en la determinación de la autoría y de la participación del *extraneus*.

¹⁵⁶⁰ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, Navarra, 2014, pág. 269. En el marco del sistema alemán así lo afirma Roxin en relación con el 28 StGB. Bacigalupo Zapater, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 179 y ss. Bacigalupo concluye que la instigación solo es posible como la determinación de otro a cometer un delito, es decir, como la creación en otro del dolo del hecho.

¹⁵⁶¹ Bacigalupo Zapater, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 176 y ss.

¹⁵⁶² Bacigalupo Zapater, E., *Los delitos impropios de omisión*, págs. 179 y ss. Así mismo, Schröder piensa que es absurdo condenar como instigador a quien determina a un administrador a perjudicar los bienes confiados, mediante un hecho positivo y a la vez, eximirlo cuando se lo determine a hacerlo por omisión, en la

Roxin admite también la cooperación o complicidad de un *extranei* en un delito omisivo y considera que resulta injusta la punibilidad como autor de un delito de comisión de quien solo ha reforzado la voluntad de omitir de un no garante, que por tanto, solo aparece punible dentro de la escala penal generalmente con un menor tipo impositivo¹⁵⁶³.

2.- La participación en los delitos de infracción de deber según JAKOBS

En sentido contrario a Roxin, Jakobs apunta que no todos los delitos de omisión son delitos de infracción de deber, ya que también hay delitos de omisión que se fundan en la responsabilidad por organización. Además, considera que todos los delitos especiales son delitos de infracción de deber, pero que también hay que tener en cuenta que no todos los delitos de infracción de deber son delitos especiales¹⁵⁶⁴.

Jakobs ha desarrollado la denominada teoría de la participación en el injusto referida al resultado, en virtud de la cual se han de tener en cuenta las siguientes premisas¹⁵⁶⁵. El injusto de la participación consiste en el ataque propio, no en concepto de autor, a un bien por medio de la causación de un hecho imputable al autor con dolo propio de consumación. Las descripciones de los delitos de la Parte Especial comprenden solo la ejecución en concepto de autor de quien comete los mismos. El partícipe no infringe el tipo descrito en la parte Especial, sino solo la prohibición ampliada por los preceptos de participación, de modo que los tipos de participación se convierten en causas de extensión de la punibilidad. El hecho es obra del autor, no del partícipe, pero cuantitativamente este último posee una parte del hecho reducida (accesoriedad cuantitativa). En consecuencia, sin el hecho principal no se lleva a cabo el injusto material de la participación. La coautoría y la autoría mediata son también ampliaciones de la punibilidad, pero en estas formas la vinculación de la responsabilidad con la configuración del tipo es más estrecha que en la participación.

Jakobs expone que se debe distinguir, por un lado, entre delitos comunes y delitos especiales. Por otro lado, se debe distinguir entre delitos de infracción de deber y delitos de responsabilidad por organización. Esta clasificación entre responsabilidad por la

medida en que este caso es imposible construir su autoría por faltar la calidad en el autor, la instigación por un no cualificado a producir la lesión del bien jurídico mediante un acto positivo resultaría punible, mientras que igual situación generaría la impunidad del no cualificado cuando la instigación se refiera a una omisión.

¹⁵⁶³ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, cit. págs. 354 y 789. Bacigalupo, E., *Los delitos impropios de omisión*, pág. 182.

¹⁵⁶⁴ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*...cit. págs. 34-39. Según la autora, la calificación de los delitos especiales y los delitos de infracción de deber no es totalmente coincidente, aunque se puede afirmar que los primeros son los precursores de los segundos.

¹⁵⁶⁵ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*...cit. pág. 796

organización y responsabilidad institucional no modifica las consecuencias de los delitos de infracción de deber respecto de la accesoriedad. Considera este autor que en vez de utilizar la denominación de Roxin como delitos de infracción de deber, habría que llamarlos “delitos con deber que elude la accesoriedad”¹⁵⁶⁶.

Dentro de los delitos especiales se pueden encontrar dos tipos. La primera categoría son aquellos en los que en la descripción típica se delimitan formalmente los autores que pueden lesionar el bien jurídico en el tipo y en los que la autoría se determinará de acuerdo con el criterio del dominio del hecho o responsabilidad por la organización. Los delitos de dominio son delitos comunes; por ello puede haber en ellos reparto de tareas.

Por otro lado, diferencia los denominados delitos de infracción de deber, que constituyen la mayoría de los delitos especiales, pero no todos, en los que la autoría está delimitada por una estructura singular y es la institución la que determina verdaderamente los potenciales autores que se relacionan con el bien jurídico. En las instituciones de importancia trascendental para la existencia de la sociedad, el *estatus* se convierte en posición de garante, de forma que: “*el delito especial es entonces, simultáneamente delito de infracción de deber, de modo que el obligado especialmente por lo que se refiere al ámbito de su deber especial, es siempre autor*”. Se entiende por *estatus*: “*un haz, asegurado institucionalmente, de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, del cual el deber lesionado garantizado penalmente solo constituye un fragmento*”. El hecho principal conecta al partícipe con una institución que a él no le concierne, que no le obliga a él personalmente, al no tener “*estatus*”. Sin el injusto del hecho principal, el partícipe en el que no exista la cualificación de autor específica del delito no puede cometer el injusto en concepto de autor. Únicamente, a través de una persona cualificada, la aportación del no cualificado llega a constituir defraudación de expectativas¹⁵⁶⁷.

En consecuencia, debido a que el especial elemento personal fundamenta la autoría, se evita la fundamentación de la participación en un injusto especial sin hecho principal. El que no está obligado únicamente puede responder “en segundo término” y limitadamente. Esta limitación se desprende del hecho de que los deberes propios (que fundamentan la punibilidad) y los impropios (agravantes de la penalidad) son especiales elementos personales¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁶ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*.....cit. pág. 792.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, pág. 797.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, pág. 831

Cuando un *extraneus* participa en el delito de infracción de deber sí ha de responsabilizarse a título de partícipe, pero se le impondrá una pena de forma atenuada. El partícipe ataca de forma propia un bien, no directamente, sino a través del autor. La contribución al hecho del autor, con dolo propio de consumación, convierte al hecho principal en un hecho que puede imputarse también al partícipe como obra suya¹⁵⁶⁹. De este modo, concibe la participación como reparto del trabajo en una organización común, en una obra única que es el delito. El destinatario de la imputación será no solo el ejecutor de propia mano, sino el colectivo al que pertenece el delito. Por este motivo, se afirma que en estos delitos puede haber reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar. La separación de roles es determinante porque va a permitir diferenciar entre autores y partícipes, en función de los deberes que incumplen los diferentes sujetos. En este sentido, considera el autor que no es lo mismo el incumplimiento del Director que deja escapar a un preso, que el del resto de funcionarios de la prisión que lo permiten.

La infracción de deberes por omisión por parte del obligado por el deber en virtud de competencia institucional se califica como delito de infracción de deber, de forma que el garante que omite siempre se deberá considerar autor. En los supuestos en los que la posición de garante se sustenta en una competencia por organización, el garante que omite puede ser tanto coautor como cooperador, en función de la intensidad de la aportación al curso del hecho. En los casos de varias infracciones de deberes especiales se deberá diferenciar entre autores y partícipes en función de los respectivos deberes de forma semejante a los casos de delitos comunes. Por este motivo, afirma Jakobs que existe un elemento de cuantificación análogo a los delitos de dominio del hecho que es la jerarquía de las obligaciones¹⁵⁷⁰.

En relación con la accesoriadad cuantitativa, según la construcción de Jakobs, en los delitos de infracción de deber no existirá la distribución de formas de conducta, por la inmediatez del deber, lo que conlleva que no es aplicable la solución que con carácter general se da a la tentativa. Al estar cada interviniente obligado unido directamente con el bien afectado, el comienzo de la tentativa dependerá únicamente del comportamiento de cada uno (lo denomina solución individual). Esto provoca que: *“La aportación del garante sin dominio del hecho puede ya constituir una tentativa en concepto de autor, incluso si no se produce la tentativa del hecho principal”*. Pone como ejemplo Jakobs el caso de que el

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, pág. 797

¹⁵⁷⁰ Jakobs, G., “El ocaso del dominio del hecho”, edit. Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 119-120

marido auxilia al asesino de su esposa es autor de un homicidio intentado, aun cuando tras prestar su colaboración pierda la influencia ulterior sobre el hecho. El resultado concuerda con el aspecto omisivo del comportamiento. El garante en concepto de autor comete tentativa al dejar pasar la última oportunidad de salvación¹⁵⁷¹.

Las objeciones fundamentales a la tesis de Jakobs las sitúa Roxin en que no se puede efectuar una graduación valorativa entre deberes de garante que se “corresponden” más con la autoría o más con la cooperación o complicidad en los delitos comisivos, porque cada deber de garante tiene igualmente por contenido la evitación del resultado¹⁵⁷².

3.- La participación en los delitos de infracción de deber según LESCH

El deber institucional se constituye por medio de un acto especial y altamente personal. La infracción del deber es una circunstancia personal: infracción de deber y accesoriadad no son armonizables¹⁵⁷³.

Lesch defiende que el especialmente obligado es autor único, ya que de lo contrario no estaríamos ante un delito de infracción de deber. Para este autor la intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber no es posible. En este tipo de delitos no se diferencia la forma de intervenir en el delito, ni cuantitativa ni cualitativamente, sino que rige el principio de autor único, por lo que todo quebrantamiento del deber (aportes preferentes o de poco valor, hacer positivo o por omisión) supone una responsabilidad completa como autor. Según este autor, no se puede decir que en ningún caso puede haber intervención accesoria entre el *extraneus* y el obligado especialmente. El *extraneus* solo podrá adquirir la unión con el especialmente obligado por organización y no por lesión del deber. El que el *intraneus* lleve a cabo un delito de infracción de deber no significa que no haya podido también organizar algo.

El portador de un rol institucional puede realizar además de un delito de infracción de deber también un delito de organización, accesorio y desde el punto de vista normativista, común. De acuerdo con las reglas de la complicidad, esta queda desplazada por la autoría. De este modo, si el especialmente obligado no puede ser autor, por no poseer

¹⁵⁷¹ Jakobs, G., *Derecho Penal, Parte General*.....cit. pág. 792.

¹⁵⁷² Roxin, C., *Derecho Penal*....., 2014, pág. 810.

¹⁵⁷³ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit. págs 69 y ss. Señala el autor que: “El delito de infracción de deber es una forma de responsabilidad especial y autónoma, fundamenta un riesgo típico especial, autónomo”.

la característica típica especial, no ejecutará un delito de infracción de deber, pero responderá, en su caso, de haber organizado defectuosamente¹⁵⁷⁴.

Considera este autor que en el caso de los delitos de funcionarios públicos no son *per se* delitos de infracción de deber, sino que también deben considerarse como delitos de organización, a cuyo tipo solo puede acceder un *extraneus* con ayuda de un *intraneus*¹⁵⁷⁵.

Según Lesch, el fundamento y objeto de la responsabilidad jurídico-penal de autor y partícipe es idéntico, aun cuando las cuotas de responsabilidad son diferentes. Autoría, inducción y complicidad representan fenómenos de determinación de la pena, integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito. La diferencia entre estas formas de intervención es cuantitativa, es decir, que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido se rige, al menos en principio, según la envergadura de la intervención¹⁵⁷⁶.

La determinación del *quantum* de la intervención ha de realizarse a través de las teorías de la normativa del injusto y de la imputación objetiva. Las fórmulas de intervención son diferenciadas en el ámbito de la imputación objetiva de modo que trascienden del curso causal externo y se proyectan en la obligatoriedad de la norma. La aportación del que realiza el último acto y la decisión determinante para la producción del resultado adquiere una significación sobresaliente para el daño a la vigencia de la norma¹⁵⁷⁷.

En resumen, el obligado por el deber institucional comete siempre un delito de infracción de deber, responde por toda participación de forma inmediata en calidad de autor y por el injusto propio, sin que sea posible la intervención de un *extraneus*. La responsabilidad del “*intraneus*” es enteramente personal y los roles permanecen separados, sin que se admita una responsabilidad accesoria en forma de coautoría por injusto colectivo¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁴ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*....cit. págs 71 y ss.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, pág. 72

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, pág. 73 y ss.

¹⁵⁷⁷ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*....cit. pág. 75. El “determinar” a otro el hecho solo puede fundamentar una sobrevaloración de complicidad a inducción, cuando el autor adquiere su determinación y la mantiene firme. Si el inductor ha determinado la realización del hecho en otro, ello justifica que su punibilidad sea igual que la del autor.

¹⁵⁷⁸ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*....cit. pág. 106. Al *intraneus* se le imputa todo lo que causa su quebrantamiento del deber, por causa natural o por actuaciones de terceros. Esta imputación fáctica de acciones ajenas, como complemento de injusto del delito de infracción de deber, se diferencia de la estructura de la imputación de la intervención accesoria.

4.- La participación en los delitos de infracción de deber según SÁNCHEZ-VERA

Considera Sánchez-Vera que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no lo establezca expresamente, admite los postulados de la teoría de infracción de deber, al mantener el título de imputación y condenar al interviniente *extraneus* con una pena atenuada por la ausencia del deber especial. Este autor ha defendido y fundamentado que a tenor de la aplicación de los delitos de infracción de deber no existen como tales los delitos de deber impropios y que por tanto, no existe tal distinción entre propios e impropios. En ambos tiene la misma respuesta la lesión positiva y por tanto tienen el mismo fundamento¹⁵⁷⁹. En los supuestos en que una persona no vinculada por la institución positiva colabora participando en su lesión, afirma Sánchez-Vera¹⁵⁸⁰, que es posible la participación del *extraneus* en delitos de infracción de deber. Si un *extraneus* utiliza como instrumento a un obligado especial, no habrá autoría mediata porque el hombre de atrás no es un obligado positivamente¹⁵⁸¹. También reconoce este autor que cabe la intervención de terceros en un delito de infracción de deber por medio de cooperación necesaria, inducción y complicidad¹⁵⁸².

Doctrina y jurisprudencia han fluctuado en las respuestas dadas para considerar punibles estas formas de participación, apelando a la unidad del título de imputación y a la ruptura del título de imputación¹⁵⁸³. Unas y otras admiten la distinción entre delitos especiales o de infracción de deber propios y delitos especiales o de infracción de deber impropios. Por este motivo, Sánchez-Vera apunta que se debe marcar una línea aplicable a todos los casos, sobre la base de una jurisprudencia que ha venido aplicándose a los delitos de infracción de deber impropios¹⁵⁸⁴ y que se fundamente en las siguientes premisas:

¹⁵⁷⁹ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*....cit. págs. 249 y ss.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, págs. 217 y ss.

¹⁵⁸¹ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*.....cit. pág. 201. Ej. una parte engaña al juez, lo que en el marco de nuestro ordenamiento, solo podrá considerarse punible a través de la autoría mediata construida con base en un delito de dominio del hecho. Ej si como consecuencia del engaño se decretó prisión contra un tercero víctima.

¹⁵⁸² Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*.....cit. pág. 228. Sánchez -Vera Gómez-Trelles, "Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación", Actualidad Jurídica Aranzadi núm 415. En el marco de la sentencia comentada en este artículo, afirma el autor "Si bien es cierto que cuando un juez y un *extraneus* –aunque sea este fiscal- coinciden en la comisión de un delito de prevaricación, no es posible hablar de coautoría, pues esta presupone un único criterio de imputación para todos los coautores y en el supuesto planteado nos hallaríamos ante dos diferentes: por un lado, la imputación del hecho al juez con base en el quebrantamiento de su deber a modo de delito de infracción de deber; por otro, la imputación del hecho al *extraneus* con base a la organización defectuosa, no es menos cierto que la conducta del *extraneus* podrá ser punible como inductor o como cómplice o cooperador en el delito del juez".

¹⁵⁸³ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*.....cit. pág. 233.

¹⁵⁸⁴ En este sentido, la STS de fecha 12 de febrero de 1997 (Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater, RJ 1997/1362) declara: "Por el contrario: es claro que el «*extraneus*» que colabora con el autor de un *delito*

(i) La participación en un delito impropio de infracción de deber supone un mayor injusto que la participación en el delito común subyacente que se corresponde con el mismo, porque se lesiona también la confianza que tienen todos los ciudadanos en dicho obligado especial¹⁵⁸⁵.

(ii) No todos los delitos de infracción de deber impropios tienen un tipo común subyacente que se corresponde con los mismos, y, del mismo modo, no cabe afirmar que por eliminar la cualificación especial de la infracción de deber quede un delito común que sirva de referente para determinar la pena del partícipe *extraneus*¹⁵⁸⁶. En el supuesto en el que un *extraneus* induce a un obligado especial a llevar a cabo mediante acción un delito de quebrantamiento de condena (art. 471 CP), según un amplio sector de la doctrina, este respondería a tenor del citado precepto, mientras que el primero respondería como inductor del delito común subyacente, previsto para el particular (art. 470). Estaríamos ante la comisión de un delito impropio de infracción de deber mediante acción, que agravaría la punibilidad del inductor que, sin cualificación, también es punible (art. 470 CP).

Por otro lado, en el supuesto de que el *extraneus* induzca a un obligado especial a que lleve a cabo el delito de quebrantamiento de condena mediante omisión, nos encontraríamos, según la doctrina mayoritaria, ante un delito propio de infracción de deber, porque si no fuera por la cualidad del sujeto no existiría delito. El tercero no puede cometer el delito por omisión porque no es garante, por lo que el obligado especial respondería en virtud del art. 471 CP, mientras que el tercero no respondería como inductor a un delito común (art. 470 en relación con el art. 65), sino como inductor al delito de infracción de deber propio (art. 471 CP). Este autor propone así la eliminación de la distinción entre delitos especiales propios e impropios y que se castigue al *extraneus* en todo delito especial por participación con una pena atenuada¹⁵⁸⁷.

En consecuencia, concluye Sánchez-Vera que cuando se aplica la teoría de infracción de deber, no puede distinguirse entre delitos de infracción de deber impropios o

de infracción de deber doloso realizando la acción constitutiva del tipo penal para beneficio del «intraneus» ejecuta, por regla, un comportamiento que reúne todos los requisitos de la cooperación necesaria". Por su parte, en la STS de fecha 18 de noviembre de 2000 (Ponente Enrique Bacigalupo, RJ. 2000/8942) se afirma: "No obstante, teniendo en cuenta que estamos analizando la responsabilidad penal por un **delito de infracción de deber**, en el que no rigen las mismas reglas de la accesoriedad que en los delitos de dominio del hecho, debemos comprobar si la acción que se le imputa constituye o no una infracción del específico deber que da lugar al delito de prevaricación."

¹⁵⁸⁵ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*.....cit. pág. 243.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, pág. 254.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, pág. 260.

propios, de modo que si existe una lesión de los deberes de una institución positiva, siempre fundamentará la punibilidad del obligado especialmente, siendo en todo caso irrelevante el dominio del hecho, aunque concurra, en el marco de este delito. Del mismo modo, la existencia de un delito común subyacente, que pueda ser atribuido a un sujeto no obligado especialmente por su dominio del hecho, es intrascendente para la apreciación de la comisión de un delito de infracción de deber, aunque sí tendrá relevancia en el ámbito de los concursos¹⁵⁸⁸. De esta manera se evitan resultados ilógicos a los que se llegaría si se atiende a la acción y no a la infracción de deber, como los que se darían si a la madre que actúa prestando un cuchillo para matar a su hijo se la califica como cómplice y si solo omite, se le condene como autora¹⁵⁸⁹.

5.- La participación en los delitos de infracción de deber según SILVINA BACIGALUPO

Defiende Bacigalupo que la teoría de los delitos de infracción de deber fundada en la estructura de los tipos penales resulta compatible con el Derecho penal español vigente¹⁵⁹⁰. Debido a que los delitos de infracción de deber solo han sido admitidos por la opinión minoritaria¹⁵⁹¹, la doctrina española no había profundizado en la cuestión de la accesoriadad en estos delitos, por ello los estudios que comienzan a desarrollarse sobre esta materia en España, como es el de Bacigalupo, se puede afirmar que son pioneros.

Siguiendo los postulados de la teoría de Roxin, la autora defiende que el hecho principal viene condicionado por la estructura del tipo penal, de modo que si se trata de un delito en el que la punibilidad se dirige a un autor obligado por un deber extra-penal y es posible distinguir conceptualmente la infracción del deber, la figura central del suceso que produce la actuación perjudicial será el que infringe el deber, aunque no tenga el dominio

¹⁵⁸⁸ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*.....cit. pág. 264. Sánchez -Vera, J. “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm 415. Si solo se aplicara una aminoración de la pena, se produciría un agravio comparativo en el caso de la cooperación necesaria.

¹⁵⁸⁹ Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*.....cit. pág. 261.

¹⁵⁹⁰ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*...cit. pág. 66.

¹⁵⁹¹ La mayor parte de la doctrina ha criticado la solución dada por la teoría de los delitos de infracción de deber en relación con la participación. Robles Planas, R., *La participación en el delito*.... En lo que se refiere a la punibilidad del *extraneus* que participa en un delito especial, critica Robles Planas la solución de la teoría de los delitos de infracción de deber, por cuanto considera que el partícipe no puede lesionar una institución por la que no está obligado.

de la acción lesiva del interés protegido. Esta posición puede ser aceptada en el marco de las reglas de la autoría en el sistema español¹⁵⁹².

En el mismo sentido, señala la autora que las reglas sobre la accesoriadad del Derecho vigente tampoco se oponen a las que se derivan de la teoría de los delitos de infracción de deber, que “redefine la accesoriadad”, pero no modifica su concepción legal. La teoría de los delitos de infracción de deber es perfectamente compatible con el sistema de la accesoriadad limitada que defiende la opinión dominante (hecho principal típico y antijurídico), aunque en lo que se refiere a la accesoriadad cualitativa, sí se modifica la accesoriadad respecto de las características del hecho principal del que depende la participación¹⁵⁹³.

La autora se plantea la posibilidad de admitir los delitos de infracción de deber “impropios” y en este sentido apunta Bacigalupo que dicho interrogante ha sido convincentemente rechazado por Sánchez-Vera. El partícipe siempre será punible como tal en el delito de infracción de deber y la pena aplicable dependerá de la accesoriadad¹⁵⁹⁴. Las características del autor en los delitos de infracción de deber son elementos de lo injusto (es decir, del carácter típico y antijurídico) y su accesoriadad implicaría, si no existiera una limitación, que el partícipe no cualificado tendría que ser punible por el mismo delito, lo que quiere decir con una pena prevista en el mismo marco penal.

