



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Facultad de Derecho

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO: ENCAJE EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Autor: Luis Marí-Olano de Gregorio

5º E-3 B

Derecho Mercantil

Tutor: Carlos Paredes Galego

Madrid

Abril de 2023

RESUMEN

Nos planteamos si el socio de una sociedad capitalista puede ser penalmente responsable. Para dar respuesta a este emergente debate debemos, en primer lugar, desarrollar el concepto de delito. Una vez lo hayamos desarrollado pasaremos a explicar los aspectos de la teoría societaria que más nos tocan.

A continuación, identificamos dos núcleos de responsabilidad del socio.

Por un lado, la responsabilidad *in vigilando* que podría pesar sobre los socios respecto de los delitos que puedan llegar a cometer los administradores. Valiéndonos de la Teoría general del delito y de la Teoría general de las sociedades de capital tratamos de dar respuesta a ello. Además, deberemos apoyarnos especialmente en el artículo 11 del Código Penal, en donde se regulan los requisitos de la comisión por omisión.

El otro foco posible de responsabilidad lo encontramos en los acuerdos y decisiones de la junta en los cuales el socio forma parte. Para responder a esta pregunta con éxito, desarrollamos las funciones que la LSC encomienda al socio, así como el régimen de responsabilidad de los administradores de donde, entre otros, obtendremos la respuesta a esta problemática todavía no explorada por la doctrina.

Concluimos estableciendo las hipótesis bajo las cuales consideramos que se podría exigir al socio responsabilidad penal. Estas hipótesis, no obstante, son vías de investigación que deberán ser constatadas con los avances jurisprudenciales sobre la materia.

Palabras clave: Responsabilidad penal del socio, deberes del socio, derechos del socio, comisión por omisión, deber de vigilancia, participación en el delito, Ley de Sociedades de Capital(LSC) y Código Penal (CP).

ABSTRACT

The question that we are trying to solve is whether the partner of an LLC and a corporation can be criminally liable. In order to answer this controversial question, we should first explain the concept of crime. Once we have developed this concept, we will move on to explain the aspects of corporate theory that most concern us.

Next, we identify two core areas where partner's liability can arise from.

On the one hand, the hypothetical liability that could be imposed to partners as a result of not looking after the board members; that is, liability *in vigilando*. We will answer this question by researching through shareholder's duties and by analyzing article 11 of Spanish Criminal Code, where the requirements of commission by omission are foreseen.

Shareholders can also be found criminally liable as a result of taking part in a criminal agreement or decision of the company's general meeting. In order to tell it successfully, we develop the competences that are entrusted to shareholders by the Corporate Enterprises Act, as well as the liability rules of the board members from where, among others, we will obtain the answer to this problematic not yet explored by the doctrine.

We conclude by establishing the hypotheses under which we consider that the partner could be held criminally liable. These hypotheses, however, are proposals of investigation that will have to be verified with the coming case law on the matter.

Key words: Shareholder's criminal liability, shareholder's rights, shareholder's duties, duty of care, Criminal Code and Corporate Enterprises Act.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
CP	Código Penal
LSC	Ley de Sociedades de Capital
CE	Constitución Española

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. EL CONCEPTO DE DELITO	9
1. EL CONCEPTO FORMAL DE DELITO.....	9
2. EL CONCEPTO MATERIAL DE DELITO.....	10
III. ELEMENTOS DEL DELITO	12
1. LA ACCIÓN.....	12
1.1. Vertiente objetiva	14
1.2. Vertiente subjetiva	16
2. LA TIPICIDAD.....	19
3. LA ANTIJURIDICIDAD.....	24
4. LA CULPABILIDAD.....	25
5. LA PUNIBILIDAD.....	26
IV. GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO	27
V. LA SOCIEDAD CAPITALISTA	29
1. CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA.....	29
2. LAS SOCIEDADES.....	31
3. EL CONCEPTO DE SOCIO DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS.....	34
3.1. Derechos del socio	34
3.2. Las obligaciones de los socios	36
3.3. El papel del socio en la vida societaria	38
4. SINOPSIS DEL ARTÍCULO 161: INSTRUCCIONES DE LA JUNTA.....	40
VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES	42
VII. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	44
VIII. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO	47
1. DEBER DE VIGILANCIA Y COMISIÓN POR OMISIÓN.....	48
2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO POR ACTOS EN LA JUNTA.....	51
IX. CONCLUSIONES	55
X. BIBLIOGRAFÍA	57
1. LEGISLACIÓN.....	57
2. JURISPRUDENCIA.....	57
3. OBRAS DOCTRINALES.....	57
3.1. Manuales	57
3.2. Artículos de revista	58
4. RECURSOS DE INTERNET.....	60

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente monografía es analizar la cabida de la responsabilidad penal del socio capitalista en el Ordenamiento Jurídico español. Como bien sabe el lector, uno de los axiomas bajo el cual se edifica cualquier sistema societario moderno es el de la limitación de la responsabilidad del socio capitalista al capital aportado.

No obstante, bajo esta limitación de responsabilidad, en muchas ocasiones, nos podemos encontrar con conductas fraudulentas que ponen en peligro el Estado de Derecho. Consciente de ello, el legislador adoptó en 2010 una reforma del Código Penal en la que, en su artículo 31 *bis*, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero esta reforma no fue suficiente para detener determinadas conductas fraudulentas y abusivas llevadas a cabo por personas físicas que, de no admitirse una responsabilidad penal del socio, quedarían indemnes. Un Estado de Derecho no puede permitir que haya conductas lesivas para el tráfico jurídico y para el orden socioeconómico que queden sin penar.

Por ello, como hemos mencionado, vamos a tratar de explicar y demostrar que dentro del ordenamiento español es posible admitir, en determinados supuestos, la responsabilidad del socio.

Han sido pocas las voces que se han alzado tratando de aclarar y contribuir al dilema de si cabe admitir en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal del socio. ALFARO, PASTOR MUÑOZ Y TURIENZO han abordado esta cuestión, pero tan solo respecto de uno de los focos de responsabilidad que aquí proponemos. MEGÍAS LÓPEZ deja abierta la otra la línea de investigación desierta por los citados autores.

Para poder llevar a cabo esta ardua explicación, vamos a ir descomponiendo la noción del delito: la evolución histórica del concepto de delito, el concepto actual de delito bajo la regulación penal española, los elementos que integran el delito (acción, tipo, antijuridicidad, culpabilidad y formas de participación) y, finalmente, la responsabilidad penal de la persona jurídica y sus implicaciones.

Paralelamente, vamos a desarrollar la teoría general del Derecho de Sociedades en las partes que más nos tocan: expondremos el concepto de personalidad jurídica y el de sociedad capitalista, el concepto de socio, la limitación de la responsabilidad de los

socios, derechos y obligaciones del socio y régimen de responsabilidad de los administradores .

Finalmente, analizaremos la viabilidad de la responsabilidad penal del socio a la luz de todo el marco teórico que habremos desarrollado, apoyándonos en la interpretación de las normas citadas, así como en la doctrina preponderante.

II. EL CONCEPTO DE DELITO

1. EL CONCEPTO FORMAL DE DELITO

El delito, desde la construcción del Estado Liberal, no es sino aquella conducta penada por la ley¹. El *nullum crimen sine lege* enunciado por Beccaria, encuentra su reflejo en los primeros artículos del Código Penal. Así, el art.1.1 CP dispone que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”. Además, dispone el art. 25 CE que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Igualmente, las exigencias del principio de legalidad se desprenden del Estado de Derecho enunciado en el art. 1.1 CE y del Principio de Seguridad Jurídica del art. 9.3 CE.

De acuerdo con el Principio de Legalidad, solo aquellas conductas descritas por la ley pueden ser penadas, sin posibilidad de aplicar analógicamente estas. Además, por exigencias del art. 81 CE, estas normas deben de ser orgánicas. Las exigencias del principio de legalidad son claramente uno de los óbices que se le pueden poner, como veremos más adelante, a la eventual responsabilidad penal del socio.

Por el contrario, en el sistema anglosajón, al ser la fuente creadora de derecho el propio precedente jurisprudencial², resulta más fácil la apreciación de la responsabilidad del socio, pues la aplicación del derecho es más flexible que en el caso del derecho continental.

¹ Sessar, K “Sobre el concepto de delito”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, 269-301, p.270.

²Molina, M.C y Landecho C.M, *Derecho penal español: parte general*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 197.

2. EL CONCEPTO MATERIAL DE DELITO

Si desde un punto de vista formal decíamos que era delito aquello que la ley define como delito, desde un punto de vista material “son delito las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”, de acuerdo con lo que dispone el art. 10 del CP.

Hasta llegar a esta concepción actual del delito positivizada en el citado artículo, muchos cambios doctrinales y normativos han ido sucediendo.

Desde los postulados del causalismo³, solo aquellas acciones que producen un resultado son consideradas como delito⁴. Por tanto, las omisiones no pueden considerarse como delito, por su incapacidad de modificar la realidad⁵. Igualmente, las acciones sin resultado tampoco podrían, en principio, ser relevantes para el Derecho Penal.

Además, desde la escuela Causalista sólo se considera la acción humana desde su vertiente objetiva, y no desde la subjetiva⁶. Por tanto, el concepto de delito causalista impide considerar, tal y como hoy lo hace el Código Penal, los delitos imprudentes. Estos no serían una circunstancia que se incorpora al tipo, generando un nuevo delito; sino que el hecho de que se haya actuado de manera culposa⁷ provoca una menor culpabilidad.

Ante el agotamiento de esta concepción causalista para explicar las omisiones y las imprudencias, la doctrina finalista, cuyo principal exponente es WELZEL, propone el concepto de delito desde un punto de vista mucho más cercano al que hoy escoge el legislador español.

Tal y como expone MOLINA⁸, el cambio doctrinal fundamental que propone Welzel es considerar la acción como un actuar humano en el que está presente la voluntad humana. Incluso en aquellos casos donde se actúa culposamente.

³ El causalismo fue la corriente penal en la cual se encuentran tanto la escuela clásica italiana y alemana, como la neoclásica alemana. Algunos de los principales valedores de esta corriente fueron Francesco Carrara, Franz Von Liszt y Ernst Beling.

⁴ Iberley, “Teorías causales de los delitos”, *Iberley, Información legal*, 2020.

⁵ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.222.

⁶ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 222.

⁷ Tal y como apuntan MOLINA y VELASCO, el término “culpa” e “imprudencia” es indistintamente utilizado por la doctrina penalista. También son términos empleados “negligencia” o “impericia”, los cuales fueron empleados en el CP de 1973. Hoy, el CP actual emplea el término “imprudencia”.

⁸ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.225.

En este Trabajo de fin de Grado la aportación de WELZEL es crucial. Y ello porque en numerosas ocasiones, para demostrar la existente responsabilidad criminal del socio, habremos de guiarnos por la voluntad del socio en la acción que este pone.

Como hemos dicho *supra*, la evolución dogmática del delito y las aportaciones de los grandes teóricos del Derecho Penal nos conducen al conceto cuatripartito de delito: el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Consideramos únicamente relevante para nuestro Trabajo de Fin de Grado entrar a explicar en profundidad los conceptos de la acción y del tipo, habida cuenta de que son las incógnitas principales en este caso.

III. ELEMENTOS DEL DELITO

Procedemos a estudiar los elementos del delito, esto es, los que componen la definición que acabamos de dar de concepto material de delito.

1. LA ACCIÓN

La acción es el primer elemento del delito, donde arranca el juicio penal. La acción es de vital importancia para determinar los hechos que luego van a ser enmarcados dentro de un tipo penal. La acción determina los sujetos que intervienen en el *iter criminis* e identifica los bienes jurídicos protegidos.

MAIHOFER⁹, en su obra *el concepto de acción en el sistema del delito* resumió las funciones de la acción en una función negativa y otra positiva. La positiva, quiere decir que la acción determina solo aquellas conductas que son relevantes para el Derecho Penal. La negativa, que la acción no incluye dentro de su ámbito todas aquellas acciones sin ningún tipo de relevancia jurídico-penal.

