

Delitos societarios

Corporate crimes

Gonzalo Quintero Olivares

Universitat Rovira i Virgili

gonzalo.quintero@urv.net

Recibido / received: 13/01/2017

Aceptado / accepted: 01/03/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3655>

Resumen

Los delitos societarios son un grupo de infracciones ubicadas en el Código penal español que, salvo alguna excepción, como el delito de impedimento de actuaciones inspectoras, carecen de carácter económico, y tampoco es visible el carácter patrimonial, pues se dirigen exclusivamente a la actividad interna de las sociedades mercantiles, protegiendo los derechos de los socios y exigiendo la correcta actuación de los administradores. La supresión del delito de administración fraudulenta ha supuesto una significativa mengua del alcance de estas infracciones.

Palabras clave

Sociedad, administrador, apropiación, información contable, abuso, socio, perjuicio.

Abstract

Corporate crimes are a group of infractions located in the Spanish Criminal Code that, apart from some exceptions as the crime of *impedimento de actuaciones inspectoras*, have not an economic nature, nor is its patrimonial character visible, because they are exclusively aimed to the internal activity of commercial companies, protecting the partners' rights and demanding the managers' appropriate practice. The abolition of the fraudulent administration crime has led to a significant reduction in the scope of these infractions.

Keywords

Company, administrator, appropriation, accounting information, abuse, partner, damage.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Derecho penal y derecho mercantil. 3. Los delitos societarios como delitos económicos. 4. Aspectos jurídicos comunes de los delitos societarios. 5. Autoría y participación en los delitos societarios. 6. La lesión patrimonial en los delitos societarios. 7. Concepto penal de sociedad y situaciones excluibles de los delitos societarios. 8. Condiciones de procedibilidad.

1. Introducción

El derecho penal castiga una serie de conductas a las que denomina “delitos societarios”, y que, a veces, se califican como “delitos financieros”¹. Todas las acciones penadas son propias de las actividades de las empresas, y, por lo común, de las sociedades por acciones, que son protagonistas máximos de la vida económica y comercial. La importancia del “sujeto social”, que se completa con la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de personas jurídicas, es razón bastante para analizar cuidadosamente las intervenciones del legislador penal en este terreno, anticipando que, hasta ahora, no han sido afortunadas.

Los delitos societarios o financieros entraron en nuestro derecho penal en 1995 (Capítulo XIII del Título XIII). Al tiempo de su aparición, sin razones que justificaran tal valoración, fueron considerados la “esencia” de los delitos económicos, y por esa razón despertaron un inusitado interés, sin perjuicio de las voces que señalaron las muchas carencias de las nuevas normas. La atención era desproporcionada por diversos motivos, pero especialmente, porque se trataba, y sigue siendo así, de delitos que, en esencia, afectan el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, y solamente en relación con algunos es posible ver una dimensión de carácter general, es decir, que puedan causar perjuicios a toda la ciudadanía: la divulgación de información financiera falsa y la ocultación de información a la autoridad inspectora del mercado de valores.

2. Derecho penal y derecho mercantil

Como es fácil ver, con los delitos societarios se produce la intervención del Derecho penal en un territorio dominado por el derecho mercantil, lo cual topó, desde el primer momento, con dificultades técnicas, pero también político-criminales. No era la primera vez que eso sucedía, pues anteriormente ya la ley penal había entrado en alguna previsión concreta, así como en la regulación positiva del “actuar en nombre de otro”, que afectaba directamente a los administradores de empresas. Pero en 1995 se quiso dar un paso más: ayudar, desde el derecho penal, a que fuera correcto el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, en tanto que ejes del mercado, lo cual producía el supuesto carácter “económico” de estos delitos.