En la misma línea que la tesis de Roxin, se explica por la autora que a las reglas de la accesoriadad en el Derecho español se les aplica la misma regla que el derecho alemán, es decir, que es la estructura de los tipos penales individuales de la parte especial la que determina el punto de partida, de quién es la “figura central del suceso”. En los delitos en los que esta figura central es la que dirige la acción y, por tanto, domina el hecho, las acciones de los partícipes son accesorias de la conducta del que domina el hecho. Por el contrario, hay otros tipos penales, en los que la figura central del suceso es quien ha

¹⁵⁹² Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. págs. 160-168. Cita como ejemplo esta autora los casos en los que el obligado por el deber lo infringe obrando por error de tipo, por tanto sin dolo según el art. 14.1 CP no dejará de ser autor, aunque pueda quedar impune porque –por regla- el delito de infracción de deber solo es punible de forma dolosa y, consecuentemente, si no se requiere el dolo del autor de hecho principal cabe sancionar a los partícipes que hayan cooperado en la realización material del hecho. La eventual no punibilidad del infractor del deber es estos casos completamente irrelevante, dado que la accesoriadad limitada no requiere la punibilidad del autor del hecho principal.

¹⁵⁹³ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 161. Respecto de la accesoriadad cuantitativa esta autora apunta que no se plantea problema alguno: en todo caso los delitos de infracción de deber requieren el comienzo de ejecución del hecho principal.

¹⁵⁹⁴ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 164.

infringido un deber extra-penal, de forma que la acción del partícipe debe ser accesoria de la conducta del titular del deber infringido¹⁵⁹⁵.

Estas consideraciones llevan a concluir a la autora que¹⁵⁹⁶: “(...) *el sistema de la accesoriadad limitada puede bifurcarse con el objeto de dar cuenta de las distintas estructuras de los tipos penales de la parte especial para garantizar soluciones compatibles con los valores básicos del Derecho penal en esta materia, es decir: para fundamentar soluciones en el ámbito de la participación que diversifiquen las respuestas penales según la aportación al hecho de cada partícipe*”.

Analizadas los desarrollos doctrinales expuestos respecto de los delitos de infracción de deber, se puede concluir que los postulados de la teoría de Roxin sobre la participación en los delitos de infracción de deber suponen una solución satisfactoria en términos de seguridad jurídica y aplicación del principio de legalidad. La doctrina de los delitos de infracción de deber atiende de forma lógica a la distinción entre la intervención del autor obligado por deberes especiales extrapenales y la intervención del partícipe *extraneus* que coadyuva al hecho del autor constitutivo de infracción de sus deberes con actos de carácter accesorio y sin encontrarse en una posición de obligado especial que permita incumplir deber específico alguno. Los parámetros de dicha propuesta resultan plenamente aplicables en el marco del Ordenamiento jurídico español, como han mostrado los estudios efectuados por Sánchez-Vera y Bacigalupo, sin perjuicio de que las argumentaciones esgrimidas por uno y otro autor son diversas.

VII.- LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA

Como se desprende de lo dispuesto en apartados anteriores, se puede afirmar que las aportaciones analizadas tanto de la doctrina alemana como de la doctrina española ofrecen de forma global argumentos convincentes en relación con la posible participación del *extraneus* en el delito de infracción de deber, del que solo puede resultar autor el obligado especial, sujeto al cumplimiento de un deber específico extrapenal. En los delitos de

¹⁵⁹⁵ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 167. Cita la autora la mención de Roxin en relación con el derecho alemán de que: “*los elementos de la autoría no surgen solo del art. 28 StGB, sino de la convergencia de esta norma con las estructuras en las que sostienen los tipos penales de la parte especial, los delitos de infracción de deber, los delitos de dominio, lo de propia mano, etc.*”.

¹⁵⁹⁶ Bacigalupo Saggese, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber...*cit. pág. 167.

infracción de deber rige el principio de accesoriedad limitada, de forma que el *extraneus*, como sostiene Roxin, interviene de forma accesoria en el hecho delictivo. Se plantea entonces ahora si las consecuencias prácticas a las que llega la tesis de los delitos de infracción de deber podrían tener encaje en nuestro Sistema jurídico a tenor del sentido de las resoluciones jurisprudenciales dictadas hasta la fecha en las que se ha planteado la participación del *extraneus* en el delito especial.

Son muy numerosas las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se admite la participación del *extraneus* en un delito especial, así como la aminoración de la pena respecto del obligado especial¹⁵⁹⁷, y de su análisis se desprende que la jurisprudencia en España ha evolucionado de forma gradual y constante hasta consolidar esta postura de que el *extraneus* responde por su aportación al hecho del autor principal y obligado especial. Esta realidad me lleva a afirmar que si se confrontan los postulados de esta teoría con los pronunciamientos jurisprudenciales realizados en torno a la participación del *extraneus* en el delito especial, se puede comprobar que, desde el punto de vista práctico, está siendo adoptada la tesis mantenida por los defensores de los delitos de infracción de deber relativa a que los terceros no cualificados no pueden ser autores del delito especial, pero sí pueden responder a título de partícipes¹⁵⁹⁸. Esta conclusión permite afirmar que la teoría de los delitos de infracción de deber tiene un encaje lógico en el marco del ordenamiento jurídico español.

¹⁵⁹⁷ En este sentido, la STS de fecha 14 de noviembre de 2003 (Ponente José Ramón Soriano Soriano), la STS de fecha 2 de noviembre de 2004 (Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), analiza el supuesto de un *extraneus* participa junto al administrador de una sociedad en un delito de administración desleal tipificado en el art. 295 CP. En el mismo sentido se pronuncia la STS de fecha 25 de enero de 2006, RJ\2006\3331 (Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), en la que condena al *extraneus* como cooperador necesario de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal. En esta sentencia se plantea la responsabilidad penal de un letrado del Grupo Torras, ya que la acusación plantea que tenía una posición de garante respecto de este Grupo, no solo por el asesoramiento jurídico que venía prestando, sino también por su asesoramiento en materia mercantil y de contratos, y por injerencia, al haber sido la persona que facilitó la cuenta de destino a la que había de dirigirse los 2.000 millones de pesetas distraídos mediante el pago de una factura falsa, así como las instrucciones para el pago, todo ello confidencialmente. Este letrado no era el único del Grupo y por su despacho profesional tenía otros clientes. De acuerdo con esta posición de garante, se considera que la distracción de numerario es imputable objetivamente al mismo. El sujeto es condenado como cooperador necesario, al considerar que ha efectuado actos sin los cuales el delito de apropiación indebida no hubiera podido efectuarse. La sentencia concluye que es cierto que no recibió en momento alguno la posesión legítima del dinero, ni fue su administrador ni depositario, pero su intervención fue decisiva para que los otros acusados distrajesen el dinero. Otras sentencias que sí admiten la participación del *extranei* en el delito son la STS de fecha 4 de enero de 2005 (Ponente Julián Sánchez Melgar), STS 1388/2011, de 30 de noviembre y la STS 636/2012, de 13 de julio.

¹⁵⁹⁸ Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, 2010, pág. 416. No obstante, reconoce el autor que no se equipara la pena, sino que se aplica una atenuación de conformidad con lo dispuesto en el art. 65.3 CP.

En la línea de lo expuesto, la clasificación del delito del art. 290 CP como de infracción del deber tiene evidentes consecuencias en el ámbito de la participación, especialmente en el de la accesoriadad¹⁵⁹⁹. La infracción del deber del art. 290 CP y la participación es accesoria a dicha infracción de deber, además de llevar aparejada una pena menor, como así se desprende del art. 65.3 CP y de la jurisprudencia que lo ha interpretado para su correcta aplicación.

A través de la teoría de los delitos de infracción de deber se puede comprender de forma lógica la participación de todos aquellos sujetos no obligados especiales, clasificados como *extraneus* en el marco de un delito especial, como es el tipo de manipulación de las cuentas anuales. Se admite que el *extraneus* puede participar en el delito llevado a cabo por el *intraneus* obligado especialmente, si bien, debido a que no se encuentra en la posición del obligado especialmente, la pena que le deberá ser impuesta vendrá atenuada en un grado, en el caso del inductor y del cooperador necesario y en dos grados en el caso del cómplice¹⁶⁰⁰. A esta solución ha llegado en la práctica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el delito de manipulación de información societaria, aunque no haya asumido específicamente la existencia de esta clase de delitos diferenciada de los delitos de dominio, al reconocer que sí es posible la inducción, como la cooperación necesaria y la complicidad en el delito de manipulación de cuentas y otros documentos del art. 290 CP.

En relación con el específico delito del art. 290 CP, ya la STS del caso Banesto de 29 de julio de 2002 admitía la participación del *extraneus* en el delito especial y en particular, los auditores como cooperadores necesarios, de acuerdo con la consideración de que: “*al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados*”. En la misma línea la STS nº 552/2005, de fecha 9 de mayo de 2005 establece que es posible la participación delictiva del *extraneus* a título de inductor, cooperador o cómplice en este delito. La más reciente STS de fecha 19 de abril de 2012, RJ\2012\9034 ha reconocido la categoría de los delitos de infracción de deber de forma expresa y ha llegado a las conclusiones apuntadas respecto de la aplicación al *extraneus* como cooperador necesario de la pena atenuada conforme con lo dispuesto en el art. 65.3 CP.

En el mismo sentido se puede afirmar que en las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en torno al tipo del art. 290 CP también parece haber dejado su

¹⁵⁹⁹ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, cit. pág. 164.

¹⁶⁰⁰ Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Cuestiones prácticas...* cit. pág. 50.

huella el planteamiento de la tesis de los delitos de infracción de deber, pues se reconoce de forma mayoritaria que es posible la participación del *extraneus* en este tipo de delitos¹⁶⁰¹.

En definitiva, se puede afirmar con carácter general que es incuestionable la admisión por el Tribunal Supremo de la posible participación del *extraneus* en el tipo del art. 290 CP y la aplicación de una atenuación en la pena al mismo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65.3 CP, sin perjuicio de que al final esta investigación se planteará de *lege ferenda* una valoración sobre la posibilidad de incluir alguna mención expresa en el CP relativa a la participación del *extraneus* en el tipo del art. 290 CP. No obstante, con el fin de concretar el alcance de la participación en este delito se deberá realizar un análisis de las potenciales intervenciones que determinados *extraneus* pueden tener en el proceso contable y en la confección de las cuentas anuales, y en particular, desde las diferentes posiciones que ocupan en el organigrama por sus funciones y cometidos, como son los asesores legales, asesores financieros, directores, empleados, contables y auditores.

De acuerdo con el análisis de la conducta del administrador como garante y de otros sujetos que no son garantes se pueden distinguir los siguientes supuestos:

1.- El administrador obra de forma dolosa e intervienen otros sujetos que no tienen dicha condición

Ejemplo de este supuesto es el administrador que de forma dolosa muestra en las cuentas anuales una situación de la sociedad que no se corresponde con la realidad subyacente y que, por tanto, no refleja su imagen fiel y en su actuación es ayudado por un asesor financiero, que se ocupa de confeccionar las cuentas de forma que escondan los datos fraudulentos en orden a evitar que puedan ser detectados por los auditores o por la Junta General que proceda a su aprobación.

En la medida en que la posición de garante solo la ostenta el administrador y los deberes que se desprenden de la misma son personalísimos, la aplicación de las reglas de la accesoriedad llevará consigo el que el no obligado por ningún deber especial extrapenal sea

¹⁶⁰¹ La doctrina de las Audiencias también ha evolucionado en el sentido de admitir la participación del *extraneus* en el art. 290 CP. Así, la SAP de Barcelona, sec. 5ª de fecha 4 de diciembre de 2001, RJ\2002\44233 admite la participación del *extraneus* en este delito, la SAP de Burgos de fecha 7 de febrero de 2003, confirmada por la STS de 9 de mayo de 2005, RJ 2005\4402, la SAP de la Audiencia Provincial de las Palmas de fecha 29 de febrero de 2008, JUR\2008\165748 confirmada por la STS de 11 de marzo de 2009, RJ\2009\4822, con la atenuación de pena correspondiente.

considerado cooperador o cómplice y en su condena se le aplique una aminoración de la pena.

La mayoría de las intervenciones de favorecimiento a la comisión del delito del art. 290 CP se resolverán por los cauces de la cooperación y la complicidad¹⁶⁰². El auditor de cuentas, el asesor legal externo, inversores, acreedores, y otros sujetos interesados en la marcha de la actividad empresarial, ajenos a la estructura societaria, pueden ser considerados cooperadores necesarios o cómplices de la comisión del delito. Del mismo modo, sujetos que han actuado de forma conjunta con los administradores desde dentro del marco de la sociedad como contables, directores a nivel general o del departamento financiero o contable, auditores internos, administrativos con competencias en esta materia, dependiendo de las funciones específicas dentro de la estructura de la empresa, también podrán ser considerados cooperadores necesarios o cómplices de la comisión del delito.

De este modo, los inductores, cooperadores necesarios y cómplices que coadyuven de alguna manera a la conducta delictiva del administrador que falsea las cuentas de la entidad u otros documentos societarios, no tendrían en ningún caso la condición de obligados especiales, pero habrían participado en un delito societario tipificado en el art. 290 CP y se les aplicaría la pena del mismo con la minoración de pena correspondiente en cada caso.

Si un *extraneus* induce o determina al *intraneus* administrador a cometer el delito de manipulación delictiva de las cuentas anuales u otros documentos, podrá ser considerado partícipe a título de inductor. No podrá ser considerado autor mediato, a pesar de tener el dominio de hecho, pues no es un sujeto obligado y no infringe el deber extrapenal que fundamenta la autoría. El inductor crea en el autor una cierta dependencia al influirle psíquicamente y suministrarle la razón de cometer el hecho. No obstante, queda al arbitrio del autor la decisión sobre su realización, de forma que el inductor solo alcanza a una relación mediata con el riesgo no permitido, ya que la relación inmediata solo la alcanza el autor garante con su comportamiento¹⁶⁰³.

¹⁶⁰² Mir Puig, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”.....cit. pág. 18. La distinción entre el cooperador necesario y el cómplice supone una diferente imputación jurídica de su aportación al resultado principal. Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”....cit. pág. 69: “*el cómplice pone a disposición de otro, del autor, su contribución “sin compromiso”*. El cómplice no establece el objetivo, sino que se somete a los objetivos ajenos.

¹⁶⁰³ Kindhäuser, U., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”....cit. pág. 69.

2.- El administrador obra de forma no dolosa y el *extraneus* de forma dolosa

El administrador presenta unas cuentas anuales u otros documentos con trascendencia económica o jurídica que no se corresponden con la realidad sin ningún tipo de intención fraudulenta y por tanto, de forma no dolosa y para la confección de la citada documentación es asesorado e inducido por un experto financiero, que no tiene la condición de administrador ni es un sujeto cualificado, que sí tiene la intención deliberada en que la información sea fraudulenta.

El partícipe interviene dolosamente en el delito sin infracción del deber jurídico extrapenal a título de inductor y en cambio el sujeto cualificado como administrador desconoce el significado antijurídico de la conducta. En la medida en que se trata de un delito de infracción de deber, se admite la participación aunque el sujeto obligado actúe sin dolo, pues como señala Roxin, este elemento se muestra irrelevante, ya que se ha producido una infracción de deber que se erige como elemento fundamental de la comisión del delito. La conducta debe ser típica desde el punto de vista del tipo objetivo, sin que sea necesario que concurra el tipo subjetivo. En este tipo de delitos se debe definir primero la acción del autor de acuerdo con la estructura del tipo del art. 290 CP y después establecer la accesoriidad con la infracción de deber.

Con el fin de evitar la impunidad de la participación dolosa de los no cualificados en el hecho no doloso del obligado, se ha planteado la posibilidad de clasificar al sujeto no cualificado como un administrador de hecho, que pudiera responder en calidad de autor mediato, pero esto atentaría al principio de legalidad puesto que la definición de administrador no puede quedar a expensas de las soluciones que procedan en sede de autoría.

3.- El administrador que utiliza a un *extraneus*

El administrador determina de forma dolosa a un *extraneus*, como es el director financiero o contable de la entidad, a manipular delictivamente las cuentas anuales, sin participar de forma alguna en su confección. El *extraneus* director financiero tiene el dominio del hecho de forma exclusiva y puede actuar de forma consciente o dolosa, o de forma inconsciente y no dolosa¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰⁴ En sentido contrario y como ejemplo de las conclusiones a las que se llega desde la teoría del dominio del hecho. Fernández Teruelo, J.G., Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, edit. Lex

Desde el punto de vista de los delitos de dominio del hecho, el *extraneus* que actúa con dolo tiene el dominio del hecho y solo podría ser el autor, pero como no concurren los elementos esenciales del delito especial como sujeto activo, debería quedar impune. En estos supuestos se acudiría entonces a un criterio jurídico como psicológico para fundamentar el dominio, como hace la doctrina dominante, de forma que se crea una ficción de que el garante también tiene dominio y respondería como partícipe aun cuando tiene la calidad de *intraneus* omitente. No obstante, la realidad es que no existe dominio de modo alguno¹⁶⁰⁵.

Por el contrario, desde el punto de vista de los delitos de infracción de deber, el administrador respondería como autor mediato, con independencia de que el *extraneus* tenga el dominio del hecho, puesto que es la infracción del deber extrapenal lo que determina el hecho principal. Desde la perspectiva del administrador, resultará indiferente si el *extraneus* actúa dolosamente o no, en ambos casos nos encontraremos a lo sumo ante una mera participación por cuanto es un sujeto no cualificado¹⁶⁰⁶.

VIII.- EL AUDITOR COMO PARTÍCIPE DEL DELITO DE MANIPULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DE LA SOCIEDAD

1.- Alcance de la potencial responsabilidad del auditor de cuentas

La importancia de la labor de verificación y revisión de las cuentas por los auditores en el marco del proceso de su elaboración es incuestionable, hasta el punto de que en el caso de entidades obligadas no pueden ser aprobadas si las mismas no van acompañadas del informe de auditoría, por lo que los auditores tienen una intervención esencial en el proceso

Nova, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pág. 91. La aplicación de la teoría del dominio del hecho lleva a resultados diversos como se puede apreciar por el planteamiento de este autor, que afirma que en el supuesto de delitos especiales como es el delito societario de falsedad contable, se produce el fenómeno de la utilización de un instrumento doloso no cualificado. De esta forma, el directivo que ostenta la condición de *intraneus* no realiza la conducta típica y utiliza a un instrumento doloso que es *extraneus*, que no es ni administrador ni gestor y que sí actúa. Entonces, si es un delito especial impropio, el *extraneus* podrá responder por el común y el *intraneus* responderá como partícipe en el delito común, lo que supone degradar la responsabilidad. Si es un delito especial propio como la falsedad contable se podría producir la impunidad de ambos intervinientes, pues si no hay actor directo tampoco hay partícipes, por el principio de accesoriedad. El administrador da instrucciones al contable, quien lleva a cabo la conducta de forma plenamente consciente.

¹⁶⁰⁵ Gómez Benítez, J.M., *Estudios penales*, cit. págs. 123-125.

¹⁶⁰⁶ Gómez Benítez, J.M., *Estudios penales*, cit. pág. 125. Para el autor no cabe duda de que es una autoría mediata del *intraneus* y la participación del *extraneus*.

de elaboración de las cuentas anuales. Su informe es un aval de la fidelidad de las cuentas con la imagen de la sociedad.

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo tercero, queda patente que el establecimiento de un sistema de auditoría externo que verifique las cuentas anuales es determinante para garantizar la transparencia de la información económico-contable de la empresa, es decir, para asegurar la calidad de dicha y el respeto al principio de imagen fiel que ha de presidir la elaboración de las cuentas anuales¹⁶⁰⁷. La verificación del auditor tiene como finalidad la protección del interés público, que exige una información económica más transparente y fiable, lo cual ha de contribuir al establecimiento y funcionamiento del mercado¹⁶⁰⁸. En el proceso de elaboración de las cuentas anuales, los auditores constituyen un mecanismo de protección clave en aquellas sociedades obligadas a ser auditadas, pero con la particularidad de que este mecanismo es contratado por la propia empresa, es de naturaleza privada, se somete a la regulación de una normativa particular y refuerza la veracidad de las cuentas anuales¹⁶⁰⁹. Como señala Marina García-Tuñón, la verificación es un presupuesto relevante de la propia viabilidad del modelo económico asentado sobre el funcionamiento del mercado, uno de cuyos pilares radica precisamente en la veracidad y fiabilidad de la información¹⁶¹⁰. Como método legal de autenticación y verificación de la información, la auditoría se configura como una garantía de la veracidad de los estados financieros.

Su enorme trascendencia práctica ha llevado a que también se potencie su regulación incluyendo mayores exigencias en cuanto a los deberes que deben cumplir los auditores y su estatuto jurídico. Es un modelo de control de la legalidad problemático¹⁶¹¹, pero lo cierto es que es unánime la opinión respecto de que se trata de un método de control necesario en un modelo de economía que tiene su núcleo central en el mercado. Frente a otros mecanismos que deben de operar dentro del propio organigrama de la sociedad, como es la constitución

¹⁶⁰⁷ Así se desprende de la EM de la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas. Sánchez Andrés, A., “Contabilidad y mercado de valores....”, cit. pág. 589. La existencia de normas imperativas precisas y una concreta regulación contable puede resultar inoperante si falta el cumplimiento de la obligación de verificación de cuentas.

¹⁶⁰⁸ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno....”, cit. pág. 1143.

¹⁶⁰⁹ Arana Gondra, F.J. y Zubiaurre Gurruchaga, A., *La verificación de las cuentas anuales.....*, cit. pág. 36. Cañibano, L., *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, cit. pág. 34. La opinión favorable y limpia del auditor es la que otorga credibilidad social a la información contable de una entidad.

¹⁶¹⁰ Marina García-Tuñón, A., “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno....” cit. pág. 1142.

¹⁶¹¹ Así lo afirma Marina García-Tuñón, A., *Gobierno corporativo...* pág. 153.

de un comité de auditoría dentro de las sociedades cotizadas¹⁶¹², la auditoría externa continúa teniendo su protagonismo por excelencia al ser elaborado el informe de las cuentas anuales por un profesional ajeno a la sociedad. Como señalaba Sánchez Andrés, la conveniencia de disponer de herramientas capaces de permitir el seguimiento contable de las vicisitudes de la empresa es útil para las compañías del ámbito financiero y asegura la correcta formación de los precios en Bolsa en las entidades cotizadas¹⁶¹³.