Llevado a nuestro terreno, no parece relevante para el Derecho Penal que un socio compre una barra de pan o incluso que un socio, fuera de la esfera de actuación de la sociedad, cometa un delito cualquiera.

El concepto de acción nos permite tan solo considerar en este Trabajo de Fin de Grado aquellas acciones que el socio realice bajo su condición de socio de una sociedad. Lo que se discute aquí es la responsabilidad penal del socio por las acciones llevadas a cabo en virtud de las competencias que la LSC asigna al socio.

El socio podría cometer, como veremos, delitos dentro de la esfera de actuación de la sociedad que, sin embargo, no estarían cubiertos por esta limitación de la responsabilidad. La acción, en definitiva, nos va a determinar en calidad de qué actúa el socio y por tanto nos determinará el régimen jurídico aplicable al socio para esa situación concreta.

Así, la acción se configura como el primer componente del delito sobre el que se tendrán que ir montando todas las demás valoraciones jurídicas¹⁰. El subjucio de la acción se habrá de realizar sin que concurra ningún tipo de valoración jurídica.

⁹ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.220.

¹⁰ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.201.

La evolución del concepto de acción va de la mano de la evolución del concepto de delito. Así, en una primera fase, como hemos comentado, la acción era considerada como una *vis physica*¹¹, esto es, un juicio meramente objetivo, libre de cualquier valoración subjetiva.

La acción es para los causalistas aquella conducta humana que origina un resultado y que, en caso de ser relevante para el Derecho Penal, a esta acción se le habrían de aplicar posteriores juicios de valor penalógicos. De esta premisa se sigue que el causalismo no es capaz de demostrar la relación que exista entre una omisión y un resultado. Y ello porque la omisión no genera, de acuerdo con las leyes de la física, una relación causa-efecto. En definitiva, para los causalistas la acción es un juicio descriptivo-por describir la realidad descargada de valoraciones subjetivas-, ontológico-por describir la realidad de las cosas desde la experiencia y empirismo- y causal.

Las dificultades que origina el concepto de acción desde una perspectiva causalista hacen que se requiera recurrir al concepto finalista de acción.

En los postulados finalistas es donde encontramos la actual concepción de acción de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia de los Tribunales Españoles. Aquí la acción se propone como el primer elemento del delito, sobre el cual se tendrán que ir montando las demás valoraciones jurídicas: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Con WELZEL, la acción pasa a configurarse como la exteriorización de la voluntad humana. Por tanto, ya en la acción se distingue entre la conducta exteriorizada del ser humano y la finalidad que se perseguía poniendo esa acción- u omisión-. Encontramos, pues, dentro de la acción, una vertiente objetiva y una vertiente subjetiva.

¹¹ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 241 y 245.

1.1. Vertiente objetiva

La vertiente objetiva de la acción es la parte meramente objetiva de la conducta humana. La vertiente objetiva es, como hemos comentado *supra*, a lo que los casualistas llamaban *vis physica*. Dentro de la vertiente objetiva de la acción se distingue según si la conducta humana proviene de una acción o de una omisión. A su vez, se estudia si a la acción y a la omisión le ha seguido un resultado.

El resultado es en muchas ocasiones la garantía que se exige para comprobar que se está llenando ese tipo delictivo en concreto. Así, en caso de que no se dé un resultado, no se estará lesionando el bien jurídico protegido, pero sí que se estará poniendo en peligro este.

En las acciones *stricto sensu* se admite que no haya resultado, pero no sucede lo mismo con las omisiones, como veremos seguidamente.

Analizamos ahora la omisión, tal y como viene regulada en el Código Penal. Dispone el artículo 11 del Código Penal lo siguiente:

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*¹²

Del examen del artículo 11 se desprende que para apreciar que una omisión sea subsumible en algún tipo delictivo es necesario un resultado. Ese resultado se exige como garantía de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad. Por tanto, tan solo en los casos en los que a la omisión le sigue un resultado, podremos considerar la omisión como una conducta con posibilidades de ser delictiva.

Para comprobar la relación entre la omisión y el resultado producido por esta tendremos que hacer el juicio de la *equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non*¹³. Dicho

¹² Artículo 11 del CP.

¹³ La teoría de la equivalencia de las condiciones se completará, como veremos más adelante, con la teoría de la imputación objetiva, en la que se introducirán juicios de valor jurídicos y empíricos.

juicio considera que existirá una “relación causal” cuando, de haber actuado el sujeto, no se hubiera producido el resultado.

Por ejemplo, en una sociedad anónima existen siete socios. La sociedad está al borde de la insolvencia absoluta y, a fin de que esto no se sepa, seis de los siete socios deciden aprobar unas cuentas anuales “maquilladas”. El séptimo, consciente de ello, y para no causar malestar, decide no acudir a la votación.

Meses más tarde, la sociedad sigue engordando su pasivo, gracias a que los acreedores creen que la sociedad goza de la solvencia suficiente. La situación deviene insostenible, hasta el punto de que se declara el concurso de acreedores y, más tarde, se inicia una investigación en la que se estudia un delito de insolvencia punible.

Pues bien, en el caso de que el séptimo socio, consciente de que las cuentas anuales eran completamente inexactas, hubiera impugnado el acuerdo social que aprobaba las cuentas anuales, los acreedores no hubieran contratado con la sociedad. Por tanto, el patrimonio de los acreedores y la seguridad en el tráfico jurídico no se hubieran visto afectados.

Volviendo a nuestra teoría de *la comisión por omisión*, aquí sí que se podría haber apreciado la responsabilidad penal del séptimo socio porque entre su omisión (no haber impugnado el acuerdo social) y el perjuicio causado existe una clara relación causal.

Siguiendo con el examen del artículo 11 CP, debemos ahora examinar los requisitos referidos a la infracción de un deber. El artículo 11 CP exige, para apreciar comisión por omisión, que el autor del delito haya infringido un deber que la ley le impone. Así, en el caso de la responsabilidad penal del socio deberíamos comprobar si la ley obliga al socio a poner esa conducta que omite. Siguiendo con el ejemplo anterior, ¿A caso obliga la ley al séptimo socio a impugnar las cuentas anuales fraudulentas aprobadas por la sociedad? Esta pregunta la abordaremos *infra* cuando hablemos de los deberes de los socios.

De manera similar, el artículo 11 CP solo considera delictivas aquellas omisiones en las que el autor tenga, o bien un deber contractual o legal de actuar, o bien haya generado una situación de peligro que lo convierta en garante por injerencia. En nuestro caso, ¿Se puede considerar que el socio es garante por injerencia o que la ley le impone una obligación genérica de evitar la comisión de delitos? De nuevo, en la parte de la teoría societaria abordaremos esta cuestión. Baste ahora señalar que, en nuestra opinión, la apreciación de un deber de actuar, en un sentido o en otro, no puede apreciarse alegremente. La constatación de que existe un deber de actuar, convirtiendo al socio en

garante, debe ser objetiva y rigurosa. Ello se debe a que la imposición de un deber queda cubierta por el principio de legalidad. Y más aún cuando se trata de un deber que hace depender inmediatamente la apreciación de un delito por comisión por omisión.

Recapitulando, el ordenamiento jurídico español reconoce la figura de la comisión por omisión. Para apreciar esta forma de comisión de los delitos es necesaria la producción de un resultado, la obligación legal o contractual de actuar o ser garante por injerencia y haber infringido un deber legal.

Como puede apreciar el lector, uno de los focos de la posible responsabilidad penal del socio será la responsabilidad por omisión del socio respecto de los actos de los administradores.

1.2. Vertiente subjetiva

La vertiente subjetiva de la acción hace referencia a la intencionalidad de la conducta humana. Esta intención, desde el punto de vista de la acción, puede explicarse desde un doble eje: un elemento intelectual y otro volitivo. Atendiendo a la intensidad de ambos elementos podremos distinguir entre dolo e imprudencia¹⁴.

En el Código Penal la gran mayoría de los delitos que se castigan son dolosos. Ello porque, por el principio de mínima intervención penal, el Derecho Penal solo debe castigar los delitos dolosos y aquellos imprudentes que atentan contra bienes jurídicos protegidos más relevantes.

Según la doctrina dominante, actúa con dolo aquel que conoce perfectamente lo acción- u omisión- que realiza y, además, quiere hacerla. Por ello, en el elemento volitivo del dolo nos encontramos con una intención directa por parte del sujeto que actúa, que admite y desea todas las consecuencias. A este dolo directo o de primer grado se le suele añadir un dolo más indirecto o eventual. El dolo eventual difiere del directo en que el resultado no es, para el sujeto activo, un fin en sí mismo¹⁵.

Al elemento volitivo del dolo, le hemos de sumar el elemento intelectual, en donde se estudia el grado de probabilidad que el sujeto le asigna a la acción que está poniendo-u

¹⁴ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 246.

¹⁵ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 247.

omitiendo-. Cuanto más probable vea el resultado, mayor será la intencionalidad de la acción. Por el contrario, cuanto menor sea la certeza que tenga el sujeto activo de causar el resultado que su acción desencadenará, menor será la intencionalidad de esa acción. De nuevo, la diferencia del dolo directo y del eventual reside, también, en el juicio de probabilidad que *ex ante* se ha formado el sujeto en su interior¹⁶.

Llevado al terreno de la responsabilidad penal del socio, y siguiendo con el ejemplo de la aprobación de las cuentas anuales fraudulentas, el socio séptimo actúa con dolo eventual. El socio decide abstenerse de la votación, mostrando que su intención no es maquillar las cuentas, sino que es no causar ningún problema interno en la sociedad. No obstante, el socio advirtió y aceptó que las cuentas eran inexactas y que ello podría generar una frustración del cobro de las deudas sociales. El séptimo socio aceptó el resultado e incluso lo vio como probable.

Si en el dolo decíamos que actúa de manera dolosa quién conocía y quería aquello que hacía, ahora decimos que actúa de manera imprudente quién, no conociendo de manera cierta y no aceptando las consecuencias de sus acciones-u omisiones-, pudo advertir de las consecuencias de su acción.

El elemento intelectual aquí depende de cada sujeto en particular¹⁷. Este habrá de modularse según el caso concreto. Así, no podremos exigir el mismo grado de conocimiento a un niño pequeño que a un adulto. Tampoco le podremos exigir el mismo grado de conocimiento a un profesional que a un ciudadano corriente. La imprudencia es, en definitiva, reflejo de que los bienes jurídicos se deben proteger con independencia de si el ataque es frontal-doloso- o accidentado-imprudencia-.

En nuestro plano de la responsabilidad penal del socio deberemos tener muy en cuenta el elemento intelectual de la imprudencia. Determinar el grado de conocimiento de cada socio será fundamental para determinar una eventual responsabilidad penal. Piénsese en un accionista minoritario cualquiera que acude a todas las juntas de una sociedad cotizada en el IBEX-35 y que no posee ningún tipo de formación contable, jurídica o empresarial. Y ahora piénsese en un fondo de inversión que controla el 3% de la misma sociedad. Parece claro que el elemento intelectual de cada uno de ellos no será el mismo.

¹⁶ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 247.

¹⁷ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.318.

En la responsabilidad penal del socio es de vital importancia conocer el grado de formación de cada socio, atendiendo a la normativa societaria y a las presunciones que realiza el ordenamiento jurídico español.

En fin, la acción es el primer elemento del delito, que hace referencia a la descripción de la acción humana, con expresión de la intención de esta. Sobre esta acción descansarán las valoraciones jurídicas posteriores sobre las que se asienta el delito. La acción, en nuestro caso, nos va a determinar la esfera en la que actúa el socio, la intención con la que actúa, la acción que se le imputa y el resultado lesivo que produce. La acción va a ser crucial para determinar si existe o no responsabilidad penal del socio.

