

I. EL CONCEPTO DE DELITO SOCIETARIO

El capítulo XIII del Título XIII del Libro II del Código penal de 1995 (artículos 290 a 297), introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico-penal español una categoría de figuras delictivas agrupadas bajo el nombre genérico de “*Delitos societarios*”. La necesidad de su incriminación, aceptada por la doctrina con carácter general, no oculta que, nada más aparecer el nuevo texto legal, no se hicieran esperar las críticas por parte de la doctrina mercantilista sobre estos nuevos delitos. En este contexto “resulta sorprendente que la mayor parte de los comportamientos que se incriminan ya recibían tutela suficiente por parte de las leyes societarias –acción social de responsabilidad, impugnación de acuerdos sociales, etc.–, mientras que otros comportamientos que los especialistas consideraban de necesaria incriminación, como la no inscripción registral de cuentas anuales y consolidadas, la no convocatoria de juntas o el falso domicilio social, por citar sólo algunos hechos que en el Derecho comparado sí reciben respuesta claramente punitiva, continúan siendo impunes en nuestro ordenamiento”¹. En todo caso, tiene razón TERRADILLOS al señalar que el legislador español se ha decidido por una opción criminalizadora ampliamente aceptada en derecho comparado y fundamentada en el dato incontrovertible de la trascendencia que ha adquirido la criminalidad económica².

Aunque el término “delitos societarios”, como tal, ha sido objeto de diversos análisis por parte de la doctrina, su tratamiento en general ha sido enfocado desde una perspectiva teórica y formal, o simplemente en función de la determinación del bien jurídico protegido por esta familia de delitos³. Sin embargo, y en contra de tal tratamiento, el hecho de poder

¹ Cfr. Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, *Prólogo* a la vigésimo primera edición del “Código Penal y legislación complementaria”, Ed. Civitas, Madrid 1996, pág. 24.

² Cfr. Juan TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios. El Derecho penal de las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Ed. Akal, Madrid 1987, págs. 19-22.

³ Con carácter general, vid. Jesús M^a. SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos societarios en el Derecho comparado, el Derecho vigente y el nuevo Código Penal*, en “El Código Penal de 1995: Parte

formular un concepto autónomo de delito societario tiene una innegable trascendencia material, pues tal definición debe contener y enseñarnos cual es la naturaleza que comparten todas las figuras que componen dicha familia, lo que a su vez nos servirá para orientar la interpretación de los distintos elementos que conforman cada uno de los comportamientos prohibidos. De esta manera la formulación del concepto de delito societario nos permitirá determinar con mayor exactitud el alcance y contenido de cada precepto.

Para poder fijar una definición de la figura genérica de delito societario, resulta indispensable comenzar recordando que esta rúbrica obedece a las críticas históricas que realizara parte de la doctrina a la anterior terminología de “*Delitos Financieros*” utilizada en los antecedentes prelegislativos del Código de 1995⁴. Según este sector doctrinal, ante la insuficiencia que tal término presentaba para comprender todas las figuras que bajo él se agrupaban, y el hecho de no poderse configurar un mismo bien jurídico protegido para todos los tipos propuestos, era necesario acuñar un rótulo que por lo menos aludiese al ámbito de realización de los hechos punibles, como lugar común que comprendía a todos los comportamientos esbozados⁵. De esta manera se puede afirmar que el origen del concepto

especial”, Vol. 13 de Studia Iuridica, Generalitat de Catalunya, Barcelona 1996, pág. 1; Mercedes GARCÍA ARÁN, *Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal*, en *Economist & Iurist*, núm. 17, enero-febrero de 1996, págs 105 y 106; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal (cuestiones generales)*, en OTROSI. Revista del Colegio de Abogados de Madrid, noviembre-diciembre 1996, págs. 6 y ss; Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II*, coordinados por Tomás S. Vives Antón, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, págs. 1410 y ss.; José Manuel VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigidos por G. Quintero Olivares y coordinados por J.M. Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, págs 1303 y ss.; Ricardo MATA MARTÍN, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, número 5, 1995, págs 166 y 167.

⁴ Vid. Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos societarios en la reforma penal*, en “Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann”, Ed. BOE, Madrid 1995, pág. 154, nota 10. Dicha terminología parece ser consecuencia histórica de la pionera obra de A. RODRÍGUEZ SASTRE, *El Delito Financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía*, Madrid 1934.

⁵ En este sentido, Cfr. José M^o STAMPA BRAUN/Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *La reforma del derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1980, pág 55; Juan TERRADILLOS BASOCO, *Delitos financieros*, en *Documentación Jurídica*, núm. 37-40, vol. 2, 1983. pág. 847; Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Notas sobre la Propuesta de anteproyecto de Código penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico 6, pág 73. No faltan sin embargo autores en desacuerdo con las críticas vertidas al rotulo de “*Delitos financieros*”, así, Patricia FARALDO CABANA, *Los Delitos societarios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, pág. 39.

de delito societario ha girado siempre en torno al ámbito espacial de su realización.