El eje de su labor también gira en torno a la protección del principio de imagen fiel y en su intervención en el proceso de elaboración de las cuentas anuales se convierten en los máximos garantes de sus postulados, de forma que la relevancia de este informe obligatorio de auditoría es notable en orden a la consecución del objetivo marcado de conseguir una transparencia óptima en el seno de la sociedad y en los mercados.

Es un hecho notorio que en los asuntos penales de mayor envergadura que han afectado a escándalos financieros dentro y fuera de España se han producido múltiples imputaciones de auditores, pero en el caso español no han existido condenas. Este es el caso por ejemplo de la STS de 29 de julio de 2002 referida al caso Banesto, en la que no resultó condenado ningún auditor, pero el Tribunal declaró que cabía la posibilidad de admitir la participación en el delito falsario de las entidades auditoras. Lo que no resulta de modo alguno pacífico es el tratamiento que debe dar el legislador penal a las conductas de estos profesionales, que en ocasiones no solo suponen un incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, sino que por su gravedad, entran en el terreno fraudulento al desconocer de forma dolosa sus obligaciones, contribuyendo de forma relevante a empañar la tan buscada transparencia de los mercados y a la causación de perjuicios millonarios.

2.- Relevancia de la labor del auditor

Una vez delimitados los deberes extrapenales de los auditores, y todas las cuestiones más relevantes en torno al informe de auditoría, llega el momento de plantear de *lege ferenda* el alcance de la potencial responsabilidad penal que pueden asumir en el desempeño de sus funciones.

¹⁶¹² En el sistema alemán de carácter dualista, en el que concurren en las tareas de administración el Consejo de Vigilancia y el Consejo de Administración, el primero tiene que presentar a la Junta general un informe sobre las cuentas anuales formuladas por la Dirección y sobre el informe de auditoría, así como también sobre el alcance de la supervisión de la gestión social durante el ejercicio. En este sentido, Zabaleta Díaz, M., "Buen gobierno y sistema dual de administración. El debate en torno al Consejo de Vigilancia Alemán", en *Estudios de Derecho Mercantil*, edit. Thomson Reuters, pág. 591

¹⁶¹³ Sánchez Andrés, A., "Contabilidad y mercado de valores....", cit. pág. 581.

Lo expuesto en el apartado anterior me lleva a concluir que el auditor asume una posición de garante clara de la imagen fiel de las cuentas anuales, que ha de canalizar a través de un informe de auditoría veraz, confeccionado de acuerdo con los principios y normas contables y de auditoría. La Ley le impone el deber jurídico de intervenir en un proceso fundamental de la vida societaria, con relevancia en el mercado, como es el de elaboración de las cuentas anuales, atribuyéndole el deber de redactar un informe clave en el marco de las exigencias legales que pretenden garantizar la limpieza de este proceso. Estos deberes vienen acotados por el legislador obligando al auditor a ceñirse a un proceso de confección del informe, que queda sujeto a unas estrictas exigencias de proceder, contenido y forma, al igual que determinando las cualidades que debe reunir este profesional de forma ineludible para participar en todo este proceso. Se atribuye así a estos profesionales la relevante tarea de protección del interés público y de garantía de las cuentas anuales.

La problemática que surge a la hora de analizar de *lege ferenda* la posible responsabilidad penal del auditor a título de autor, exige tener en cuenta la forma en la que está configurado el proceso de elaboración de las cuentas anuales. La labor de verificación de los auditores de cuentas se produce con carácter posterior a la formulación de las mismas por parte de los administradores y con carácter previo a la presentación de las mismas a la Junta General por parte de los administradores, lo que explica que se convierten en la llave que abre la puerta de entrada de las cuentas anuales a la Junta General. Esta posición privilegiada en el proceso de formulación de las cuentas anuales tiene un sentido claro como medio de garantía para convertirse en un medio de protección y obstaculización de que unas cuentas adulteradas puedan llegar a la Junta y ser aprobadas por desconocimiento de la situación económica de la entidad. En particular, es el último mecanismo de protección que tienen que pasar las cuentas anuales, puesto que si la auditoría externa no se opera conforme a la ley, la aprobación de las mismas por la Junta no tendrá ninguna virtualidad como medio de validación.

3.- Enjuiciamiento de la conducta del auditor a título de partícipe

Como se ha visto anteriormente, la figura del auditor no tiene encaje en el marco del tipo del art. 290 CP a título de autor, pues el Código Penal español no incluye ninguna mención específica al auditor y como se ha expuesto anteriormente, el auditor no puede clasificarse desde la perspectiva de sus competencias profesionales como un administrador de hecho. Es obvio que el auditor tampoco puede ser considerado un funcionario, ya que,

sin perjuicio de que a través del informe se protejan intereses de naturaleza pública, este profesional no desempeña una función pública¹⁶¹⁴, ni el informe de auditoría constituye un documento público en el que se de fe pública de su contenido, a los efectos de calificarle como autor del delito de falsedad de documento público, por lo que tampoco podrá atribuírsele responsabilidad penal desde dicha perspectiva¹⁶¹⁵.

Se plantea igualmente si la falsedad del auditor puede ser subsumida en algunos de los tipos genéricos de falsedad documental, descritos en el art. 393 CP, pero lo cierto es que se trataría de una falsedad ideológica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos y que por tanto es impune¹⁶¹⁶. En consecuencia, en la actualidad es imposible aceptar la responsabilidad penal de los auditores a título de autores del delito societario del art. 290 CP, de forma que a lo sumo podrían asumir una responsabilidad a título de partícipes, de naturaleza accesoria a la de los administradores¹⁶¹⁷.

Estas consideraciones permiten remitir el tratamiento de los casos de posible participación de auditor a los supuestos planteados en el apartado anterior.

En todo caso, considero que de *lege ferenda* se debe analizar la posibilidad de que se comprenda en el tipo la figura del auditor como autor del delito y, por lo tanto, la forma en la que habría de adaptarse el tipo para incluir a estos sujetos, o incluso la posibilidad de crear un tipo aparte que recoja de forma separada la conducta del auditor.

La razón que justificaría este planteamiento de *lege ferenda* se puede encontrar en la propia configuración del proceso de formulación y presentación de las cuentas anuales y en la trascendencia que adopta la labor de verificación por parte del auditor en el marco del mismo, que le convierten en garante de la imagen fiel que han de reflejar dichas cuentas.

¹⁶¹⁴ Bajo Fernández, M. y Díaz Maroto y Villarejo, J., “La responsabilidad penal de los auditores”, Partida Doble, 11 de junio de 1990, pág. 32. Nieto Martín, A., “El régimen penal de los auditores de cuentas”, cit. pág. 425.

¹⁶¹⁵ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*.....cit. pág. 136. González Franco, J.A., “Responsabilidad penal del Auditor”, *Iuris* nº 61, Mayo, 2002, Edit. La Ley, pág. 37. Bajo Fernández, M. y Díaz Maroto y Villarejo, J., “La responsabilidad penal...”, cit. págs. 31 y 32.

¹⁶¹⁶ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*....cit. pág. 137. Sostiene este autor que este comportamiento resulta atípico desde el punto de vista del tipo de la falsedad documental.

¹⁶¹⁷ Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, cit. pág. 171.

No obstante, sí se debe afirmar que la doctrina ha admitido de forma unánime que de *lege lata* el auditor pueda ser considerado partícipe del delito del art. 290 CP¹⁶¹⁸ y en el mismo sentido se ha significado la jurisprudencia¹⁶¹⁹.

Del estudio efectuado de los deberes legales extrapenales que son atribuidos al auditor, se extrae que la labor realizada por el auditor se debe analizar desde su inicio, es decir, desde la suscripción del contrato de auditoría hasta el final, incluyendo los “papeles de trabajo”. Este juicio nos permitirá entender qué se ha plasmado en el informe de auditoría y si contiene defectos relevantes, que pueden ser extrínsecos y subsanables, que no impiden que el informe sea considerado globalmente válido o intrínsecos, en el caso de que afecten a los elementos de comprobación y de opinión técnica¹⁶²⁰. Los deberes esenciales que asumen los auditores cuyo incumplimiento analizan las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil extracontractual presuponen una intervención decisiva de este profesional en el proceso de elaboración de las cuentas anuales, que comprende el deber de verificar las cuentas anuales; emitir una opinión técnica; investigar y denunciar hechos sospechosos y, por lo tanto, de apreciar el fraude, errores o infracciones conforme a las disposiciones legales que rigen la labor de auditoría¹⁶²¹ y las normas que subyacen todo el proceso contable y de elaboración de las cuentas anuales.

El auditor al emitir su opinión técnica valida o rechaza las cuentas anuales formuladas por los administradores y con esta actuación se convierte en un medio de garantía de la imagen fiel de la sociedad y de la información económica trasladada por las cuentas anuales. Se considera así que el auditor está sometido igualmente a un deber de lealtad que le obliga a actuar en defensa de la legalidad representada por la imagen fiel de la situación económica de la sociedad, más allá del deber de diligencia que le obliga a cumplir con las formalidades que exige un informe de auditoría conforme a Derecho. Se convierte así el auditor en un garante indiscutible de la información económico y le sitúa a todos los efectos en la denominada como posición de garante.

¹⁶¹⁸ Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos*...cit. pág. 198. Martínez-Buján Pérez, C., “Administración fraudulenta en sociedades de inversión”...cit. pág. 60. Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*...cit. pág. 141. Sánchez Álvarez, M.M., *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, 1996, págs. 103 y 104.

¹⁶¹⁹ En este sentido, la STS de fecha 29 de julio de 2002 del caso Banesto de reiterada mención.

¹⁶²⁰ Pacheco Cañete, M., Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas...cit. pág. 327

¹⁶²¹ Flores, C., “New trends in auditor liability”, *European Business Organization Law Review*, 2011. La falta de precisión legal sobre cómo aplicar la responsabilidad civil puede llevar a los auditores a actuar defensivamente, restringiendo su análisis al mínimo requerido por los standards técnicos, aun cuando tengan conocimiento de la existencia de riesgos que pueden “jeopardise” la compañía auditada pero va más allá del amplio contenido que tienen que valorar en los estados financieros.

La infracción de estas obligaciones y de los deberes profesionales establecidos en la normativa por el auditor constituye en el orden social un incumplimiento contractual y a su vez, el presupuesto de una responsabilidad extracontractual frente a terceros. Los deberes legales impuestos a estos profesionales, la trascendencia de su actividad y los riesgos que el incumplimiento de estos deberes entraña, fundamentan de forma clara la decisión del legislador de hacer responder a estos profesionales por los daños causados.

Este incumplimiento de deberes relevante a efectos de determinar su responsabilidad civil extracontractual es aquel que repercute de forma relevante en el propio informe¹⁶²² y para la valoración de dichos incumplimientos se podrá tener en cuenta la redacción de las conductas que constituyen infracción administrativa y que puedan ser sancionables, puesto que en definitiva ofrecen un guión establecido a nivel legislativo de las conductas que pueden alcanzar mayor relevancia¹⁶²³. Estos incumplimientos de las normas de auditoría, que se analizan en las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, son de muy diversa naturaleza¹⁶²⁴, como el incumplimiento de la obligación de detectar las irregularidades y fraudes realizados en el seno de la sociedad, de omitir las obligaciones de comprobación¹⁶²⁵ de los libros de contabilidad, registros contables y documentación que sirve de soporte, la falta de comprobación adecuada de que las cuentas anuales reflejan la imagen fiel de la sociedad, la falta de realización de las pruebas suficientes¹⁶²⁶ y la emisión de una opinión técnica en el informe de auditoría que de forma consciente no se corresponde con la realidad de la situación económica de la sociedad. El auditor puede incurrir en un incumplimiento de sus deberes por acción u omisión¹⁶²⁷.

¹⁶²² Gutiérrez Gilsanz, J., “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”....cit. pág. 783.

¹⁶²³ En este sentido, la STS, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 16 de junio de 2009.

¹⁶²⁴ En la STS de 15 de diciembre de 2010 se afirma que el informe de auditoría se ha realizado deficientemente y se enumeran diferentes puntos que no han sido analizados por el auditor.

¹⁶²⁵ En la STS de 9 de octubre de 2008 se considera que el auditor debía haber detectado las irregularidades y fraudes que había cometido y estaba cometiendo AX Patrimonios Agencia de Valores, SA.

¹⁶²⁶ Hemraj, Mohammed B., “How to restore confidence in auditing and prevent corporate scandals”, cit. págs. 235-244. El concepto de “due care” siempre ha estado bajo un continuo proceso de evaluación dado que los tribunales tienen en cuenta los factores requeridos para tomar la decisión. De acuerdo con la doctrina del precedente, se pueden considerar factores como casos pasados, pronunciamientos profesionales, desarrollos paralelos de este concepto en otras profesiones, expectativas públicas, el elemento de justicia natural, y las implicaciones de las sentencias para la economía en su conjunto se aplica también el criterio de previsibilidad que se toma prestado de los asuntos de responsabilidad por el producto a casos en los que se sufren únicamente daños económicos. Esta regla fue después abandonada. Omar, Paul J., “France: the professional liability of auditors”, *Company Lawyer*. 1998, 19 (7), 222-224. Señala el autor que el estándar esperado por un auditor es el de un miembro de la profesión competente, diligente y activo.

¹⁶²⁷ Pacheco Cañete, M., *Régimen legal de la auditoría de cuentas...*, cit., págs. 324 y ss.

En orden al análisis de la potencial responsabilidad penal de los auditores, es preciso preguntarse cuáles de estos deberes son los que tienen una entidad tal que debería llevar a la posible asunción de responsabilidad penal. Los auditores pueden emitir un informe en el que no se hace constar la evidencia de los mecanismos fraudulentos llevados a cabo por los administradores (cuentas cruzadas, desvío de cantidades relevantes de dinero...); los datos económicos que resultan de las cuentas de forma clara, al estar la sociedad incurso en causa de disolución o en una situación de insolvencia; la multiplicidad de actuaciones fraudulentas llevadas a cabo por los administradores y la diversa naturaleza de estas. La relevancia penal de la conducta del auditor se deberá fundamentar en el conocimiento del auditor de que las cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad en aspectos relevantes, acompañada de la consiguiente actuación de complicidad o cooperación por medio de la emisión de informe con unas conclusiones, que no se corresponde con la realidad que conoce el auditor. Es obvio que nos encontramos ante una materia sumamente casuística, en el que el nivel de tecnicismo es determinante, pero la entrada en el ámbito penal en estos supuestos estaría plenamente justificada, siendo la prueba a través de informes periciales absolutamente imprescindible.

Partiendo de los parámetros que pueden determinar la diligencia que se espera del auditor en el cumplimiento de sus deberes extrapenales, se puede aplicar de forma análoga el criterio explicitado respecto de los administradores de dividir de forma taxativa cómo se debe tratar los incumplimientos de sus cometidos y en qué casos, podría trascender su intervención a la esfera penal. Considero así que, en todo caso, se deberá tratar con severidad los supuestos de deslealtad y actuación intencionada de no mostrar en el informe de auditoría que las cuentas no representan la verdadera imagen fiel de la sociedad. Tan sólo en los supuestos que se detecte que ha existido una conducta maliciosa, que vaya más allá de la negligencia y suponga un incumplimiento muy grave de sus deberes, serán susceptibles de adentrarse en el terreno de la potencial responsabilidad penal. La conducta para tener relevancia penal tiene que trascender de la negligencia profesional¹⁶²⁸ y resultar intencionada. En los supuestos en los que el auditor omite conscientemente en el informe las salvedades correspondientes, tal conducta debe considerarse acto concluyente¹⁶²⁹. Este mismo soporte detallado de delimitación del deber permitirá también analizar de *lege ferenda* si es aconsejable acometer algún tipo de modificación del Código Penal que incluya de forma expresa la conducta del auditor como autor de un tipo penal específico. El entendimiento correcto del deber extrapenal puede constituir así la pieza necesaria del

¹⁶²⁸ Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos...*cit. pág. 198.

¹⁶²⁹ González Franco, J.A., "Responsabilidad penal del Auditor"....cit. pág. 37. En el mismo sentido Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales...*cit. pág. 144

engranaje sobre el que se debe asentar la configuración de un posible tipo que comprenda la responsabilidad penal del auditor.

El tipo objetivo de la participación requiere que el partícipe efectúe una intervención accesoria que se manifieste como creación de un riesgo no permitido que contribuya a la efectividad del hecho del autor¹⁶³⁰. En este sentido, la participación del auditor se rige por las reglas generales de la accesoriedad (la punibilidad del partícipe depende jurídicamente del hecho del autor principal constituido en este tipo del art. 290 CP en la infracción de los deberes extrapenales de administradores o presupone la ilicitud del hecho en el que se participa, exigiéndose que el hecho principal sea típico y antijurídico, en sentido de la accesoriedad limitada).

La conducta del auditor potencialmente típica debe analizarse en función de las circunstancias concurrentes. El auditor podrá responder como partícipe si contribuye al hecho delictivo llevado a cabo por los administradores de alterar gravemente la imagen fiel que deben representar las cuentas anuales y, por tanto, si tergiversa el informe de auditoría en beneficio de la entidad que lo ha contratado¹⁶³¹. El informe de auditoría constituye una fase del proceso de elaboración de las cuentas anuales que determinará la posibilidad de continuar o no hasta la consumación del delito, por lo que en el supuesto de que se detecte una conducta fraudulenta de los administradores, el auditor que no incluye salvedades en el informe, a sabiendas de dicha manipulación de las cuentas, coadyuva de forma clara a la ejecución del delito. Es hasta tal punto relevante el informe de auditoría, que sin el mismo las cuentas anuales no podrían ser presentadas o publicadas.

La conducta relevante constituye un riesgo jurídico que trasciende más allá del mero apunte en el curso causal referido al autor del delito. Desde este prisma, las conductas de posible relevancia penal son aquellas en las que el auditor apunta en su informe datos falsos o inexactos, tras efectuar la labor de verificación de las cuentas anuales sometidas a su revisión de las que ha resultado una realidad económica diferente. El auditor recoge en su informe consideraciones que no se corresponden con la realidad societaria y procede a su entrega a la sociedad auditada¹⁶³². El faltar a la verdad en el informe de auditoría supone tergiversar los datos que manejan la sociedad, socios y terceros que confían en el contenido del informe para la toma de decisiones con la consiguiente causación de perjuicios, en

¹⁶³⁰ González Franco, J.A., "Responsabilidad penal del Auditor"....cit. pág. 37.

¹⁶³¹ *Ibid.*, pág. 36.

¹⁶³² Núñez Castaño, "La falsedad de la información en la actividad de los auditores de cuentas"...cit. pág. 80.

función de las decisiones adoptadas. La falta de emisión del dictamen a lo sumo podría constituir un ilícito civil, nunca un ilícito penal.

La discrepancia de lo manifestado en el informe con la realidad ha de ser de suma relevancia¹⁶³³. No se puede pasar por alto el hecho de que el informe de auditoría contiene una opinión técnica, puesto que su emisión es el principal deber del auditor tras verificar las cuentas anuales, y en este sentido se puede cuestionar que dicha opinión o valoración pueda constituir verdaderamente una conducta típica. No obstante, como se ha concluido previamente, de la posición de garantía que ocupa el auditor y de su deber de verificar las cuentas anuales y de emitir un informe que se corresponda con dicha evaluación, podemos afirmar que si un informe se ha emitido de forma desleal y como consecuencia de ello, de forma consciente, contiene una opinión técnica que no es acorde a la situación económica previamente constatada (que refleja u omite datos fácticos que no corresponden a la realidad y conclusiones que confirman las cuentas o incluyen salvedades que igualmente desconocen dicha situación económica) puede considerarse fraudulento¹⁶³⁴ y, precisamente, por su relevancia puede calificarse como un instrumento necesario para la posible comisión del delito.

Se debe tener en cuenta igualmente que el auditor no puede trabajar solo sino que debe colaborar con otros profesionales en las labores de confección del informe de auditoría, como son los consultores, asesores fiscales y, en su caso, auditores internos, con los que debatirá la regularidad jurídica de los criterios adoptados en la elaboración de las cuentas anuales, motivo por el cual, la actuación de los auditores viene también delimitada por el nivel de implicación de estos profesionales, la información que les faciliten y su posible participación también en la comisión del delito.

La valoración de la posible participación del auditor debe realizarse en función del momento del *iter criminis* en el que participa en el hecho delictivo¹⁶³⁵. El castigo de la

¹⁶³³ Martínez-Buján Pérez, C., “Administración fraudulenta en sociedades de inversión”...cit. pág. 58. En el caso Gescartera se encuentra una referencia a una actuación irregular de los auditores de la sociedad. A pesar de que en el año 2000 las pérdidas de Gescartera prosiguieron, cifrándose en miles de millones de pesetas, la sociedad encargada de auditar las cuentas de ese año (Deloitte & Touch) firmó su auditor sin mencionar salvedad alguna, asegurando que las cuentas de Gescartera “expresan en todos los aspectos significativos la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera”.

¹⁶³⁴ Martín, A. “La responsabilidad penal del auditor de cuentas”, cit. pág. 428. Núñez Castaño, E., “La estafa de crédito”, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 449 y 450. Como en Italia y en Alemania, se asume que el informe se puede reputar como falso cuando el juicio de valor llevado a cabo por el auditor es inasumible.

¹⁶³⁵ Núñez Castaño, E., “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”, en RP nº 10, 2002, pág. 87.

participación presupone que la conducta del auditor constituye efectivamente una contribución a un hecho delictivo ajeno y que se lleva a cabo antes de la consumación del delito. La posible ocultación por los auditores de la verdadera imagen fiel de la sociedad que resulte de su labor de verificación es previa a la perfección del tipo del art. 290 CP, puesto que sin el informe no podrá formalizarse la presentación de las cuentas ante la Junta ni ante el Registro Mercantil¹⁶³⁶. Por lo tanto, la conducta del auditor que conscientemente emita un informe en el que de forma grave se emite una opinión técnica distorsionada o que omita datos claves para aprehender la situación en la que se encuentra la sociedad, se calificará como una participación a título de cooperador necesario o de cómplice¹⁶³⁷.

Son estos supuestos en los que exista connivencia entre el administrador y el auditor, y el auditor permita de forma dolosa la formulación por el administrador de unas cuentas anuales fraudulentas los que pueden tener trascendencia penal. En estos casos pierde su razón de ser el deber de denunciar y todos los deberes de diligencia en la detección del fraude¹⁶³⁸, y el auditor se convierte en una pieza más de la trama delictiva, un obstáculo a salvar en el análisis de las cuentas anuales porque el informe de auditoría pierde su valor como tal y se presenta como un vehículo más de transmisión de información societaria adulterada, con el consiguiente perjuicio para los derechos de los interesados en esta información, como son la sociedad, socios y terceros. El alcance penal de la labor de auditoría es complejo de concretar cuando nos enfrentamos a conductas fraudulentas llevadas a cabo por los administradores sin la connivencia del auditor.