2. LA TIPICIDAD

La tipicidad es el segundo elemento del delito y, junto con el juicio de la antijuridicidad, conforma el juicio del injusto: en el que se introducen las valoraciones jurídicas *stricto sensu*¹⁸.

La tipicidad la podemos relacionar con la definición formal de delito. Esto es, el tipo es la previsión legal que contiene una serie de presupuestos fácticos a los que aplica un castigo.

La tipicidad es el primer indicio de desvalor de una conducta. El juicio de la tipicidad nos adelanta el desvalor de una acción que, salvo que el juicio de la antijuridicidad nos diga lo contrario, va a ser castigada. La tipicidad es, en fin, la nota del delito que da cumplimiento al *nullem crimen sine legem*¹⁹.

En lo que afecta a la responsabilidad penal del socio, las conductas realizadas por el socio van a tener que ser castigadas por el tipo que sea de aplicación, sin posibilidad de extender analógicamente el tenor literal del tipo delictivo.

Esta extensión del tipo literal será especialmente necesaria cuando el delito solo pueda ser cometido por un sujeto activo determinado²⁰. Dependiendo si el delito solamente puede ser cometido por un grupo de personas determinado, nos encontraremos ante delitos comunes o delitos especiales.

Los primeros pueden ser cometidos por cualquier sujeto activo-un delito de estafa del art.248 CP-, mientras que los segundos solo podrán ser cometidos por los particulares que se mencionen en el tipo o por aquellos que puedan realizar la conducta descrita en el tipo. Ejemplos de este último caso son el delito de malversación del art. 432 CP o, en lo que nos toca, el delito de imposición de acuerdos abusivos del art. 291 CP. En estos dos casos tan solo el funcionario o autoridad y el socio o administrador, respectivamente, pueden cometer estos delitos.

Por ello va a ser muy importante, de cara a determinar la eventual responsabilidad penal del socio, considerar ante qué clase de delito nos encontramos. La hermenéutica y la sana

¹⁸ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.270.

¹⁹ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.270 y 271.

²⁰ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p.280.

lógica jurídica nos dirán si, *a priori*, es viable considerar que el socio pueda llenar los tipos delictivos que se consideren.

Si hemos dicho que tendremos que prestar atención a la vertiente subjetiva del tipo, analizamos ahora la estructura objetiva del tipo. La estructura de cualquier tipo penal sigue el patrón de enunciar minuciosamente una conducta que se castiga, por medios de lo que la doctrina ha convenido en denominar *elementos descriptivos del tipo*²¹. Acto seguido se enuncia el castigo con el que se penará la conducta anteriormente descrita. Otro elemento clave que se debe analizar es la intencionalidad que requiere el tipo para ser llenado. Si se requiere dolo o si se puede cometer también por imprudencia. Esto enlaza directamente con lo que hemos comentado *supra* respecto de la imprudencia.

En fin, a modo de ejemplo, véase el tenor literal de los primeros numerales del delito de insolvencia punible del art. 259, el cual es el delito que está ilustrando toda la teoría que venimos desarrollando en esta monografía:

1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.ª Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.ª Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

En resumen, de lo dicho anteriormente, y ya en un plano más práctico, en el sub-juicio del tipo tendremos que observar si la conducta que estamos considerando como delictiva cumple los requisitos del delito.

Así, necesitaremos, en primer lugar, comprobar si el sujeto activo (un socio de una sociedad capitalista, en nuestro caso) puede cometer el delito que estamos considerando. En el caso del socio de una sociedad capitalista este juicio lo tendremos que realizar valiéndonos de la LSC, en donde se recoge la esfera de actuación del socio. Como hemos venido diciendo a lo largo de las líneas anteriores, la determinación de la responsabilidad penal del socio se mueve, tan solo, dentro de la esfera de actuación que la ley reserva para

²¹ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 279.

el socio de una sociedad capitalista, sin que sea posible admitir esta figura cuando nos encontremos fuera de lo que de acuerdo con la ley pueda hacer un socio.

En segundo lugar, observaremos cuál es la conducta castigada en el tipo y determinaremos si esa conducta castigada coincide con la conducta puesta por el socio. Para ello también deberemos tener en cuenta el resultado de la acción u omisión realizada y si este resultado es o no necesario para castigar la conducta. En el caso del delito de insolvencia punible ese resultado será la realización de actos de disposición que carezcan de justificación empresarial y, además, que estos se hayan llevado a cabo durante una situación de insolvencia.

Además, deberemos examinar la intencionalidad de la acción u omisión puesta por el socio. Para determinarlo recurriremos a lo explicado *supra* respecto la intencionalidad de la acción. En el caso de que consideremos que el tipo no es doloso, examinaremos la concurrencia de imprudencia, que, de acuerdo con lo dispuesto en el art.112 CP, solo se castigarán cuando haya un tipo que las castigue.

En el caso de que ni aún por esas consideremos que no hubo intencionalidad alguna y que no se infringió ningún deber de cuidado, la conducta quedaría sin castigar. En caso de considerar que, efectivamente, el socio infringió el deber de diligencia, pasaremos a observar si el tipo doloso se castiga también en su versión imprudente. En caso de no castigarse, afirmaremos que el socio no responderá penalmente por su conducta.

Como hemos dicho *supra*, el deber de diligencia y cuidado exigible al socio se examinan a la luz de los deberes que la LSC y demás normativa societaria y de Derecho Civil imponen al socio. *Infra* examinaremos estos deberes de diligencia y sus niveles, puesto que en muchas ocasiones la intensidad con la que se muestra la falta de la diligencia hará que el socio pueda llegar a responder civilmente pero no penalmente. Es irrelevante a efectos de determinar la responsabilidad del socio que nos detengamos a analizar la imprudencia grave y la menos grave. Y ello porque los delitos que típicamente puede cometer el socio son solo castigados cuando se cometen por imprudencia grave.

Antes de pasar a analizar la teoría de la imputación objetiva, cabe dar aquí por reproducido lo dicho anteriormente respecto de la comisión por omisión del art 11 CP. Solo cuando se den los requisitos del art.11 podremos considerar que la omisión se equipara a la acción. En caso negativo, debido a las rigurosas exigencias que rigen aquí del principio de legalidad, no podremos apreciar responsabilidad penal del socio.

La teoría de la imputación objetiva nace como un juicio que introduce la penalística para comprobar ²² que existe una relación entre la conducta del sujeto activo y el resultado desencadenado (relación de causalidad o *conditio sine qua non*) y que además dicha relación es relevante para el Derecho Penal (teoría de la imputación objetiva). Esta teoría nace ante el agotamiento de muchas otras, tales como la enunciada *teoría de la causalidad* o la *teoría de la adecuación*.

Este instrumento doctrinal conforma un juicio dentro de la vertiente objetiva del subjuicio del tipo. Con este se consigue considerar únicamente como relevantes aquellas conductas que pasen el filtro en el que se introducen el juicio de valor del tipo. Aquí ya no solo es suficiente con que el resultado no se hubiera producido de no haberse puesto la conducta; sino que además es necesario que concurren los siguientes presupuestos²³.

En primer lugar, la conducta debe ser *ex ante* idónea para producir el resultado lesivo. Esto es, la conducta debe “aprobar” el *juicio de la adecuación*. Las reglas de la sana lógica nos dirán como de probable es que una conducta pueda ser idónea para causar este resultado. En caso de que la conducta no sea adecuada para producir el resultado desaprobado por la norma, no podremos apreciar la responsabilidad penal del sujeto activo.

En el terreno de la responsabilidad penal del socio, habrá muchas conductas que encuentren cortapisas desde la *teoría de la adecuación* para ser consideradas delictivas. La esfera de actuación del socio puede parecer que *ex ante* no sea idónea para producir los resultados desaprobados. No obstante, en nuestra opinión, los acuerdos y decisiones de la junta son perfectamente idóneos para causar el resultado desvalorado por los delitos. Ahora bien, por una cuestión de irrelevancia penal y de falta de adecuación para producir el resultado, los socios minoritarios de sociedades abiertas no podrán, en nuestra opinión, llenar ningún tipo penal. La justificación de la impunidad de las conductas de estos socios reside, pues, en la falta de imputación objetiva por la vía de la teoría de la adecuación.

En segundo lugar, la conducta y el resultado deben estar bajo el ámbito de protección de la norma; esto es, la finalidad de la norma es, entre otras, prevenir la conducta que se está examinado. En caso de que no lo sea no podremos apreciar responsabilidad penal. En los delitos contra el orden socioeconómico, las decisiones que una sociedad pueda adoptar

²² Iberley, “Teoría de la imputación objetiva del delito”, *Iberley, Información legal*, 2020.

²³ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 288 y ss.

son desde luego objeto de protección por parte de las normas penales, si bien es cierto, de nuevo, que el legislador penal no pensaba en castigar la actuación de los socios minoritarios, a quienes busca proteger antes que castigar.

Finalmente, el resultado debe haberse producido como consecuencia de la conducta idónea para producir ese resultado. Debe haber una conexión real entre la conducta y el resultado, sin que quepa la *prohibición de regreso*.²⁴ No valdrían entonces las conductas que, siendo idóneas para producir el resultado, no hubiesen desplegado sus efectos. En estos casos, en caso de no haberse producido el resultado o en caso de haberse producido, pero no debido a la conducta examinada, el delito se castigará en grado de tentativa²⁵.

En definitiva, y ya acabando el apartado de esta monografía dedicado al tipo delictivo, para apreciar que una conducta realizada por el socio es delictiva se requiere encontrar un tipo que:

1. Pueda ser cometido por el socio en el sentido de que no sea un tipo especial o que, siéndolo, comprenda la esfera de actuación del socio.
2. En caso de estar examinando una omisión, se tendrán que dar los requisitos del art.11 CP.
3. Haya una conducta de la que se siga un resultado, y esa conducta y resultado esté recogida en algún precepto del código penal, sin que quepa la aplicación analógica de esta norma *im peius*. Esta conducta tiene que pasar el filtro de la *teoría de la imputación objetiva*.
4. La conducta tiene que haberse realizado dolosamente y, en caso de haberse realizado de manera imprudente, deberá existir algún tipo que castigue la comisión del delito de manera imprudente.

Emplearemos este esquema para descifrar si puede llegar a darse una responsabilidad penal del socio, una vez hayamos expuesto toda la teoría societaria.

²⁴Jakobs, G, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Cuello, J, Serrano J.L, Marcial Pons, Madrid, 1997. JAKOBS opina que la prohibición de regreso no permite remontarse a hechos remotos que hubieran contribuido a la cusación del resultado.

²⁵ Dice el art.16 CP que Artículo 16 “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

3. LA ANTIJURIDICIDAD

Como decíamos antes, la tipicidad constituye uno de los elementos del juicio del injusto. Es un adelanto del reproche penal de la conducta examinada. El juicio del injusto concluye con el juicio de la antijuridicidad. En la nota de la antijuridicidad se examina si la conducta se opone al ordenamiento jurídico en su conjunto o si, por el contrario, a pesar de existir un tipo delictivo que castigue la conducta, existen otras causas-llamadas causas de justificación- que despenalizan la conducta²⁶.

Por tanto, en el plano de cualquier acción nos podríamos encontrar con una conducta típica pero lícita, atípica pero ilícita, típica e ilícita o atípica y lícita. Que una conducta sea típica, como hemos visto, significa que el Derecho Penal la desaprueba. Pero no por ello quiere decir que sea ilícita.

En el plano de la responsabilidad del socio, lo más normal es que la actuación del socio sea completamente lícita y atípica. En caso de que la actuación del socio fuera ilícita, probablemente dicha conducta fuera atípica. En este último caso nos iríamos a la normativa que rige las responsabilidades del socio, toda ella subsidiaria de la tutela aquiliana del art.1902 del Código Civil.