Sin embargo tal formulación no resulta plenamente satisfactoria. La misma, aun siendo cierta, no es capaz de abarcar en toda su extensión las notas comunes que tales figuras presentan. Para comprobar tal afirmación conviene iniciar el desarrollo de esta cuestión afirmando que estos supuestos delictivos se integran en la categoría doctrinal, acuñada por SCHÜNE-MANN, conocida como *criminalidad en la empresa (Betriebskriminalität)*⁶, que comprende a aquellos delitos cometidos por sujetos relacionados con la sociedad contra esta misma u otros sujetos con ella vinculados. En estos casos el ámbito societario viene fijado irremediablemente por la citada relación que ha de darse entre el sujeto y la sociedad, pues es ésta el elemento más característico de dicha clase de delincuencia. Partiendo de esta última idea, un sector de la doctrina va más allá e identifica los delitos societarios, no por el ámbito en que se desarrolla la relación, sino precisamente por la naturaleza de ésta, de suerte que lo que caracteriza a esta clase de delitos es la especial relación que existe entre el sujeto activo y la sociedad⁷. Ahora bien, tal posición tampoco resulta convincente. No todos los delitos societarios requieren tal relación, o dicho de otra manera, no todos los delitos que pertenecen a esta categoría son de los llamados *especiales propios*. Efectivamente⁸, la figura delictiva del artículo 292 CP no se explica a través de tal relación. Ni tan siquiera se puede

⁶ Según la distinción en su día realizada entre supuestos de criminalidad "en la empresa" y "de la empresa" formulada por B. Schünemann, en *Strafrechtsdogmatische und Kriminal-politische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, en *Wistra* 2/82 (Traducido al español en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, págs. 529 y 530, con el título de "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa"). De acuerdo en identificar los delitos societarios como supuestos de criminalidad en la empresa, Ricardo M. MATA Y MARTÍN, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, cit. pág. 167; Juan José GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal Español, parte especial*, I, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 828; Cândido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *De los delitos societarios*, en "Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia", Ed. Trivium, Madrid 1997, tomo II, pág. 3001; José Luis DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Ed. Montecorvo, Madrid 1997, págs. 75-76; Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico, parte especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, pág. 175, y Elena NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, págs. 27 y 36.

⁷ Por todos, cfr. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos societarios*, en "Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)", Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pág. 473, y Ricardo MATA MARTÍN, *Los delitos societarios*, cit. pág. 167.

⁸ Cfr. Eduardo GONZÁLEZ VIZCAYA, *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*, en *Actualidad Penal*, núm. 10, marzo de 1997, pág. 229.

formular en el sentido en que precisamente su conducta consiste en tergiversar o suplantar la misma, pues tal tergiversación o suplantación puede no ser relevante, porque además de no representar el comportamiento prohibido (imponer y aprovecharse), la misma puede ser *v.gr.* consecuencia de un simple error. Esta excepción evita por sí que la relación se convierta en la nota común de la naturaleza de esta familia delictiva. Sin perjuicio de ello, además, si bien en el resto de figuras existe una relación especial sujeto-sociedad, tal circunstancia carece a su vez de homogeneidad, pues no todos los sujetos se encuentran en una misma posición, lo que hace que en realidad no exista una sola relación, sino varias muy diferentes, con especialidades muy marcadas en algunos casos que pueden llevar a conclusiones muy distintas dentro de una misma figura.

Desde nuestro punto de vista la característica fundamental de los delitos societarios no es, por tanto, ni la naturaleza de la relación que une al sujeto y a la sociedad, ni tampoco el entorno donde se desarrolla la misma, pues aunque tal circunstancia es común a todas las figuras, en realidad no nos aporta nada significativo en cuanto a la naturaleza de tales figuras. Para nosotros la característica fundamental del delito societario radica en el comportamiento mismo que el sujeto describe en el seno de una sociedad. La delincuencia económica moderna ha anidado en las empresas, o entidades jurídicas en general, como en un ningún otro ámbito de la sociedad actual. Este tipo de delincuencia ha encontrado en la estructura jurídica característica de una sociedad el *hábitat* ideal para su desarrollo, tanto por su facilidad para actuar, al contar con más y mejores medios para ello, como por la importancia cuantitativa de sus consecuencias, dados los recursos materiales capaces de mover, como por la facilidad incluso de enmascarar los comportamientos realizados entre la estructura organizativa de la sociedad⁹. Son esta clase de comportamientos los que originaron

