

## DELITOS SOCIETARIOS\*

Luigi Foffani

Ricercatore di Diritto penale  
Università degli Studi di Catania

I. Hasta hace unos quince años era absolutamente habitual leer –en la introducción de los (pocos) manuales dedicados al tema de los delitos societarios en Italia– consideraciones relativas a las dificultades (tenidas por insuperables) de verificación de tales tipologías de ilícitos, a la escasez de la jurisprudencia en la materia, a la carencia de instrumentos estructurales, organizativos y *lato sensu* culturales capaces de traducir en «Derecho vivo» la letra de las previsiones legales.

La imagen recurrente –para los pocos que se hubiesen aventurado en el estudio de la materia– era la de un complejo normativo encerrado por el legislador en los márgenes del sistema penal a modo de un mero apéndice sancionador de la disciplina privada, agobiado por el continuo recurso a una técnica de reenvío de norma a norma que llega a hacer bastante fatigosa –cuando no verdaderamente ininteligible– la comprensión literal del contenido preceptivo de las incriminaciones, un complejo normativo, en definitiva, tan inflacionista y prolijo como paralizado en sede interpretativa y desconocido, en su mayor parte, en la praxis aplicativa.

---

\* Traducción de José Ángel Brandariz García y Luz Puente Aba. Universidad de A Coruña

Tal cliché negativo se ha consolidado y reproducido hasta nuestros días, de forma que, incluso recientemente, se ha evocado la imagen de un «Derecho penal (y penal-administrativo) de las sociedades mercantiles» que, con su «modelo de tutela casuístico y difuso –concentrado, de forma predominante, sobre la sanción penal [...]– se revela hoy, después de medio siglo de vigencia, como un tigre de papel incapaz de ejercitar cualquier función que no sea la simbólica».

Actualmente este juicio merece, por diversos motivos, ser revisado: el Derecho penal societario ya ha dejado de ser un cuerpo normativo inerte, para mostrarse, por el contrario, en toda su complejidad, bien vivo y vital, comenzando por el dato concreto de la *aplicación judicial*. Y, si bien es cierto que semejante vitalidad alcanza solamente a un número limitado de tipos penales (empezando por la norma principal del art. 2621 n. 1 Cc.), ello sólo evidencia que las funciones de tutela de este sector normativo pueden ser cumplidas –previa una oportuna obra de «poda de ramas secas»– por un grupo seleccionado de figuras delictivas, debidamente revaluadas en cuanto a su contenido lesivo y a su efectiva capacidad de respuesta a fenómenos patológicos evidenciados en la praxis societaria.

Las indicaciones que pueden recabarse en los repertorios jurisprudenciales y en el centro electrónico de documentación de la Corte de Casación muestran un incremento notablemente significativo –al menos en términos porcentuales– de la aplicación judicial, que alcanza incluso a tipos otrora absolutamente desconocidos (como, por ejemplo, la adquisición indebida de acciones propias por parte de la sociedad emisora). No son conocidos, sin embargo, los datos relativos a las *notitia criminis* y al ejercicio de la acción penal: pero es razonable suponer que, también desde este punto de vista, el Derecho penal societario está conociendo un momento de importante desarrollo.

Ha aumentado, sin duda, el grado de *conocimiento* de la materia por parte de los órganos llamados a aplicarla y por parte de la opinión pública: la falsedad en el balance, en particular, se ha convertido en uno de los tipos más visibles de todo el Derecho penal económico, pero todo el sistema de los delitos societarios ya no está descuidado como en otro tiempo: se trata de delitos que forman parte del objeto de estudio de los cursos de Derecho penal comercial o de Derecho penal económico, difun-

didos ya en todas las facultades de Derecho, y ha venido creciendo al mismo ritmo la elaboración científica y su tratamiento en los manuales de la materia.

Un factor importante que debe ser tenido en consideración, desde esta perspectiva, es el del nacimiento –y tumultuoso desarrollo en el curso de los dos últimos decenios– junto al (y más allá del) tradicional núcleo de delitos societarios, de un nuevo Derecho penal del *mercado financiero*. El fenómeno, en verdad, es a menudo invocado para poner de manifiesto, con una imagen plástica, la diferente «velocidad» de evolución de los dos sectores: en otras palabras, a la «impetuosidad juvenil» del Derecho penal del mercado –campo de experimentación de nuevos modelos de tutela, incardinados en las funciones de las «autoridades administrativas independientes» correspondientes a los diversos sectores (Consob, Banca d'Italia y otras figuras de «garantes» institucionales)– se contrapondría el «estatismo» y el «inmovilismo» del viejo Derecho penal societario.

Yo diría, en cambio, que nos encontramos frente a un efecto de «arrastre» de lo nuevo respecto de lo viejo: el Derecho penal del mercado financiero ha nacido sobre los fundamentos del Derecho penal societario, tomando de él prestado, en parte, instancias y esquemas de tutela e implantando –gracias a la proliferación de la legislación denominada «complementaria»– nuevos tipos incriminadores sobre el viejo tronco normativo construido por el legislador de los años 30 y 40. Pero la operación de implantación también ha reportado savia nueva a la vieja planta, haciendo surgir en los viejos tipos penales societarios nuevos problemas y nuevos horizontes de aplicación: basta pensar, por ejemplo, en la extensión del tipo de falsas comunicaciones sociales a la variada tipología de las comunicaciones dirigidas a las autoridades de vigilancia, o a las falsedades en los prospectos presentados para las operaciones de solicitud de ahorro público.

Por consiguiente, se ha mostrado fundamental para el sistema penal societario –y cada vez lo es en mayor medida– el papel de las fuentes normativas supranacionales y, dentro de ellas, de las *directivas comunitarias* que han impregnado la materia societaria, con efectos cada vez más significativos incluso sobre el plano penal.