Ese deseo de buen funcionamiento, andando el tiempo, sería ampliamente desbordado y superado por la extensión generalizada de la exigencia de que las empresas cuenten con programas normativos de buen comportamiento (las *compliances*), obligación indirectamente generada por la Reforma de 2015 en relación con el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En su momento se creyó, ciertamente, que la tutela de la veracidad de la información social, del capital social, del patrimonio de los accionistas, de sus derechos de participación y control, etcétera, produciría un efecto protector de los mecanismos de participación de los ciudadanos en nuestro sistema económico. Por esa razón se afirmó que los delitos que en 1995 se creaban tenían componentes de tutela de intereses supraindividuales, puesto que, además, la tutela de los intereses genuinamente intra-societarios correspondía al derecho mercantil y de sociedades, que dispone de mecanismos suficientes para impedir el funcionamiento desviado de

¹ Si bien no son exactamente lo mismo, en la literatura penal española el primer concepto que se utilizó fue el de delito financiero, título que eligió el que tal vez fue primer trabajo sobre la materia, “*El delito financiero*”, publicado en 1934 por Antonio Rodríguez Sastre (1977), con prólogo de Luis Jiménez de Asúa. En derecho comparado encontramos que en Italia la denominación usual es la de *reati societari*, en Portugal la de *societarios*, en Alemania la de *gesellschaftsrechtlichen Straftaten*, mientras que en Francia agrupan las infracciones de esta clase como *droit pénal des sociétés*.

los órganos de las sociedades mercantiles.

En la actualidad, por obra y gracia de la extensión generalizada de la obligación de contar con programas de *compliance*, es evidente que se ha producido un cambio substancial en la valoración de los delitos societarios. Si se contempla el problema desde la perspectiva de esos programas, es evidente que las conductas que se describen como delitos societarios en el CP son comportamientos incompatibles con una correcta llevanza de la gestión empresarial. A partir de ahí, se producirá, en opinión de algunos, una “reconsideración” del contenido del bien jurídico. Pero eso no es verdad: la obligación de observar un comportamiento acorde con el derecho societario no la ha creado la extensión de los programas de *compliance*, sino que es anterior a ellos. Cuestión diferente es que, a la vista de lo que puede llegar a incluir uno de esos programas (al menos, en teoría), las conductas que el CP estima constitutivas de delito societario son solo una mínima parte de las que se consideran incompatibles con una gestión empresarial honesta. Claro está que también son delictivas prácticas inadmisibles para las *compliances* (competencia desleal, juego sucio, discriminación, explotación laboral, etc.), pero lo importante es recordar que la *antijuricidad* de todas esas conductas es consecuencia de valoraciones jurídicas muy anteriores a los “programas de cumplimiento normativo”.

La conclusión de todo ello es que la correcta gestión y funcionamiento de las sociedades es cuestión propia del derecho societario y del derecho mercantil, además de los programas mencionados. El derecho penal ha seleccionado lo que supone más importante, pero esa selección es arbitraria y no se corresponde con la idea de que el derecho penal es la *extrema ratio* que se reserva para los comportamientos más graves.

3. Los delitos societarios como delitos económicos

Volviendo al tema de la “etiquetación” como delito económico, y a pesar de todos los discursos legitimadores, lo cierto es que conceder la condición de delito económico a conductas como la imposición abusiva de acuerdos de la mayoría sobre la minoría, que no es más que un conflicto interno que debería resolverse con las reglas del derecho mercantil, parece inadecuado. Pero el modelo que guió al legislador de 1995, al margen de las retóricas invocaciones relativas a la importancia económica del correcto funcionamiento interno y externo de las empresas, parece presidido por el deseo de proteger los intereses de los pequeños accionistas o socios minoritarios, lo cual es equivocado tanto por lo que supone de utilización inadecuada del derecho penal, como por la ignorancia que revela en relación con el funcionamiento del capitalismo empresarial.

Por otra parte, pero eso era una carga de profundidad, como el tiempo se ha encargado de demostrar, de algunos de los delitos societarios que ingresaron en nuestro sistema en 1995 se dijo que eran innecesarios porque se trataba de repeticiones de delitos patrimoniales ya existentes y que solo servían para crear fricciones o concursos con estos últimos. Esa idea se ha ido manteniendo a lo largo del tiempo, con el abierto propósito de recortar el campo aplicativo del que se considera “principal” delito societario, que es el de administración fraudulenta, deseo que, finalmente, ha triunfado con la Reforma de 2015.