En caso de que la contribución al hecho delictivo ajeno sea un acuerdo con la administración posterior a la presentación de las cuentas, el auditor no responderá ni como autor ni como cooperador en el marco del tipo del art. 290 CP. Tan solo existiría la opción

¹⁶³⁶ Núñez Castaño, E, "La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas"...cit. págs 87 y 88.

¹⁶³⁷ Nieto Martín, A., "El régimen penal de los auditores"...cit. pág. 427. La dinámica de la consumación del art. 290 CP supone que en las sociedades sujetas obligatoriamente a auditoría es difícil que los administradores lleven a cabo la conducta delictiva sin contar con un informe de auditoría en el que se contengan datos que no se corresponden con el resultado de la auditoría o en el que se han silenciado datos relevantes. Gómez-Benítez, J. M., *Curso de Derecho Penal de los Negocios a través de Casos*...cit. pág. 196. El autor se refiere a que los auditores solo pueden ser partícipes.

¹⁶³⁸ Estos casos, respecto de los que se ha creado un gran debate en la doctrina sobre si al auditor se le puede exigir a nivel penal la detección del fraude, solo pueden tener una respuesta: La detección del fraude sí es exigible cuando una aplicación razonable de los parámetros normativos y del cumplimiento de los deberes permita llegar a la conclusión de que se ha cometido una actuación fraudulenta en la confección de las cuentas anuales, pero el incumplimiento negligente que lleve al auditor a no detectarlo, impide que sean considerados desde la perspectiva penal. No son estas conductas las que despiertan interés desde el ámbito del Derecho Penal.

de dirigirlo a la figura del encubrimiento, aunque es difícil de que prospere¹⁶³⁹. Nieto Martín se pregunta también cómo tratar los supuestos en los que desde el punto de vista de la comisión por omisión, el auditor tiene constancia de un hecho delictivo tras la emisión del informe de auditoría, y llega a la solución lógica de que no responderían por estas conductas¹⁶⁴⁰.

Si el auditor actúa dolosamente, autónomamente y al margen de la administración, su conducta no podrá calificarse como de delictiva. No existirá participación en un hecho delictivo y, por tanto, la actuación del auditor será atípica.

El auditor podrá responder únicamente en los casos que intervenga dolosamente en la comisión del tipo del art. 290 CP. No concurre el tipo subjetivo cuando el auditor haya contrastado con datos objetivos la opinión emitida y tiene la verdadera creencia de que la información es veraz¹⁶⁴¹, aunque posteriormente se pruebe que su opinión fue errónea. Hay dolo cuando el auditor de forma intencionada y con grave desprecio a la verdad muestra en el informe conclusiones y opiniones técnicas que no se corresponden con la realidad constatada del análisis de las cuentas anuales y desconoce la imagen fiel, a sabiendas de que está actuando de forma grave y contraria a las normas de auditoría y a la normativa societaria.

En suma, el auditor puede responder penalmente a título de partícipe en el hecho delictivo llevado a cabo por un administrador de hecho o de derecho tipificado en el art. 290 CP, de modo que tanto si actúa por acción como si actúa por omisión, se le aplicaría la pena conforme con lo dispuesto en este precepto con la atenuación contemplada en el art. 65.3 CP.

Plantea Bacigalupo que una cuestión particularmente interesante se refiere a los límites de la accesoriedad de la participación, ya que entiende que puede ser discutible si en el caso del auditor es aplicable la limitación de la accesoriedad y la correspondiente atenuación de la pena prevista en el art. 65.3 CP, por no concurrir en él la condición de administrador. El planteamiento se asienta en el hecho de que la atenuación se justifica cuando al partícipe no le incumbe el deber que fundamenta la responsabilidad del autor del

¹⁶³⁹ Martínez Buján Pérez, C., “Administración Fraudulenta en sociedades de inversión”....cit. págs. 150 y ss.

¹⁶⁴⁰ Nieto Martín, A., “El régimen penal de los auditores de cuentas”....cit. págs. 429-431. Explica este autor que la doctrina alemana mayoritaria niega relevancia penal a estos casos, de acuerdo con la estructura del tipo penal que incrimina la redacción de un informe de auditoría falso o incompleto, pero sí que puede admitirse que se considere participación en otros delitos.

¹⁶⁴¹ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*...cit. pág. 141. González Franco, J.A., “Responsabilidad penal del Auditor”....cit. págs. 37-39.

delito especial propio, pues en tales casos no ha infringido el deber del que no era sujeto, pero en el caso del auditor sí que está sujeto a un deber de veracidad equivalente al del administrador, por lo que no se le debería atenuar la pena, pues infringe con su participación un deber equivalente al del autor del delito especial. En mi opinión, no se debe aplicar la atenuación comprendida en el artículo 65.3 CP, ya que su interpretación se ciñe a supuestos en los que concurre el deber que justifica el delito especial, es decir, el deber del administrador y no otros deberes ajenos al tipo. En consecuencia, se debería aplicar a los mismos la atenuación de pena como a cualquier otro *extraneus*¹⁶⁴².

Como se ha razonado en líneas anteriores, estas conclusiones respecto de la participación del auditor en el tipo constituido por el art. 290 CP, de las que se desprende que, efectivamente, este profesional asume una posición de garante de la imagen fiel de la sociedad y de la información económica contenida en el documento más trascendente de la sociedad, como son los cuentas anuales, creo que exigen un estudio más profundo de *lege ferenda* en el que se evalúe si sería conveniente crear un tipo específico en el que se contemple la figura del auditor como sujeto activo de un delito específico referido a la emisión fraudulenta de un informe de auditoría.

IX.- CONCLUSIÓN

En el presente apartado se han relacionado las cuestiones más relevantes para determinar la concurrencia de una conducta de participación en el tipo del art. 290 CP que puede tener una incidencia de carácter penal y, en particular, los fundamentos de la punibilidad de la participación, la operativa del principio de accesoriedad y la problemática de la participación en los delitos especiales.

Tras admitir que rige en el marco de la teoría de la participación el principio de accesoriedad limitada (hecho principal típico y antijurídico), se puede afirmar en la línea marcada por la doctrina mayoritaria, que en el esquema de posible intervención en los delitos especiales el sujeto no cualificado será considerado partícipe.

En la medida en que el presente trabajo se acepta que el delito del art. 290 CP es un delito de infracción de deber, se admite también la posibilidad de que el sujeto que no

¹⁶⁴² Bacigalupo, E., “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”...cit. pág. 171.

reúne las características exigidas al obligado especial, pueda entrar en el ámbito obligacional, a través de las distintas formas de participación establecidas por el legislador, de inducción, cooperación necesaria y complicidad.

El obligado especial que incumpla sus deberes extrapenales responderá siempre a título de autor. De este modo y refiriéndome de forma concreta al ámbito de actuación de aquellas personas que actúan como partícipes junto con los administradores mercantiles, los *extraneus*, responderá a título de partícipe, cuando induzcan al administrador *intraneus* a la comisión de un delito de los calificados por infracción de deber, así como cuando cooperen con el administrador *intraneus* a la comisión del delito contemplado en el art. 290 CP.

Esta consideración del partícipe como sujeto no obligado permite aplicar las reglas de los llamados delitos especiales y considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65.3 CP, el inductor o cooperador necesario en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, podrá ser objeto de una pena rebajada en un grado a la señalada por la ley a la infracción de que se trate, según considere, en su caso, el juez o tribunal competente. En el caso del cómplice dicha aminoración podrá ser doble, por aplicación de los arts. 63 y 65.3 CP, según ha reconocido la jurisprudencia penal.

En relación con los auditores, se puede afirmar que de acuerdo con la vigente redacción del Código Penal, no pueden ser considerados autores del delito del art. 290 CP, sino a lo sumo partícipes de este delito, ya que no han sido denominados como tales en el tipo referido a la manipulación de la información societaria, ni en ningún otro específico referido a la manipulación del informe de auditoría, motivo por el cual, sin perjuicio de su papel relevante en el proceso de confección de las cuentas anuales, tienen únicamente una consideración de *extraneus* respecto de los sujetos cualificados como administradores. En consecuencia, serán de aplicación a estos profesionales las reglas de participación desarrolladas con carácter general en el marco del tipo referido del art. 290 CP, con las particularidades señaladas por su clasificación como un delito de infracción de deber.

CAPÍTULO X

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES, AUDITORES Y OTROS PARTÍCIPES POR LA MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOCIETARIA DE *LEGE FERENDA*

El estudio realizado y la tesis mantenida sobre la estructura y elementos típicos del art. 290 CP, permiten ofrecer una propuesta de *lege ferenda* para una reforma del tipo comprendido en este precepto que responda a las exigencias que se han demostrado necesarias para una norma que tal y como se encuentra concebida no permite dar respuesta a la finalidad de protección que se pretende: *la imagen fiel de las cuentas anuales a fin de prevenir ilícitos que infrinjan el deber de lealtad –en concreta manifestación del deber de información- que tienen los administradores respecto de todos los partícipes en el mercado*¹.

I.- ELIMINACIÓN DEL REQUISITO PROCESAL DE INTERPOSICIÓN DE DENUNCIA

El art. 296 CP establece, con carácter general, que solo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Constituye por tanto un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. En el art. 296.2 CP se elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas¹⁶⁴¹.

¹Bacigalupo, E., *Compliance y Derecho penal*, Madrid, 2011, pág. 157 ss., “(...) en el derecho español el deber de lealtad no se agota en las relaciones internas de la empresa, es decir en la lealtad de los

La posibilidad de que toda persona interesada en la información societaria (socios, sociedad, acreedores y terceros en general) tiene que obtener tutela jurídica mediante los mecanismos sancionadores correspondientes, viene exigido por la normativa comunitaria, como así se desprende del art. 6 de la Directiva 68/151/CEE, que se fundamenta en el principio general del art. 44.3.g del Tratado CE¹⁶⁴². De acuerdo con lo anterior, la implantación en todos los países de la Comunidad de mecanismos sancionadores y en concreto, a través de la vía penal, debe ser respetuosa con el mandato contenido en esta Directiva y a su vez, coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico en cuestión, en este caso, el español.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que una vez identificado el bien jurídico objeto de protección en el art. 290 CP como supraindividual, en la medida en que da cobertura en el contexto del orden socio económico del país a la veracidad y transparencia de la información societaria no solo en favor de intereses privados o individuales sino que trasciende a intereses generales o colectivos, no debería ser configurado como un delito semiprivado, sino que debería quedar configurado como un delito público perseguido a instancia de cualquiera, sin necesidad de iniciación a instancia del agraviado¹⁶⁴³. A la misma conclusión se debe llegar si se atiende a la configuración del delito como de peligro abstracto en el que basta la idoneidad para causar un perjuicio para que se considere que se ha llevado a cabo la conducta típica.

Por estos motivos, no parece coherente que en el tipo sea suficiente la constatación del peligro a través de la idoneidad para causar perjuicios económicos, por cuanto se considera necesario adelantar las barreras de protección del bien jurídico e impedir las situaciones de puesta en peligro del patrimonio, sin necesidad de que concurran daños efectivos, pero que, posteriormente, desde el punto de vista formal se exija la condición de

administradores respecto de los socios y de la sociedad. Sobre todo en el caso de las sociedades cotizadas, existe también un deber (institucional) de lealtad con respecto de todos los partícipes en la vida económica que se pone de manifiesto especialmente en el deber de informar verazmente sobre el funcionamiento económico de las sociedades cotizadas y en las que se ofrece participación en la forma pública”.

¹⁶⁴¹ Foffani, L, “Crónica de una muerte anunciada”, cit. pág. 64. García de Enterría, J., *Los delitos societarios*, cit. pág. 35.

¹⁶⁴² Foffani, L, “Crónica de una muerte anunciada”, cit. pág. 64. El autor, tras hacer referencia a la Directiva comunitaria, introduce lo establecido por el TJCE en relación con sentencias dictadas contra la República Federal Alemana (CGCE, 4 de diciembre de 1997m C-97/96 y CGCE. 29 de septiembre 1998, C-191/95), de las que se desprende que los ordenamientos nacionales tienen que articular mecanismos de activación de la tutela sancionadora, que no puede quedar legítimamente en manos de algunos, sino solo de los sujetos que el legislador comunitario indica como destinatarios de la información societaria, que alcanza sin duda a terceros en general.

¹⁶⁴³ Terradillos Basoco, J.M^a, “Globalización, administrativización...cit. pág. 233.

perjudicado o agraviado para poder tramitar el procedimiento para conocer de estos hechos¹⁶⁴⁴. Tratándose de materias como la falsedad contable que dan lugar a la instrucción de procesos de gran envergadura y complejidad, bajo mi criterio se deberían eliminar las trabas que puedan obstaculizar su tramitación debida en orden al análisis preliminar de este tipo de cuestiones técnicas, que pueden condicionar el propio éxito de la instrucción y la obtención de pruebas, así como el acceso a la justicia, a un proceso con todas las garantías y a la prueba reconocidos en el art. 24 CE, motivo por el cual se propone incluir una excepción en el art. 296 CP en lo que al art. 290 CP se refiere.

II.- SUJETO ACTIVO. POSIBLE CONSIDERACIÓN DEL AUDITOR COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

En el presente apartado se analizará de *lege ferenda* la conveniencia de introducir una mención expresa al auditor en el Código Penal, y en su caso, la forma en la que se deberá proceder a dicha regulación y la ubicación sistemática dentro del Código Penal, teniendo en cuenta las propuestas comparadas que han tratado esta materia. Esta propuesta de *lege ferenda* supondría extender la responsabilidad por las falsas informaciones sociales no solo a los administradores de la sociedad, sino también a otros sujetos que tienen un papel determinante en el proceso de elaboración de las cuentas anuales.

En efecto, el delito de falsedad en las cuentas anuales no se consuma en el momento en que, tras haber sido firmadas por los administradores, las cuentas se someten al examen de los auditores, sino que, según la opinión dominante, es en el instante en que, una vez emitido el informe de la auditoría, se presentan ante la Junta General para su aprobación, cuando se produce la consumación¹⁶⁴⁵. Esto permite apreciar que se producen unas circunstancias *sui generis*, dado que la labor del auditor queda encasillada dentro de la propia de los administradores que se somete a análisis desde el punto de vista penal, pero al no mencionarse a título de sujetos activos no se le da ningún protagonismo por parte del legislador a los efectos de concretar los sujetos que están potencialmente capacitados para dañar el bien jurídico protegido.

Esta situación puede resultar paradójica pues en los supuestos de aquellas sociedades que obligatoriamente deban someter sus cuentas anuales a verificación contable,

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, pág. 233.

¹⁶⁴⁵ Núñez Castaño, E, “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”....cit. págs. 86 y 87, así como nota a pie 90.

puede resultar impensable imaginar en la práctica que se consume el delito del art. 290 sin que hayan intervenido los auditores con un informe que ratifique fraudulentamente unas cuentas anuales que no muestran la imagen fiel de la sociedad, sea porque se consignen datos efectivamente falsos, sea porque se omita el reflejo de irregularidades debidamente detectadas¹⁶⁴⁶.

Hasta ahora, dada la configuración planteada de nuestro ordenamiento jurídico, lo más razonable es ir en los asuntos penales contra los administradores y auditores, aunque estos últimos salen en general absueltos, y en el proceso civil contra los auditores, por no haber cumplido bien sus deberes para obtener la indemnización. Sin perjuicio de la importancia que ha revelado esta actividad de auditoría y de que se configura legalmente como obligatoria en relación con el proceso de elaboración de cuentas anuales de las empresas de envergadura, se da la circunstancia de que mientras los administradores sí que pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores por adulterar el proceso de elaboración de las cuentas anuales, los auditores no. Ningún tipo penal menciona la figura del auditor ni su posible contribución fraudulenta al proceso de formación irregular de las cuentas anuales.

El análisis del alcance de la responsabilidad penal que pueden tener los mismos requiere tener en cuenta el debate que se ha planteado respecto de estos profesionales a nivel internacional, y en particular en el ámbito de la Unión Europea, y cómo se ha traducido e interpretado dentro de nuestras fronteras. No podemos por ello quedarnos en cuestiones de índole política o sectoriales, sino entrar a valorar qué cometidos tienen estos profesionales y cómo deben cumplirlos, cuál es la verdadera repercusión que tiene el ejercicio de esta actividad en el proceso de formación de las cuentas y cómo debería, en su caso, llevarse a cabo una reforma legal que planteara la responsabilidad penal en la que podría incurrir el auditor a título de autor, sirviéndonos de guía la regulación llevada a cabo en países de nuestro entorno comunitario.

Por ello, el análisis efectuado en torno a los deberes que asumen estos profesionales se revela como sumamente útil para afrontar la disyuntiva de si es conveniente tipificar la actuación fraudulenta del auditor de forma específica a título de autor. Ciertamente, solo si se entiende que la auditoría tiene una importancia vital por sí misma en la protección de la imagen fiel y de la transparencia de la información que los gestores de las sociedades

¹⁶⁴⁶ Según Núñez Castaño, “La Estafa de Crédito”.....cit. pág. 449 y “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”.....cit. págs. 86 y ss. Nieto Martín, “El régimen penal de los auditores de cuentas”.....cit. pág. 427.

ofrecen a través de las cuentas anuales, y al margen de la actuación de los administradores, en este proceso de protección de la veracidad de las cuentas anuales, tendría sentido plantear el que el auditor tiene una verdadera posición de garante de la información societaria contenida en las cuentas y que pueda incurrir en responsabilidad penal a título de autor. En ningún caso se trata de una propuesta de que el auditor asuma responsabilidades que no le son atribuibles o que se le impute al mismo el fraude llevado a cabo por los administradores, violentando el principio de responsabilidad por el hecho propio, sino delimitar de forma clara el alcance o asunción de responsabilidad como garante de la imagen fiel y de la transparencia de la información societaria que soporta la imagen fiel. La consideración de la relevancia de la función del auditor en el marco del proceso de elaboración de cuentas anuales, permite plantear entonces la incriminación de las conductas por las que de forma dolosa incumplen sus cometidos y emiten un informe sobre las cuentas anuales que no responde a la imagen fiel de la situación económica de la sociedad.

En nuestro país ha existido un importante rechazo a la inclusión de un tipo especial en el Código Penal que tipifique la conducta fraudulenta de los auditores de cuentas a título de autores, ya que se ha de defendido por el sector de la auditoría que su labor no es detectar fraudes y que no se les puede hacer responder de lo que compete a los administradores. Muchas voces dentro de la doctrina más prestigiosa de este país defienden que existe una importante laguna de punibilidad que evidencia la necesidad de tipificar autónomamente como delito socioeconómico la emisión de informes falsos de auditoría por el auditor, de acuerdo con su cometido de defensa de del interés público, y sin que su responsabilidad dependa del comportamiento doloso del administrador¹⁶⁴⁷. No obstante, ya desde hace años han surgido voces en la doctrina penalista que han abogado por una modificación del Código Penal que tipificara la conducta de los auditores que emitieran informes de auditoría manipulados. En este sentido, los profesores Stampa y Bacigalupo propusieron un tipo penal del siguiente tenor: *«En la misma pena incurrirán los auditores o censores de cuentas que formularen a sabiendas informes inexactos, destinados al público o a los socios sobre la revisión de cuentas practicada en una empresa u omitieren hacer constar irregularidades graves de las cuentas revisadas»*¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁷ Choclán Montalvo, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*....cit. págs. 138-142. Bajo Fernández, M. y Díaz Maroto y Villarejo, J., “La responsabilidad penal de los auditores”....cit. pág. 29.

¹⁶⁴⁸ Stampa Braun/Bacigalupo Zapater, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, cit. págs. 67-68. Estos autores afirman que “debería incorporarse la hipótesis relativa a los informes falsos de auditoría...”. A favor también de la instauración de la responsabilidad penal de los auditores, Nieto, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. Crim.* n° 5, 2008 A3-5, pág. 1-4.

Como se ha analizado en capítulos anteriores, en el ámbito legislativo también se han acometido iniciativas de modificación del art. 290 CP, que comprendieran la responsabilidad penal de los auditores a título de autores. En concreto, en el Proyecto de Ley de 15 de enero de 2007 se propuso la modificación del art. 290 CP para incluir la responsabilidad penal de los auditores en los siguientes términos: *“Las mismas penas se impondrán a los auditores que, incumpliendo sus obligaciones y conociendo la falsedad de las cuentas anuales u otros documentos a los que se refiere el párrafo anterior, emitieran informe favorable sobre ellos”*

Si la actividad de verificación de las cuentas anuales que llevan a cabo los auditores es tan trascendente que sin su consecución las cuentas no pueden ser presentadas a la Junta en aquellas sociedades en que es obligatoria, es innegable que la realización de esta actividad otorga un mayor grado de credibilidad en los terceros respecto de la veracidad y fiabilidad de los documentos auditados.

La auditoría constituye un medio de protección contra los ataques al bien jurídico (la veracidad de la información societaria) que pueden realizar los administradores. De acuerdo con la relevancia y entidad de la actividad asignada por Ley, el auditor se encuentra en una posición igualmente que le permite lesionar dicho bien jurídico de forma más fácil. El bien jurídico puede verse lesionado por los administradores, por ser sus garantes y tener una inmediata relación con el mismo. Para determinar la relación del auditor con el bien jurídico es necesario concretar cuáles son sus posibilidades reales de afectarlo o perjudicarlo, teniendo en cuenta que este profesional se encuentra en una posición y tiene unas competencias ajenas al estricto ámbito societario.

He señalado anteriormente que la labor de auditoría es absolutamente trascendente en el proceso de elaboración de las cuentas anuales, hasta el punto de que puede suponer una llave para cerrar el proceso, si su emisión es obligatoria y no se procede en dicho sentido. Ciertamente, el auditor adopta una posición preeminente ante el administrador y puede cuestionar y poner bajo tela de juicio la labor de los gestores en la elaboración de las cuentas anuales. Este singular enjuiciamiento es el que convierte esta actividad en una garantía frente a la sociedad, socios y terceros de que las cuentas anuales se han formulado de forma acorde al principio de imagen fiel, en aras a la salvaguardia de intereses públicos y privados a los que sirve de forma paralela.