De decreto en decreto, de hecho, bajo el apremio del impulso a actuar que comportan las directivas comunitarias, se ha acabado renovando la mayor parte de los ilícitos penales societarios contenidos en el Código

civil. Es verdad que, en algunos casos, la reformulación de los tipos incriminadores se ha limitado a modificaciones formales o de mínima entidad; pero es sobre todo dentro del sustrato civil –a partir del cual el precepto penal (más o menos profunda o directamente) se ha forjado– donde se deben registrar las transformaciones más significativas. Complejos normativos enteros han sido radicalmente reformados por esta vía (y no menos en el plano penal que en el civil), especialmente en el sector de la salvaguarda de la integridad del capital social: piénsese, por ejemplo, en la disciplina de la adquisición de acciones propias por la sociedad emisora, o en la del reparto de dividendos a cuenta, la de la fusión o escisión de sociedades, etc. Pero piénsese también en cuánto han influido las innovaciones introducidas en el ámbito civil sobre la concreta esfera de aplicación del tipo incriminador de la falsedad en el balance, incluso al margen de cualquier modificación de la figura legal de delito: respecto de ello, es suficiente recordar las profundas novedades insertadas en la regulación del balance de ejercicio, o la introducción de un nuevo instrumento informativo de la importancia del balance consolidado de grupo.

Desde el punto de vista criminológico, en fin, parece haber contribuido a la reciente «popularidad» del Derecho penal societario en el plano jurisprudencial, en no poca medida, su privilegiada posición de «*encrucijada*» del conjunto de la disciplina penal de la gestión de empresa. 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 sólo 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.

Es paradigmática, desde este punto de vista, la reciente «epopeya» judicial de «*Tangentopoli*», que ha evidenciado el grado en que los fenómenos de ilegalidad político-administrativa –desde la corrupción a la financiación ilícita de los partidos– han estado (y están) estrechamente vinculados a formas de ilegalidad económica relevantes desde el punto de vista penal-societario. El primer fenómeno presupone necesariamente el segundo, de modo que la infracción de las normas del Derecho penal societario ha representado (y presumiblemente sigue representando) el reflejo –en la vertiente empresarial privada– de las relaciones ilícitas entre el

mundo de la economía y el de la política y la administración pública, casi como dos caras de la misma moneda.

La memoria recurre, ante todo, a la hipótesis de la falsedad en balance, que se ha presentado bien como un instrumento típico de formación de las «provisiones» («fondos negros») para el pago de «*tangenti*», bien como medio de «ocultación» de los pagos realizados. La incriminación de la falsedad en balance se ha transformado de hecho en una suerte de tipo «de avanzadilla», un «*Auffangtatbestand*» [n. del t.: *tipo de interceptación*], capaz de «interceptar» operaciones comerciales mucho más complejas –bloqueando su desarrollo o revelando su existencia– que van mucho más allá de la simple contaminación de la información societaria.

**II.** Pasando ahora a fijar nuestra atención –aunque sea de modo sumario y superficial– sobre los contenidos de la materia penal societaria descrita por el legislador italiano, creo que aparece ya como evidente, de cuanto se ha observado hasta aquí, el papel central –de auténtico «arquitrabe» del sistema– del tipo incriminador de las *falsedades en los balances y en las comunicaciones sociales*, previsto por el art. 2621 núm. 1 Cc. Además, en la evolución interpretativa y aplicativa de esta figura criminal se refleja, mejor que en cualquier otra, la parábola de todo el Derecho penal de las sociedades en Italia.

Inicialmente interpretada en términos restrictivos, tanto en la vertiente de la relación entre valoración del balance y falsedad, cuanto en la crucial de la interpretación del requisito de «fraude», el tipo ha venido poco a poco emancipándose de los originarios confines hermenéuticos, mostrando una inusitada vocación expansiva, así como una especial capacidad de adaptación a las mutaciones del contexto normativo e institucional de referencia.

Nacida de la matriz de la falsedad en balance, el tipo ha conocido de hecho una progresiva extensión en el terreno de las «otras comunicaciones sociales», al cual el legislador hace una tan genérica como omnicomprendensiva referencia. El paraguas de la tutela penal ha terminado, de esta forma, extendiéndose también a las comunicaciones con destinatario determinado: en primer lugar, en un ámbito estrictamente privado, con referencia a las situaciones patrimoniales (u otras informaciones de contenido económico sobre la sociedad solicitante) enviadas a los bancos para obtener la conce-

sión o la modificación –o para evitar la revocación– de un crédito; y, posteriormente, en la esfera de las relaciones entre la sociedad y los órganos públicos de control, de forma simultánea a la rápida difusión de las nuevas «autoridades administrativas independientes», encargadas de la vigilancia de distintos segmentos del mercado de los títulos valores y financiero.

El delito de falsas comunicaciones sociales parece así haber sido subrepticamente transformado en una suerte de «*passepourtout*», capaz de sancionar cualquier tipo de información infiel o engañosa en las relaciones económicas o en el control de la actividad económica. Una situación, ésta, favorecida también por la interpretación dominante sobre el bien jurídico en la línea de la *pluriofensividad*, una *pluriofensividad* indiscriminada, referida a un haz de intereses constantemente cambiantes y fungibles unos con otros, hasta el punto de diluir sustancialmente la función orientativa y delimitadora del concepto de bien jurídico.

Una «*actio finium regundorum*» parece, por lo tanto, cuanto menos oportuna para recuperar la natural vocación de fragmentariedad de la intervención penal, observando el postulado de la *ultima ratio*. Desde esta perspectiva, el tipo de falsas comunicaciones sociales se presenta ciertamente como la «estrella polar» del sistema penal de la información societaria, pero su capacidad de recogida no se extiende indiscriminadamente, sino que se circunscribe –de acuerdo con las líneas originarias del diseño legislativo– a la información societaria *abierta*: esto es, aquella información que –orientada sea al interior sea al exterior del ente– se dirija, no obstante, a categorías de destinatarios institucionalmente cambiantes y que no se agote en una comunicación con un destinatario exclusivo y determinado.

Otra evolución interpretativa de signo análogo –es decir, dirigida a expandir las potencialidades aplicativas de la incriminación– se ha dirigido esta vez a la vertiente subjetiva del tipo, marcando la expresión «*fraudentemente*», sobre la cual se había polarizado desde el inicio la atención de los intérpretes.

Hoy aparece decisivamente superada, de hecho, la orientación dominante originariamente en la doctrina y la jurisprudencia, que reclamaba en el sujeto activo no sólo la intención de engañar a los destinatarios de la comunicación, sino también la específica intención de causar a otros un daño económico-patrimonial y de conseguir un beneficio injusto. La jurisprudencia posterior, seguida por un autorizado sector de la doctrina, ha

manifestado la tendencia a empobrecer los requisitos del dolo de fraude, sobre todo a través de una progresiva marginación del daño patrimonial (a la sociedad, a los socios, o a terceros) de la esfera de los fines perseguidos por el agente.