Del delito de administración fraudulenta se decía que, efectivamente, contenía graves defectos en su formulación, pero eso no significaba que la solución fuera la elegida en 2015, que consistió, directamente, en la supresión y transformación en una subespecie de la apropiación indebida, renunciando a otorgar

a la figura penal de administración fraudulenta el espacio que le corresponde, que es diferente del que pertenece a la apropiación indebida. En la apropiación indebida el bien jurídico protegido es el patrimonio, mientras que en la administración fraudulenta, hasta su supresión como delito societario, era la prosperidad de la empresa y el deber de velar por ese objetivo que tienen los sujetos en quienes los socios depositan su confianza. Por eso la pérdida intencionada de ganancias justas, que nunca sería una apropiación indebida, integraría una traición propia de la administración desleal (en esa línea, Sentencia del Tribunal Supremo [en adelante STS] de 2 de febrero de 2010). Todo razonamiento ha sido inútil, y el legislador de 2015 declaró que nuestro derecho vivía en un error desde 1995, cuando se creó un delito societario de administración desleal cuando esa conducta ha de ser un delito patrimonial.

Con la desaparición y el traslado de la figura se dejan en la muy posible impunidad acciones como las de perjudicar dolosamente a la Sociedad por no hacer lo necesario para que ésta aumente sus beneficios, ya sea por desviar el negocio a favor propio o de un tercero. Igualmente queda en una nebulosa la utilización de bienes y recursos sociales en beneficio del administrador, que solo se transformaría en delito si se produce la imposibilidad de reponer el monto o la evaluación económica de lo utilizado. Tampoco parece clara la incriminación de las omisiones dolosas de acciones que pueden evitar la lesión del patrimonio social, como puede ser el renunciar a reclamar un pago o indemnización, o a ejercer acciones para lograr una reparación (sobre este tema véase Ramos Rubio, 2015).

A la luz de lo que “queda” en el ámbito formal de los delitos societarios, puede ponerse en duda que se trate de delitos económicos, por más que esa denominación sea un caso paradigmático de inconcreción. Los delitos económicos, normalmente, han de afectar, aunque sea mínimamente, a intereses supraindividuales, tanto de personas físicas como jurídicas, en lo que se distinguen de los delitos patrimoniales. El carácter más “social” de los delitos económicos es compatible con la presencia de componentes patrimoniales necesarios, pues, en último término, la confianza en el buen funcionamiento del mercado –y es un ejemplo– también es necesaria para evitar perjuicios a patrimonios personales. Claro está que sería una meta excesiva e inalcanzable para el derecho penal, la pretensión de “tutelar la economía”, pues nadie podría decir ni qué es la economía (otra cosa es la política económica), ni cómo se protege. Si bien es bueno tener presente, a la hora de entrar con las leyes penales en ese terreno, que existen realidades como las leyes del mercado o el componente de riesgo en las actividades económicas de la economía liberal, lo cual, sin perjuicio del deber de intervención del Estado, reduce los objetivos posibles de la intervención penal.

Por eso, los delitos económicos son básicamente intervenciones sobre parcelas del mercado, sobre la relación de los ciudadanos con el mismo: protección de reglas mínimas de lealtad, tutela de la credibilidad de las actividades de las personas jurídicas y confianza en las instituciones financieras. Sin olvidar, además, que hay delitos que no están en el Título XIII del Código Penal y que también tienen una dimensión relativamente económica, como son los delitos tributarios y contra la seguridad social, los delitos contra los derechos de los trabajadores, la destrucción de recursos naturales, etc. Retomando la pregunta inicial: los delitos societarios apenas participan de las mínimas características para la pertenencia al limitado concepto de delito económico.