Es importante subrayar que la cercanía al bien jurídico se puede extraer de varias circunstancias. En primer lugar, por el momento en el que interviene en el proceso de elaboración de las cuentas anuales (antes de la presentación de las cuentas a la Junta). En segundo lugar, el hecho de que el contenido del informe predetermina el que los administradores tengan después la obligación, en su caso, de reelaborar las cuentas. Si no se pretendiera que el informe de auditoría fuera un medio de garantía de las cuentas elaboradas por los administradores, no tendría sentido su intervención posterior a la formulación y podrías intervenir de forma paralela y conjunta.

Igualmente, por la obligación de que el informe de auditoría acompañe a las cuentas anuales en todo momento, no solo al ser presentadas en la Junta, sino también cuando se procede a la inscripción posterior en el Registro Mercantil. Otras circunstancias que concurren en el auditor permiten justificar su aproximación al bien jurídico referido a la veracidad de la información y transparencia de la sociedad. El principio de imagen fiel por el que se rigen los administradores y auditores es común a ambos. Este principio es el eje en torno al cual debe girar el proceso de cuentas anuales y por ello todos los profesionales que intervienen en el desarrollo del mismo quedan sujetos a su ámbito de aplicación y deben protegerlo en todo momento cuando ejerzan sus propias competencias. El auditor debe elaborar el informe en torno a este principio y verificar que el mismo es respetado y aplicado de forma absoluta, y velar porque las cuentas formuladas por los administradores de acuerdo con dicho principio no contengan información discordante con la realidad subyacente de naturaleza jurídica y económica.

La decisión del legislador de exigir un devenir común a estos documentos pone de manifiesto que sin perjuicio de que son documentos de naturaleza y autoría totalmente diversos sirven de forma clara a un fin común: informar y trasladar a todos los interesados la imagen fiel de la sociedad. Y cuando el fin es común y coincide con el bien jurídico protegido, se puede afirmar que los profesionales que se encuentran a uno y otro lado (los gestores dentro de la entidad y los auditores fuera de ella) adoptan una posición de garantía respecto del mismo. Igualmente, el bien jurídico queda expuesto frente a los mismos de forma más arriesgada. Este planteamiento cabría enfocarlo desde la tesis de Gimbernat, asentada en la tesis de Schünemann referida a los garantes secundarios, como personas que asumen una posición de garantes del bien jurídico frente a la responsabilidad primaria de garantes de los administradores¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴⁹ Gimbernat Ordeig, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, cit. pág. 13 y cita 30. En relación con el ejemplo del anestesista que causa un homicidio imprudente,

¿Puede un sujeto ajeno a la sociedad dañar un bien jurídico de naturaleza societaria? La respuesta se debe encontrar en la normativa aplicable. La forma en la que el legislador se refiere a la figura del auditor en la normativa específica (Ley de Auditoría) y en la normativa mercantil general y societaria en particular (Ley de Sociedades de Capital, Reglamento del Registro Mercantil, Código de Comercio), atribuyéndole un papel relevante en el proceso de elaboración de cuentas que se desarrolla dentro de la sociedad, permite comprender que su intervención se mezcla con la de los órganos societarios (administración y Junta), por lo que cabe afirmar que en el cumplimiento de este concreto cometido de elaboración del informe de auditoría obligatorio sí puede dañar el bien jurídico de naturaleza societaria respecto del cual el legislador le ha hecho expresamente garante.

El análisis de los deberes extrapenales de los auditores ha permitido entender hasta qué punto existe la conexión de la labor de estos técnicos, expertos en contabilidad y auditoría, en la defensa y protección de la imagen fiel, que a su vez es uno de los pilares de la posible consecución y defensa de los intereses de la sociedad. Sin perjuicio de lo anterior y tras el análisis de las sucesivas reformas que se suceden en esta materia, se puede apreciar como la legislación en materia de auditoría se enfoca en blindar la independencia de los auditores, pero quizás se echa de menos una mayor rotundidad a la hora de afirmar que los auditores también se deben al interés de la sociedad y que en defensa del mismo deben actuar de forma fiel en la representación de la imagen fiel de la misma. El auditor está obligado por un deber de fidelidad en la representación de la imagen fiel de la sociedad. Esto permitiría encuadrar de forma correcta los diferentes planos en los que se sitúan estos profesionales, que de alguna forma convergen en un mismo punto: la imagen fiel como representación fidedigna de la situación económica real de la sociedad.

Sentadas las anteriores bases, se puede comprender que si bien el informe de auditoría, que como se ha señalado anteriormente es un documento de naturaleza mercantil que nace de forma vinculada e inescindible a la sociedad cuyas cuentas son objeto de auditoría, no nace en el seno estrictamente societario, solo tiene razón de forma conexa con la sociedad. Por todas las circunstancias apuntadas, puede apreciarse que la relevancia de la intervención del auditor en defensa del bien jurídico, se traduce en un refuerzo de la labor previa de los administradores que da sentido al concepto de auditoría. Los mismos motivos

Gimbernat explica cómo también han de responder el director del hospital y el cirujano en concepto de garantes secundarios. Como indica este mismo autor, la misma idea de los garantes primarios y secundarios es defendida por Rudolphi que se refiere al “garante subsidiario”, por Schmidt “el deber secundario del garante”, Peñaranda (deber originario, deberes secundarios).

que han llevado al legislador a incriminar la conducta de los administradores por su especial peligrosidad social en el marco del proceso de elaboración de las cuentas anuales deberían llevar a plantearse la necesidad de incriminar la conducta de los auditores. Ciertamente, si las cuentas anuales tienen que representar una realidad y legislador está articulando mecanismos para asegurar su veracidad, solo tiene sentido que dichos mecanismos de protección engloben a los profesionales que garantizan dicha veracidad desde diferentes perspectivas. De esta forma, las actuaciones dolosas de estos profesionales que supongan una manipulación del contenido del informe de auditoría, entrarán en el ámbito de exposición del bien jurídico y podrán lesionarlo, al provocar que se muestre una información societaria deformada en las cuentas anuales, con el consiguiente potencial para causar perjuicios a socios, sociedad y terceros, que como consecuencia del informe del auditor han afianzado su credibilidad en las cuentas y su confianza en la veracidad de las mismas. Por todos estos motivos, se puede entender el hecho de que la doctrina haya venido debatiendo sobre esta cuestión con vistas a terminar con la situación actual en la que se está viendo como los auditores resultan absueltos en los procesos penales tramitados con motivo de los escándalos financieros que se han sucedido en los últimos años en este país, y su responsabilidad máxima queda en todo caso relegada a la de meros partícipes, con las dificultades que la condena en dicha condición entraña, ya que depende de la acreditación y calificación como antijurídico del hecho principal.

La oposición que de forma corporativa han planteado los auditores es razonable si se entiende el temor que ha suscitado el planteamiento de que es necesario incluir en el Código Penal una mención expresa a estos profesionales. Ello supondría sin duda una mayor exposición de estos profesionales ante la Jurisdicción Penal, con el consiguiente incremento de imputaciones y condenas, así como el posible cumplimiento de penas a título de autores. No obstante, lo cierto es que una regulación consistente llevaría a clarificar el panorama al que se enfrenta el auditor en el seno de la jurisdicción penal, pues, como se ha señalado anteriormente, la coherencia del sistema puede justificar la tipificación de una conducta en el orden penal, que puede resultar más efectiva e incluso una menor distorsión de las libertades de los individuos¹⁶⁵⁰, que a través de normas de carácter privado por las que los individuos pueden ser sometidos a interminables deberes y a cambios normativos en la regulación de su profesión, con la expectativa de encontrar un status quo que en realidad no es alcanzable sin acudir al resorte penal.

¹⁶⁵⁰ Roxin, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 15-01 (2013), pág. 15.

De forma general, vemos cómo los auditores frecuentemente son imputados en procesos penales, ya que existe una clara y extendida creencia en este país de que cuando se produce un escándalo de gran envergadura por falsedad de cuentas anuales formuladas por los administradores, los auditores se encuentran involucrados de alguna forma, ya que de otro modo no se entiende cómo el informe puede no contener salvedades y las cuentas pueden haberse aprobado sin detectarse fraudes de gran envergadura. La reconstrucción del *iter criminis* de estas conductas fraudulentas que discurren por los canales del art. 290 CP tiene por medio el informe de auditoría elaborado por el auditor, pero luego su conducta se mantiene en nebulosa dentro del vacío legal.

El hecho de incluir una regulación específica pondría orden y conllevaría un tratamiento lógico y sistemático en protección del bien jurídico en cuestión en garantía del proceso de elaboración de las cuentas anuales y de protección de los interesados en su correcta confección. De forma práctica, la introducción de un precepto nuevo no va a suponer tipificar conductas que supongan una mera negligencia profesional o que tan solo deberían conllevar una responsabilidad de índole civil por suponer incumplimientos intrascendentes. Muy al contrario, solo entraría a cubrir conductas sumamente graves, por las que de forma dolosa el auditor pervierta el ejercicio de la profesión y dañe gravemente el bien jurídico objeto de protección. La aplicación del principio de intervención mínima debe regir igualmente en toda su extensión e impedir que haya conductas que puedan trascender a la jurisdicción penal. La responsabilidad penal tan solo alcanzaría a espacios vacíos que hasta ahora han sido tratados únicamente desde el punto de vista de la participación de forma ilimitada sin coherencia sistemática.

Esta visión permitiría reordenar el escenario de la profesión y evitar imputaciones estériles frente a conductas sin alcance penal, y en cambio centrarse en conductas que sí deben ser perseguidas por la jurisdicción penal, al igual que situaría a la profesión de la auditoría en su lugar, al prever una responsabilidad del auditor que se corresponda con la trascendencia y calidad de los servicios¹⁶⁵¹. El auditor como pieza clave del sistema tiene que responder de forma acorde al valor y efectos de su aportación de la misma forma que el administrador, pues de ningún otro modo se puede entender el diferente tratamiento que reciben estos profesionales, tal y como está planteado el proceso de elaboración de cuentas anuales y atendiendo a los verdaderos focos de riesgo que existen en ese proceso, entre los que sin duda uno de los mayores sería la connivencia delictiva entre los administradores y

¹⁶⁵¹ Lascuraín Sánchez, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, cit. pág. 149. Afirma este autor que: “Las medidas no sancionadoras pueden ser más coactivas que las sancionadoras y medidas sancionadoras no penales pueden ser más incisivas en la libertad del individuo que las penales...”.

auditores. La tipificación de forma específica de la conducta delictiva del auditor permitiría imputarle a este la conducta delictiva, con independencia de la punibilidad del administrador, así como ser considerado autor o coautor de los hechos delictivos, además de la consideración de partícipe que venía teniendo.

La actividad de auditoría, aun cuando tiene un trascendente interés público, es una actividad privada. Los auditores no son ejercientes privados de una función pública¹⁶⁵², sino profesionales privados e independientes, que realizan una actividad necesaria para la sociedad y el correcto funcionamiento del sistema económico. Efectivamente, si la razón de la incriminación de los administradores de la sociedad radica en la posibilidad que los mismos ostentan de lesionar el bien jurídico protegido con determinados comportamientos (en este caso, falsedades en documentos sociales), la misma argumentación debería servir para incriminar las mismas conductas realizadas por los auditores. Así, la auditoría otorga una mayor credibilidad en los terceros respecto a la veracidad y fidelidad de los documentos auditados, por lo que puede resultar perfectamente idónea para lesionarlo. Con la tipificación expresa de la conducta ilícita de los auditores, el Derecho Penal se aproximaría al de otros países de nuestro entorno jurídico, y a la propia propuesta de eurodelito¹⁶⁵³.

Se puede entender que la conducta del auditor de cuentas puede responder a una forma activa y a una forma omisiva. En la forma activa, se considera que el auditor elabora fraudulentamente el informe, con contenidos que no responden a la situación económica y a su verdadera opinión técnica y no se proyecta únicamente en una conducta negligente de falta de vigilancia debida de la actuación de los administradores. En la forma omisiva, el auditor no refleja en el informe las irregularidades detectadas en las cuentas anuales y evita así la publicidad de la información fraudulenta integrada en dichas cuentas. El planteamiento de la responsabilidad penal del auditor a título de autor debe requerir en todo caso que su conducta sea dolosa.

En síntesis, por la posición preeminente del auditor externo como medio de garantía de la información económica fundamental de la sociedad plasmada en las cuentas anuales, cobra una clara justificación la potencial decisión de que exista un tipo penal dirigido a proteger el interés público en conocer la imagen fiel reflejada en las cuentas anuales y en

¹⁶⁵² Pantaleón Prieto, *La responsabilidad civil de los auditores...*cit., pág. 147.

¹⁶⁵³ La propuesta fue efectuada por Foffani y Quintero (Tiedemann, K. (dir.), *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, ob, cit, págs. 157-158.

definitiva, la confianza de la sociedad, socios y terceros que toman sus decisiones en función del contenido del informe de auditoría. Esta potencial tipificación, en la línea marcada por legisladores comparados como Francia y Alemania, solo podría tener sentido en el caso de conductas graves dolosas en las que el auditor falta o desprecia la verdad y que coadyuvan a situaciones idóneas para la causación de perjuicios a la sociedad, socios o terceros, sin que en ningún caso sea posible que desde el punto de vista penal el auditor responda por supuestos en los que ha actuado de forma negligente, sin hacer las debidas comprobaciones o aquellos supuestos en los que no ha obtenido la debida información por parte de los gestores de la empresa.

De acuerdo con las anteriores especificaciones, de *lege ferenda* se propone el reconocimiento de la responsabilidad penal de los auditores de cuentas, a través de la inclusión de un nuevo apartado en el art. 290 CP cuyo conducta típica rece de la siguiente forma:

“El auditor contratado por una sociedad sujeta de forma obligatoria a la auditoría de las cuentas anuales que, a sabiendas de que dichas cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad, emita fraudulentamente un informe en el que no lo haga constar e incluya u oculte hechos, opiniones técnicas o conclusiones finales inveraces o introduzca salvedades en las cuentas que no se correspondan con la situación económica y financiera conocida de la sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero, será castigado....”.

III.- CONDUCTA TÍPICA

En cumplimiento del principio de legalidad se considera preciso describir la conducta contenida en el tipo con mayor precisión, de modo que se identifique claramente qué tipo de actuación puede tener alcance penal. En este sentido, se propone eliminar la conducta descrita en el tipo de “falsear”, que tantos equívocos ha generado en la determinación de la naturaleza de este delito y que, en definitiva, no aporta una verdadera descripción de la conducta que debe considerarse típica. Ciertamente, la denominación de la conducta típica del art. 290 CP como “falsear” permite cuestionar si verdaderamente ha existido una reflexión previa sobre qué son las cuentas anuales, qué sentido tienen, de dónde surge el deber de formularlas y qué se pretende proteger. Del análisis del delito en cuestión se desprende que la aplicación de este precepto no ha de realizarse en torno a la

falsedad como tal que se materializa en documentos societarios, sino en el incumplimiento de deberes previos de los que ha resultado dicha falsedad en la información societaria. Los delitos de falsedad documental protegen la autenticidad del documento. En este sentido, el documento que contiene las cuentas anuales es auténtico. Por este motivo, es necesario concretar la conducta desde otro prisma, teniendo en cuenta que las conductas que se tipifican en este precepto se caracterizan inicialmente por la imposición de determinados deberes al administrador de hecho o de derecho de la sociedad. De la normativa extrapenal comentada (principalmente, la LSC y el Cco) se extrae que los deberes genéricos que se atribuyen al administrador en el ejercicio de su cargo como es el deber de lealtad, se proyectan en unos específicos deberes contemplados también en dichas normas que se dirigen a proporcionar a la propia sociedad que administran, a sus socios o a terceros información sobre la situación económica y jurídica de la misma.

En efecto, el cumplimiento de estos deberes dirigidos a proporcionar información, exige que el administrador atienda a una serie de obligaciones particulares, como son confeccionar los documentos societarios de acuerdo con los presupuestos establecidos legislativamente y la de formular unas cuentas anuales que reflejen la imagen fiel de la sociedad, que confluyen con los deberes genéricos contemplados en la normativa societaria aplicable, como es el deber de lealtad, y es el incumplimiento de los mismos la conducta que desde el punto de vista societario puede alcanzar tal relevancia que puede desencadenar la calificación de la actuación como de índole criminal. Esta conducta se podrá realizar por acción u omisión, ya que en el marco de los delitos de infracción de deber son términos equivalentes, pero es preferible reconocer expresamente la modalidad de conducta de naturaleza omisiva¹⁶⁵⁴.

En cuanto al elemento de idoneidad para causar perjuicios económicos para la sociedad, socios y terceros, entiendo que se haya planteado por la doctrina la innecesidad de contemplar este elemento, que se puede considerar inútil ante un tipo que responda a la estructura de los delitos de infracción de deber¹⁶⁵⁵. No obstante, considero que el hecho de que se constituya en un elemento de aptitud lesiva, que entraña una peligrosidad, y no como la efectiva lesión del patrimonio, puede considerarse que se proyecta y delimita la entidad de la infracción de deber típica y que, por tanto, puede contribuir en términos de

¹⁶⁵⁴ Huerta Tocildo, S., Problemas fundamentales de los delitos de omisión, págs. 55-60. Considera la autora que la comisión por omisión ha de resolverse en la Parte Especial mediante una tipificación expresa de las hipótesis merecedoras de sanción, con especificación de las características objetivas del autor imprescindibles.

¹⁶⁵⁵ Bacigalupo, E., "Gobierno corporativo y derecho penal...", cit. pág. 165. El autor considera que este elemento es "superfluo".

legalidad a concretar la conducta típica. Del mismo modo, considero positivo que se mantenga como bien jurídico secundario objeto de protección al patrimonio. En definitiva, como tal elemento que se refiere a la peligrosidad de la conducta, puede ser considerado también de forma cohonestada un elemento importante para graduar la pena.

Por este motivo, se propone matizar la conducta típica de los administradores en este sentido:

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que expongan o incluyan datos, hechos o manifestaciones inveraces e inexactos u oculten hechos trascendentes relativos a la situación económica de la sociedad, que distorsionen la imagen fiel que deben reflejar las cuentas anuales o el contenido de otros documentos relativos a la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero, será castigado....”.

IV.- VALORACIÓN DE LA PENA DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se ha explicado anteriormente, el bien jurídico protegido por este delito viene constituido por la veracidad de la información societaria contenida en las cuentas anuales y otros documentos societarios, de forma que dicho bien jurídico queda lesionado con la emisión de unas cuentas anuales que no reflejan la imagen fiel o con la confección de documentos relativos a la situación jurídica o económica de la sociedad, siempre que dichas conductas sean idóneas para causar un perjuicio económico a la sociedad, socios o terceros. Por lo tanto, la configuración como delito de lesión respecto de la veracidad y como delito de peligro abstracto respecto del bien jurídico del patrimonio es lo que cobra verdaderamente relevancia a los efectos de este delito. La información económica y jurídica distorsionada que se presenta por la sociedad en el mercado cobra la suficiente entidad como para desestabilizar el buen funcionamiento del mismo y esto, unido a la capacidad para causar perjuicios económicos, constituye la conducta típica.

En el capítulo cuarto se hizo referencia a la célebre frase que se insertó por parte del Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 29 de julio de 2002, referida al caso Banesto, en la que el Alto Tribunal hizo un especial llamamiento al legislador para recordarle que no se

entendía que fuera suficiente la pena prevista en el art. 290 CP para castigar los supuestos más graves de conductas de fraude contable.

La expresividad de lo dispuesto en la sentencia es máxima al señalar que: *“Por ello estimamos y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión) pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional”*. Posteriormente, se afirma en la sentencia referida que: *“De manera expresiva, el propio legislador en el artículo 296.2 elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que evidencia que nos encontramos ante una situación, con perfiles y trascendencia diferente, que debería ser objeto de una punición más elevada que la que contempla en el actual artículo 290 del Código Penal”*.

La reforma nunca llegó, pero la experiencia nos ha demostrado con los casos que hemos vivido en este país desde que se dictara dicha sentencia, que el Alto Tribunal iba bien encaminado al realizar estas afirmaciones, sin perjuicio de que haya sido un aspecto que en ninguna de las numerosas reformas llevadas a cabo posteriormente, haya provocado ni siquiera la mínima atención por parte del legislador.

Como se ha explicado anteriormente, las conductas por las cuales de forma fraudulenta se incumple el deber de reflejar la información económica de acuerdo con el principio de imagen fiel, pueden poner en peligro no solo a la sociedad sino también al sistema societario en su conjunto. En efecto, como se ha desarrollado anteriormente, es evidente la trascendencia que tiene la información económica de la sociedad para la toma de decisiones de terceros que se relacionan con la sociedad. Del mismo modo, ha quedado acreditado que el tipo comprendido en el art. 290 CP protege con carácter principal un bien jurídico de carácter supraindividual, como es la veracidad y transparencia de la información relativa a la situación jurídica y económica que afecta de forma vital al funcionamiento de las sociedades mercantiles y del mercado en general. Igualmente, se ha podido concluir que el delito comprendido en el art. 290 CP responde a la estructura de un delito de infracción de deber, de forma que es la conducta de infracción del deber extrapenal lo que constituye el eje de la construcción del tipo. La clasificación de la estructura del delito como de infracción de deber explica el que la efectiva causación del perjuicio económico no añade verdaderamente ningún matiz a la conducta relativa a incumplir el deber de reflejar la imagen fiel de la sociedad.

En el contexto de estructuras societarias de gran envergadura, como son las sociedades cotizadas, se considera que el incumplimiento por los administradores de los deberes extrapenales analizados de actuar lealmente en la formulación de las cuentas anuales puede conllevar una mayor peligrosidad. Si se atiende a esta mayor peligrosidad y al hecho de que es la infracción del deber y no el resultado del perjuicio lo que sustenta la raíz de este delito, se puede considerar necesario llevar a cabo una modificación del tipo del art. 290 CP, de forma que se refuerce la pena del tipo básico referido en el art. 290.1 CP y, por otro lado, se elimine el tipo agravado del art. 290 CP que se proyecta únicamente en el resultado del perjuicio económico.

Esta modificación del tipo se consideraría entonces acorde a su estructura y al bien jurídico protegido, pues al reforzar o ampliar la pena del tipo básico se estaría planteando un margen adecuado para la aplicación de la pena acorde a la gravedad de las conductas y con sujeción al principio de proporcionalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Si el tipo del art. 290 CP ha quedado como el delito que verdaderamente va a proteger las estructuras societarias, se entiende entonces que, si bien no se equipare su pena a los delitos de estafa, apropiación indebida y de administración desleal en su modalidad agravada, si se acerque y se establezca en el rango de uno a cinco años.