El resultado práctico ha consistido en una tendencial y silenciosa reconducción de la ilicitud penal a la ilicitud civil del balance. Una tendencia que ha sufrido una ulterior acentuación, por otra parte, con la adecuación de la disciplina del balance de ejercicio a las prescripciones comunitarias (d.leg. 127/1991), que ha conducido a la codificación de los «principios de redacción del balance» (art. 2423 bis Cc) y a la afirmación del criterio guía de la «representación veraz y correcta» (art. 2423 Cc).

El nuevo cuadro normativo parece, en efecto, favorecer una progresiva y sensible aproximación entre los parámetros de valoración penal y civil del balance: una situación que, por una parte, evita el riesgo de divergencias incongruentes entre la tutela penal y la civil, pero que, por otra parte, debe impulsar al intérprete a volver a delimitar para el tipo inculador un espacio autónomo y exclusivo de valoración.

Por lo tanto, desde esta perspectiva se impone, por un lado, un intento de delimitación del tipo objetivo de la falsedad en balance, identificando, por ejemplo, la falsedad penalmente relevante no con cualquier desviación del modelo civil de *verdad* y *claridad* del balance, sino sólo con alteraciones específicamente lesivas del principio de veracidad.

Por otra parte, sin embargo, se impone también la exigencia de recuperar (o mejor, reconstruir sobre nuevas bases) la fisiológica función selectiva del dolo de fraude: del adverbio «fraudulentamente» se pueden y se deben recabar apuntes interpretativos que resultan preciosos para llenar de contenido el propio tipo objetivo del delito. Como desde hace años ha venido apuntando la doctrina con eficacia, el adverbio en cuestión parece de hecho «postular una actitud engañosa ya sobre el plano objetivo, capaz de restituir a la idea de falsedad todo su potencial alcance. La falsedad fraudulenta no se puede reducir a una simple deformidad de la verdad: reclama un componente de insidia, representada por una apariencia de verdad; presupone una *imitatio*, más que una *immutatio veri*».

En este punto, queriendo aventurar una telegráfica confrontación con el correspondiente tipo español de falsedad en balance, debe subrayarse que, respecto al modelo italiano, el adoptado por el legislador español se

distingue por la búsqueda de una ofensividad más notable sobre el terreno económico-patrimonial. El proceso de «desmaterialización» e «institucionalización» del objeto de tutela, que ha llevado a la doctrina italiana, siguiendo el modelo de la alemana, a elevar al rango de bien penalmente protegido el interés supraindividual en la veracidad y complitud de los balances y de la información societaria en general, encuentra en el código español una cierta redimensión: la punibilidad se vincula a la verificación de una «idoneidad para causar un perjuicio económico» («*de forma idónea para causar un perjuicio económico*»), con la previsión de una agravación de la pena cuando tal perjuicio se haya causado efectivamente.

Por otra parte, la apertura a un círculo indeterminado de posibles sujetos pasivos –de la sociedad a los antiguos socios, hasta los terceros en general– viene a confirmar, de todos modos, el carácter general y difuso de la tutela penal: se confirma la disponibilidad del precepto para garantizar tanto la vertiente «intrasocietaria» como la «extrasocietaria» de aquel caledoscópico «haz de intereses» que ha inducido tradicionalmente a la doctrina y jurisprudencia italiana a connotar las falsas comunicaciones sociales con el matiz de la «pluriofensividad».

Falta por ver –y sólo el examen de las primeras experiencias jurisprudenciales lo confirmará o desmentirá– si la cláusula de la idoneidad ofensiva en el plano económico podrá efectivamente funcionar como criterio selectivo útil y creíble del merecimiento de pena de la falsa información societaria; o si, vicerversa, vaciada del indispensable componente de concreción y entendida como idoneidad general y abstracta, no terminará por correr una suerte análoga a la que, como se ha visto, le ha tocado, en Italia, al adverbio «fraudentemente» del art. 2621 núm. 1 Cc.

Al menos en el plano del objeto material, sin embargo, parece que el tipo penal español presenta límites más sólidos y visibles que el italiano: en efecto, de la irreductible ambigüedad del concepto de «comunicaciones sociales» se pasa a la mención de los «*documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*». Ante todo, resulta obvia la exclusión de las comunicaciones orales (al contrario de lo que se mantiene en Italia, sobre la base de la fórmula omnicomprendensiva del art. 2621 núm. 1 Cc); pero si debe atribuirse a las palabras del legislador un significado polisémico –y si la definición de la proyección funcional de la información societaria susceptible de tutela penal debe ser entendida en térmi-



nos objetivos— deberá tratarse entonces de documentos que tenían un *destino jurídicamente predeterminado*; con exclusión, por lo tanto, de gran parte de la casuística que la jurisprudencia italiana ha reconducido tantas veces al concepto de «comunicaciones sociales» (balances tipo, comunicaciones informales y reservadas para un destinatario determinado, solicitudes de financiación presentadas ante entidades de crédito, etc.).

En lo que concierne a la problemática de las comunicaciones a las autoridades públicas de vigilancia (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España), la presencia de un tipo como el del art. 294, proyectado *ad hoc* sobre las funciones de los órganos de control externo, parece inclinarse por una radical división en el sentido de que la falsedad de los documentos enviados a las autoridades sea sancionada penalmente no ya dentro del ámbito del art. 290, sino como hipótesis de obstaculización del ejercicio de las funciones de tales órganos, y sólo —dada la estructura del tipo— si es efectivamente idónea para producir realmente un resultado similar.

**III.** Si la tutela de la información societaria representa hoy, en Italia, el «motor propulsor» de la intervención penal en materia societaria —el núcleo del Derecho penal societario actual—, el grupo de incriminaciones más conspicuo de todo el sector es, sin embargo, el relativo a la «*salvaguardia del capital social y de las reservas indisponibles*».