El principio del Derecho Penal como última *ratio* impide castigar todos los ilícitos del socio. Tan solo unos pocos serán también castigados en sede penal, pues esta es la más represiva con los derechos y libertades del ser humano.

En lo que nos afecta, volviendo a la responsabilidad penal del socio, en caso de haber encontrado típico el comportamiento del socio, lo más lógico y natural será considerarlo también antijurídico. Esto se debe a que, por la naturaleza de las causas de justificación del art. 20 CP²⁷, no podemos pensar en ninguna que pueda operar en el caso de un socio de una sociedad capitalista.

²⁶ Molina, M.C y Landecho C.M, *op. cit.*, p. 332.

²⁷ Estas causas de justificación son exhaustivas y, tan solo esas liberan al sujeto activo de responsabilidad penal.

4. LA CULPABILIDAD

Antes de que la escuela finalista introdujera el elemento subjetivo en la acción y dejara de soslayarlo al terreno de la culpabilidad, el juicio de la culpabilidad consistía en estudiar el elemento subjetivo de la conducta humana²⁸. Para Roxin²⁹, la nueva concepción de culpabilidad comienza con la obra de Frank *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (sobre la estructura del concepto de culpabilidad) del año 1907.

Hoy, el Derecho Penal moderno ha convenido en que la culpabilidad no es la intencionalidad con la que se expresa la conducta humana. Por el contrario, la culpabilidad introduce en el juicio del delito la comprobación de que el sujeto pasivo actúa libremente. Por tanto, mientras que el juicio del injusto constituye un desvalor hacia la conducta realizada por el sujeto, el juicio de la culpabilidad supone “reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él”³⁰.

²⁸ Radbruch, G., “Sobre el sistema de la teoría del delito”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.12, 2010, p.6.

²⁹ Roxin, C. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Luzón, D.M, Díaz, M, De Vicente, J, Civitas, Pamplona, 2014. 19/9.

³⁰ Roxin, C, *op. cit.*, p. 19/21.

5. LA PUNIBILIDAD

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal del socio, la nota de la punibilidad no plantea ningún problema. Simplemente sepa el lector que con la nota de punibilidad se expresan aquellas conductas que, siendo típicas, antijurídicas y culpables, reciben un perdón exculpatorio del legislador por motivos de política criminal³¹. Ejemplos de este perdón son el que recibe el pariente que comete determinados delitos contra el patrimonio de un familiar³² o las prerrogativas de que disponen los parlamentarios y diplomáticos en el ejercicio de sus funciones.

³¹ Molina, M.C y Landecho C.M, *op.cit.*, p. 438.

³² El art..68 CP se ocupa de esta excusa absolutoria.

IV. GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

Finalmente, para cerrar la teoría puramente penal, vamos a exponer ahora las formas de participación. Este apartado es fundamental para poder determinar la responsabilidad penal del socio, ya que el socio nunca va a poner un acto de ejecución. Por tanto, el socio, como veremos *infra*, nunca podrá ser autor del delito.

La autoría es la forma de participación por antonomasia. De acuerdo con el artículo 28 del CP, “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Bajo el artículo 28 se reconocen la autoría, coautoría y autoría mediata. Estas tres entran dentro del concepto restringido de autor.

La autoría directa individual es el que ejecuta por sí mismo la acción, de un modo personal y directo³³. Esta forma de autoría es la norma general. Como veremos, el socio no administrador no podrá ser considerado en ningún caso autor, por su imposibilidad de modificar las cosas y la realidad.

La autoría mediata es aquella en que el autor mediato se vale del autor inmediato, el cual actúa sin libertad ejecutando el delito, para la comisión del delito³⁴. Así, el autor mediato se sirve como instrumento del autor inmediato. En el caso de la responsabilidad penal del socio, veremos cómo en muchas ocasiones el socio será un autor inmediato que actúa sin conocimiento o en error de tipo o de prohibición, como expone Muñoz Conde.

Finalmente, la coautoría es aquella en que el delito es ejecutado por varias personas. La clave para diferenciar la coautoría de la participación reside en que el coautor debe poner actos de ejecución, además de tener el dominio de hecho; esto es, tener la capacidad de detener el delito y de decidir sobre la forma de ejecución³⁵. En nuestra opinión, contraria a lo opinado por Muñoz Conde, el coautor deberá intervenir en la fase de ejecución³⁶. Por tanto, nos afirmamos en la idea de que el socio solamente podrá ser partícipe.

A continuación, el artículo 28 CP expone que “también serán considerados autores:

³³ Conde, F. M, Arán, M. G *Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 437.

³⁴ Conde, F. M, Arán, M. G, *op. cit.* p. 438.

³⁵ Conde, F. M, Arán, M. G, *op. cit.*, pp. 436 y 440.

³⁶ En este sentido opinan también Gutiérrez Rodríguez y Roxin, tal y como se expone en Conde, F. M, Arán, M. G, *op. cit.*, pp. 440.

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Directamente el legislador optó por no considerar autores al inductor y al cooperador necesario. Simplemente decidió penar las conductas con el mismo que para los autores.

El artículo 29 del CP castiga a los cómplices, que son “los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

Tanto los grados de participación recogidos en el art. 28 *in fine*, como los recogidos en el art.29, constituyen ambas formas de participación. Falta el dominio de hecho en todas ellas porque el inductor o partícipe, necesario o no, no tienen el dominio del hecho. La participación es definida por Muñoz Conde como *la cooperación dolosa en un delito ajeno*³⁷. La acción será puesta por el (co)autor de la que participarán los cooperadores, bien a título de cómplice, de inductor o de cooperador necesario.

La inducción castiga a aquellos que animen a otros, de manera real e intencionada, a cometer un delito en particular. Los socios, cuando den órdenes a los administradores, podrían llegar a cometer el delito de estos en inducción. No obstante, la inducción debe ser eficaz y verdaderamente idónea como para poder causar en el administrador la voluntad de cometer ese delito en concreto, sin que sean subsumibles aquí meras instrucciones genéricas. Tampoco sería admisible una inducción remota o en cadena³⁸.

Finalmente, la participación se diferencia de la cooperación necesaria en que sin la última no se podría haber cometido el delito. En el caso de cooperación necesaria, como hemos visto, el delito es castigado con la misma pena que para el caso del autor.

En el último epígrafe de esta monografía analizaremos dentro de que figuras se podrá enmarcar la actuación del socio dentro de los acuerdos o decisiones de la junta. Procedemos ahora a exponer la Teoría general societaria, a fin de poder completar la teoría penal expuesta y determinar la existencia o no de responsabilidad penal del socio en nuestro ordenamiento jurídico.

³⁷ Conde, F. M, Arán, M. G, *op. cit.*, p. 440.

³⁸ Conde, F. M, Arán, M. G, *op. cit.*, p. 446.

V. LA SOCIEDAD CAPITALISTA

1. CONCEPTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad jurídica es, como expone ALFARO citando a PAZ-ARES³⁹, un patrimonio dotado de capacidad jurídica y de obrar⁴⁰, a través del cual las personas físicas deciden organizar sus relaciones y, sobre todo, la forma de administrar los bienes que pertenecen a la nueva persona. CHULIÁ la define como “la organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento al mismo por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones”⁴¹.

En fin, como patrimonio y sujeto autónomo de derecho que es, toda persona jurídica será capaz de asumir derechos. La otra cara de la moneda es que toda persona jurídica habrá de pechar con un sinnúmero de obligaciones. Dentro de estas obligaciones, la ley ha convenido en hacer sujeto pasivo de obligaciones administrativas e incluso penales a la persona jurídica. No obstante, a pesar de existir garantías suficientes para prevenir la comisión de ilícitos por parte de las personas jurídicas, en ocasiones se hace preciso recurrir a la *doctrina del levantamiento del velo*. Ello para evitar que las personas físicas que habitan detrás de las personas jurídicas cometan abuso de derecho y aprovechen en perjuicio de terceros la imposición de otro patrimonio.

Tal doctrina tiene su origen en el aforismo americano *to pierce, to lift, the veil of the legal entity*⁴². Aquí se propone atravesar a la persona jurídica para alcanzar las identidades que componen la persona jurídica, tal y como expone CHULIÁ. Por tanto, se consigue dejar sin efecto la invención técnica de la persona jurídica, haciendo responsables a las personas físicas que actúan por debajo.

Así, si las condiciones que justifican el otorgamiento de tal personalidad desaparecen, la personalidad jurídica podría desaparecer con ello. Y esto porque el fin que justifica tal concesión no es sino alcanzar ciertos objetivos lícitos, como entre otros la fluidez en el

³⁹ Alfaro, J, “Personalidad jurídica y sociedad”, *Almacén de Derecho*, 2021.

⁴⁰ Alfaro, J, “Introducción a la persona jurídica”, *Almacén de Derecho*, 2022.

⁴¹ Chuliá, F. V, *Introducción al derecho mercantil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 782.

⁴² Chuliá, F.V, *op. cit.*, p. 793.

tráfico jurídico o la facilidad de obtener financiación. Cuando se comete un abuso de derecho o un fraude de ley y se utiliza la separación de responsabilidades como pantalla y salvaguarda para cometer ilícitos, esa concesión que hace de manera genérica el legislador puede desaparecer o, como dice GARRIGUES, quedar neutralizada⁴³.

Como señala GARRIGUES, la palabra “personalidad” tiene su origen etimológico en las máscaras que los griegos empleaban para tapar su rostro. De la misma manera que se puede quitar la máscara de estos actores, también se puede quitar la máscara de la personalidad jurídica de las sociedades y, tras ello, atacar a los miembros que actúan de manera fraudulenta por detrás de esta.

En fin, si la doctrina y jurisprudencia estiman que no existe óbice alguno para considerar que se puede atacar a las personas que mueven los hilos de la persona jurídica, pero siempre desde un plano de responsabilidad civil, ¿Cuál es el problema en considerar que se puede levantar el velo exigiendo responsabilidad penal?

Por otro lado, para que se aplique la *doctrina del levantamiento del velo* es necesario no encontrar ningún otro responsable dentro de los órganos de la persona jurídica. Así, el levantamiento del velo opera cuando no se puede identificar al causante de la lesión o no es posible imputarle a nadie la responsabilidad de la lesión causada.

⁴³ Garrigues, J. “Teoría general de las sociedades mercantiles”, Menéndez, A, Beltrán E.M, *Summa Revista de Derecho Mercantil*, Civitas, Pamplona, 2013. Véase epígrafe “el abuso de la persona jurídica”.

2. LAS SOCIEDADES

La noción de personalidad y las formas jurídicas que se ven beneficiadas de esta *fictionis iuris*, viene recogido en el artículo 35 del Código Civil⁴⁴. Entre ellas conviene que nos detengamos en las sociedades.⁴⁵

La definición más acertada de sociedad es aquella que la equipara al contrato de sociedad. Para el Código Civil “la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”⁴⁶. Para el Código de Comercio por el contrato de sociedad “dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro”⁴⁷. Como vemos, el contrato de sociedad es un contrato de base asociativa por el cual dos o más personas deciden organizar sus relaciones jurídicas bajo una forma jurídica tipificada, dotando de una organización ordenada a una empresa⁴⁸.

Con todo, el concepto “sociedad” acepta diversas acepciones, pudiendo distinguirse la restringida, la amplia y la amplísima, tal y como apunta CHULIÁ. El concepto estricto coincidiría con la definición dada *supra*. A efectos de nuestro trabajo nos interesa comenzar hablando de la sociedad en sentido restringido, para luego poder centrarnos en la sociedad capitalista; una clase de sociedad dentro del concepto restringidísimo de sociedad mercantil.

La sociedad es, en definitiva, una manera de organizar las relaciones jurídicas entre dos o más personas que se deciden a realizar una actividad-fundamentalmente económica- y que, para lograr esta, cada uno de las personas, los socios, aportará dinero, industria o capital. De esta aportación nace un sujeto de derecho nuevo, sobre el cual recaerán todas

⁴⁴ *Son personas jurídicas:*

1.º *Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*

2.º *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.*

⁴⁵ Aunque el artículo 35 del Código Civil emplea la denominación “asociaciones civiles y mercantiles”.