⁹ Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXVII, 1984, pág. 682. Como indica LOJENDIO, la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales, característica de algunos tipos sociales, hace que se intente con frecuencia cometer abusos recurriendo a la personalidad jurídica para ocultar a personas, patrimonios o responsabilidades o crear, de cualquier otra manera, una disociación entre la apariencia y la realidad. Se produce así una deformación de la personalidad jurídica. "La Ley no ampara el abuso del derecho" (art. 7.2 C.c.) y, en consecuencia, debe corregir las consecuencias derivadas de la atribución formal de responsabilidad. En este sentido se observa una tendencia por parte de la jurisprudencia a *levantar el velo* de la persona jurídica para descubrir la realidad que se manifiesta, por ejemplo, en materia de grupos de sociedades o de actuaciones a través de testaferro (vid. SSTS. 31-10-1996, 10-2-1997, 4-9-1997, 15-10-1997, 22-7-1998 y 9-11-1998, entre las últimas), Cfr. Ignacio LOJENDIO OSBORNE, *Las*

la necesidad de instaurar la categoría de delitos societarios¹⁰, y son por tanto los mismos los que obviamente caracterizan a esta clase delictiva. Partiendo de esta aseveración, repárese que para poder actuar de la manera que el tipo prevé en cada caso, el sujeto debe manejar algún elemento de la estructura jurídica que forma parte de la sociedad. Esto significa que los delitos societarios no son sólo aquellos cuyo ámbito espacial de realización es una sociedad del artículo 297 CP, sino que **son aquellos cuyo comportamiento prohibido viene caracterizado por algún elemento normativo del tipo propio de la realidad jurídica que conforma una sociedad**¹¹. Esto además explica el por qué la mayoría de los delitos societarios requieren para la autoría la ya señalada relación especial, pues es ésta la que normalmente facilita al sujeto el acceso al manejo de los resortes societarios.

Si repasamos todas las figuras concretas que conforman los delitos societarios nos encontramos con que todas las conductas típicas son tributarias de la realidad jurídica que la sociedad representa. Así, sucintamente, el artículo 290 nos remite a aquellos concretos documentos que se encargan de recoger la situación económica y jurídica de la sociedad, documentos que vienen definidos por la Ley Societaria de aplicación y en todo caso por la normativa contable a ellas aplicable. Los artículos 291 y 292 tienen como presupuesto del hecho típico el proceso legal de toma de decisiones de los órganos sociales. El art. 293 parte del ejercicio de los derechos reconocidos y definidos legalmente a sus socios. El art. 294 se refiere a las obligaciones

sociedades mercantiles, en Guillermo Jiménez Sánchez, coord., "Derecho Mercantil", I, 6ª ed., Barcelona 2000, págs. 181-182. Vid. sobre esta doctrina del "levantamiento del velo", Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Ed. Civitas, Madrid 1997; Carmen BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, y José HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento del velo societario: estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Ed. Atelier, Barcelona 2000.

¹⁰ Cfr. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, VV. AA., 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, pág. 544; Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal*, cit., págs. 2999 y 3000; Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos societarios*, cit. págs. 471 y ss. Señalaba Luigi FOFFANI que "La experiencia demuestra, de hecho, que todas las distorsiones patológicas de la actividad económica, cada vez que se está en presencia –como ocurre generalmente– de una empresa organizada (incluso por la vía de hecho) con forma societaria, suponen también, antes o después, la comisión de comportamientos tipificados por el legislador como ilícitos penales societarios", cfr. *Delitos societarios*, en "I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico", A Coruña, 1998, pág.60.

¹¹ Cfr. Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Aspectos Generales de los Delitos societarios*, en "Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995", Ed. Universidad del País Vasco, 1996, pág. 191.

legales que sobre determinadas sociedades pesan de ser supervisadas e inspeccionadas por la Administración¹². Y por último el artículo 295 tiene como razón de ser el abuso por el sujeto de las funciones propias de administración previstas igualmente por la Ley Societaria de aplicación. Obsérvese, por último, como todos los elementos normativos resaltados carecen de realidad *per se* en el mundo natural¹³. Sólo existen en la realidad normativa que caracteriza y definen a las sociedades típicas.

La definición dada de delito societario implica que en el presente ámbito nos vamos a mover en el seno de una realidad normativa. El actor societario no actúa en un mundo físico sino jurídico. Él no dirige sus acciones a un entorno natural, sino que actúa sobre uno de carácter normativo al que ha de adaptarse necesariamente para alcanzar el fin perseguido. La principal consecuencia que se desprende de la definición dada es que los elementos típicos no han de interpretarse de acuerdo a la realidad natural que representa el mundo físico, sino que han de serlo desde la muy distinta perspectiva de la realidad puramente jurídica en la que nos movemos.

¹² Vid. Javier POLO VEREDA, *El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración pública. El supuesto del art. 294 del Código Penal*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 346, 11 de junio de 1998, págs. 1-5; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción*, en "El nuevo Código Penal y los delitos societarios", Fundación Caixa Galicia, 1998, pág. 243, y, recientemente, Jesús MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

¹³ Señalaba RODRÍGUEZ MOURULLO que "Lo societario es sólo un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito (la sociedad mercantil), el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito. Los delitos societarios abarcan, pues, delitos mediante la sociedad mercantil, delitos en la sociedad mercantil y delitos contra la sociedad o sus socios", cfr. *El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal*, en Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 1999 (La administración desleal), pág. 20.