La tutela de este bien jurídico ha representado siempre, en efecto, uno de los principales filones de intervención del legislador penal societario; y hoy lo es todavía más, debido a la influencia de numerosas directivas comunitarias (en particular a partir de la Segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976), que han individualizado el reforzamiento de tal tutela jurídica como uno de los puntos principales del proceso de armonización de la normativa societaria a escala europea.

Bajo el perfil de la técnica normativa penal, la progresiva valorización de la exigencia de tutela del capital representa otro capítulo significativo de la tendencia —tan destacada en la historia de la disciplina penal societaria— a la emersión de nuevas objetividades jurídicas de naturaleza «*institucional*», que anticipan la protección de los intereses finales de naturaleza patrimonial. El capital social (y, junto a él, las reservas indisponibles) representan, de hecho, entidades ideales y abstractas, una cuota del

patrimonio social vinculada a la garantía de los terceros acreedores (el patrimonio social neto indisponible); pero la tutela de la entidad instrumental, si se quiere que tenga sentido –el sentido de garantizar *a priori* la fiabilidad de la sociedad en sus comunicaciones a terceros–, debe prescindir de la verificación de un perjuicio efectivo de los derechos de los acreedores e incluso olvidarse de la misma existencia de los acreedores sociales.

Con la consolidación de las instituciones societarias la integridad del capital social ha acabado por asumir *la autonomía y la identidad de un verdadero y propio bien jurídico*, un bien de naturaleza siempre *instrumental*, pero digno de tutela en cuanto reducto último en garantía del patrimonio de los terceros que están o pueden entrar en contacto con la sociedad.

En primera línea, en el horizonte último de la tutela penal se encuentran sin más los intereses patrimoniales de los acreedores sociales (actuales y potenciales); pero también la sociedad y los socios *uti singuli* están indirectamente interesados en la salvaguardia de tal bien, como un interés general en la seguridad de las relaciones económicas.

La tutela del capital social se articula en dos momentos, lógica y conceptualmente distintos: en la *fase inicial* del capital –o sea, en el momento de la constitución o transformación de la sociedad y en el del aumento del capital social– se trata de garantizar la *efectividad* del capital, es decir, su inicial correspondencia con el valor real de las aportaciones; en la sucesiva *fase del ejercicio de la gestión social* se impone la ulterior exigencia de mantener la *integridad* del capital social (y de las reservas obligatorias).

La tutela en la fase inicial se traduce, para las sociedades de capital, en la garantía de la efectividad de las *aportaciones de los socios*: se toma en consideración, ante todo –por lo que concierne a las aportaciones dinerarias– el tipo que incrimina la emisión de acciones o la atribución de cuotas por una suma inferior a su valor nominal, así como –en una perspectiva de mayor anticipación de la intervención penal– la emisión de nuevas acciones o la atribución de nuevas cuotas antes de la total liberación de las que han sido suscritas anteriormente (art. 2630 párrafo 1º núm. 1 Cc).

A las aportaciones en especie, y a los más numerosos engaños a que pueden dar lugar bajo el perfil de la garantía de la realidad del capital social, se dedica el tipo que incrimina –tanto en sede de constitución de la sociedad, como en las eventuales fases sucesivas de aumento del capital o de transformación de la sociedad– la fraudulenta sobrevaloración

de los bienes en especie conferidos a la sociedad o de aquellos bienes que la sociedad haya adquirido de sus propios socios o administradores (art. 2629 Cc).

Otros tipos, en fin, sancionan la violación de la prohibición de suscripción de las acciones o cuotas propias por parte de la sociedad emisora, o bien de las acciones o cuotas de la sociedad controlante por parte de la sociedad controlada (art. 2630 bis Cc).

Con el fin de salvaguardar la integridad del capital social en la fase sucesiva del ejercicio de la gestión social, el legislador procede sin embargo a castigar con sanciones penales, en particular, comportamientos como la indebida restitución de las aportaciones o la liberación de la obligación de realizarlas que pesa sobre los socios, exceptuando el caso de reducción del capital (art. 2623 núm. 1 Cc), el reparto ilegal de beneficios o de dividendos a cuenta (art. 2621 núms. 2 y 3 Cc); las maniobras indebidas sobre las acciones o cuotas propias por parte de la sociedad emisora y las participaciones recíprocas entre sociedad controlante y controlada (art. 2630 párrafo 1º núm. 2 y párrafo 2º núm. 4 Cc); las irregularidades en el procedimiento de reducción del capital, fusión y escisión de la sociedad (art. 2623 núm. 1 Cc).

Sin entrar en el análisis de las concretas figuras delictivas, es significativo subrayar en este ámbito, sobre todo, la radical divergencia de las opciones político-criminales acogidas respectivamente por el legislador italiano y por el español en lo que respecta a la necesidad de intervenir penalmente con el fin de tutelar la efectividad y la integridad del capital social: éste es, sin duda, el punto de mayor divergencia entre los dos ordenamientos, en la definición de los contenidos de la materia penal societaria.

Por supuesto, la exigencia de salvaguardia del capital social y de las reservas indisponibles no es completamente extraña al ordenamiento español —que por otra parte le imponen las directivas comunitarias—, pero se lleva a cabo esencialmente a través de los instrumentos sancionadores administrativos; parece que podría recurrirse a la sanción penal solamente cuando la lesión de la integridad del capital social se realizase a través de un abuso de los bienes sociales con perjuicio inmediato de los socios o de los otros sujetos pasivos mencionados en el art. 295 CP, la norma incriminadora de la «*administración desleal*» o «*fraudulenta*» del patrimonio social. Sin embargo, hipótesis como el reparto de beneficios ficticios o la adquisición de acciones propias con sumas procedentes de los fondos sociales

indisponibles, mientras que dañan directamente la garantía de los acreedores, no agreden necesariamente ni el interés de la sociedad, y menos todavía el de los socios singulares, los cuales podrían resultar incluso beneficiados por la operación ilícita, mientras que los acreedores sociales, por otra parte, no figuran en el círculo de titulares de los intereses protegidos por el tipo de *administración infiel* introducido por el nuevo Código penal.

IV. La referencia a este último tipo –tal vez la novedad de más relieve entre las nuevas figuras de delitos societarios introducidas por el legislador de 1995– induce a aludir brevemente al sector con más lagunas entre todos aquellos que componen la disciplina penal societaria italiana, es decir, el sector de la tutela del *patrimonio social* contra la *infidelidad* de los órganos sociales.