⁴⁶ Art.1665 del Código Civil.

⁴⁷ Art.116 Código de Comercio.

⁴⁸ Chuliá, F. V, *op.cit.*, p.754.

las obligaciones y todos los derechos. Este nuevo sujeto de derecho es a lo que llamamos sociedad.

Dependiendo del grado de independencia de este sujeto respecto de los miembros de la sociedad, dependiendo del objeto al que la sociedad esté consagrada y dependiendo de la forma jurídica que esta nueva persona adopte, podremos hablar de un tipo u otro de sociedad.

Son sociedades mercantiles aquellas que tienen un objeto mercantil o están constituidas bajo alguna de las formas de la LSC, *ex art.2 LSC*. Son sociedades civiles aquellas cuyo objeto es civil y no están constituidas bajo ninguna de las formas sociales comprendidas en la LSC.

Dentro de las sociedades mercantiles encontramos dos tipos. Las personalistas son aquellas en las que los socios responden de las deudas sociales de manera ilimitada y solidaria, si bien de forma subsidiaria a la masa social. Para poder atacar el patrimonio de los socios bastará con demostrar que el montante global de la masa social sea menor que la masa crediticia, *ex art. 237 Código de Comercio*. Son sociedades personalistas la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple respecto de los socios colectivos⁴⁹. Como vemos, el levantamiento del velo no tiene aquí mucho sentido, puesto que para las sociedades personalistas no opera la limitación de la responsabilidad absoluta.

Las sociedades capitalistas son aquellas constituidas conforme a la Ley de Sociedades de Capital. La responsabilidad de los socios se circunscribe a la aportación realizada al capital social. Son sociedades capitalistas “la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”⁵⁰. Es en las sociedades capitalistas donde cobra más sentido la *doctrina del levantamiento del velo*, al existir una absoluta inconexión entre las esferas de responsabilidad del socio y de la sociedad.

En nuestro trabajo de fin de grado, como hemos comentado, nos vamos a ceñir a analizar la posible responsabilidad penal del socio para las sociedades capitalistas, al ser estas las más relevantes en el tráfico jurídico y, también, porque aquí opera una separación de responsabilidades absoluta entre la esfera social y la esfera individual de cada socio que la compone.

⁴⁹ Chuliá, F.V, *op.cit.*, p.808.

⁵⁰ Art.1. LSC.

Así, la única forma de exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales pasa por dirigirse a la propia sociedad y, llegado el caso a los administradores, bien sean estos de hecho o de derecho. Los medios tipificados en el ordenamiento para exigir responsabilidades a la sociedad son varios. Como también son varias las responsabilidades que pueden exigirse a la sociedad; esto es, responsabilidad civil, penal y administrativa. No obstante, no existe ningún medio típico⁵¹ que contenga la posibilidad de exigir responsabilidad a los socios directamente. Para poder hacer esto, sea por la vía civil y, llegado el caso-como aquí proponemos- por la vía penal, tendríamos que aplicar la *doctrina del levantamiento del velo*, explicada *supra*. Alternativamente tendríamos que buscar preceptos normativos aplicables a los administradores y aplicárselos analógicamente a los socios.

Esta doctrina, como hemos explicado antes, permite exigir responsabilidades a los socios apoyándose, a su vez, en la *doctrina del abuso del derecho* y en la *del fraude de ley*. Así lo apunta la STS 673/2021, de 5 de octubre. En esta sentencia se habla de la infracapitalización de una sociedad; supuesto paradigmático donde operaría la responsabilidad penal del socio fruto de la adopción de acuerdos en junta que pueden llegar a derivar en responsabilidad penal o civil del socio.

Una vez hemos introducido el concepto de sociedad mercantil, pasamos a explicar detenidamente el concepto de socio de una sociedad capitalista.

⁵¹ En el sentido de comprendido en alguna norma jurídica.

3. EL CONCEPTO DE SOCIO DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS

Socio es aquel que es miembro de una sociedad. En una sociedad capitalista, será socio el que sea titular de una porción del capital social. La condición de socio se podrá adquirir, bien de forma originaria, esto es, a través de la constitución de la sociedad o mediante una ampliación de capital, o bien de forma derivativa, esto es, a través de un negocio jurídico que transfiera la condición de socio.

Esta participación en la titularidad de la sociedad tendrá unas consecuencias jurídicas que se traducirán en derechos y obligaciones. Los derechos de los socios son claros, en la medida en que priman sobre las obligaciones y, sobre todo, porque están tipificados de manera exhaustiva. Las obligaciones, por el contrario, no son recogidas de una manera sistemática y, por tanto, no son una cuestión pacífica en la doctrina societaria. Pasamos a comentar los derechos y obligaciones de los socios.

3.1.Derechos del socio.

Los derechos de los socios vienen recogidos en el artículo 93 de la LSC y pueden ser sintetizados como sigue:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.*
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.*
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.*
- d) El de información.*

El derecho principal del socio es el de obtener el dividendo, puesto que el móvil principal de ostentar la condición de socio es obtener una rentabilidad económica a la inversión realizada. En los artículos 93 y ss. se establecen modificaciones que pueden sufrir estos derechos. Tales modificaciones pueden consistir en la concesión de un privilegio en el reparto de beneficios, la supresión del derecho de voto o de suscripción preferente, una mayor cuota en la distribución de dividendos...

Los derechos de los socios, a los efectos de nuestra monografía, no son tan importantes como las potenciales obligaciones de estos. Baste señalar que, a efectos de la responsabilidad penal del socio, será importante determinar el peso de cada socio en la marcha de la sociedad. Este peso se materializará en los derechos que gocen cada uno de los socios en particular. Así, en cantidad de ocasiones, una misma conducta podría ser delictiva para un socio, pero no para otro que no contase con influencia decisiva en la marcha de la sociedad. Es el caso de los socios minoritarios de las sociedades abiertas, en donde no habría imputación objetiva.

Los derechos políticos del socio se materializan en la participación del socio en la junta de accionistas, órgano que tiene encargada, según los arts. 159 y 160 de la LSC los principales aspectos de la vida societaria. Más adelante comentaremos detenidamente el papel de la junta de accionistas, con el fin de analizar si los socios pueden pechar con responsabilidades-incluso de tipo penal, como aquí sugerimos- fruto de los acuerdos de la junta. Estos acuerdos, junto con un supuesto deber de vigilancia que recaiga sobre los socios respecto de las conductas de los administradores, son los dos focos de una eventual responsabilidad penal del socio.

3.2.Las obligaciones de los socios.

Pasamos a explicar aquí las obligaciones de los socios. Como hemos comentado, las obligaciones de los socios no vienen recogidas de una manera taxativa, sino que se desprenden de una interpretación sistemática del Código Civil y de la LSC.

Expone el artículo 1089 CC que “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Procedemos a desmiguar este artículo comenzando por aquellas obligaciones del socio cuya existencia no se discute.

En primer lugar, encontramos la obligación de aportar el capital acordado. Esta obligación cobra más relevancia en las sociedades anónimas, habida cuenta de la posibilidad de diferir el desembolso del capital suscrito en tres cuartas partes⁵². El socio de la sociedad anónima tendrá el compromiso, para con la sociedad, de aportar el valor nominal de las acciones que suscribió. Por tanto, aquí encontramos un auténtico deber del socio con la sociedad.

En las sociedades limitadas, por el contrario, no podrán existir dividendos pasivos, esto es, aportaciones pendientes de ser aportadas por los socios una vez adquirida la condición de socio. La adquisición de la condición de socio, mediante ampliación de capital o en el momento de la escritura de constitución, requiere de la aportación previa del capital acordado⁵³.

En segundo lugar, siguiendo a CHULIÁ⁵⁴, encontramos aquellas obligaciones que se hayan establecido como prestaciones accesorias dentro de los estatutos sociales. Estas obligaciones particulares hacen interdependiente la condición de socio de la obligación asumida, como señala ALFARO⁵⁵. En ocasiones esta prestación accesorias puede tener por objeto el ejercicio de funciones típicas de los administradores, dentro de las cuales encontraríamos las obligaciones de vigilancia. En estas ocasiones, la condición de socio decaerá en favor de la de administrador. Ello será importante de cara a la apreciación de una eventual responsabilidad penal del socio. Volveremos sobre esta idea más adelante.

⁵² Arts.79 y 81 de la LSC.

⁵³ Art. 62 LSC.

⁵⁴ CHULIÁ, op.cit., p. 578.

⁵⁵ Alfaro, J, “Las prestaciones accesorias”, *Almacén de Derecho*, 2015.

En tercer lugar, encontramos una obligación genérica de actuar de buena fe, la cual se desprende del artículo 1258 del Código Civil. Según este artículo,

los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. (Art.1258 CC)

Este deber de actuar conforme las exigencias de la buena fe es un deber inherente a los contratos, sin importar cualquiera sea su clase. Puesto que, como hemos comentado, las sociedades capitalistas son, en origen, un contrato de sociedad, las exigencias de la buena fe operaran también para los socios.

Por otra parte, encontraríamos las obligaciones exigibles a los socios a través de pactos parasociales. PAZ-ARES define los pactos parasociales como “los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen”⁵⁶.

Es importante señalar que en virtud de dichos pactos se pueden confeccionar obligaciones adicionales para los socios, adicionales a las establecidas en los estatutos sociales.

Por último, encontramos las obligaciones de los socios que nazcan de actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, de acuerdo con lo que expone el artículo 1258 CC. En el caso del socio, esta responsabilidad es limitada y, en las relaciones jurídicas exteriores operados por la sociedad, el socio no vería comprometido su esfera individual, salvo en aquellos casos que, como hemos explicado, opera la doctrina del levantamiento del velo.

Por tanto, *a priori*, bajo este foco de responsabilidad, no podrá exigirse al socio responsabilidad por acciones u omisiones que, *prima facie*, son llevadas a cabo por la sociedad. Este precepto sí que operará en las relaciones que el socio tenga con la sociedad. No obstante, insistimos en que lo aquí relevante es la responsabilidad que el socio pueda generar frente a terceros y que dicha responsabilidad, llegado el caso, pueda ser penal. Ponemos el foco en las relaciones que la sociedad mantiene con terceros y que estos puedan reclamar a los socios.

⁵⁶ Paz-Ares, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n. 5, 2003, pp. 19-43, p. 19.

En definitiva, podemos afirmar que las obligaciones de los socios son escasas y que la principal es la de desembolsar el capital acordado, siendo las demás excepcionales. La obligación de responder de los perjuicios causados por la sociedad, aunque tenga su origen en acuerdos de la junta, está reservada, en principio, a la propia sociedad y a los administradores.

3.3.El papel del socio en la vida societaria.

Como hemos comentado *supra*, la LSC prevé, para los socios, la participación de estos en la junta general de accionistas, siendo este el máximo órgano de gestión de la vida societaria. El artículo 159 de la LSC establece que “los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta”. Así mismo, establece el artículo 160 que las funciones de la junta general son las siguientes:

- a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.*
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.*
- c) La modificación de los estatutos sociales.*
- d) El aumento y la reducción del capital social.*
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.*
- f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.*
- g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.*
- h) La disolución de la sociedad.*
- i) La aprobación del balance final de liquidación.*
- j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.*

Las principales funciones de la junta vienen recogidas en el citado artículo, pero como señala el art.160 LSC *in fine*, la ley y los estatutos pueden atribuir a la junta más competencias, salvo aquellas que estén reservadas en exclusiva al órgano de administración. No obstante, la junta tiene unas competencias que, según gran parte de la doctrina, son un *numerus clausus*, ya que para que la junta actúe debe contar con una atribución específica estatutaria o legal. A diferencia de lo que ocurre con la competencia genérica e inespecífica de los administradores, la junta para actuar requiere de un título competencial específico⁵⁷, tal y como se desprende de la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento societario.