Adicionalmente, desde la misma perspectiva de que el tipo del art. 290 CP responde a un delito de infracción de deber y por la trascendencia del bien jurídico protegido de carácter supraindividual se debe plantear la conveniencia de incluir una inhabilitación temporal para ejercer la función de administrador social y de auditor de forma conjunta con la multa y atendiendo a la gravedad que entraña la conducta de cada uno¹⁶⁵⁶: “*e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad*”. En el caso del administrador de dos a cinco años y en el caso del auditor de uno a tres años.

V.- LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE MANIPULACIÓN DE CUENTAS

Por último, sería necesario tener en cuenta un último aspecto referido a la potencial participación en el art. 290 CP como delito especial y es la necesidad de proyectar el reconocimiento de la posible participación del *extraneus* en el delito especial, con independencia de que en dicho sujeto no concurren las cualidades específicas que

¹⁶⁵⁶ Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales...”, cit. pág. 689.

conforman la autoría y que son exigidas en determinados tipos, como es el caso del tipo del art. 290 CP. Esta mención expresa recogería de forma fiel el sentido y alcance de la jurisprudencia desarrollada con carácter previo a la reforma del CP operada por medio de la Ley 15/2003 por la que se admitía la participación del *extraneus* en delitos especiales, con aplicación de una pena aminorada en uno o dos grados.

De esta forma, en el art. 290 CP se podría incluir un último apartado del siguiente tenor:

“El que sin tener las condiciones, cualidades o relaciones exigidas para ser sujeto activo del delito descrito en el apartado anterior, induzca o coopere a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en los apartados primero y segundo del presente artículo”.

De acuerdo con lo expuesto y admitiendo la hipótesis de que se incluyera de forma específica al auditor externo como sujeto activo del delito de manipulación del informe por el que se verifican obligatoriamente las cuentas anuales, el resto de partícipes *extraneus* que pudieran intervenir en la figura típica del art. 290 CP podrían responder a título de cooperadores, inductores o cómplices.

VI.- PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* DE REDACCIÓN DEL TIPO DEL ART. 290 CP

En consecuencia, las matizaciones efectuadas a lo largo de la presente tesis, me llevan a proponer de *lege ferenda* que el tipo del art. 290 CP quede redactado de la siguiente manera:

1.- “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que expongan o incluyan datos, hechos o manifestaciones inveraces e inexactos u oculten hechos trascendentes relativos a la situación económica de la sociedad, que no reflejen la imagen fiel de las cuentas anuales conforme a la legalidad vigente o el contenido de cualquier otro documento relativo a la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años”.

2.- *“El auditor contratado por una sociedad sujeta de forma obligatoria a la auditoría de las cuentas anuales que, a sabiendas de que dichas cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad, emita un informe en el que no lo haga constar e incluya u oculte hechos, opiniones técnicas o conclusiones finales inveraces o introduzca salvedades en las cuentas que no se correspondan con la imagen fiel de la situación económica y financiera conocida de la sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de uno a tres años”.*

3.- *“El que sin tener las condiciones, cualidades o relaciones exigidas para ser sujeto activo del delito descrito en el apartado anterior, induzca o coopere a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en los apartados primero y segundo del presente artículo”.*

CONCLUSIONES FINALES

1.- En el marco del presente trabajo, el administrador social se convierte en la figura central que se encuentra obligado especialmente al cumplimiento de deberes extrapenales y, por tanto, que podrá incurrir en responsabilidad civil o, en su caso, penal, en los supuestos en que incumpla los referidos deberes.

2.- La información societaria de índole económica que comprenden las cuentas anuales es un mecanismo vital de protección de la sociedad y del buen funcionamiento del mercado, en el que se asienta la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución Española.

3.- Los deberes que asumen los administradores de las compañías mercantiles son de muy diversa índole, pero si se acota la materia objeto de estudio al tipo comprendido en el art. 290 CP, es posible delimitar una serie de deberes extrapenales que deben informar la conducta de los administradores de hecho y de derecho en la elaboración y formulación de las cuentas anuales de las sociedades de capital. El administrador está obligado por Ley al cumplimiento de los deberes generales de diligencia y de lealtad que inciden en el deber específico de emitir documentos societarios y, en particular, de formular unas cuentas anuales que representen verazmente la situación económica de la sociedad con sometimiento al principio de imagen fiel. Estos deberes genéricos de lealtad y diligencia constituyen dos planos del deber específico. El deber de diligencia comprende la obligación de desempeñar el cargo como un “ordenado empresario” de acuerdo con los dictados de la Ley, asumiendo todas las funciones atribuidas con el cuidado debido que requieran las circunstancias concurrentes. El deber de lealtad exige que el administrador actúe de forma leal, lo que significa que su proceder debe estar presidido por la buena fe que requiere el ejercicio del cargo, siempre actuando en defensa de los intereses de la sociedad y evitando que los mismos puedan quedar dañados por intereses particulares propios o de terceros.

La proyección de los deberes generales de lealtad y diligencia en este cometido específico de elaborar las cuentas anuales, permite delimitar que las conductas que deben ser tratadas con más severidad y pueden conllevar responsabilidad penal son las conductas desleales, frente a las conductas negligentes, que en ningún caso podrán traspasar dicha frontera y su castigo se limitará a la responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en la legislación mercantil. Esta diferenciación se puede efectuar gracias a las aportaciones doctrinales realizadas por la doctrina mercantilista, que han revelado en términos plausibles las diversas causas y efectos que pueden resultar del incumplimiento de estos deberes generales.

Con este mismo objetivo de proyectar luz sobre el alcance de los diferentes deberes extrapenales asumidos por los administradores, el ordenamiento jurídico español adopta una herramienta vital importada de la cultura anglosajona y recogida por el derecho positivo en la reciente modificación de la Ley de Sociedades de Capital, como es la *business judgment rule*, a través de la cual se reconoce expresamente que se considerará cumplido el estándar del deber de diligencia y se calificará como “ordenado empresario” al administrador que actúe de buena fe, con información suficiente y de acuerdo con el proceso debido en la toma de cualesquiera decisiones estratégicas y de negocio sujetas a discrecionalidad empresarial. Esta previsión legislativa se traduce en espacio de exención de responsabilidad de los administradores que los operadores jurídicos han de respetar.

La identificación en detalle de los deberes extrapenales asumidos por los administradores en esta materia de la formulación de las cuentas anuales tiene una indudable relevancia, ya que es la pieza angular que permite determinar la importancia que ha dado el legislador a la información societaria que han de facilitar los administradores como una medida de transparencia y garantía de buen funcionamiento del mercado, el nivel de exigencia que se puede pedir al administrador en el ejercicio de su cargo y, posteriormente, en caso de incumplimiento de dichos deberes, el alcance de la responsabilidad que les es exigible de forma coherente.

En relación con el cometido de la formulación de las cuentas anuales, los administradores deben actuar en todo momento en la búsqueda de la denominada imagen fiel. El deber de formulación de las cuentas anuales se ha de cumplir mediante la representación de la imagen fiel de la sociedad, de acuerdo con el principio de veracidad que debe presidir todo el proceso de elaboración de las cuentas. Esta imagen se equipara a una verdad relativa, en el sentido de que representa la verdad que se puede alcanzar a través

de la aplicación de los principios y normas de valoración comprendidos en la normativa contable. La importancia de esta imagen fiel que se va a representar en las cuentas anuales radica en que la misma se va a proyectar al exterior de la sociedad, a través del mecanismo de la publicidad, de modo que dicha proyección va a tener una incidencia clara en el mercado, representado como conjunto de imágenes fieles de las sociedades que operan en el mismo. Este concepto se convierte en el elemento nuclear en el que confluyen los deberes extrapenales de los administradores y de los auditores.

4.- Tras el proceso de formulación de las cuentas anuales, los deberes de los administradores se entrecruzan con los de los auditores de cuentas, en la medida en que el administrador deberá someter a una auditoría las cuentas anuales, de forma que los auditores habrán de realizar una labor de verificación, para su posterior presentación a la Junta General para su aprobación, por lo que no cabe duda de que existirá un verdadero interés por parte de los administradores en que los auditores den el visto bueno a las cuentas y que estas sean aprobadas en la forma en la que han procedido a su formulación. La auditoría es una pieza fundamental de garantía de la veracidad y transparencia de la información contenida en las cuentas anuales con la que han de contar la sociedad, socios y terceros, por lo que se puede considerar un elemento vital en el proceso de elaboración de las cuentas anuales.

Por esta razón, el legislador ha asignado al auditor deberes de gran relevancia, que comprenden la comprobación de que la información que proporcionan los administradores está libre de inexactitudes y errores, si han podido ser cometidos fraudes por los empleados o directivos, si se han producido incumplimientos de obligaciones legales que deban ser consignados y permite valorar la continuidad de la entidad auditada a corto plazo, en interés no sólo de los socios sino también del público en general. Por eso, la auditoría presupone el que al auditor emita su opinión sobre la fiabilidad que merecen las cuentas, además de analizar la gestión llevada a cabo por los administradores y los riesgos que soporta la entidad. La emisión de la opinión sobre la situación de la empresa en marcha y sobre su solvencia se debe asentar en juicio de valor sobre el futuro de la compañía y en las informaciones disponibles incluidas en sus estados contables o en su propio informe de gestión.

5.- Concretados los deberes asumidos por los administradores y auditores, contamos con las herramientas precisas para entrar a examinar la potencial responsabilidad penal que pueden asumir estos profesionales por conductas manifiestamente fraudulentas. El análisis

del alcance de este tipo de responsabilidad exige con carácter previo determinar la estructura del delito tipificado en el art. 290 CP. Es cierto que la mayoría de los delitos del Código Penal son calificados como delitos de dominio y, por su estructura, la determinación de la autoría y de la participación se realiza conforme al criterio del dominio del hecho, sin embargo, en contraposición con dicha categoría surgen los llamados delitos de infracción de deber, en los que la autoría y participación se concreta en función del deber extrapenal que se le atribuye al sujeto de acuerdo a su especial condición, como es el caso del administrador.

Asumida la hipótesis de que el tipo del art. 290 CP responde a la estructura de un delito de infracción de deber, de las teorías principales propuestas por la doctrina alemana por parte de Jakobs y Roxin en torno a dicho tipo de delitos, la presente tesis se posiciona en los dictados de la teoría desarrollada por Roxin, por considerar que preserva en mayor medida los postulados de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

6.- La respuesta al interrogante de si el delito contemplado en el art. 290 CP responde a una estructura de un delito de infracción de deber o de un delito de dominio, exige analizar la naturaleza y elementos típicos del mismo.

El bien jurídico objeto de protección principal por los administradores como garantes es de carácter supraindividual y se constituye en la veracidad y transparencia de la información económica de la sociedad como resultado del cumplimiento de los deberes extrapenales asumidos por los administradores en la elaboración de las cuentas anuales y, además, existe otro bien jurídico protegido por el tipo con carácter secundario, representado en el patrimonio de la sociedad, socios y terceros. La relación entre los administradores y ambos bienes jurídicos se constituye por los citados deberes extrapenales que asumen individualmente y específicamente cada uno de los administradores.

En el tipo del art. 290 CP la condición de sujeto viene delimitada de forma concreta en unas personas que ocupan una posición específica en la sociedad y que están especialmente obligados por los deberes extrapenales indicados anteriormente, como son los administradores de hecho y de derecho, términos que se equiparan de acuerdo con el criterio de competencia material. El auditor no puede ser considerado administrador de hecho dentro de las funciones propias de auditoría.

El objeto de este tipo es la información societaria de índole económica y jurídica que se representa en las cuentas anuales y otros documentos societarios, entre los que se comprenden el informe de gestión.

La concreción de si el administrador se constituye en posición de garante se debe extraer del tipo de delito específico a través de la concreción de los deberes extrapenales que la conforman. Los deberes extrapenales que pueden construir una posición de garante se deben extraer primero de la interpretación de la normativa mercantil en la que nacen y posteriormente, del tipo penal en el que se proyectan, en este caso, el conformado en el art. 290 CP. Como se ha explicado, la posición de garante penal en el marco de este tipo se construye a partir del deber asumido por el administrador en el desempeño de su cargo de actuar con lealtad, lo que se traduce en la exigencia de que actúe de buena fe en la elaboración de una cuentas anuales, en interés de la sociedad y con el objetivo último de mostrar la imagen fiel de la situación económica y jurídica en la que se encuentra.

La asunción de estos deberes extrapenales en torno a la formulación de las cuentas anuales conlleva el que el administrador de hecho y de derecho asuman una posición de garante que, por un lado, les obliga a cumplir en todo momento con dichos deberes, pero además les sitúa en una posición privilegiada que les permite proteger el bien jurídico principal de la transparencia y veracidad de la documentación societaria cuya garantía está a su alcance y, por otro lado, les impide desconectarse de dicha situación privilegiada. En definitiva, asumen obligaciones de carácter negativo, al no poder actuar en el sentido descrito por el tipo de injusto, y de sentido positivo, dado que su posición les obliga a actuar para evitar el daño del bien jurídico. Los garantes deben responder como tales sólo por cursos causales dañinos que afecten a dicho bien.

La conducta de falsear contenida en el art. 290 CP, interpretada en conjunción con el resto de elementos del delito, y en particular, con el objeto del mismo (la información societaria de trascendencia jurídica y económica expresada en las cuentas anuales y en otros documentos societarios), se corresponde con el incumplimiento grave del deber de lealtad de los administradores en defensa del interés social que se proyecta, a su vez, sobre los deberes de los administradores de emitir dichos documentos de trascendencia económica y jurídica, y concretamente, las cuentas anuales que representen la imagen fiel de la situación económica de la sociedad. De acuerdo con la estructura del delito de infracción de deber, no es equiparable la omisión en la actuación del administrador a la actuación, ya que en uno y en otro caso, deja desprotegido el bien jurídico a su cargo. Las modalidades de conducta

son, por este motivo, de muy diversa naturaleza y pueden alcanzar a cualquier manipulación de las cuentas que conlleven de forma grave que las mismas no representen la referida imagen fiel.

La limitación de las conductas que pueden calificarse como típicas se efectúa a través del elemento de idoneidad para causar perjuicio a la sociedad, socios o terceros, en el caso del tipo de básico, y a través del efectivo perjuicio económico en el caso del tipo agravado, que deberán ser especificados de acuerdo con criterios de imputación objetiva. En la determinación de este elemento, a través del cual se representa la protección del patrimonio de la sociedad, socios y terceros, se ha comprobado que los criterios de imputación objetiva desarrollado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con asuntos en los que se ha valorado la potencial responsabilidad extracontractual de los auditores de cuentas, son de utilidad para entrar a analizar el elemento de creación de riesgo no permitido, la materialización de dicho riesgo creado por la acción en un resultado, así como el alcance del fin de la protección de la norma.

Una vez tipificada la conducta, la protección del deber extrapenal que fundamenta la posición de garantía de los administradores queda reforzada por un deber de índole penal de protección del bien jurídico que el legislador ha considerado necesario instaurar para el buen funcionamiento del orden socioeconómico. La constatación de que el administrador ha puesto en peligro o dañado los bienes jurídicos relativos a la veracidad de la información y al patrimonio debe pasar por incumplir los citados deberes.

De lo expuesto podemos afirmar que el tipo del art. 290 CP responde a una estructura definida en función de los deberes especiales positivos que se atribuyen a los administradores por la normativa extrapenal; deberes relativos a la obligación de prestar información veraz sobre la situación jurídica y económica de la sociedad, de forma leal a los intereses de la sociedad, socios y terceros, así como de forma fiel a la realidad social subyacente; obligación que viene recogida previamente en la normativa especial extrapenal mercantil. La estructura del tipo del art. 290 CP no contempla el que el autor actué con dominio del hecho, sino que por el contrario lo relevante es cómo el sujeto que ocupa una posición de garante utiliza sus competencias específicas y rige su actuación de conformidad con los deberes encomendados por la propia sociedad, de forma que cuando desvía su conducta de dichas obligaciones y utiliza indebidamente su posición de garante de forma activa u omisiva, daña gravemente el bien jurídico objeto de protección.

7.- Desde el prisma de la estructura de los delitos de infracción de deber, será considerado autor el sujeto que viene obligado por los deber extrapenales específicos a comportarse de una determinada forma, tanto si actúa de forma activa como si omite actuar. En lo que a la autoría mediata se refiere, responderá el obligado especial cuando encargue la ejecución de la acción a una persona que no está obligada. La coautoría aparece sólo cuando se produce un quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. Si no existe dicho deber conjunto, cada uno de los obligados especiales que intervenga responderá como autor por el incumplimiento del deber que le obliga personalmente y el que no esté obligado, será considerado partícipe.

8.- En cuanto a las formas de participación en los delitos de infracción de deber, se asume que la participación se ajusta a las reglas de la accesoriedad limitada. Por tanto, es posible tanto la inducción, como la cooperación necesaria y la complicidad, al igual que en los delitos de dominio del hecho. A través de la teoría de los delitos de infracción de deber se da una solución convincente respecto de la participación del *extraneus* en el delito especial, por cuanto se admite que el *extraneus* puede participar en el delito llevado a cabo por el *intraneus* obligado especialmente, si bien, debido a que no se encuentra en la posición del obligado especialmente, la pena que le deberá ser impuesta vendrá atenuada en un grado, en el caso del inductor y del cooperador necesario y en dos grados en el caso del cómplice, como así se desprende de la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a la reforma operada mediante Ley 15/2013.

9.- De *lege ferenda* se propone la inclusión de determinados cambios en la redacción del tipo del art. 290 CP, que implicarían la erradicación de trabas para la persecución de este delito, de modo que no será preciso la interposición de denuncia. Del mismo modo, se considera conveniente el reconocimiento de la responsabilidad penal de los auditores de cuentas, a través de la inclusión de un nuevo apartado en el art. 290 CP. En cumplimiento del principio de legalidad, se debe también erradicar del art. 290 CP la mención de la conducta genérica relativa a “falsear” y se debe describir la conducta contenida en el tipo con mayor precisión, de modo que se identifique claramente qué tipo de actuación puede tener alcance penal. Desde la perspectiva de la naturaleza del tipo del art. 290 CP como un delito de infracción de deber y por la trascendencia del bien jurídico protegido de carácter supraindividual, se debe plantear la conveniencia de incrementar la pena a imponer a los administradores al rango establecido entre uno y seis años, así como de incluir una inhabilitación temporal para ejercer la función de administrador y de auditor

de forma conjunta con la multa¹⁶⁵⁵: “*e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad*”. En relación con la participación del *extraneus* en el delito especial, se propone incluir un último apartado en el que se tipifique de forma expresa la posible participación en el delito de un *extraneus* y la consiguiente aminoración de la pena en uno o dos grados.

En síntesis, de *lege ferenda* se propone como nueva redacción del tipo del art. 290 CP la referida a continuación:

1.- “*Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que expongan o incluyan datos, hechos o manifestaciones inveraces e inexactos u oculten hechos trascendentes relativos a la situación económica de la sociedad, que distorsionen la imagen fiel que deben reflejar las cuentas anuales o el contenido de otros documentos relativos a la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a seis años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cuatro años*”.

2.- “*El auditor contratado por una sociedad sujeta de forma obligatoria a la auditoría de las cuentas anuales que, a sabiendas de que dichas cuentas no reflejan la imagen fiel de la sociedad, emita fraudulentamente un informe en el que no lo haga constar e incluya u oculte hechos, opiniones técnicas o conclusiones finales inveraces o introduzca salvedades en las cuentas que no se correspondan con la situación económica y financiera conocida de la sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de uno a dos años*”.

3.- “*El que sin tener las condiciones, cualidades o relaciones exigidas para ser sujeto activo del delito descrito en el apartado anterior, induzca o coopere a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en los apartados primero y segundo del presente artículo*”.

¹⁶⁵⁵ Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales...”, cit. pág. 689.

La propuesta de *lege ferenda* que se hace para la redacción del tipo del delito contemplado en el art. 290 CP, tiene su fundamento en la consideración de que los deberes extrapenales de los administradores y auditores constituyen fuente de la posición de garante, del fin de protección de la norma y se deben definir de forma clara en la configuración de la estructura del tipo, permitiendo llegar a soluciones lógicas a la hora de atribuir una potencial responsabilidad penal a estos profesionales a título de autores o de partícipes: solo será punible el administrador o auditor que incurra en conductas de infracción de los deberes de lealtad graves, que supongan una intencionada lesión de la veracidad de la información societaria de índole económica y jurídica.

Parece oportuno recordar para finalizar la Ley 8 del Título 1 de la Partida Primera de Las Siete Partidas de Alfonso X de Castilla: *"Las leyes han de ser cumplidas y cuidadas y miradas para que sean hechas con razón y las cosas hechas según su naturaleza; las palabras de las leyes han de ser claras para que todo hombre la entienda y guarde en su memoria: Otrosí deben ser sin escasez y sin punto para que los hombres del derecho saquen razones torcidas por su maldad, y muestren la mentira por verdad y la verdad por mentira"*.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTO DONNA, E., “La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto”, en *La comisión por omisión*, Direc. Enrique Gimbernat Ordeig, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 863.

ALCÁCER GUIRAO, R., “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, Apuntes sobre el concepto material del delito”, edit. Atelier, 2003

ALONSO DE ESCAMILLA, *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Ed. Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 115.

ESPINOSA, F.J., “El deber de documentación de la empresa y de llevanza de contabilidad tras la Ley 16/2007”, de 4 de julio, La Ley, RMV, nº 5, 2009.

ALONSO UREBA, A., "Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de los administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) de la TRLSA", RDS, nº 25 (2), 2005.

AMBROSETTI ENRICO, M., MEZZETTI ENRICO, RONCO MAURO, EDIT. ZANICHELLI, *Diritto Penale Dell'Impresa*, edit. Zanichelli, 2009.

ANTOLISEI, F., *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, Edit. Temis Bogotá, 1964.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2ª edic., Edit. Akal, 1986.

APARICIO GONZÁLEZ, Mª.L., “El gobierno corporativo ante la crisis económico-financiera”, RJUAM nº 19, 2009-I.

ARAGÓN REYES, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

ARANA GONDRA, F.J. y ZUBIAURRE GURRUCHAGA, A., *La verificación de las cuentas anuales de la sociedad anónima*. Artículos 203 a 211 de la LSA., edit. Edersa, Madrid, 2001.

ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981

- “Los delitos societarios en el Proyecto de 1992”, en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Edic. Universidad de Castilla La Mancha, 1994.

-“Armonización del Derecho Penal”, *European inklings*, núm. 2, 2013, IVAP, págs. 14-32.