Esta tutela permanece en efecto todavía hoy confiada –ante la ausencia continuada de un tipo general de *infidelidad patrimonial* o de *abuso de los bienes sociales*– a una serie de tipos tan «asfixiantes» e inadecuados para la finalidad perseguida, tipos puramente formales, como tantas veces ha observado la doctrina, de carácter más disciplinario que propiamente penal; normas de «etiqueta» o de «buenas formas administrativas», excesivamente severas cuando se destinan a incriminar simples infracciones formales, pero absolutamente inermes frente a los más graves abusos que pueden ser perpetrados por los administradores en perjuicio del patrimonio social y de los ahorradores; normas la mayoría de las veces absolutamente inútiles –y de hecho casi ausentes de los repertorios jurisprudenciales–, pero que pueden (o podrían) también resultar abiertamente contraproducentes volviéndose como un «*boomerang*» contra las propias exigencias de salvaguardia del patrimonio social que representan su exclusiva razón de ser.

Es paradigmático, a este respecto, el caso del art. 2631 Cc, es decir, el tipo del *conflicto de intereses* de los administradores de sociedades de capital, que, en relación con dicho sector de la disciplina penal societaria, es, seguramente y con diferencia, la figura más significativa. La norma sanciona al administrador que se limite a participar en la deliberación del consejo de administración cuando se encuentra en una situación de conflicto de intereses con la sociedad en relación a la específica operación sobre la que se delibera.

El legislador –quizás deseoso de simplificar la labor del juez penal– parece haber querido sancionar la pura y simple violación del deber formal de abstención, desinteresándose del contenido del voto del administrador, que podría incluso haber votado a favor del interés social sacrificando el interés conflictivo, extrasocial, del que es portador (por cuenta propia o de terceros), e incluso podría haber conciliado de forma positiva ambos intereses. Se trata de una solución normativa que ya a primera vista resulta paradójica, pero que termina revelándose absolutamente irracional (el efecto «*boomerang*» al que antes aludía) cuando se pone en relación con los *grupos de sociedades*.

La rigidez de la tutela penal que se deriva de la imposición de una obligación de abstención se arriesga, de hecho, a provocar un efecto incongruente de parálisis de la actividad fisiológica de los grupos de sociedades –en particular en la esfera de las operaciones intragrupo–, sin que pueda impedir, sin embargo, los verdaderos abusos del poder de gestión que, como enseña la experiencia, difícilmente se formalizan en acuerdos del consejo, prefiriéndose, antes bien, seguir vías más seguras y menos visibles (administración delegada, directivas informales de la sociedad controlante a la controlada, etc.).

Por tanto, más allá de los márgenes de reinterpretación del tipo en clave sustancial, que atenúe al menos las consecuencias más evidentemente irracionales de la solución normativa adoptada por el legislador, no parece, sin embargo, que subsistan muchas dudas acerca de la oportunidad de una reforma legislativa que permita reestructurar sobre nuevas bases el tipo del conflicto de intereses, teniendo en cuenta también las indicaciones aportadas por la experiencia comparada, que nos muestra desde hace tiempo significativos modelos alternativos de penalización de las conductas de infidelidad patrimonial (el ejemplo alemán de la «*Untreue*») o del abuso de bienes sociales (el ejemplo francés del «*abus des biens, du crédit, des pouvoirs et des voix*»).

V. Por esta vía, como es sabido, se ha encaminado últimamente también el legislador español, con un modelo de delito –el contenido en el art. 295 del nuevo Código penal– que, por las razones ya expuestas, es también del máximo interés para el jurista italiano.

La formulación de la norma –como saben todos ustedes– es el resultado de una elaboración notablemente atormentada: varias veces modifica-

do durante los trabajos preparatorios, el tipo aparece en su versión definitiva con una construcción francamente «barroca», no siendo nada fácil encontrar antecedentes de la misma en otros ordenamientos, a pesar de la constante alusión de la doctrina española al modelo alemán de la *Untreue*.

Con el delito alemán, en realidad, los puntos de contacto son en extremo superficiales, concerniendo exclusivamente al perfil exterior de la conducta (abuso del poder de disponer de bienes ajenos o de obligar a otros), pero sucede que también en relación con el modelo francés –con el cual el legislador español ha compartido la opción de fondo a favor de un tipo de infidelidad circunscrito al horizonte societario– la técnica de descripción típica parece coincidir sólo por cuanto se refiere al objeto material de la gestión infiel (los bienes de la sociedad).

Entre los sujetos activos del delito –al lado de «*los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación*» (expresión que aparece al inicio de casi todos los delitos societarios)– aparecen también los socios. Se trata de una extensión subjetiva que no es fácil de explicar tratándose de un tipo que presupone el ejercicio de las facultades de gestión de los bienes sociales y el abuso de las funciones propias del cargo. No parece convincente la tesis según la cual el legislador habría querido hacer referencia a los socios que ejercen funciones administrativas dentro de las sociedades personalistas, puesto que tales sujetos ya resultan incluidos en la mención a los administradores (de derecho).

Las perplejidades más graves se derivan, no obstante, no tanto de la definición legislativa de los sujetos activos, cuanto de la descripción de los *sujetos pasivos* y del *objeto material* del delito. La larga y atormentada génesis del precepto parece, de hecho, haber producido una forma singular de confusión entre el bien jurídico y el objeto material del delito, de la que podrían derivarse efectos paralizantes en orden a la futura aplicación del tipo.

Por un lado, de hecho, el comportamiento abusivo y fraudulento del administrador debe tener por objeto necesariamente los «*bienes de la sociedad*», por otro, sin embargo, el «perjuicio económicamente evaluable» debe recaer directamente sobre otras categorías de sujetos: «*socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*».

La ampliación de la esfera de sujetos pasivos es presumiblemente el fruto, madurado en los sucesivos proyectos, de una toma de conciencia del

legislador acerca de la oportunidad político-criminal de intervenir no sólo ante los conflictos de intereses «internos» entre sociedad y administrador, sino también ante los posibles conflictos «externos» entre la sociedad (o la persona del administrador) y particulares categorías de terceros que hayan confiado a ésta la gestión de sus bienes, en especial en relación con los distintos sectores de la intermediación financiera y crediticia. De ello deriva, por tanto, la mención de sujetos como los «*depositarios*» (más bien depositantes), o los «*titulares de los bienes, valores o capital*» administrados.