4. Aspectos jurídicos comunes de los delitos societarios

Sin pretender hacer un estudio detallado de todos y cada uno de los delitos

societarios, señalaré algunos puntos generales o concretos que es bueno tener presente al aproximarse a las descripciones típicas que ofrece el Código Penal español:

- a) El primero y de validez general es muy sencillo: los delitos societarios – prescindiendo por un momento de cuáles son éstos en el Código vigente– ni son ni pueden ser delitos comunes que tienen como única particularidad de que se cometen en el ámbito las actividades de una sociedad mercantil, ya que esto no es cierto. En el marco societario se pueden cometer estos delitos y también delitos patrimoniales comunes. Los delitos societarios golpean, ante todo, la función y las condiciones mismas de la vida interna de las empresas configuradas como sociedades mercantiles, haciendo que no puedan confiar en ellas ni sus socios ni terceros.
- b) Los delitos societarios, tal como están formulados, dan lugar a que se pueda dar una censurable alternatividad discrecional sobre las vías legales de las que dispone un socio o un cuentapartícipe ante determinadas situaciones, pudiendo elegir entre el derecho mercantil y el derecho penal. Eso sucede precisamente por culpa de la técnica del derecho penal.
- c) El legislador tiene la culpa de algunas confusiones propiciadas por la regulación legal, ya que al tiempo que se dice que son delitos que tienen carácter económico porque afectan intereses que pueden ser supraindividuales, la persecución se reserva a instancias del perjudicado, concepto, a su vez, equívoco, porque cuesta determinar quiénes son los perjudicados en un delito societario y fijar suficientemente el contenido del “agravio” para fundamentar la legitimación procesal. Se ha de añadir la vaguedad del concepto de “interés general”, tan cara al legislador español, y que a pesar de que es el fundamento de la persecución de oficio por el fiscal, no se ha concretado más de una manera clara y comprensible.
- d) Algunas de las conductas que se tipifican en el Código penal no merecen tener la consideración de delito, pues basta con las reglas de la Ley de Sociedades de Capital para dar una respuesta jurídica suficiente. El Código Penal se superpone a ésta absurdamente, como si la calidad penal o civil del hecho pudiera depender de la decisión que tome el eventual perjudicado.
- e) En cambio, hay gravísimas conductas que causan un daño grave al buen orden del mercado, y que son ajenas al derecho penal, como el uso de sociedades de fachada o carentes de actividad real en todo tipo de transacciones financieras y de asunción de obligaciones. Para mayor desaliento, se ha intentado alguna vez introducir en el Código penal la creación y uso de esta clase de sociedades sin que haya habido fuerza bastante para torcer el interés de quienes quieren que esas vías de actuación no sean criminalizadas.
- f) Algunos problemas centrales de los delitos económicos, como es la función moduladora de la tipicidad que debe tener el elemento de “riesgo en los negocios”, problema del que ya había tratado Quintano hace cincuenta años, y que se plantea con fuerza en el delito societario más conocido, que era el (desfigurado) de administración fraudulenta, deberían de ser tratados precisamente en este lugar, con la dificultad inherente a fijar en normas la distancia entre el riesgo en el negocio y el riesgo inadmisibles, lo cual, siendo un problema general de la delincuencia económica, no puede zanjarse dejando en el aire la fuerza exculpatoria del riesgo, cuando las consecuencias de esas temeridades pueden ir a cargo de todos.
- g) Otras lagunas reseñables pueden señalarse, cuál es el caso de la responsabilidad penal por los delitos que se cometen en sociedades en crisis o, directamente, intervenidas por la Administración (hemos podido ver de

cerca muchos casos), y la imputación de responsabilidad en estas situaciones, en las que se ha de plantear la extensión de la responsabilidad a administradores, públicos o privados, que no pertenecen a la sociedad. Es patente la oscuridad del Código respecto a estos temas.

5. Autoría y participación en los delitos societarios

En el campo de la autoría y participación se discute sobre quién pueden ser autores de delitos societarios, y aunque la tendencia natural sea señalar a los administradores, la cuestión es más complicada:

- a) Solo tres de los delitos societarios –después de la expulsión del delito de administración fraudulenta–, los descritos en los arts. 290, 292 y 293 CP, configuran la esfera de posibles autores con los administradores de hecho o de derecho, mientras que los otros tipos usan un plural que claramente alcanza a cualquier socio. Por lo tanto, no existe una restricción a los administradores y no se concreta adecuadamente cuál pueda ser la forma de intervención de otras personas.
- b) La responsabilidad penal por las decisiones tomadas por un órgano colegiado, como el Consejo de Administración, se deja al azar del criterio de cada tribunal en cuanto a la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación. El Código Penal, en el mejor de los casos, se limita a aludir a los administradores, y, por deducción lógica, a los accionistas y socios, pero no hay mención alguna a órganos colegiados, que en las sociedades grandes son los únicos que efectivamente tiene poder para tomar decisiones, como capaces para ser autores de un delito societario.
- c) Ninguna ayuda recibe el intérprete para determinar a quién puede considerar “administrador”. Doctrinalmente se aconseja utilizar un criterio flexible, que acoja a cualquier persona, física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad. Esa persona podrá realizar en calidad de autor los delitos societarios, siempre y cuando concurren los demás elementos de la autoría –como en cualquier otro delito– y, por lo tanto, sea posible la imputación objetiva personal de los hechos realizados, –por haber tenido sobre ellos el dominio del hecho, esencialmente por desarrollarse la actividad en su ámbito competencial– y la imputación subjetiva a título de dolo.
- d) La apertura a los administradores de hecho abre la posibilidad de que esa persona o personas sean sujetos que *ni siquiera participan de la vida ordinaria de la Sociedad*, aunque ejerzan el poder efectivo, normalmente, a través de un representante o testaferro. Esa circunstancia no debe ser óbice para la exigencia de responsabilidad, pero si, como es posible, ese poder efectivo corresponde a otra persona jurídica, habrá que determinar la persona física que por ella debe responder, lo cual no será sencillo, y, ara mayor complejidad, no está prevista la posible responsabilidad de personas jurídicas en estos delitos.
- e) En línea parecida aparece la posibilidad de que los sujetos que ocupen cargos individuales o colegiados en las empresas lo hagan en tanto que representantes de paquetes de acciones que pertenecen a otra empresa, cuyos órganos decisorios son los que acuerdan lo que se ha de hacer en la empresa participada. Y, de nuevo, recordemos que no está prevista la posibilidad de declarar responsabilidad penal de personas jurídicas. Las consecuencias potenciales son imaginables.
- f) La posibilidad de imputar delitos societarios a los órganos colegiados no está cerrada, y, por lo mismo, se podría considerar coautores a todos o algunos

de los componentes de un Consejo de administración, pero eso solo puede hacerse tras una valoración de la conducta individual y la aportación de cada sujeto concreto, que pueden llevar a la inducción, la coautoría o la complicidad. Eso deberá hacerse sin sujeción a reglas mercantiles. Téngase en cuenta, además, que para los delitos societarios no está prevista la posible comisión por una persona jurídica.

- g) En relación con los administradores que son personas físicas y pertenecen a un órgano colegiado, desde el que se ha tomado la decisión “penalmente típica”, hay que recordar que no cabe responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio del cargo, pues en el ámbito societario tan sólo son punibles los comportamientos dolosos. Los actos o acuerdos lesivos realizados o adoptados de forma colegiada, en cuanto responden a la voluntad de la mayoría, no implican automáticamente la responsabilidad penal de todos los miembros del consejo. Ya hemos visto que en el ámbito mercantil pueden salvar su responsabilidad los consejeros que hubieren votado en contra y se opusieron a la ejecución del acto, si bien no parece suficiente la mera delegación y prueba de que no se tomó parte, por la razón que fuere. Según algunos analistas se podría contemplar el problema en el marco de la problemática general de la comisión por omisión, pero la imputación al sujeto concreto pasaría por probar la existencia de un especial deber de actuar tendente a evitar el resultado dañoso, además del dolo sobre la producción de dicho resultado y la efectiva capacidad para impedirlo. Por lo tanto, muchas condiciones.

Por último, surge el eventual problema concursal: en la configuración de los delitos societarios se establece un círculo de autores potenciales (administradores de hecho o de derecho), que son los realizadores de las diversas conductas típicas, aunque no todas, pues algunas, como hemos visto, se refieren directamente a acciones de socios contra socios (así, las descritas en los artículos 291 y 292 CP). De las conductas que puedan realizar los administradores se dice que expresan un abuso de poder –lo cual es discutible si están actuando según el deseo mayoritario de los socios– o que lo hacen en perjuicio de la sociedad –lo cual será así si las consecuencias alcanzan a ésta y no solo a un número limitado de socios.