ARSHT, S. SAMUEL (1979) “The Business Judgment Rule Revisited,” *Hofstra Law Review*: Vol. 8: Iss. 1, Article 6. Available at: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol8/iss1/6>.

BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (El actuar en nombre de otro)”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo V, vol. 1º (La Reforma del CP de 1983), EDERSA, Madrid, 1985.

- *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, Tomo II, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2009

- “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, en *RDPCr*, 2000, nº extraordinario 1.

- *La noción de autor en el Código Penal*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

- *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Edit. Akal/Iure, Madrid, 1997.
- *Curso de Derecho Penal Económico*, Edit. Marcial Pons, 2ª edic, 2005. Barcelona.
- *Los delitos improprios de omisión*, edit. Dykinson, Colec. Luis Jiménez de Asúa, 2006.
- “El nuevo derecho mercantil contable y el derecho penal (Artículo 290 CP)”, en *Gobierno Corporativo y derecho penal*, Coords. Bajo Fdez, M., Bacigalupo, S., Gómez-Jara Díaz, C., Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- “Responsabilidad de los auditores, causalidad e imputación objetiva (Sobre las SSTs 798/2008 y 869/2008 de 16 de mayo de 2008)”.
- “El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther, Weyrauch y Siemens-KWU”, *Diario La Ley*, nº 7295, 2009.
- “El falseamiento de las cuentas anuales y el nuevo derecho mercantil contable”, en *Compliance y Derecho Penal*, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, Pamplona

BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

- “Distribución de la responsabilidad penal entre los miembros del Consejo de Administración de una Sociedad”, en *Gobierno Corporativo y derecho penal*, Coords. Bajo Fdez, M., Bacigalupo, S., Gómez-Jara Díaz, C., Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

BACIGALUPO SAGGESE, S. Y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Edic. Experiencia, 1ª edic, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M., “Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995”, en *La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código penal*, Oviedo, 1997.

- “Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria”, en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998.
- Los delitos de estafa en el Código Penal, edit. Universitaria Ramón Areces, 2004.
- “El derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español”, Ponencia del Seminario “Derecho penal de sociedades” celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 2006.
- “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en *Libro Homenaje al Profesor D. Luis Rodríguez Ramos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, M. Y DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., “La responsabilidad penal de los auditores”, *Partida Doble*, 11 de junio de 1990.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2010.

BENSTON, GEORGE J. y HARTGRAVES, AL L., “Enron: what happened and what we can learn from it”, *Journal of Accounting and Public Policy* 21 (2002), págs. 105-127.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El principio de transparencia en el Derecho Mercantil”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, edit. Civitas, 2011.

BLOCK, DENNIS J., *The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Volume I, Fifth Edit, 1998

BOTTKE, W., “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica” en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña), Edit. JM. Bosch Editor, 1996.

- “Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específica”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995.

BRATTON, WILLIAM W., “Rules, principles and the accounting crisis in the United States”, *E.B.O.R.* 2004, 5 (1)

- BROSETA PONT, M., *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, edit. Civitas
- BUSTOS RAMÍREZ, J., “Autoría y participación: Otra visión”, en *La Comisión por omisión*, Tomo I, Direc. Enrique Gimbernat Ordeig, C.G.P.J, Madrid, 1994, págs. 733-742.
- CAHN, A. Y DONALD, DAVID C., *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2011
- CANCIO MELIÁ, M., “La teoría de la adecuación social en Welzel”, Ponencia efectuada en el Seminario del Prof. Günter Jakobs, Universidad de Bonn, diciembre de 1992.
- CAÑIBANO, L., *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, Madrid, 1991.
- *Curso de auditoría contable*, edit. Pirámide, Madrid, 2011.
- CARNELUTTI, F., *Teoría General del Delito*, Edit. RDP, Madrid, 1955.
- CARRÍO, G. R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, edit. Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, 1966.
- CASTRO MORENO, A., “El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 31, marzo 1998, págs. 46-57.
- CEREZO MIR, J., *Derecho Penal, Parte General-Lecciones*, UNED, 2ª ed., Madrid, 2004.
- “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española”, publicación en el *Libro Homenaje al profesor Welzel con motivo de sus 70 cumpleaños* y en “Nuevo Pensamiento Penal”, año 1, núm. 2, mayo agosto, 1972.
- “Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal”, Ponencia presentada en el Seminario Hispano-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona y el Instituto Alemán, Balleterra, 1979.
- “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *RDPC*, 2ª Época, nº 10, 2002.
- CHABRACK, N. y NABYLA, D., “Enron: Widespread myopia”, *Critical Perspectives on Accounting* 18 (2007), págs. 539-557.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales, Tratamiento Penal de la Información societaria inveraz*, Edit. Bosch, S.A., Barcelona, 2003.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2011.
- “Responsabilidad penal derivada del producto en particular la regulación legal en el Código Penal Español: delito de peligro” en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña), Edit. JM. Bosch Editor, 1996.
- *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, edit tirant lo blanch, Valencia, 1999
- *Derecho Penal de la Empresa*, edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002
- “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *La política criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004.
- CÓRDOBA RODA, J y GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al Código Penal*, Parte especial, Tomo I, Edit. Marcial Pons, 2004, Madrid-Barcelona.
- DEL MORAL GARCIA, A., “Breve reflexión sobre la responsabilidad penal de los administradores”, en *La responsabilidad del administrador en las sociedades*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid núm. 5, 1997.
- “Responsabilidad de las personas jurídicas? (Comentarios a la reforma del art. 31 Código Penal)”, en *SePINet*, práctica procesal, sept-oct 2004, págs. 21-33.
- DEL PUERTO CABRERA, L., *Formulación de Cuentas Anuales en las Sociedades de Capital*, Edit. Reus, S.A., Madrid, 2011.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Empresa y Derecho Penal (I)*, Edit. CGPJ, Madrid, 1999.

- “Los Delitos Societarios en el Código Penal de 1995”, Proyecto de Investigación nº PB94-0379 de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT), bajo el título *Economía de las actividades delictivas y política criminal*.

- “El Delito de Falsedad en la Información Social del Art. 290 del Código Penal” en *Empresa y Derecho Penal (I)*, Edit. C.G.P.J., Madrid, 1999.

- “Mercado Bursátil y publicidad engañosa: La intervención del Derecho Penal”, en *Temas de Derecho Penal Económico*, edit. Trotta, 2004, págs. 183-184 y cita nº 1

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de las Sociedades de capital*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

- *El administrador de hecho de las sociedades*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.

- *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, edit. La Ley, 2008.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y POLO VEREDA, J., *Problemas Generales de Aplicación de los delitos societarios*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2002.

DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, edit. Civitas, Madrid, 1999.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., vol. II. Pág. 606 y ss.

EISENBERG, MELVIN, A., “The duty of Good Faith in Corporate Law”, 31, *Del. J. Corp. L.* 1 (2006), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/737>.

- “An Overview of the Principles of Corporate Governance”, 48 *Bus. Law* 1271 (1993), Available at <http://scholarship.law.berkeley.edu>.

ENCINAR DEL POZO, M.A., “Cuestiones Penales referidas a los Administradores Sociales” en *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, Edit. El Derecho, Madrid, Septiembre, 2007, pág. 78.

ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad de los Administradores”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, 1992.

- “Responsabilidad civil de los administradores”, en EJB Civitas, Madrid, 1995.

- “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución.”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Madrid, 1996.

- “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en AAVV, *Tratado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Dir. Paz-Ares), Madrid, 1996.

- “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital.”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 24, Madrid, 2000.

- “Responsabilidad social corporativa”, en AAVV en *Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)*, edit. *Publicacions de la Universitat Jaume I*, 2005.

- Comentario al artículo 241 de la LSC, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Coord. Emilio Beltrán y Ángel Rojo, Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 1730 2011.

- Velasco, G., “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades* nº 36/2011, Editorial Aranzadi, S.A., consultado en aranzadidigital.es.

FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996.

- “Rasgos comunes a todos los delitos societarios. Los artículos 296 y 297 del CP de 1995”, en AAVV (*El nuevo Código Penal y los delitos societarios*), Coord. Por Martínez Buján, C. y Areán, M.), La Coruña, 1998.

- *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- “El artículo 294 del Código Penal Español de 1995: incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o entidades”, *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (Coord. J. M. Terradillos y M. Alcalde), Edit. Trotta, 2004, págs. 115-168.

- “Los delitos de falsedad en documentos sociales y administración fraudulenta. Diez años de aplicación jurisprudencial”, *Revista Poder Judicial* nº 82, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Autoría y Participación en el Delito de Defraudación Tributaria, con Especial Referencia a las Organizaciones Empresariales”, en *Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

- *Límites de la participación criminal*, ed. Comares, Granada, 1999.

- ¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global”, AFDUAM 16(2012), págs. 109-136, 2012.-“Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares” en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, edit. La Ley, 2013.

FEINMAN, J.M., “Liability of accountants for negligent auditing: doctrine, policy and ideology” en www.ssrn.com, 2003.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., “Nueva Economía, nuevos Mercados, nueva Riqueza”, en Ciclo “Reflexiones de fin de siglo”, Club Siglo XXI, Madrid, 27 de abril de 2000, págs. 5-6, consultado en www.cnmv.es.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Códigos de conducta y administración de sociedades”, en AAVV, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de las sociedades capital*, Madrid, 1996.

- “Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento jurídico español”, Hamburgo, 1984.-“El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 5, 1997.

- *Derecho de Sociedades, Vol. I*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, *La aplicación de resultado en las sociedades mercantiles*, Civitas, 1997.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “El caso del Banco Español de Crédito: un banco de pruebas para la determinación del sentido de los delitos societarios”, en *La Ley*, nº 5614, 2002.

- *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, edit. Dykinson, Madrid, 1998.- *Estudios de Derecho Penal Económico*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003.

- *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, edit. Lex Nova, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Las falsedades en la información social (Artículo 290 del Código Penal)”, en *La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital, aspectos civiles, penales y fiscales*, 1999, Coord. J.A. García Cruces y E. Galán Corona.

FIGUEROA ORTEGA, Y., *Delitos de Infracción de Deber*, Edit. Dykinson, S.L., 2008

FLORES, C., “New trends in auditor liability”, *European Business Organization Law Review (E.B.O.R)*, Cambridge, 2011, págs. 415-436.

FOFFANI, L., “Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia”, trad. de María José Pifarré de Maner, *Revista Penal* nº 5, 2005, en www.uhu.es, págs. 57-66.

- “Delitos societarios”, trad. de J.A. Brandariz García y Luz de Puente Aba, I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico (coord. Patricia Faraldo Cabana y otros), en www.ruc.udc, 1998, págs. 57-66.

- *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, 2ª ed., Monduzzi, Bologna, 2000.

- “Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas del derecho comparado europeo” en *Revista Penal* nº 17, 2006. - “Verso una europeizzazione del diritto penale dell'economia: la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul falso in bilancio (caso Berlusconi)”, en AFDUDC, 12, 2008, págs. 333-346.

FONT GALÁN, J.I., *El Derecho de Información de los Administradores sociales*, edit. Eprinsa, Córdoba, 2002

FRISCH, W., “Fundamento general de la posición de garante”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coords. S. Mir Puig y D. M. Luzón Peña), Edit. J.M. Bosch Editor, 1996.

FURLOW, CLARCK W., “Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware”, *Utah Law Review*, 3 (2009)

GALLEGO SOLER, J.I., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, en *Derecho Penal de la Empresa* (dir. M. Corcoy), Pamplona, 2002-b.

- *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- “Política criminal en materia de delitos societarios”, en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal Español de 1995* (dir. Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S.), 2006.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *La información del accionista en el Derecho Español, Discurso leído el día 2 de junio de 1975, en la recepción pública como académico de número de D. Rodrigo Uría*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975.

- *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 6ª edic. revisada por Alberto Bercovitz, edit. Aguirre, S.A., Madrid, 1972.

GARRIGUES DÍAZ CAÑABETE, J. y URÍA GONZÁLEZ, R.

- *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, edit. Garrigues, J. y Uría, R., Madrid, 1976.

GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- García Cavero, P., “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en *InDret*, nº 362, Barcelona, 2006, indret. Com.

- “La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, (dir. J.Mª Silva Sánchez y F. Miró Linares, 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios de Derecho Mercantil: Homenaje al Prof. Dr. Aníbal Sánchez Andrés* (coord. Sáenz García de Albizu, J.C. y otros), edit. Thomson Reuters, 2008.

- “El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios”, edit. Aranzadi, S.A. núm. 389, 1999.

- “El control judicial del acuerdo por el que el Consejo de Administración formula cuentas anuales”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro en Homenaje al Prof. García Villaverde*, ed. Marcial Pons, I, Madrid, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. E IGLESIAS PRADA, J.L., “Los órganos sociales de las sociedades de capital” (dir. Menéndez, A. y Rojo, A.), en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13ª edic., edit. Civitas, 2015

GARCÍA DELGADO, J.L. y MYRO, R., *Lecciones de Economía Española*, edit. Civitas, 11ª edición, 2013.

GARRIDO, J.Mª, “Derecho comunitario, mercado de valores y códigos de buen gobierno. Intervencionismo vs. Abstencionismo”, en *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil*, edit. Thomson Civitas, 2007, Navarra.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, edit. B de F, Madrid, 1966.

- “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios Penales Criminológicos* nº 10, 1985-1986, págs. 167-186.

- “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, Sección Doctrinal, ADPCP, Vol. L., 1997.

- “Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas”, en *ADP*, t. LII, 1999.

- “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “comisión por omisión” ADPCP, Vol. LIII, 2000.

- “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, ADPCP, Vol. LIV, 2001.

- “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, Sección doctrinal,

ADPCP, Vol. LIV, 2001.

GIRÓN TENA, J., “La reforma proyectada en España de la Sociedad Anónima”, en biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/644/26.pdf, págs. 613-642.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Facturas y documentos mercantiles o societarios de contenido falso”, *La Ley*, 1997, nº 4337, p. 2

-“Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal”, en AAVV *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Banco Central Hispano, Madrid, 1996.

-“Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querrela?”, en *La Ley*, núm. 5.143, 2000.

- *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

GONDRA, J.Mª., “Los mercados internacionales de capitales marcan el rumbo del derecho europeo de balances, ¿Hacia dónde nos llevan?”

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Las insolvencias punibles en las sociedades mercantiles” en *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* (Coord. J. M. Terradillos y M. Alcalde), Edit. Trotta, 2004, pág. 109

GONZÁLEZ FRANCO, J.A., “Responsabilidad penal del Auditor”, *Iuris* nº 61, Mayo, 2002, Edit. La Ley.

GONZÁLEZ GUERRA, C. M., “La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial”, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Dir. Jesús-María Sánchez Silva, Edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, edit. Dykinson, S.L., Madrid, 2011.

GONZALO ANGULO, J.A. y CASTELLANOS RUFO, *La Reforma de 2010 en la Ley de Auditoría de Cuentas, Partida Doble*, núm. 224, Septiembre 2010.

GRACIA MARTIN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, 2 vols., Zaragoza, 1985.

- *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. El delito integrado de la actuación en lugar de otro y sus consecuencias jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

-“Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, en *Actualidad Penal*, 1993, I.

-“La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante”, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Serie de Derecho Público, Jornadas en honor del Profesor Klays Tiedemann, Madrid, 1995.

- “El Derecho penal ante la globalización económica”, Proyecto de Investigación de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia sobre “Derecho penal de la Unión Europea” y del “Proyecto Globalización y Derecho Penal” del Ministerio de Ciencia e Innovación, págs. 5-7.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*, Edit. Tirantonline, 2003.

HAJDUKA, A., “The Enron collapse: justice and fairness as a theoretical background for ultimate market efficiency”, *UCL Jurisprudence Review*, 2002, 9, págs. 30-44.

HEFENDEHL, R., “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?”, *Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002.

HEMRAJ, MOHAMMED B., “Understanding the Company audit process in the UK, Canadá and USA: panacea or nuisance?”, *Journal of Financial Crime*, 2002.

-“Preventing corporate scandals”, 2004, 11 (3)

- “How to restore confidence in auditing and prevent corporate scandals”, *Comp Law*, 2005, 26 (8), 235-244, *Company Lawyer*, 2005.

- HEREDERO, J.L., *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, edit. Bosch, Barcelona, 1969.
- HOLLAND, R.J., “Delaware Director’s Fiduciary Duties: The focus on loyalty”, University of Pennsylvania, en www.archives.upenn.edu/histy/features/schools/law.html.
- HOPT, KLAUS J., “Protección y conflictos de intereses en el Derecho de Sociedades Anónimas, Bancario y Profesional. Acerca de la Dogmática del Moderno Derecho del Mandato”, *Estudio de Derecho de Sociedades y de Mercado de Valores*, coord. Santiago Hierro Anibarro, edit. Marcial Pons.
- “Better Governance of Financial Institutions”, Law Working Paper nº 207/2013, abril de 2013, eegi
- HORMAZABAL MALARÉE, H., “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor; su hecho, la necesaria reforma del sistema español”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. BOE, Madrid, 1995, págs. 187 y ss.
- HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987
- ILLESCAS ORTIZ, R., “Las cuentas anuales de la sociedad anónima, vol. 2º, Auditoría, aprobación, depósito y publicidad”, *Comentario al Régimen de las Sociedades Mercantiles*, T. VIII, 2º (Uría, Menéndez y Olivencia), Madrid, 1993.
- “La formulación de las cuentas anuales de la sociedad anónima” en AAVV. *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Madrid, 1996.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS (IFAC), *Manual de Normas Internacionales de Auditoría y Control de Calidad*, 2011.
- JAÉN VALLEJO, M., “Falsedades documentales”, en *Curso de Derecho Penal Económico*, Edit. Marcial Pons, 2ª edic, 2005. Barcelona.
- “Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un Consejo de Administración: ¿Debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS NÚM. 234/2010. DE 11-3)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 102, III, Época II, diciembre 2010.
- JAKOBS, G, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos” (traducción de Miguel Díaz y García-Conlledo)”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordinada por Santiago Mir Puig y Diego M. Luzón Peña, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996
- “La imputación objetiva en Derecho Penal”, Madrid, 1996, Cuadernos Civitas, Traducción Manuel Cancio Meliá.
- *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*, Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997
- *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*, “Estudios de Derecho Penal”, UAM Ediciones, Edit. Civitas, Madrid, 1997.
- “El ocaso del dominio del hecho”, *El sistema funcionalista del Derecho penal: Ponencias Presentadas en el Curso Internacional de Derecho Penal* (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000), 2000.
- “Acción y omisión en Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 74, 2001.
- “La intervención delictiva”, *Cuadernos de Política Criminal* nº 85, 2005.
- “Dolus malus”, indret.com, Barcelona, 2009.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- JUSTE MENCÍA, J., “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, en RDS, núm. 14, 2000.
- “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa” en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, 2015, edit. Civitas, Cizur Menor, 2015
- “Artículo 227. Deber de lealtad” en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, 2015, edit. Civitas, Cizur Menor, 2015.
- Juste Mencía, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en

Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014), edit. Civitas, Cizur Menor, 2015.

KANT, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, edit. Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, versión del alemán e introducción por Felipe González Vicen.

KAUFMAN, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*

KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, edit. Trotta, 2011.

KINDHÄUSER, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, indret.com, Barcelona, 2009.

- “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995.

- “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, título en alemán “*Handlungs-und nomtheoretische Grundfragen der Mitäterschaft*”, publicado en BOHNERT et al. (ed.) *Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag* ed, Duncker & Humblot, Berlín, 2001. Traducción de Manuel Cancio de Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

- “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, indret.com, 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, indret.com, Barcelona, 2009.

KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto” en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. S. Mir Puig y D.M. Luzón Peña), Edit. JM. Bosch Editor, 1996.

LANZI, A. “Consideraciones sobre la responsabilidad de los auditores de sociedades mercantiles por delitos societarios y de quiebra”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Vol. II, Cuenca, 2001, págs. 271 y ss.

LARA GONZÁLEZ, R., “El falseamiento de la información social a través del informe de gestión”, en *Derecho Penal de la Empresa*, Direc. Mirentxu Corcoy Bidasolo, edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

- “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho Penal Europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995.

- “Verificación de cuentas anuales y elaboración del informe de gestión: nueva doctrina de la DGRN”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2014.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995.

- *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Edit. Civitas, 2000, Madrid.

- *Penar por omitir, Fundamento de los deberes de garantía*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

- “Bien jurídico y objeto protegible”, *ADPCP*, Vol. LX, 2007.

- “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, publicado en *AAVV*. (dir. Nieto Martín), *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (dir. Nieto Martín, A.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, edit. Comares, Granada, 2003.

- “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, en *RDM*, nº 253, 2004.

LEÓN SANZ, F.J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)* (dir. Juste Mencía, J.), edit. Civitas, Cizur Menor, 2015.

LESCH, H.H., “¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000

- Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, edit. Universidad Externado de

Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1995.

LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, “Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal”, en *Derecho Penal Económico*, C.G.P.J., Madrid, 2001.
-“Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal*, Dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón, edit. Bosch, Barcelona, 2007.

LORENTE, *La responsabilidad legal de los administradores y directivos de empresas. Régimen jurídico del personal de alta dirección*, Zaragoza, 1994.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Estudios penales*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.

-“Causa de atipicidad y causa de justificación”, en *Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.
- *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.

LYMAN P.Q. JOHNSON, “Corporate Officers and the Business Judgment Rule”, 60 *Bus. Law* 439 (2005)

MCMILLAN, L., “The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine”, 4 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 521 (2013), <http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>

MACHADO, J., *Comentario al artículo 253 de la LSC, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Coord. Emilio Beltrán y Ángel Rojo, Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 1935.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Los administradores y altos directivos en el nuevo Código penal”, en *Actualidad penal*, núm. 13, 1997, págs. 277 y ss.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Gobierno corporativo, información económica y Registro Mercantil*, edit. Colegio de Registradores de la Propiedad, 2007, 1ª edic., págs. 135 y ss.

- *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, edit. Lex Nova, Valladolid, 1992
- “Cuentas anuales, auditoría externa y estructura de gobierno de la sociedad cotizada. En particular, la posición y responsabilidad del auditor externo”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas, Revista de Derecho de Sociedades*, edit. Thomson Aranzadi, 2006.

MARTÍN PALLÍN, J.A., “Los delitos societarios”, en *Delitos Socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, volumen XX de Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, págs. 289-329.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Administración Fraudulenta en sociedades de inversión”, en *Temas de Derecho Penal Económico*, Edit. Trotta, Madrid, 2004, pág. 59.