Si queda claro, por lo tanto, el criterio inspirador que había inducido –a partir de los Proyectos de 1983 y de 1992– a tal extensión de la objetividad jurídica, sin embargo, tal extensión no se aprecia en la redacción definitiva del tipo penal; por una parte, en el último momento no se ha incluido a la *sociedad* en el círculo de posibles sujetos perjudicados; y por otra parte, el objeto material de la acción queda circunscrito al solo patrimonio social, sin extenderse a los otros «*bienes, valores o capital*» de terceros que, por diferentes títulos, viene gestionando la sociedad.

Las carencias mencionadas parecen, a mi juicio, imposibles de subsanar en sede de interpretación. Por otra parte, analizando retrospectivamente la compleja génesis del texto penal, estas deficiencias aparecen no tanto como el producto de una simple imprevisión técnica, sino, sobre todo, como el de una verdadera «crisis de identidad» de los tipos penales, perfectamente apreciable en las radicales diferencias que existen respectivamente entre los diferentes Proyectos de 1992, el de 1994 y la versión definitiva de 1995.

El hecho de que el legislador no haya tomado en consideración el perjuicio de la sociedad sino –desde la vertiente interna de la compañía societaria– el sufrido por los *socios*, no puede de ningún modo carecer de consecuencias en el plano interpretativo. No es necesario, desde luego, acceder a una concepción institucional del interés social para reconocer la autonomía de la tutela de éste último respecto de los intereses individuales de los socios, y la distinción entre las dos esferas de intereses está aquí acentuada por el hecho que el perjuicio a los socios debe ser provocado, dada la formula adoptada por el legislador, «*directamente*».

Se ha sostenido que es posible reparar la omisión de la mención de la sociedad considerando a la misma implícitamente comprendida en la genérica previsión de los «*titulares de los bienes, valores o capital*» gestiona-

dos por los administradores. Pero, al margen de la tortuosidad objetiva del significado que se le atribuiría, de esta forma, a la locución normativa, esta tesis contrasta tanto con la *ratio* de esta última fórmula de cierre –que intenta, evidentemente, aludir a las actividades de gestión de bienes de terceros ejercitadas por los bancos y por los entes de intermediación financiera– como con el análisis de los trabajos preparatorios –donde se había previsto la mención expresa, en diversas ocasiones, de la sociedad– o, en fin, con una lectura sistemática de los *delitos societarios*: en otro lugar, de hecho, –y, en especial, en el art. 291 CP– el legislador demuestra inequívocamente haber tenido bien presente la distinción entre intereses individuales de los socios e intereses de la sociedad, incriminando la adopción de deliberaciones abusivas «en perjuicio de otros socios y sin que se deriven beneficios para la misma [la sociedad]», reconociendo implícitamente, de esta forma, que los perjuicios de unos podrían ser compatibles en algunos casos con la realización del interés de la otra (y viceversa). Si es así, por lo tanto, la falta de mención expresa de la sociedad entre los sujetos pasivos del delito del art. 295 no puede ser de ningún modo eludida o corregida por vía interpretativa.

La fórmula empleada por el legislador, por lo tanto, no parece tener otro significado verosímil que no sea el de afirmar la necesidad, a los fines de consumación del delito, de un perjuicio de los socios distinto y ulterior respecto a la pura y simple pérdida de valor de las participaciones sociales derivada de la lesión del patrimonio del ente (que, en este caso, no se trataría de un perjuicio *directo* de los socios, sino de un perjuicio *indirecto*, resultando en cambio, directamente perjudicada la sociedad). Deberá tratarse de un perjuicio que afecte directamente a la particular posición del socio o de un determinado grupo de socios *uti singuli*, prescindiendo de las eventuales repercusiones sobre el patrimonio social.

Pero hay más: sobre la base de la letra de la ley no sólo no cabe imponer la búsqueda de un *perjuicio para la sociedad*, sino que –en rigor– ésta podría incluso recibir beneficios del acto de gestión ilícita.

Podría ser el caso, por ejemplo, de una adquisición indebida de acciones propias realizada violando los límites legales y que –independientemente del efecto que la operación pueda tener en relación con los intereses económicos de la sociedad– perjudique directamente la posición de alguno de los socios (porque, por ejemplo, toda la maniobra pretenda un cambio



del equilibrio de fuerzas en la sociedad, o bien consolidar el grupo de control o debilitar a los socios pertenecientes a la minoría, etc.). No parece que puedan existir muchas dudas acerca de la posibilidad de reconducir una operación de este tipo al paradigma normativo del art. 295 CP, incluso cuando la adquisición de las acciones tenga repercusiones patrimoniales positivas para la sociedad (favoreciendo, por ejemplo, un aumento de valor de los títulos en el mercado). En este sentido, esta interpretación se apoya en la ausencia, ya señalada, de disposiciones penales protectoras de la integridad del capital social, así como en la función análoga que está cumpliendo desde hace tiempo, en este mismo terreno, el tipo alemán de la *Untreue*.

De todo ello se deriva, evidentemente, un cambio radical de perspectiva respecto a los modelos ya conocidos de infidelidad en la gestión social, pero en el fondo se trata de una transformación (consciente o no, desde el punto de vista del legislador) coherente con la regulación de los *delitos societarios*, en la que la tutela de las minorías accionariales y de los derechos individuales de los socios parece haber ejercido una considerable fuerza de atracción para el legislador. Cuando se considera indispensable empuñar el arma de la sanción penal para sancionar los acuerdos del consejo o de la junta general adoptados con abuso de posición mayoritaria (art. 291 CP), los acuerdos lesivos para la sociedad o para alguno de los socios adoptados a través de mayorías ficticias (art. 292 CP) y la obstaculización al ejercicio de los derechos individuales de los socios (art. 293 CP) —en el marco de una intervención penal en materia societaria que, por lo demás, se reduce a la incriminación de la falsa información social de contenido económico (art. 290 CP) y de la obstaculización del ejercicio de la actividad de los órganos de control externo a la sociedad (art. 294 CP)— no desentona un tipo de administración fraudulenta construido en clave de tutela individual de los socios, que deja de lado una perspectiva de tutela del patrimonio social.