Como señala CHULIÁ⁵⁸, citando la Res. DGRN de 24 de abril de 1980, R. 1.608., la labor de la junta no podrá en ningún caso intervenir en las relaciones externas de la vida social, quedando estas reservadas para el órgano de administración. Por ello, la actuación de la junta requerirá, para su exteriorización y materialización, de la participación de los administradores. Este inciso es muy relevante de cara a apreciar una hipotética responsabilidad penal del socio, en la medida en que vemos cómo el socio, por sí solo, no puede realizar actuaciones que puedan causar una lesión a bienes jurídicos protegidos. Volveremos más adelante sobre esta idea.

⁵⁷ Megías, J, “Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas” *Diario La Ley*, n. 8608, pp. 1-13 p.10.

⁵⁸ Chuliá, F.V, *op. cit.*, p.662.

4. SINOPSIS DEL ARTÍCULO 161: INSTRUCCIONES DE LA JUNTA

Finalmente, vamos a comentar ahora el artículo 161 de la LSC, en el que se establece la competencia de la junta general de socios de poder impartir instrucciones a los administradores. Dicho precepto normativo contiene uno de los grandes enigmas del derecho societario. Plantea múltiples dudas acerca de la extensión, intensidad y consecuencias de las instrucciones que la junta pueda dar a los administradores.

Dispone el artículo 161 de la LSC que:

*salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.*⁵⁹

En referencia a este artículo cabe señalar, en primer lugar, que los sujetos legitimados para llevar a cabo tal función son los socios constituidos en junta general, y no cada uno de ellos de manera individual. Como posteriormente analizaremos, los socios, al actuar de manera individual y fuera de los órganos sociales en que está prevista su actuación, no se verán beneficiados por la limitación de responsabilidad. Aquí nos encontraríamos con un supuesto en donde primaría más la voluntad de los socios que hayan participado en las órdenes que la de los no partícipes, no formándose correctamente la voluntad de la sociedad⁶⁰.

De todo lo expuesto se desprende la idea de que no habría óbice para considerar la responsabilidad de los socios que imparten instrucciones privadas a los administradores, puesto que se les podría considerar, como veremos, administradores de hecho.

Por otra parte, conviene señalar que la competencia en materia de gestión que la junta puede llegar a ejercer no es absoluta, puesto que, como señala ALFARO⁶¹, la competencia atribuida debe ser específica y determinada, sin que sea aceptable supeditar la actuación de los administradores a una autorización preceptiva por parte de la junta.

⁵⁹ Art. 161 de la LSC.

⁶⁰ Paz-Ares, C, “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo”. *InDret*, n.4, 2010, pp. 13–26, p. 17. Apoya a este respecto la teoría general de obligaciones, según la cual, un mandante no puede comprometer a los demás mandantes, por lo que sus decisiones deberán ser colegiadas.

⁶¹ Alfaro, J, “Los poderes de la junta y las instrucciones a los administradores”, *Almacén de Derecho*, 2021.

En otros ordenamientos jurídicos, tales como el americano o alemán, no está contemplada, no obstante, la posibilidad de que la junta instruya a los administradores, tal y como señala ALFARO.

Apuntan ALFARO y PAZ-ARES que esta clase de instrucciones son más idóneas en las sociedades cerradas, habida cuenta de la capacidad de influir que tienen los socios en las decisiones de los administradores. En muchas ocasiones, esta clase de socios podrán ser, como veremos, considerados administradores de hecho, por lo que el enigma penal quedará, en buena parte, salvado. Tan es así que el predecesor artículo del actual 161 LSC no contemplaba esta posibilidad para las sociedades anónimas.

Una vez hemos estudiado que esta competencia debe ser ejercitada de manera colegiada y específica, consideramos necesario explicar ahora el régimen de responsabilidad aplicable a las actuaciones de los administradores. A efectos de apreciar la responsabilidad penal del socio es menester tener una noción clara sobre el régimen de responsabilidad de los administradores respecto de la ejecución de los acuerdos o instrucciones de la junta -arts.160 y 161 de la LSC, respectivamente-, así como las armas con las que el administrador puede defenderse de un acuerdo o instrucción que pudiera causar un perjuicio o lesión a terceros.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Los administradores de la sociedad tienen atribuido, *ex art.209 LSC*, la gestión y la representación de la sociedad. Como hemos comentado, valiéndonos de CHULIÁ y de la resolución de la DGRN, los administradores van a ser los que exterioricen todos los acuerdos y decisiones que se hayan tomado desde la junta general. Los administradores son los ejecutores de la vida social, sin los cuales los acuerdos de la junta no surtirían efecto alguno. Así, por mucho que la junta acuerde la enajenación de un inmueble a un precio determinado, va a ser el órgano de administración quien haga surtir efectos jurídicos a estos acuerdos. En definitiva, los acuerdos de la junta por sí solos tan solo podrán surtir efectos en la esfera interna social.

Durante el Título VI dedicado a la administración de la sociedad, se establecen numerosas previsiones que definen la relación de los administradores con la sociedad. La que más nos interesa aquí es el Capítulo V, referente al régimen de responsabilidad de los administradores.

El régimen de responsabilidad que introduce el artículo 236 de la LSC persigue hacer responsables a los administradores de los perjuicios en los que se cause algún perjuicio. El fundamento último que subyace de la responsabilidad de los administradores es lograr la especialización en la gestión e independencia de los administradores, haciéndoles responsables y titulares de la gestión de la sociedad. Esto en beneficio de los socios, cuyo único papel será el de aportar el capital y participar de las decisiones más trascendentales. Todo ello es manifestación de que un gran poder conlleva una gran responsabilidad.

Dice el artículo 236.1 que:

*Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.*⁶²

Por tanto, los administradores responderán frente a la sociedad, socios y terceros que hayan sido perjudicados por sus acciones u omisiones. Dichas acciones u omisiones habrán tenido que incurrir, alternativamente, en alguno de los siguientes supuestos:

1. Que sean contrarios a la ley o a los estatutos.

⁶² Art.236.1 LSC

2. Que se hayan incumplido los deberes propios del cargo de administrador (deberes de diligencia, evitar conflicto de interés y lealtad), siempre que intervenga dolo o culpa.

Añade el artículo 236.2 que “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”. Este inciso es de vital importancia porque indica que, por mucho que los administradores actúen bajo el yugo de instrucciones de la junta general o materializando los acuerdos formalizados por esta, los administradores seguirán siendo responsables. Volveremos más adelante sobre esta idea.

Finalmente, establece el artículo 236.3 que este régimen de responsabilidad es extensible a los administradores de hecho, esto es, “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 nuevo, encontramos en este artículo un precepto que tendrá acogida en el Derecho Penal, pues este también castiga a los administradores de hecho. El concepto de administrador de hecho deberá ser analizado en relación con las acciones del socio.

El artículo 236 de la LSC tiene un punto de conexión con el Derecho Penal. En aquellos casos en que la conducta puesta por el administrador-de hecho, o de derecho- esté tipificada, procederá exigir, junto con la responsabilidad civil estudiada, responsabilidad penal. En este sentido procederá acudir también al resultado desencadenado por la conducta. Como señala CHULIÁ, procederá exigir la responsabilidad tipificada en el art. 236 de la LSC en conjunto con la penal.⁶³ El artículo 236 LSC actuará como un *minimis* a este respecto, por lo que toda conducta penal del administrador podrá ser indemnizable conforme a las reglas del artículo 236 LSC.

Una vez hemos conocido cuál es el régimen de la responsabilidad de los administradores, estamos en posición de pasar a explicar la responsabilidad penal de la persona jurídica. De este epígrafe recién estudiado nos valdremos para poder analizar la posibilidad de exigir responsabilidad penal al socio a la luz del régimen recién explicado.

⁶³ Chuliá, F.V, op. cit., p. 779. En este sentido véase la STS 23 de marzo de 1998. R.1492.

VII. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio introdujo en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha ley fue reformada, en parte, por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Hasta entonces, el brocardo latino de *societas delinquere non potest* habría regido, entre otras, para las sociedades de capital. Si bien se hacía a las sociedades de capital responsable de todas las consecuencias civiles y administrativas, no se les imputaba nunca responsabilidad penal. Ello porque la ficción de la personalidad jurídica no se extendía al plano de las consecuencias penales.

Por principios de justicia y de eficacia se decidió introducir esta nueva y rompedora responsabilidad. Para la gran parte de la doctrina, esta responsabilidad vulnera el principio de culpabilidad, pues hace soportar consecuencias del delito a personas que nada tienen que ver con la comisión del delito.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas viene recogida en el artículo 31 *bis* del CP, a cuyo tenor:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.⁶⁴

A continuación, el citado artículo pasa a enunciar los programas de cumplimiento. A través de estos, las personas jurídicas pueden quedar eximidas del delito cuando prueben

⁶⁴ Art 31 *bis* CP.

que pusieron todos los medios para evitar la comisión de delitos. Por tanto, aunque los responsables a que se refiere el citado artículo hayan cometido delitos en provecho de la persona jurídica, esta última quedará liberada caso de que pruebe la existencia de un programa de prevención de delitos.

De este artículo se desprenden varias dudas que conviene resolver de cara a analizar la posibilidad de exigir responsabilidad penal al socio.

Así, respecto del fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de la exposición de motivos de la LO 1/2015 y de varias sentencias de nuestro Alto Tribunal se desprende que el fundamento último reside en la no instauración de una cultura de respeto al derecho que ha permitido la comisión de delitos por parte de las personas enumeradas en el artículo 31 *bis* CP⁶⁵. Así, señala la STS 154/2016 que la falta de una cultura de respeto al Derecho constituye

*el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliance” o “modelos de cumplimiento”.*⁶⁶

De lo expuesto queda demostrado que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica no es un sistema vicarial o de transferencia de la responsabilidad, sino que más bien el legislador español y, posteriormente, la práctica judicial, han optado por un sistema de autorresponsabilidad⁶⁷. En este sistema lo relevante es que, por exigencias del principio de culpabilidad, se hace directamente-y autónomamente, por ende-responsable a la persona jurídica, independientemente de las actuaciones del actor del delito. Ello quiere decir que, aun habiendo sido la persona jurídica beneficiaria, directa o indirectamente, de la comisión del delito, en caso de que se pruebe que existía una cultura de respeto al Derecho, la persona jurídica quedará absuelta, tal y como apuntan VIEIRIA DA COSTA y ESTRELLA.

⁶⁵ Vieira Da Costa, P.L. “¿Qué han dicho nuestros tribunales sobre la responsabilidad penal de empresa?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 48, 2018, pp. 82-90, p. 89.

⁶⁶ Estrella, Á. M. “El modelo español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. 70(1), 2017, pp. 113-138, p. 126.

⁶⁷ Vieira Da Costa, P.L., *op.cit.*, .p. 83.

Esto se traduce en que no será necesario acusar a la persona jurídica junto al responsable de la comisión del delito, puesto que como señala VIEIRA DA COSTA no estamos ante una suerte de litisconsorcio pasivo necesario. Además, podrá en ocasiones apreciarse únicamente responsable a la persona jurídica por los delitos cometidos en su esfera de actuación. Así, “para dirigir el procedimiento penal únicamente contra una persona jurídica, parece que el art. 31.ter.1 CP exige que no haya sido posible individualizar a ninguna persona física presuntamente responsable, ni dirigir el procedimiento contra ella”⁶⁸.

Por todo lo expuesto, en el caso en que se considere responsable penal a la sociedad junto con un socio -bien como administrador de hecho o bien por otra vía distinta-, no habría *bis in idem*. Ello porque el fundamento de ambas penas sería distinto. Por un lado, al socio se le penaría por haber cometido la acción o haber inducido a su comisión. Por otro, a la sociedad se le reprocharía no haber construido un sistema capaz de evitar la comisión del delito.

