

# **LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS: LA EXPERIENCIA ITALIANA\***

Vincenzo Militello  
Associato di Diritto penale  
Università degli Studi di Palermo

## **1. LA DOBLE RELEVANCIA PENAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS**

Desde las primeras investigaciones penales acerca del fenómeno de los grupos, es decir, acerca del verdadero y propio sujeto complejo que ya domina el escenario económico contemporáneo, se ha individualizado la duplicidad fundamental de sus ámbitos de relevancia, tanto como posible marco de realización de comportamientos criminales, como, por el contrario, como posible marco de licitud<sup>1</sup>. Ciertamente es que a lo largo del tiempo tal doble encuadramiento se ha mostrado como insuficiente para agotar las diversas formas de aparición penal de los grupos, como demuestra de for-

---

\* Traducción de Patricia Faraldo Casanova y José Ángel Brandariz García. Universidad de A Coruña.

<sup>1</sup> Vid. ya DELMAS-MARTY, *Le droit pénal des sociétés commerciales et la discipline pénale des marchés mobiliers en France*, en PEDRAZZI/COCO (ed.), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 59. Últimamente, FOFFANI, *Gruppi di società e conflitto di interessi: profili penalistici*, en BALZARINI y otros (ed.), *I gruppi di società* (Atti del Convegno di Venezia, 16-18 novembre 1995), Vol.II, Milano, 1996, 1253.

ma particularmente clara el específico reconocimiento de los mismos como posibles víctimas de delitos<sup>2</sup>; ahora bien, la necesidad de enriquecer el mencionado cuadro no disminuye su valor como base imprescindible para cualquier profundización ulterior en la materia, también con el fin de individualizar formas de intervención al mismo tiempo adecuadas y eficaces.

Adecuadas, en particular, a los dos factores que alimentan tal orden organizativo y funcional de las empresas: por un lado, su legitimidad de principio, que cabe encontrar ya en el fundamental reconocimiento constitucional de la libertad de iniciativa económica, por otro lado, su funcionalidad en relación con un empleo más racional de los factores productivos en una economía de mercado. Por cuanto se refiere a la eficacia de las intervenciones frente a los grupos, ésta hace referencia a la capacidad de contrastar las manifestaciones ofensivas de bienes penalmente relevantes que se revelen conectadas a una tal articulación de las empresas.

A pesar de que no podrán aquí desarrollarse todas las implicaciones de las coordinadas fundamentales del fenómeno, sí cabe resaltar preliminarmente la duplicidad de aspectos que la materia presenta, subrayando así los riesgos de una consideración unilateral de la problemática<sup>3</sup>.

## 2. LA RELEVANCIA NORMATIVA DEL GRUPO COMO MARCO DE POSIBLES ILÍCITOS

Todavía hoy, tanto en el ordenamiento italiano como en no pocos países occidentales, falta un estatuto normativo general de los grupos, entendido como disciplina-marco que sistematice y regule de modo coherente y al menos tendencialmente exhaustivo los diversos aspectos societarios, fiscales, jurídico-laborales, penales reconducibles a los grupos. Ahora bien, aunque con un innegable retardo respecto a la difusión del fenómeno, des-

---

<sup>2</sup> Para una interesante ejemplificación de lo expuesto, en torno al texto único bancario (d. l.vo 1.9.1993 n.385), permítaseme remitir a MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, RTDPE 1995, 44 s.

<sup>3</sup> También puede extenderse a los grupos aquella llamada de atención sobre la fundamental licitud del fenómeno que, en relación con la empresa, se contenía en la apertura de un trabajo de PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, RTDPE 1988, 125 s.

de hace ya algún tiempo afloran a nivel normativo partes cada vez más importantes de esta realidad; y, por cuanto se refiere al específico punto de vista penal, de no pocas de tales cuñas normativas se puede deducir una gradual toma de conciencia de nuestro legislador –por lo demás a menudo impuesta por fuentes normativas europeas– en relación con las potencialidades criminales conectadas a las estructuras de grupo. Y ello con referencia no sólo a normas de directa relevancia penal, en las cuales aparecen como evidentes las exigencias de tutela que se conectan con las agrupaciones empresariales y sus respectivas actividades<sup>4</sup>, sino también en relación a un círculo más vasto de normas, en las cuales las actividades del grupo reclaman una disciplina ya en el plano administrativo<sup>5</sup>.

Se puede partir de esta última vertiente, que pone en guardia frente a una exclusiva consideración en términos represivos del fenómeno en examen. Su fundamental licitud y su propia utilidad como factor de racionalización del mercado no pueden separarse de la consideración de los riesgos que las actividades de los grupos implican no sólo respecto a intereses de tipo económico, sino también respecto a otros de relevancia todavía mayor, que por esta razón son indicados expresamente como límites de la propia libertad de iniciativa económica del art. 41 párrafo 2 de la Constitución.