Queda siempre, es cierto, la significativa apertura del tipo en relación con los intereses *patrimoniales* de los *terceros* («*depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital*» administrados), intereses que contribuyen, también ellos, junto con los que corresponden a los socios, a la definición de los contornos objetivos del tipo. Pero la extensión de la capacidad de tutela del tipo al exterior de la relación social resul-

ta de hecho comprometida –si no completamente paralizada– por el otro punto de fricción entre bien jurídico y objeto material de la acción que hemos tenido ya ocasión de comentar.

El perjuicio sufrido por los terceros es relevante, únicamente, cuando se derive «*directamente*» de un acto de disposición realizado sobre los «*bienes de la sociedad*», o bien de una obligación contraída a cargo de ésta. Pero los *bienes de los terceros* –tanto en el sector de la intermediación crediticia como en la financiera– no se convierten nunca en bienes de la sociedad, con independencia del fundamental principio de rígida separación entre el *patrimonio del ente* (crediticio o de intermediación financiera) y el *patrimonio de la clientela* (depósitos bancarios, carteras de inversión, etc.)

La formulación de la norma incriminadora parece redundante en la vertiente de la conducta típica: el acto dispositivo de los bienes de la sociedad, o del que deriva una obligación a cargo de esta última, debe caracterizarse de hecho no sólo como *abuso de las funciones*, sino incluso como *comportamiento fraudulento*.

Por lo que se refiere al primer requisito, surge evidentemente un problema de compatibilidad con la inclusión de los socios en la esfera de los sujetos activos. Pero es sobre todo el segundo requisito el que parece de más ardua identificación, y una vía correcta no puede ciertamente derivarse, en este caso, de la experiencia del ordenamiento italiano, donde la presencia del adverbio «*fraudulentamente*» en algunos puntos neurálgicos del Derecho penal societario (en los arts. 2621 núm. 1 y 2629 Cc) ha representado durante años, como ya se ha visto, un formidable obstáculo en el plano aplicativo, rodeado hoy (más que superado) por discutibles interpretaciones extensivas. Resulta difícil, sin embargo, en lo que se refiere al tipo de injusto del art. 295 del Código español, atribuir a tal previsión un significado que no sea sino un inútil pleonismo.

Un último aspecto, finalmente, del tipo de *administración fraudulenta* que ha hecho surgir una fuerte perplejidad, se refiere al perfil sancionador, que permite el nacimiento de una grave y no justificada discrepancia de tratamiento con el sistema de los delitos contra el patrimonio. Mientras que, de hecho, los márgenes legales previstos para los tipos de *estafa* (art. 248 CP) y *apropiación indebida* (art. 252 CP) suponen de seis meses a cuatro años de pena privativa de libertad (art. 249 CP), susceptibles de elevarse de uno a seis años –añadido a la pena pecuniaria– en virtud de las agravantes

específicas (art. 250 CP), para el delito societario del art. 295 se ha establecido un simple régimen de *alternatividad entre pena privativa de libertad y pecuniaria*, sin hacer ni siquiera previsión de circunstancias agravantes.

De ello deriva, entre otras cosas, –una vez excluida la configuración de un concurso aparente de normas penales en las hipótesis de apropiación indebida de bienes sociales por parte de los administradores– la rendición del delito societario frente al tipo común más gravemente sancionado. Pero, sobre todo, de ahí deriva la sensación de que el legislador, en realidad, ha sido perfectamente consciente de haber dado vida, con el art. 295, a un tipo destinado fundamentalmente a sancionar hipótesis de abuso de las funciones administrativas de lesividad circunscrita e implicando en primer lugar a las personas de los socios, más que a la sociedad y a los terceros. El nivel sancionador es de hecho equiparable al de las figuras delictivas ofensivas de los derechos de los socios (arts. 291 y 292 CP), que asimismo prevén un régimen análogo de *alternatividad entre diversos tipos de sanción*; mientras se aleja claramente de lo establecido para el tipo de *ofensividad difusa por excelencia*, o sea, el de *falsedad en el balance*, para el cual el art. 290 prevé la *acumulación de pena pecuniaria y pena privativa de libertad*.

VI. Regresando al ordenamiento italiano, después de esta larga digresión sobre el tipo de *administración desleal*, restaría todavía por tratar un último y fundamental capítulo de la intervención penal en materia societaria, que es el relativo a la *tutela de las funciones de control* sobre la administración social. Pero evidentes razones de espacio y de tiempo me impiden aquí afrontar el argumento; y, por otra parte, el sector de gran extensión más relevante de la disciplina de los controles y de la relativa tutela penal se encuentra hoy más allá del Derecho penal societario estrictamente entendido.

Aludo, como es evidente, a las funciones de *control externo* atribuidas a la sociedad de revisión y, sobre todo, a las distintas «autoridades administrativas independientes» («*órganos de supervisión administrativa*») encargadas de la vigilancia de los diversos sectores y sujetos de la actividad económica: un tema, por consiguiente, perteneciente al Derecho penal de los mercados financieros y que será afrontado en otras ponencias.

En el núcleo originario del Derecho penal societario la única forma de tutela de las funciones de control se concreta en el *control interno* ejer-

cido por el colegio de síndicos («auditores de cuentas») y –en las sociedades desprovistas de tal órgano– por los socios singulares (art. 2623 núm. 3 Cc). Pero se trata de un tipo que –a despecho de su relevante perfil sancionador (hoy decidida y paradójicamente superior al de las bastante más importantes formas de tutela de los controles externos)– no ha asumido ningún significativo papel político-criminal, afectado como ha sido por la práctica decadencia de las funciones del colegio de síndicos.

**VII.** Deseo concluir –dado el carácter internacional de nuestro encuentro– con una brevísima consideración de orden comparado.