Sea como fuere, es cierto que un administrador societario maneja intereses ajenos, o que no son solo suyos, y, por eso mismo, puede cometer por sí mismo un delito societario, *pero también puede entrar en el ámbito del delito de administración desleal* del art. 252.1 CP (próximo a la apropiación indebida). Por supuesto que cabe un delito de administración desleal, incluso en la versión posterior a 2015, sin concurrencia con un delito societario; pero también puede suceder que un administrador falsee las cuentas anuales (art. 290 CP) para ocultar la situación de la sociedad y a la vez perjudicarla. En esa hipótesis habrá que elegir entre el concurso real o ideal de delitos, si bien la diversidad de bienes jurídicos en juego podría inclinar la decisión en favor del concurso de infracciones.

6. La lesión patrimonial en los delitos societarios

Un sector doctrinal ha sostenido siempre que en los delitos societarios tiene que darse un componente de lesión patrimonial, entendida en el sentido clásico de disminución del patrimonio anterior al hecho (así, Del Rosal Blasco, 1998, pp. 38s.)². Esa pretensión interpretativa supondría vaciar de contenido y función a los delitos societarios, sin que ello obste a admitir que algún delito societario, como ocurre claramente con el de suministro de información financiera falsa, puede concurrir con el delito de fraude de inversiones, que es una figura ubicada entre las infracciones

² Para este autor, los delitos societarios son mayoritariamente delitos patrimoniales.

contra el mercado y los consumidores. Del mismo modo, la imposición de acuerdos adoptados por mayoría ficticia puede concurrir con un delito de apropiación indebida cometido por unos socios en perjuicio de otros, pero el ámbito típico de la imposición de acuerdos continuará siendo el suyo propio. Esos delitos de imposición de acuerdos o de adopción indebida de acuerdos no están descritos como delitos de resultado, como recuerda la STS de 14 de julio de 2006, y, por lo tanto, no tiene sentido exigir una consecuencia de menoscabo patrimonial.

Sucede, no obstante, que los derechos de los socios, que se tutelan a través de estas figuras delictivas, son muy diversos: de asistencia, de voz y voto en las Juntas Generales; a que las decisiones se adopten de acuerdo con los Estatutos; derecho a recibir información sobre la marcha de la sociedad, lo que supone poder acceder a las cuentas anuales; derecho a impugnar los acuerdos sociales que vulneren las leyes o los Estatutos o el interés de la sociedad, y, ligado a ese derecho, el de ejercer la acción social de responsabilidad. Pero posiblemente el derecho nuclear del accionista es lograr el rendimiento de lo que ha invertido, lo que se traduce en la participación proporcional en los beneficios que haya obtenido la sociedad, si ésta decide repartirlos.

Se pueden enumerar más derechos, pero con los citados basta para poder admitir que todos están vinculados a un derecho del accionista: que su dinero le genere un rendimiento justo y no ser engañado respecto de eso. Es cierto que también tiene derecho a que la empresa en la que ha invertido no se desvíe dedicándose a actividades que no admiten los Estatutos, pero puede convenirse que el interés principal es la tutela de su inversión.

Así vista la cuestión, es evidente que *en último término hay un interés patrimonial* que está en la base de todos los derechos del socio que el Código Penal quiere proteger.

7. Concepto penal de sociedad y situaciones excluibles de los delitos societarios

En relación con el *espacio típico* en el que pueden cometerse esta clase de delitos, el Código Penal, tras denominar como “societarios” a un grupo de delitos, parece comprender que es obligado incluir un concepto de “sociedad” para que quede claramente delimitado el contexto en el que caben estos hechos, y a tal fin, el art. 297 CP establece que a los efectos de este Capítulo XIII

“se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

Como puede verse, el precepto no sólo incluye las sociedades mercantiles, sino que añade las cooperativas y, más adelante, las cajas de ahorros. Se trata de un concepto muy extenso que, siendo evidente que quedan incluidas todas las sociedades mercantiles, no puede decirse lo mismo de otras formas societarias jurídicamente reconocidas, que no participan del mercado, como pueden ser las diferentes sociedades civiles y entidades o agrupaciones que no tienen personalidad jurídica propia.