-“Delitos societarios”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, C.G.P.J., 1996.
- *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
-“La tutela penal de la información societaria dirigida al público en el ámbito del mercado financiero”, en L.H. Bacigalupo, tomo II, Madrid, 2004-b.
- “Autoría y Participación en el Delito de Defraudación Tributaria”, en *Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2007.
- “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, en *El Derecho penal y económico empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo (dir. Serrano Piedecabras, J.R. y Demetrio Crespo, E.)*, edit. Colex, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ CALCERRADA y GÓMEZ, L. “Responsabilidad civil del auditor de cuentas”, *Diario La Ley* nº 7107, Año XXX, 4 feb. 2009, ref D-33.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, A., *Economía Política de la Globalización*, edit. Ariel Economía, Barcelona, 2000.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., “Los delitos societarios en el Código Penal”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1996, núm. 1, págs. 35-69.

MARTÍNEZ SANZ, F, “Los administradores responsables”, en *La responsabilidad de los administradores* (dir. Rojo, A. /Beltrán, E.), Edit Tirant lo Blanch, 4ª edic, Valencia, 2011.

MATA MARTÍN, “Responsabilidad penal del administrador societario desleal”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1999-2.

- *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Edit. Comares, Granada, 1997

MAZZACUVA, N., *Problemi attuali di Diritto Penale Societario. La tutela penale dell'informazione societaria*, n° 68, Quaderni di Giuriprudenza Commerciale, edit. Giurffré, Milano, 1985, pág. 92.

MÉNDEZ/VILALTA, *Acciones de responsabilidad de los administradores en Sociedades Anónimas y Sociedades limitadas*, Barcelona, 2000.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993

MERCADO PACHECO, P., “Derechos y orden económico: reflexiones sobre la “Constitución Europea”, en *Constitución y Derechos fundamentales*, edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2004.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., edit. Reppetor, Barcelona, 2005.

- “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi” en *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 14, 1989-1990, págs. 203-216.

- “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, en *ADPCP*, Tomo 47, Fasc. 1, 1994, págs. 5-28.

- “Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal”, *RECPC*, n° 05/05 (2003).

- “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en *RECPC*, N° 07-18, 2005.

MIR PUIG, S./ LUZÓN PEÑA, D.M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (coords.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2001.

MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M., *La política criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004.

MIRO LINARES, F., “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I). Tipo objetivo”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, (dir. J. Mª Silva Sánchez y F. Miró Linares), 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid

MONTORO BALLESTEROS, A., *El deber jurídico*, edit. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, 14, edit. Universidad de Murcia, 1993.

MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Direc.), edit. Thomson Reuters, 9ª edic, 2011, Pamplona

MORENO CANOVES, A./ RUIZ MARCO, F., *Los delitos socioeconómicos*, edit. Edijus, S.L., 1996.

MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

MUÑOZ CONDE, F., “La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, págs. 107-132.

- “Delitos societarios”, en *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Univeristát Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, págs. 137-150.

- *Derecho Penal, parte especial*, 12ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- “Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal”, en L.H. Barbero, vol. II, 1999.

- “Autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré/Anarte (eds.), *Delincuencia organizada*, Huelva, 1999.

- “Autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes”, en L.H. al Prof. Torío, Granada, 1999-b.

- “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no

- desvinculadas del Derecho?” en *Revista Penal*, núm. 6, 2000, págs. 104-114.
- Muñoz Conde, F. "Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal Económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia empresarial?", C.G.P.J., Madrid, 2001.
 - Muñoz Conde, F., “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coords. Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats, edit. Aranzadi, 2001.
 - “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico”, en R.P., nº 9, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edic, Valencia, 2000
- MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, en RDM, 250, 2003.
- MUSCO, E., La tutela penal societaria y la falsedad en el balance entre los límites normativos y las ambigüedades interpretativas. *Revista Penal*, 2000
- NEILA NEILA, J. Mª., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Edersa, Madrid, 1995.
- *Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002.
- NIETO MARTÍN, A., “El régimen penal de los auditores de cuentas”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Vol. II, (L. Arroyo Zapatero e I. Berdugo Gómez de la Torre), Edic. de la Universidad de Castilla La Mancha y Edic. Universidad de Salamanca, 2001.
- *El delito de quiebra*, Valencia, 2000.
 - “La corrupción en el sector privado”, en RP, nº 10, 2002.
 - “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. Crim.* nº 5, 2008 A3-5, págs. 1-18.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- “La falsa información en la actividad de los auditores de cuentas”, en RP, nº 10, 2002.
 - “La estafa de crédito”
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las actuaciones en nombre de otro”, en ADPCP, 1984, págs. 23-65.
- “La autoría conforme al Código Penal”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coords. G. Quintero Olivares y F. Morales Prats), edit. Aranzadi, 2001.
- OLCENSE SANTOJA, A., *Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo*, edit. Marcial Pons, 2005.
- OMAR, P. J., “France: the professional liability of auditors”, *Company Lawyer*. 1998, 19 (7)
- ORIOR LLEBOT, “Régimen jurídico del deber de lealtad”,
- LLEBOT, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Edit. Tirant lo Blanch, 4ª edic, Valencia, 2013.
- “El sistema de responsabilidad de los administradores”, en RDS, nº 7, 1996.
 - “La responsabilidad concursal de los administradores”, en RDG, Nº 657, 1999.
- ORMROD, P., “Auditor’s liability: reforms and risk sharing”, *Company Lawyer*, 1994.
- ORTUÑO BAEZA, Mª. T., Comentario al artículo 272 de la LSC, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Coord. Emilio Beltrán y Ángel Rojo, Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 2023.
- OTTO, H., “El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto” en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann* (UAM 14-17 de octubre de 1992), 1995.
- PACHECO CAÑETE, M., *Régimen Legal de la Auditoría de Cuentas y Responsabilidad de los Auditores*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

PALLISERY, F., "True and fair financial reporting: a tool for better corporate governance", *Journal of Financial Crime*, 2012, 19 (4),

PANTALEON, F., "Comentario al art. 1902", en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en AAVV, *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990.

- *La responsabilidad civil de los auditores. Extensión, limitación, prescripción*. Editorial Civitas, S.A., 1ª edición, 1996.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político criminales", en RDPC, 2ª Época, nº 11, 2003, págs. 95-164.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, "La evolución del concepto patrimonio de la mano del tipo de estafa", en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, Directores Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Linares, 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid

PAZ-ARES, C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", en indret.com, Barcelona, 2003.

Paz-Ares, C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo". RDS núm. 20, 2003.

- "Retribuciones externas y deber de lealtad de los administradores" en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro Homenaje al Prof. D. José Antonio Gómez Segada* (coord. Ana Mª Tobío Rivas), edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.

PECES BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASIS, R., *Curso de Teoría del Derecho*, edit. Marcial Pons, 2000.

PEÑARANDA RAMOS, E., Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de los delitos de infracción de deber, en AAVV. *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008 (coords. C. García Valdés/A. Cuerda Riezu/M. Martínez Escamilla/R. Alcácer Guirao/M. Valle Mariscal de Gante), págs. 1419-1452.

- La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

- Autoría y participación en la empresa en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (dir. J. R. Serrano-Piedecabras/E. Demetrio Crespo), Ed. Colex, Madrid, 2008, págs. 161-186 (= en Gaceta Penal & Procesal Penal -Perú- 11-2010, pp. 386-408).

PERDICES HUETOS, A., "Significado actual de los "administradores de hecho": los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001. (RJ 2001, 7489)", en RDS, núm. 18, 2002.

- "El concepto del administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil", en *Derecho Penal de la Empresa* (dir. M. Corcoy Bidasolo), edit. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

PEREIRA SOLER, F., BALLARÍN FREDES, E., ROSANAS MARTÍ, J.P. y GRANDES CARCI, Mª.J., *Contabilidad para Dirección*, Edit. Universidad Pamplona de Navarra, S.A., 2008.

PÉREZ ALONSO, E.J., *La coautoría y la complicidad necesaria en derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998.

PÉREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de las sociedades", en RDS, 2000.

PÉREZ CEPEDA, A.I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.

PÉREZ VALERO, I., *El Delito Societario de Falsedad en las Cuentas Anuales (art. 290 CP)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

- "Delitos societarios e información en las instituciones de inversión colectiva" en *Temas de Derecho Penal Económico*, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Coord. J. M. Terradillos y M. Alcalde, Edit. Trotta, 2004.

PERRONE, A., "Información en el mercado de valores y tutela del inversor", Polític. Crim. nº 7, 2009, A7-7, págs. 1-27.

PETIT LAVALL, M^a V., "La responsabilidad civil del auditor de cuentas frente a terceros", *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, 2002, págs. 2223-2246.

- *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, edit. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1994.

- "La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año nº 28, nº 114, 2009.

POLO SÁNCHEZ, "Los administradores y el consejo de administración", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI (Uría, R., Menéndez, A., Olivencia, M.), Madrid, 1992.

POLO VEREDA, J., "Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos", en la Ley, núm. 4531, 1998, págs. 1-10.

- "El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración Pública. El supuesto del art. 294 del Código Penal", en *AJA*, núm. 346, 1998, págs. 1-5.

- "Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos", en la Ley, nº 4531, 1998.

PORTILLA CONTRERAS, G., "La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, págs. 439-481.

PRENDES CARRIL, P., "La responsabilidad de los administradores tras la Nueva Ley Concursal", en *Aranzadi Civil*, núm. 11, 2004.

PULGAR, J./ALONSO UREBA, A./ALONSO LEDESMA, C./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, Madrid, 2004.

PUPPE, I., "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en *El error en el Derecho Penal*, edit. Adhoc, Buenos Aires, 1999

- "Problemas de imputación que resultan en el ámbito de la responsabilidad por el producto", en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Coords. S. Mir Puig y D. M. Luzón Peña, Edit. J.M. Bosch Editor

QUERALT, J.J., "La crisis jurisprudencial de la falsedad documental", en *Derecho Penal de la Empresa*, Direc. Mirentxu Corcoy Bidasolo, Edic. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

- *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2^a ed. 1992.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. "Responsabilidad de los Consejeros", en AAVV. *El Gobierno de las sociedades cotizadas* (Coord. Esteban Velasco), Madrid, 1999.

- *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, edic. Simancas, S.A., Valladolid, 1993.

- Quijano González, J., "Deberes fiduciarios de los administradores", en AAVV. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Gobierno Corporativo* (Coord. Cándido Paz-Ares), edit. La Ley, 2009, Madrid.

- Comentario a los artículos 236, 237 y 238 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Coord. Emilio Beltrán y Ángel Rojo), Edit. Civitas, 2011, Navarra.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. Y MAMBRILLA RIVERA, V., "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, *Revista de Derecho de Sociedades*, edit. Thomson Aranzadi, 2006.

QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2000

- "La polémica presencia del Derecho penal en los procesos concursales", en *RDPCr*, nº 2, 1998.

- "El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios", en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1697-1720.

- *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Edit. Aranzadi, 2004, Navarra.

REQUENA JULIÁN, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de*

- garante e imputación objetiva*, Cuadernos “Luis Jiménez Asúa”, Edit. Dykinson, 2010, pág. 60.
- Delitos de acción y posición de garante”, en Cuadernos de Política Criminal, número 102, III, Época II, diciembre 2010
- RIBAS FERRER, V., Comentario a los artículos 225 y 226 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Coord. Emilio Beltrán y Ángel Rojo, Edit. Civitas, 2011, Navarra, pág. 1618.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Edit, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- *Garantes y cómplices*, Edit. Atelier, 2007.
 - Robles Planas, R. y Riggi, E. J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, en InDret, Barcelona, octubre, 2008, en www.indret.com.
 - Imputación en la empresa y conductas neutrales, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, (dir. J. M^a. Silva Sánchez y F. Miró Linares, 1^a edic, 2013, La Ley, Madrid.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, “El deber de diligencia”, en AAVV, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M^a y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, edit. Dykinson, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, en Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, vol. III, número extraordinario en homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel, 2000, págs. 187-211.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El autor mediato en Derecho penal español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, págs. 461-487.
- *Derecho Penal. Parte General*, edit. S.L. Civitas Ediciones, 1978.
 - “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios, Texto de la Conferencia pronunciada el día 25 de junio de 1983 en las “Jornadas sobre el Juez Penal frente a la criminalidad económica”, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. Artículo publicado en ADPCP, III, 1984.
 - “Análisis del artículo 294 del Código Penal”, en El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles”, Banco Central Hispano, 1996, págs. 121-133.
 - “Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción”, en El nuevo Código Penal y los delitos societarios”, Fundación Caixa Galicia, 1998, págs. 230-248.
 - “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, en Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 1999, págs. 11-31.
 - “Delito, Pena y Constitución”, RJUAM n 8, 2003, págs. 311-329.
 - Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico*, edit. Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, en La Ley, año XVII, n^o 4136, págs. 1 y ss.
- “Aspectos generales de los delitos societarios”, en AAVV, *Jornadas sobre el nuevo C.P. de 1995*, Ed. A. Asúa, Bilbao, 1998.
 - “Los nuevos delitos pseudosocietarios”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm.1, 1996, págs. 71-95.
 - “¿Hacia un Derecho penal privado y secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)” en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 251, 1996, págs. 1 y ss.
 - Código Penal comentado y con jurisprudencia, edit. La Ley, Madrid, 2009.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La contabilidad (I) Introducción El deber de contabilidad. El secreto contable. La contabilidad como medio de prueba” (dir. Menéndez, A. y Rojo, A.), en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13^a edic., edit. Civitas, 2015.
- “La contabilidad (II). Las cuentas anuales. Los principios contables y la auditoría de cuentas” (dir.

Menéndez, A. y Rojo, A.), en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 13ª edic., edit. Civitas, 2015.

ROXIN, C., “La causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia”, en *La comisión por omisión*, Direc. Enrique Gimbernat Ordeig, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pág.1553.

- *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traduc. Luzón Peña, D.M., edit. Reus, S.A., 1976.

- *Parte General*, Tomo I (traducción de la 2ª ed. Alemana y notas de Luzón Peña, Díaz y García Collado y de Vicente Remesal), 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1997.

- *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. 2ª edic. Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

- “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2013.

- “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC 15-01)* (2013).

- *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*, edit. Civitas, 2014.

- *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, 2ª edic, Edit Hammurabi, 2002. Trad. Fco. Muñoz Conde.- *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, edit. Bdef, 2014.

RUEDA MARTÍN, Mª. A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*, Edit. Comares, Granada, 2010

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa” en *Estudios Jurídicos sobre el Mercado de Valores*, edit. Thomson, Cívitas, 2008.

SÁNCHEZ ALVAREZ, M.M., “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, en *RDM*, núm. 227, 1998.

- *Los delitos societarios*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Observaciones preliminares al Proyecto de Ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y las anónimas en general, tras el informe Aldama”, *RDS*, núm. 20, pág. 45.

- “Régimen de las cuentas anuales.” en *AAVV. La reforma del derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)* (coords. Alonso Ureba, A., Chico Ortiz, J.M. y Lucas Fernández, F.), Madrid, 1987.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, 2005.

SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., - “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (estructura de gobierno y mercados)*, coord. Rodríguez Artigas, F., edit. Thomson Aranzadi, 2006.

- “La abstención del consejero en conflicto de intereses”, págs. 293 y ss., en *AAVV. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Gómez Segada* (coord. Ana María Tobío Rivas), ed. Anxo Tato Plaza, 2013.

SÁNCHEZ-CALERO, F.J., “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima”, en *AAVV. Estudios Homenaje al Profesor José Girón Tena*, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J.L., “Información corporativa, ética y auditoría”, *Partida Doble*, núm. 180, Septiembre, 2006, pág. 39.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2002.

- “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación”, *AJA*, núm 415, 1999.

- “Reflexiones acerca del delito de omisión de socorro”, *CPC*, nº 78, 2002, págs. 589-601.

- “En los límites de la inducción”, en *Indret Penal*, www.indret.com, Barcelona, 2012

- “Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico” en *La Teoría del delito en la práctica penal económico....*2013.

SANCHO GARGALLO, I., “Responsabilidad civil de los auditores de cuentas”, cit., págs. 347

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, edit. Dykinson, Madrid, 2004.

SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1994

SANTOS BRIZ, J., “La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores, en La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, en núm. 24 de Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1999, págs. 327-353

SANZ ENCINAR, A., “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, en *La responsabilidad en el Derecho*, AFDUAM, nº 4, Madrid.

SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, edit. Alianza, 2014.

SATRÚSTEGUI, M. Y OTROS, Derecho Constitucional, Vol. I, 2ª edic, en *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

SEMINARA, S., “La evolución del Derecho penal del Mercado Financiero desde la Perspectiva Europea”, en *La Política Criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004.

SCHÜNEMANN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en ADPCP, 1988, págs. 529 y ss.

- “Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, Crónicas extranjeras, traducción del artículo Strafrechtsdogmatische und krimiinalpolitische (Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Seteuer, Strafrecht, año I, fascículo 2, 15 de marzo de 1982, págs. 41-50, trad. realizada por Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín.

- “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, ADPCP, Vol. LV, 2002.

- “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, trad. de Beatriz Spínola Tártalo, Universidad Complutense de Madrid y Mariana Sacher, Universidad de Múnich. Ponencia del Seminario Internacional de la Universidad Complutense de Madrid sobre responsabilidad por el producto celebradas en noviembre de 2003.

- Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia con una aportación a la metodología del derecho penal, edit. Marcial Pons, Madrid, 2009.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. Y MERINO JARA, I., “Levantamiento del velo y delito fiscal (Al hilo de la STS, Sala 2ª de 20 de mayo de 1996)”, en AJA, año VI, nº 264, págs. 1 y siguientes, en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, cit. Barcelona, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*.

- “La comisión por omisión y el nuevo Código Penal español”, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998.

- “La comisión por omisión y el nuevo Código Penal español”, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998.

- “Exégesis al Artículo 31 del Código Penal”, en *Comentarios al Código Penal* (dir. Cobo del Rosal, M.), Tomo III, Ed. Edersa, Madrid, 2000, págs. 369-414.

- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, edit. BdeF, 2006.

- “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración”, en *Indret Penal*, www.indret.com, 2 (2011).

- *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, Directores Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Linares, 1ª edic, 2013, La Ley, Madrid

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Aspectos política-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en *Derecho Penal de la empresa* (dir. Mirentxu Corcoy Bidasolo), Pamplona, 2002.

- “Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 1994.

- “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública* (dir. Silva Sánchez y Suárez González). 2011.

STAMPA, J.Mª/ BACIGALUPO, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, edit. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

STOLOWY, N., “Company related offences in French legislation”, *Journal of Business Law*, 2007

STEVENSON SMITH, G. "Can an auditor ever be a first responder to financial frauds?", *Journal of Financial Crime*, J.F.C., 2012, 19(3)

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal Parte General I, El hecho punible*, Edit. Hammurabim Argentina, 2005

TAPIA HERMIDA, A.J., "La responsabilidad (administrativa y civil) de los administradores y directores generales de las sociedades y agencias de valores", en RDBB, 80, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal de la Empresa*, ed. Valladolid, 1995.

- *Delitos societarios, El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal, 1987.

- "Peligro abstracto y garantías penales", en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coords. Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.), edit. Aranzadi, 2001, pág. 798.

- "Globalización, administrativización y expansión del Derecho Penal Económico", en *Temas de Derecho Penal Económico*, edit. Trotta, 2004.

- "Concepto y método del derecho penal", en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico* (dir. Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo), E., Edit. Colex, Madrid, 2008.

- *Estudios sobre Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal de la empresa)*, ed. Ariel, Barcelona, 1985.

- *Poder económico y derecho*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1985

- *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Edit. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1993.

- *Manual de Derecho Penal Económico*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- "El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, págs. 59-68. 2013.

- "Consideración crítica de la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal sobre los delitos económicos y concursales desde el derecho comparado", pág. 5, accesible a través de www.unfr.ch.

ÚBEDA, E., "Administradores de Sociedades Anónimas: Responsabilidad general y sobre las cuentas anuales", *Partida Doble* n° 160, Noviembre, 2004.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.

- *La información del accionista en el Derecho Español*, Discurso leído el día 2 de junio de 1975, en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976.

- Uría, R., Menéndez, A. y García de Enterría, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª edic., edit. Thomson Civitas, 2006.

USON DUCH, L., (Coord.), *La nueva Ley concursal. Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Madrid, 2003.

VARA Y VARA, M. y Gallego Díez, E., *Manual Práctico de Contabilidad Financiera*, Edit. Pirámide, 2ª edic., 2009, Madrid.

VÁZQUEZ CUETO, J.C., Comentarios a los artículos 279 y 280 de la LSC, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (coord. Beltrán, E. y Rojo, A.), Edit. Civitas, 2011, Navarra.

VEGA PÉREZ, "Protección de los acreedores en las sociedades de capital frente a los administradores", en AAVV. *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002.

VELASCO, G., "La administración de las sociedades de capital", RDS n° 36/2011, Edit. Aranzadi, S.A., consultado en aranzadidigital.es

VÉLEZ, "El límite a la responsabilidad de los administradores de las empresas", en *La Ley*, 1999.

VICENT CHULIÁ, F. "Variaciones mercantiles sobre responsabilidad de administradores y auditores en vísperas de la unificación concursal", en *RdPat*, n 9, 2002.

- Las Cuentas Anuales, en *La Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. Rojo, A.), Edit. Civitas, Madrid, 1987.

-“La responsabilidad de los administradores en el concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 4, 2006.

- *Introducción al Derecho Mercantil*, 22ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, Tomo I.

VILALTA/MÉNDEZ, *Acciones de responsabilidad de los administradores en sociedades anónimas y sociedades limitadas*, Barcelona, 2002.

VILLACAMPA ESTUANTE, C, “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en *La Adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea, La Política Criminal*, Edit Tirant lo Blanch, 2008, Valencia.

VILLARROYA LEQUERICAONANDIA, Mª.B y Morales Guerrero, A., “La responsabilidad de los auditores frente al fraude”, *Partida Doble* nº 130, Febrero, 2002, pág. 23.

VOGEL, J., “Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas”, en *La Política Criminal en Europa*, edit. Atelier, Barcelona, 2004.

VON BELING, E., *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1944.

YZQUIERDO TOLSADA. La responsabilidad contractual o extracontractual, cit. Vol. 1º, pág. 133.

ZABALETA DÍAZ, M., “Buen gobierno y sistema dual de administración. El debate en torno al Consejo de Vigilancia Alemán”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, edit. Thomson Reuters, pág. 591

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Direc.), *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edic., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

- *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, 2010.