Con el advenimiento de los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995 se puede ya decir que la presencia de tipos incriminadores *ad hoc* dirigidos a la materia societaria y a sus peculiaridades, representa hoy una constante de todos los ordenamientos jurídicos que conozcan una organización de la actividad económica bajo las formas típicas de las sociedades de capital y, más en general, de las sociedades mercantiles. Es particularmente significativo, por ejemplo, que por la vía de la previsión de figuras autónomas de delitos societarios estén surgiendo rápidamente –como consecuencia inmediata de la recepción de las estructuras jurídicas de la economía de mercado– incluso en los ordenamientos de los países de la Europa oriental (cfr., por ejemplo, los arts. 470 a 490 del Código de comercio polaco reformado, o los párrafos 298/A, 298/B, 298/C, 299, 299/A del Código penal húngaro elaborado en la primera mitad de los años noventa).

Pero si sobre el «*quo*» de la intervención penal el *trend* internacional es unívoco, no se puede decir lo mismo del «*quantum*» y del «*quomodo*» en orden al contenido, la extensión, las técnicas y los instrumentos de la intervención sancionadora. En este campo, en efecto, la gama de las opciones político-criminales es de lo más variada y las distancias entre las diversas soluciones nacionales tienden más a acentuarse que a reducirse.

La única verdad constante parece ser la presencia de una criminalización de la *falsedad en el balance*: como tipo unitario (en la mayor parte de los casos) o subdividido en una pluralidad de disposiciones incriminadoras (como en Alemania), como tipo fijo (como en Francia), o bien insertado en el ámbito de una más amplia figura de falsas comunicaciones sociales (como en Italia y en España). Más allá de la falsedad en el balance, sin embargo, reina una gran variedad en la elección de incriminaciones (tanto que hasta

el Principado de Andorra y la República de San Marino presentan significativas peculiaridades nacionales sobre el plano de los modelos de tipos): una variedad bajo la cual se ocultan incluso diferentes elecciones de fondo acerca de la relación entre tutela penal, civil y administrativa y acerca del merecimiento y la necesidad de protección penal de determinados bienes e intereses (piénsese, por ejemplo, en las diferencias de valoración –sobre el plano incluso de las decisiones valorativas– que han inducido, por un lado, al legislador italiano a privilegiar la exigencia de salvaguardar también penalmente la integridad del capital social, o bien que, por otro lado, han empujado al legislador español a valorar la tutela de los socios *uti singuli*).

Emergen diferencias llamativas, pues, en orden a la *ubicación* de la disciplina penal societaria, de consecuencias significativas (y no siempre fácilmente previsibles) sobre el plano de la técnica de formulación de las normas y sobre el plano de las relaciones entre las disposiciones penales y su sustrato civil. Sobre este terreno destaca por su originalidad la opción codicilar acogida por el legislador español de 1995, que contrasta con la mayor parte de los ordenamientos europeos, pero se halla en coherencia con la propia tradición de centralidad del Código y de preclusión frente al crecimiento de la legislación penal especial. Por el contrario, en la generalidad de los ordenamientos que conocen una específica disciplina penal societaria, la sede normativa es la misma que acoge la reglamentación primaria de naturaleza civil de vez en cuando: el Código civil (como actualmente en Italia), el Código de comercio (como sucedía en el pasado en Italia y aún hoy, parcialmente, en Alemania) o bien apéndices legales especiales (como por ejemplo en Francia, en Alemania, en Austria, en Grecia).

Más allá, por tanto, de la localización, de la cantidad y de la identidad de los singulares tipos delictivos, parece muy diversificado, en los diversos ordenamientos nacionales, el *peso específico* de la intervención penal en materia societaria respecto de otros instrumentos de tutela jurídica. Piénsese, por ejemplo, en la situación alemana, donde a las normas del Derecho penal societario corresponde en la praxis un papel bastante marginal y residual y donde bastante más significativo aparece, por una parte, el recurso al instrumento sancionador extrapenal de las «*Ordnungswidrigkeiten*» y, por otra parte, el empleo de tipos delictivos extraídos del tradicional arsenal de los delitos contra el patrimonio, comenzando por la figura de la *Untreue* (§ 264 StGB).

En el extremo opuesto parece situarse en cambio el modelo francés, donde la escasa o nula operatividad de los instrumentos de tutela extrape-  
nal, comenzando por los remedios de índole civil, parecen haber transforma-  
do el recurso al instrumento penal en una suerte de *primera* (o *única*) *ratio*:  
tendencia que emerge de forma clamorosa, en particular, en el tema de los  
grupos de sociedades, donde los nudos no resueltos de la reglamentación civil  
tienden a traducirse inmediatamente en cuestiones penales (con referencia  
sobre todo a la aplicación de la norma sobre el *abus des biens sociaux*).

Emerge por consiguiente, en conclusión, una singular contradicción:  
en la Europa del mercado único y, mañana, en la Europa de la moneda  
única, el *derecho de las sociedades*, –objeto privilegiado de atención por  
parte de las directivas comunitarias– tiende cada vez más a armonizarse y  
a uniformarse en sus principios y en sus líneas maestras (y tal es la fuerza  
de atracción de la tendencia a la armonización, que incluso un país como  
Suiza, tradicionalmente refractario al ingreso en la Unión Europea, tiende  
hoy a adecuar espontáneamente el propio ordenamiento a los contenidos  
de las directivas comunitarias en materia societaria); pero en el *Derecho  
penal de las sociedades* está todavía bastante lejos de abrirse la vía de la  
armonización (y parece más bien, a veces, que se recorre la vía opuesta de  
la diversificación entre los ordenamientos nacionales).

Es un problema que no se podrá dejar de afrontar en el trayecto  
hacia la unidad europea sin que, por lo demás, falten los instrumentos para  
promover un cambio, como ha demostrado el ejemplo de la directiva sobre  
el *insider trading*, que ha abonado un fenómeno –sin precedentes en nuestro  
continente– de nacimiento y difusión simultánea a escala europea de un  
nuevo modelo de tipo incriminador. De modo diverso, si la progresiva ar-  
monización de la disciplina civil y administrativa de las sociedades no  
hiciese de adecuado contrapunto a una paralela armonización de las res-  
puestas represivas –y, por consiguiente, de las condiciones de riesgo penal  
y de tutela penal dentro de los diversos ordenamientos nacionales– el peli-  
gro radica en que el Derecho penal societario, con todas sus actuales faltas  
de armonía y discrepancias nacionales, se transforme en un poco congruente  
y antihistórico factor de alteración de la competencia, comprometiendo la  
igualdad de condiciones jurídicas entre los operadores económicos de los  
diversos países de la Unión europea.