La indicación del art. 297 no es un caso de ley penal en blanco que requiera un complemento en la normativa societaria. Precisamente, la intención del legislador penal fue ayudar al intérprete colocándose por encima de la polémica generada en

torno a la naturaleza jurídica de determinadas asociaciones, enfatizando que lo importante no es tanto la forma societaria (civil o mercantil) en sí, sino el hecho de que la entidad “para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”, que es el dato básico y el verdadero elemento definidor del concepto para el derecho penal.

La fórmula, sin embargo, tiene inconvenientes: la ley penal permite la imputación de los hechos delictivos, aunque la sociedad no haya finalizado el proceso de constitución. Concretamente, nuestro Código hace referencia a una “sociedad constituida o en formación” (cuando la sociedad aún no haya sido inscrita en el Registro Mercantil, momento en el que adquiere personalidad jurídica). El tiempo que pueda transcurrir entre la constitución de la sociedad en escritura pública y su inscripción permite que los socios, los administradores o los representantes actúen en el mercado o en los negocios. La Ley de Sociedades de Capital prevé esta eventualidad, y estipula la validez y eficacia de las actuaciones, y los diferentes medios de responsabilidad y garantía para terceros que pueden activarse cuando una sociedad deviene en irregular³.

Se consideran sociedades irregulares las que, después de un año del otorgamiento de la escritura constitucional, no han solicitado la inscripción en el Registro Mercantil. En cuanto a si es aplicable a ellas el derecho penal societario, la respuesta pareciera ser positiva a la luz de lo que dispone el art. 297 CP, pues las sociedades irregulares también cumplen las exigencias del precepto. Ahora bien, los tipos de delito societario sólo se refieren a las sociedades constituidas o en formación, y nada autoriza una interpretación extensiva que incluya a las sociedades irregulares. La aparente pretensión omnicomprendiva que tiene el artículo 297 ha de matizarse, puesto que en estos delitos se protege especialmente a la Sociedad y a sus socios, y admitir que esa protección se ha de extender a quienes no han querido cumplir con las previsiones del derecho societario resulta excesivo. Por otra parte, hay que recordar que en las sociedades irregulares rige el régimen de responsabilidad universal de todos sus miembros, lo cual aporta un argumento económico también considerable en orden a negar la posibilidad de aplicar estos tipos. En conclusión, las previsiones del Código Penal pueden aplicarse a las sociedades de responsabilidad limitada, a las sociedades anónimas, y a las sociedades en formación, pero dejarán de ser aplicables cuando la sociedad en formación devenga en “irregular”.

Para admitir la presencia de una Sociedad es preciso que haya una *personalidad jurídica independiente* de las personas físicas que la integran, solo así se puede reconocer en un ente la condición de sociedad a efectos penales. A esa condición se añade la de “participar de modo permanente en el mercado”. Sobre el significado de esa condición se ha dicho, ante todo, que es bastante imprecisa, y que requiere alguna concreción adicional. El Tribunal Supremo ha excluido, por esa razón, a entidades que sólo de modo esporádico han entrado en el mercado, como, por ejemplo, las comunidades de propietarios. La permanencia parece, así, ser el elemento caracterizador principal, y solo se da cuando se realizan actos de comercio habitualmente.

Tampoco se da esa personalidad diferente en los casos de las sociedades

³ Las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica frente a terceros. Cuestión diferente es que una sociedad puede devenir irregular por voluntad de sus socios, en cuyo caso se producirán las consecuencias de transformación en sociedad civil o colectiva con las consecuencias en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 38 y 39 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

irregulares y las sociedades de hecho. El Código se refiere a sociedades constituidas o “en formación”, lo cual significa que éstas están incluidas, siempre y cuando no se transformen en irregulares, que son aquellas sociedades que, habiendo sido constituidas, no han sido aún inscritas en el Registro Mercantil, requisito esencial para adquirir personalidad jurídica. Pero entre la constitución y la inscripción, los socios, los administradores o los representantes pueden comenzar a actuar en el mercado e iniciar negocios⁴.