Una vez hemos explicado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya estamos en posición de analizar la viabilidad de la responsabilidad penal del socio.

⁶⁸ Vieira Da Costa, P.L., *op.cit.*, p. 89.

VIII. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO

Procede ahora juntar toda la teoría que hemos venido exponiendo a lo largo de estas páginas, a fin de concluir si cabe o no en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal del socio.

Como hemos comentado, no nos interesan - puesto que son supuestos sobradamente pacíficos en la doctrina penal española- aquellos supuestos donde el socio será penalmente responsable por ser administrador de hecho⁶⁹ o de derecho, o por haber participado en delitos que nada tienen que ver con su condición de socio de la sociedad en cuya esfera se ha cometido el delito. Tampoco consideramos de nuestro interés, por la misma razón, aquel supuesto en el que el socio haya cometido un delito de imposición de acuerdos abusivos, regulado en el artículo 291 del CP⁷⁰.

Ha quedado demostrado que el socio minoritario de una sociedad abierta no podría llenar ningún tipo penal por falta de imputación objetiva. En primer lugar, porque la conducta no es *ex ante* idónea para producir el resultado desvalorado. En segundo lugar, porque las normas penales no pensaron en castigar las acciones de los socios minoritarios de sociedades abiertas.

Por tanto, aquí nos interesan dos focos. Por un lado, la responsabilidad penal que pueda surgir como consecuencia de un deber de vigilancia que pese sobre los socios y que posibilite la imputación, en comisión por omisión, de los delitos cometidos en el seno de la sociedad. Por otro lado, nos interesan las acciones delictivas que cometan los socios a través de su participación en la junta.

⁶⁹ En este sentido véase Turienzo, A, Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 42, 2022, pp. 1-44, p.9.

⁷⁰ “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

1. DEBER DE VIGILANCIA Y COMISIÓN POR OMISIÓN

Bajo este título de imputación se pretenderá castigar al socio por un supuesto deber de vigilancia. Este deber de vigilancia le convertiría en garante, bien por deber legal o bien por injerencia. En aquellos supuestos en los que se haya cometido un delito por un administrador o representante de la sociedad, se podrá castigar al socio por no haber cumplido ese deber que le exige impedir la comisión de delitos en el seno de la sociedad.

Como hemos visto, para poder castigar las omisiones son necesarios varios requisitos. Véase *ut supra* lo dicho al respecto. Ahora trataremos de descifrar si se dan, para los socios de una sociedad capitalista, esos requisitos que permiten equiparar, en la producción de un daño, la omisión a la comisión.

En primer lugar, debemos abordar la cuestión de si pesa sobre los socios un deber de vigilancia que permita imputarles responsabilidad jurídica conforma a las reglas del art. 11 CP. Este deber, como señala el mismo artículo, debe ser específico. En nuestra opinión este deber, en la medida en que determina inmediatamente la imputación de responsabilidad penal, queda cubierto por el principio de legalidad. De esta manera, no se podrían imponer deberes felizmente, sino que estos tendrían que ser específicos y, además, expresamente impuestos por una norma con rango de ley. Véase lo dicho *ut supra* respecto del concepto formal del delito y el principio de legalidad.

Así, si se invoca que la ley impone sobre el socio un deber de vigilancia sobre los actores del delito, esta previsión legal deberá ser específica. De lo explicado *ut supra* no podemos desprender esta conclusión, puesto que, si ni siquiera es pacífico que el legislador haya previsto, para el socio, una responsabilidad civil/mercantil/pecuniaria por culpa *in vigilando*. No podemos por tanto concluir que pese una obligación legal para el socio de vigilar la actuación de los administradores.

En caso de que se quiera fundamentar el deber del socio en el deber que pesa, sobre todo delegante, de revisar la actuación del delegado, no se estaría cayendo en la cuenta de que el administrador no es un delegado del socio, como proponen PASTOR MUÑOZ y TURIENZO⁷¹. En nuestra opinión, no le compete al socio originariamente la administración de la sociedad y exteriorización de la voluntad de la junta, como ha quedado demostrado *ut supra*.

⁷¹ Turienzo, A, *op.cit.*, p.9.

Así, como señala ALFARO, el administrador tiene el poder de administración de la sociedad en virtud de una atribución *ex lege*. Por tanto, no podría hablarse de una delegación *stricto sensu* y, en coherencia con ello, no podríamos atribuirle un deber de revisar el encargo a los socios⁷². De nuevo insistimos en que, si la fuente de garantía a la que se alude trae causa en una obligación legal, esta debe ser específica y no genérica. Las exigencias del principio de legalidad nos llevan a esta conclusión.

No obstante, como señala GÓMEZ-ALLER, no solo es la ley la única fuente que convierte al socio en garante⁷³. También los contratos y la injerencia del propio socio pueden determinar que sobre el socio pesa un deber de vigilancia sobre la actuación de sus representantes.

Respecto de los contratos, el socio puede contraer obligaciones con la sociedad a través de dos instrumentos. En primer lugar, a través de un contrato al uso de administración, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de responsabilidad penal por la vía de administración de derecho. Esto no plantearía dudas desde el punto de vista de la responsabilidad penal del socio y su responsabilidad traería causa en su condición de administrador, que no de socio de la sociedad.

En segundo lugar, hemos visto que cabe la posibilidad de que, por medio de pactos parasociales, se impongan al socio obligaciones de diversos órdenes. En el caso de que se imponga al socio una obligación de vigilar o actuar estaríamos ante un caso de administración de hecho o incluso de derecho. En tales casos la responsabilidad penal sería reconducible a los supuestos de administración de hecho y de derecho, no planteando ningún tipo de problema desde el punto de vista dogmático-penal. Así, en estos casos, no estaríamos ante una auténtica responsabilidad del socio, ya que su responsabilidad de actuar provendría de su condición de administrador de hecho derecho, pero no de su condición de socio.

Finalmente, tampoco puede sostenerse que en virtud del contrato de sociedad el socio asume deberes de custodia con la sociedad que le posicionen como garante de la comisión de ciertos delitos. En definitiva, a través de esta segunda fuente no podremos, tampoco, apreciar la responsabilidad penal del socio en su condición de socio.

⁷² Alfaro, J, “¿Responsabilidad penal de los socios por los actos de los administradores?” *Almacén de Derecho*, 2022.

⁷³ Gómez-Aller, J. D, “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.2, 2004, pp. 279-315, p.28.

Para acabar, debemos analizar si bajo la vía de la injerencia se puede llegar a apreciar la comisión por omisión, tal y como sostiene parte de la doctrina. En nuestra opinión, constituir una sociedad no sería una fuente de riesgo que coloque al socio bajo una situación de garantía. El artículo 11 CP se refiere a actuaciones y omisiones reales, no a meros negocios jurídicos, como puede ser la constitución de una sociedad de capital.

No sería dable que, al socaire de un deber de injerencia irreal o exagerado, se pretendiera exigir al socio una posición de garante que, en última instancia, lo convirtiera en responsable penal. Aquí operaría la teoría de la adecuación, por la cual solo reputaremos actuaciones idóneas aquellas actuaciones que *ex ante* supongan la creación de un riesgo real.

Cuestión distinta sería que el socio, haciendo un mal uso de la posibilidad que tiene la junta de dar instrucciones a los administradores- véase lo explicado *ut supra* al respectodiese las instrucciones de manera individual, sin pasar por el filtro de la junta. En este caso estaríamos ante una *anomalía orgánica* en la medida en que no está en las competencias del socio dar tales instrucciones y, orgánicamente, la única manera de encuadrar esta actuación sería bajo la vía de la administración de hecho.

Por extensión de lo expuesto, cuando se quiera imputar al socio responsabilidad como garante por injerencia, este habrá tenido que poner acciones que supongan la creación de un riesgo. Mediante esas actuaciones el socio se habrá puesto a sí mismo en una situación semejable a la administración de hecho, puesto que la ley no atribuye al socio ninguna competencia que pueda suponer generar un riesgo que le pueda colocar como garante por injerencia. Esto hará que la imputación de la responsabilidad penal se pueda reconducir a la administración de hecho. Todas las actuaciones que se puedan pensar en las que el socio cree una situación de riesgo se enmarcarán, en nuestra opinión, en la administración de hecho.

En definitiva, no cabe admitir que en el ordenamiento jurídico español pese sobre el socio un supuesto deber de vigilar la actuación de los administradores. Tampoco cabe admitir que en virtud de injerencia o de contrato se pueda convertir al socio en garante. Con todo, no podemos admitir la posibilidad de que se aprecie la responsabilidad penal del socio en comisión por omisión por los actos realizados por los administradores.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL SOCIO POR ACTOS EN LA JUNTA

El otro foco donde estudiamos que puede haber una responsabilidad penal del socio es el de las acciones llevadas a cabo por el socio en el seno de la junta. Bajo estas acciones encontraríamos tanto el ejercicio del derecho de voto como las instrucciones que la junta puede dirigir a los administradores- véase *supra* lo dicho al respecto-.

En principio, de la lectura de la LSC se puede concluir que el socio no tiene ningún otro papel más allá de ejercer su derecho de voto y, puntualmente, impartir colegiadamente instrucciones a los administradores. Veamos, pues, cual es el régimen de imputación de responsabilidad penal de estas competencias.

Ha quedado claro *supra* que no existe ninguna acción tipificada en nuestro ordenamiento jurídico para exigir responsabilidad civil al socio, como sí que lo existe para el administrador. En parte esto se debe al principio de que la exteriorización y ejecución de los actos de la sociedad corresponde al administrador.

En la medida que el autor de la acción causante del daño es el administrador, todo el reproche se centrará en él, sin importar las instrucciones o acuerdos de la junta. Si la junta decidiera ejecutar por sí misma los acuerdos estaríamos ante una vía de administración hecho que resolveríamos acudiendo al régimen de responsabilidad de los administradores.

A la luz del estudiado artículo 236 apartado 3 *in fine*, Megías López deja entreabierta la posibilidad de considerar la responsabilidad del socio por las instrucciones dadas a los administradores. Así :

*Una cuestión íntimamente relacionada, aunque no proceda ahora referirla con detenimiento, es la posibilidad de imputar responsabilidad a los socios que adopten el acuerdo en materia de gestión, a la postre lesivo, en su condición de responsables solidarios con los administradores que las ejecutaron por la consideración de aquéllos como administradores de hecho a la luz de la nueva noción introducida por la propia Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En efecto, la LSC considera que, a efectos de la extensión de responsabilidad a los administradores de hecho, tendrá tal consideración la persona «bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».*⁷⁴

⁷⁴ Megías, J, “Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas” *Diario La Ley*, n. 8608, pp. 1-13.

En nuestra opinión, que la responsabilidad del socio esté limitada al capital aportado no quiere decir que no pueda exigirse responsabilidad al socio, tanto penal como civil. Existe en nuestro ordenamiento la figura del levantamiento del velo, como hemos advertido *supra*. Luego consideramos que, por mucho que pueda declararse la invalidez de un acuerdo o decisión social *ex art.204 LSC*, se podrá ir más allá, haciendo individualmente responsables a los que verdaderamente influyeron en la formación de la voluntad social.

Coherente con la idea de que los acuerdos sociales puedan desembocar en lesiones- incluso constitutivas de delito, la LSC también prevé que existe la posibilidad de que el administrador, al recibir una orden, pueda negarse a su cumplimiento, aunque luego le suponga la cesación de su cargo. De hecho, Megías López señala que *podría hablarse incluso de un deber de no ejecutar los acuerdos ilícitos y lesivos de la junta*⁷⁵.

Como hemos señalado, podemos afirmar que desde la LSC se reconoce la posibilidad de que un acuerdo social pueda ser lesivo para los intereses de terceros. Entonces, ¿Cuál es el problema en considerar penalmente responsables a los partícipes en decisiones sociales que forman parte del *iter criminis*?