Partiendo de eso, se podría decir que “frente a terceros”, ese grupo humano que se propone fundar una Sociedad, puede actuar desde la constitución, respondiendo personalmente. Es evidente que la Ley de Sociedades de Capital cuida de los intereses de terceros, de ahí la obligación de responder personalmente que recae sobre los socios que hayan tenido relación con esos terceros. Pero no parece tan sencilla la respuesta cuando se trata de delitos que afecten exclusivamente a los socios, como son la imposición de acuerdos o el uso de mayorías ficticias, conductas que presuponen el funcionamiento ordinario de la Sociedad, esto es, la inscripción. Por lo tanto, los perjuicios que entre sí se causen las personas físicas integrantes de un grupo que solo es una sociedad irregular o de hecho, tendrán que resolverse, en su caso, mediante otros preceptos penales.

En cuanto a delitos como el ofrecimiento de información financiera falsa, hay que tener en cuenta que los deberes de información nacen con el nacimiento de la Sociedad, que se produce con la inscripción. Eso no impide, por supuesto, que antes de ese momento se haya podido engañar a terceros para que inviertan en la sociedad en formación o contraten con ella, pero eso, en su caso, será constitutivo de un delito de estafa, y no de un delito societario.

8. Condiciones de procedibilidad

El artículo 296 del CP exige la denuncia de la persona ofendida o de su representante legal para poderlos perseguir, salvo que se trate de supuestos en los cuales la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En este caso, el artículo 296.2 CP excluye la necesidad de esa previa denuncia. Si se trata de supuestos en los que la ley penal requiere una denuncia y la persona ofendida es menor de edad, incapaz o desvalida, aparte del representante legal, también puede efectuar la denuncia el mismo Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo que establece el artículo 296.1 CP. Esta limitación de la perseguibilidad ha sido justificada en nombre del principio de intervención mínima (STS de 4 de junio de 2004), pues buena parte de los conflictos entre socios tienen una dimensión especialmente privada, con independencia de que, en algunas ocasiones, lo que suceda en una sociedad puede tener consecuencias para intereses que van más allá de ella misma.

Los perjudicados tienen el poder de iniciar el proceso penal, pero, formalmente, no tienen la posibilidad de decidir terminarlo, pues no se trata de un delito privado. Por lo tanto, iniciado el proceso, éste podría ser continuado si así lo solicita el Ministerio Fiscal.

⁴ La Ley de Sociedades de Capital dispone que por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responden solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y ulterior asunción por la Sociedad en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 36).

También genera dudas la condición de “persona agraviada”, que se ha interpretado (STS de 17 de julio de 2006) como equivalente a persona que ha sufrido un “perjuicio”. Sucede que el perjuicio puede no ser directo *a su persona*, sino a esa persona en tanto que es socio de una Sociedad, lo cual no puede traducirse en que sólo ésta tiene el poder de ejercer la acción penal, pues, como se deriva de la STS de 17 de abril de 2013, eso generaría una injusta pérdida de protección para los socios minoritarios que no pueden determinar las decisiones de las Sociedades. Cuestión diferente, por supuesto, es lo que deba entenderse por “perjuicio”.

Por último, se ha de destacar que, la Reforma de 2015 liquidó el delito de administración fraudulenta del art. 295 CP, transfiriendo la materia al ámbito de la apropiación indebida, por lo que para ese delito ha desaparecido la condición de perseguibilidad.

Bibliografía

- DEL ROSAL BLASCO (1998), *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMOS RUBIO, C. (2015), “El nuevo delito administración desleal”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 527-538.
- RODRÍGUEZ SASTRE, A. (1977 [1934]), “El delito financiero: su repercusión en el crédito y en la economía”, *Revista española de financiación y contabilidad*, Vol. VI, nº 20 y 21, pp. 61-96.