Para exigir responsabilidad a título individual a cada uno de los partícipes en la comisión del delito deberíamos probar que tanto el resultado como la acción- en su vertiente objetiva y subjetiva- encajan en algún tipo penal.

La vertiente subjetiva del delito será fundamental, ya que, para apreciar la responsabilidad penal del socio, llevándonos por delante la limitación de responsabilidad del socio, se deberá probar la existencia de un dolo o de un ánimo de defraudar. Solamente aquellas conductas llevadas a cabo por el socio en las que haya una auténtica intención de aprovecharse de la limitación de la responsabilidad deben ser castigadas.

Así mismo, la conducta puesta por el socio deberá ser *ex ante* idónea para la comisión del delito. Por ello, gran parte de los socios de una sociedad abierta o cotizada no podrán llenar ninguno de estos delitos ni tampoco ser considerados socios civilmente responsables. No valdría decir lo mismo en caso de sociedades cerradas o socios mayoritarios en sociedades abiertas.

Recordemos que todo lo aquí dicho se predica respecto del socio no administrador. Apreciar la responsabilidad penal del socio administrador no sería problemático ya que

⁷⁵ Megías, J, *op.cit.*, p. 10.

no operaría la problemática de la limitación de la responsabilidad. Lo mismo vale para los administradores de hecho y para aquellos supuestos en donde los socios dan instrucciones a los administradores individualmente, sin pasar por la junta. Este último caso lo equiparamos al de la administración de hecho por darse una *anomalía orgánica*⁷⁶.

En fin, una vez hayamos probado que la acción puesta por el socio es típica, antijurídica, culpable y punible, deberemos responder a la pregunta de en qué grado de participación debe responder el socio.

Es claro que tan pronto como el socio ponga un acto de ejecución, este será considerado autor, y por tanto administrador de hecho. Las labores de ejecución y de exteriorización de acuerdos sociales están reservadas exclusivamente a los administradores, como ha quedado probado *supra*. Por tanto, no cabrá la autoría en lo que, en puridad, denominamos la responsabilidad penal del socio. O lo que es lo mismo, el socio tendrá que participar de la acción de los autores. Esa participación es, como hemos dicho anteriormente, dolosa, sin que pueda participarse de una manera imprudente.

Además, en muchos casos el socio habrá sido utilizado por otro socio o administrador como autor inmediato, y en el propio socio podremos apreciar errores de tipo o de prohibición, al no ser el mismo consciente de las acciones que está poniendo. En esos casos el socio quedará exento de responsabilidad penal.

Los socios que responderían bajo este foco de responsabilidad penal serían aquellos que hayan votado a favor del acuerdo lesivo y cuyo conocimiento de la eventual comisión de un delito es claro. No tendrían que poner ningún acto de ejecución posterior, puesto que serían coautores y, de esa coautoría, se desprendería su condición de administrador de hecho.

Remarcamos la idea de que se requiere un dolo de primer grado para poder levantar el velo y castigar directamente al socio. No valdría, pues, el dolo eventual. Por tanto, el séptimo socio del ejemplo de la insolvencia punible no sería castigado. Sí que lo serían los otros seis socios que aprueban la infracapitalización de la sociedad.

⁷⁶ No consideramos enmarcarle en ninguna de las competencias del socio esta actuación. Cuando el socio de instrucciones a los administradores individualmente, sin hacerlo desde la junta, estaremos ante un caso claro de inducción al delito que se produzca. El socio actuaría aquí como un administrador de hecho. Además, el administrador podría negarse a ejecutar esa instrucción, ya que solo debe ejecutar las instrucciones deliberadas por la junta.

Si la idea de cometer un delito nace desde los socios, a través de la inclusión de esta medida en el orden del día (piénsese en la enajenación de un activo esencial a un precio ridículo, con el fin de vaciar la sociedad) los socios serían castigados como inductores. La inducción debe reunir los requisitos que hemos mencionado *supra*.

En el caso de la mera participación, los socios no deberían de haber incluido en el orden del día esa partida donde arranca formalmente el *iter criminis*. Los administradores lo deberán de haber incluido en su lugar.

En definitiva, los socios nunca podrán ser castigados como autores de los delitos que hayan cometido en el seno de la junta. Ello porque la LSC les impide poner actos de ejecución, lo que les incapacita para tener el dominio del hecho. Esto lleva a que el socio sea o bien un inductor o bien un partícipe.

Los socios partícipes o inductores participarán de la conducta de los administradores. Para apreciar responsabilidad penal se necesitará que hayan tenido conciencia de la finalidad delictiva del acuerdo o decisión y que esta sea *conditio sine qua non* para la comisión del delito. Serán castigados como inductores o como partícipes según si la idea de causar el mal desaprobado nació de los socios o de los administradores. Siempre estas figuras serán residuales de la posible imputación de responsabilidad penal al socio a título de administrador de hecho.

IX. CONCLUSIONES

De todo lo dicho en esta monografía podemos concluir lo siguiente.

Lo primero de todo es que en Derecho Español no es posible admitir que existe un deber de vigilancia que pese sobre el socio sobre las actuaciones de los administradores. Por tanto, no consideramos viable admitir responsabilidad penal del socio por actos que cometan los administradores, ya que no se dan los requisitos necesarios para apreciar la comisión por omisión del art.11 CP.

Lo segundo, consideramos que el socio podrá responder penalmente de los acuerdos y decisiones que se adopten en la junta, siempre y cuando su intervención haya sido sustancial para poder influir en los administradores o en otros socios y, además, idónea para producir el resultado. Se requiere un dolo directo que justifique el levantamiento del velo y exigir responsabilidad directamente al socio. Quedaría con ello salvada la problemática de la limitación de la responsabilidad.

Siempre que se castigue al socio se hará a título de partícipe o inductor, pues la LSC no otorga al socio competencias que le hagan capaz de modificar, en nombre la sociedad, la realidad de las cosas. Luego si el socio interviene en algún acto ejecutivo ya se le tendría que penar en calidad de administrador de hecho y no tendríamos el problema de la limitación de la responsabilidad.

En el caso de los socios minoritarios de sociedades abiertas, estos no podrán responder en ningún caso por los ilícitos de sus acuerdos o decisiones. Ello por falta de tipicidad, puesto que su actuación no es idónea para influir en la realidad de las cosas y las normas penales no fueron pensadas para castigar a esta clase de socios. Antes bien para protegerlos.

No existen precedentes jurisprudenciales señalables que aborden la cuestión de la responsabilidad penal del socio. Por tanto, habrá que esperar a que los tribunales españoles y extranjeros entren a resolver la cuestión.

En fin, apreciar la responsabilidad penal del socio en determinadas ocasiones es mucho más respetuoso con el principio de culpabilidad, puesto que se logra dar con el verdadero culpable del delito. La imposición de una obligación de vigilar las actuaciones de los administradores haría tremendamente oneroso ostentar la condición de socio. No cabe

decir lo mismo respecto de las instrucciones y acuerdos de la junta, donde solo se le exige al socio un ejercicio responsable y no fraudulento de la limitación de la responsabilidad.

X. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1989).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal(BOE 24 de noviembre de 1995).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital(BOE 3 de julio de 2010).

2. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo, 5 de octubre de 2021 núm. 673/2021(ECLI:ES:TS:2021:3610).

3. OBRAS DOCTRINALES

3.1.Manuales.

- Chuliá, F. V, *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2022.
- Conde, F. M, y Arán, M. G, *Derecho penal: Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Jakobs, G, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Cuello, J, Serrano J.L, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Molina, M.C y Landecho C.M, *Derecho penal español: parte general*, Tecnos, Madrid, 2017.
- Roxin, C. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Luzón, D.M, Díaz, M, De Vicente, J, Civitas, Pamplona, 2014.

3.2. Artículos de revista.

- Alfaro, J, “Introducción a la persona jurídica”. *Almacén de Derecho*, 2022(última consulta 30 de marzo de <https://almacenederecho.org/introduccion-a-la-persona-juridica>).
- Alfaro, J, “Las prestaciones accesorias”, *Almacén de Derecho*, 2015 (última consulta el 10 de abril de 2023 <https://almacenederecho.org/lecciones-las-prestaciones-accesorias>).
- Alfaro, J, “Los poderes de la junta y las instrucciones a los administradores”, *Almacén de Derecho*, 2021, (última consulta el 1 de marzo de 2023 <https://almacenederecho.org/los-poderes-de-la-junta-y-las-instrucciones-a-los-administradores>).
- Alfaro, J, “Personalidad jurídica y sociedad”, *Almacén de Derecho*, 2021 (última consulta 1 de abril de 2023 <https://almacenederecho.org/personalidad-juridica-y-sociedad>).
- Alfaro, J, “¿Responsabilidad penal de los socios por los actos de los administradores?” *Almacén de Derecho*, 2022 (última consulta el 18 de febrero de 2023 de <https://almacenederecho.org/52377-2>).
- Estrella, Á. M, “El modelo español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. 70(1), 2017, pp. 113-138 (última consulta el 28 de marzo de 2023 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6930584.pdf>).
- Garrigues, J. “Teoría general de las sociedades mercantiles”, Menéndez, A, Beltrán E.M, *Summa Revista de Derecho Mercantil*, Civitas, Pamplona, 2013.
- Gómez-Aller, J. D, “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.2, 2004, pp. 279-315 (última consulta el 18 de febrero de 2023 de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-extra2-5090&dsID=Documento.pdf>).
- Lascuraín, J. A, “Lección: los delitos de comisión por omisión: fundamento de las posiciones de garantía”, *Almacén de Derecho*, 2017(última consulta el 1 de

- marzo de 2023 <https://almacenederecho.org/leccion-los-delitos-comision-omision-fundamento-las-posiciones-garantia>).
- Megías, J, “Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas” *Diario La Ley*, n. 8608, pp. 1-13.
 - Pastor, N, “Responsabilidad penal del socio por la criminalidad de la empresa. Reflexiones sobre la posibilidad de fundamentar una posición de garantía del socio”, *Diario la Ley*, n.9400, 2019, pp.1-14.
 - Paz-Ares, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n. 5, 2003, pp. 19-43 (última consulta el 20 de marzo de 2023 <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf?id=2012>;).
 - Paz-Ares, C, “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo”. *InDret*, n.4, 2010,pp. 13–26.
 - Radbruch, G., “Sobre el sistema de la teoría del delito”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.12, 2010.
 - Royo-Villanova, S. A, “Levantamiento del velo societario ¿Cuándo se debe aplicar?”, *HayDerecho*, 2022 (última consulta el 5 de abril de 2023 <https://www.hayderecho.com/2022/03/02/levantamiento-del-velo-societario-cuando-se-debe-aplicar/>) .
 - Sessar, K., “Sobre el concepto de delito”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, 2003, pp. 269-301.
 - Turienzo, A, Consideraciones acerca de la responsabilidad penal por omisión de los socios en relación con la criminalidad corporativa. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 42, 2022, pp. 1-44 (última consulta el 1 de febrero de 2023 de <https://doi.org/10.15304/epc.42.7421>).
 - Vieira Da Costa, P.L. “¿Qué han dicho nuestros tribunales sobre la responsabilidad penal de empresa?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 48, 2018 (última consulta el 1 de marzo de 2023 https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5804/documento/foro_esp_03.pdf?id=7880).

4. RECURSOS DE INTERNET

- Departamento de Justicia de los Estados Unidos. *Charging a corporation*. Última consulta el 1 de abril de 2023 (<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>).
- Iberley, “Teorías causales de los delitos”, *Iberley, Información legal*, 2020 (última consulta 1 de abril de 2023 <https://www.iberley.es/temas/teorias-causales-delitos-48571>).
- Iberley, “Teoría de la imputación objetiva del delito”, *Iberley, Información legal*, 2020 (última consulta el 1 de marzo de 2023 <https://www.iberley.es/temas/teoria-imputacion-objetiva-delito-48161>).