Un ejemplo interesante del modo en que este equilibrio se regula positivamente es ofrecido por el art. 19 párrafo 1 letra h del decreto legislativo 24.2.1998 n. 58, t.u. de las disposiciones en materia de intermediación financiera (que reproduce fielmente en este punto el art. 6 n. 1 letra h del decreto legislativo 23.7.1996 n. 415 sobre servicios de inversión mobiliaria, denominado «*Eurosim*»). Entre las condiciones necesarias para obtener la autorización para el ejercicio de los servicios de inversión mobiliaria

---

<sup>4</sup> Normas que, no obstante, no afectan a la vigencia del principio «*societas delinquere non potest*» en el sistema penal italiano: al respecto, cfr. MILITELLO, *La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia*, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, Barcelona, 1995, 409 y s.

<sup>5</sup> Existen otras normas que atribuyen relevancia al fenómeno de los grupos en ámbitos diversos: mercantil, fiscal, laboral. La variedad y la especificidad de éstas no permiten, sin embargo, una consideración general en este trabajo, dedicado a los perfiles de posible interés penal del fenómeno. Sobre ello, vid. no obstante BIN, *Gruppi di società e diritto commerciale*, Contr. Impr. 1990, 507 s.; y más recientemente SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di società: aggiornamenti e verifiche*, ivi, 1995, 672 s.

se requiere expresamente que «la estructura del grupo del cual es parte la S.I.M. no perjudique el efectivo ejercicio de la vigilancia sobre la propia sociedad». La norma deja traslucir nítidamente que la concreta articulación de la estructura del grupo puede obstaculizar las actividades de vigilancia confiadas a las autoridades competentes (entre otras, CONSOB [n. del t.: *equivalente italiano de nuestra Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV–*] y Banco de Italia).

El riesgo que se intenta prevenir, en otras palabras, es el de que a través de la trama de las diversas sociedades se acabe por perder el hilo conductor de las situaciones patrimoniales y de gestión de las diversas empresas, según el conocido modelo de las «cajas chinas», en el cual la búsqueda de los sujetos que tienen realmente en su poder las riendas del grupo es obstaculizada por lo que, en no pocos casos, resulta ser una suerte de regreso *ad infinitum*. A pesar de que en el ejemplo *supra* mencionado el instrumento normativo es sólo preventivo y tiene naturaleza administrativa, no es difícil captar el significado penal que asume tal indicación normativa de los posibles abusos de la estructura de grupo, cuando sirva para «disfrazar» las concretas realidades que se mueven detrás de tal biombo. Se concretan por tal vía los ya recordados fenómenos del anonimato y de la complejidad de la vida económica moderna, que no sólo representan significativos factores criminógenos, en particular, de los ilícitos en el ámbito económico<sup>6</sup>, sino que, además, constituyen un notable obstáculo para la verificación de las correspondientes responsabilidades.

Que el grupo pueda funcionar como «*factor de ocultación*» de las realidades económicas agregadas y de los correspondientes sucesos es, por lo demás, un dato que desde hace tiempo se ha tenido en cuenta a nivel normativo: no por casualidad uno de los sectores en los que se ha advertido antes, y con mayor intensidad, la exigencia de «*levantar el velo de la persona jurídica*», de superar, por tanto, los compartimentos estancos entre las diversas sociedades del grupo, es la materia de la información societaria, con las obligaciones conexas de redacción de balances consolidados con el fin de asegurar una mayor «transparencia» en torno a la situación

---

<sup>6</sup>Se contiene una indicación a propósito de dicha cuestión en la relación que acompaña la Recomendación N° R (81) 12, en COUNCIL OF EUROPE, *Economic Crime*, Strasbourg, 1981, 24.

general del grupo<sup>7</sup>. Aquí, sin embargo, esa exigencia de una «transparencia» más plena sobre la situación general del grupo, que hemos ya señalado en relación a otros momentos de relevancia del fenómeno, llega a condicionar la extensión del área de empresas unidas comprendida en la consolidación de los respectivos balances: de esta «deben ser excluidas (...) las empresas controladas cuya actividad tenga caracteres tales que su inclusión haría inidóneo el balance de ejercicio» para representar con veracidad y corrección la situación patrimonial y financiera y el resultado económico del grupo de empresas en su conjunto (art. 28 párrafo 2, que hace alusión al siguiente art. 29 del d.leg. 127/91). A su vez, la realización de tales intereses, esencial para el correcto funcionamiento de un mercado de valores mobiliarios, recibe una tutela penal en el art. 2621 C.c., también respecto a los mencionados documentos contables específicos del grupo, que están comprendidos entre las otras comunicaciones sociales que contienen informaciones sobre las condiciones económicas de la sociedad<sup>8</sup>.

Ulteriores y significativas confirmaciones del dato indicado se encuentran también en sectores más específicos, como, p. ej., el de las participaciones relativas a entes crediticios, materia en la que, por lo demás, está particularmente extendido el reconocimiento normativo de los grupos, más allá de la ya reseñada problemática que plantean los balances

---

<sup>7</sup> Estas obligaciones son principalmente las previstas en los decretos legislativos n. 127/1991, de ejecución de las directivas n.78/660/CEE y 83/349/CEE sobre sociedades, relativas a las cuentas anuales y consolidadas; no obstante, para las sociedades con acciones en bolsa se preveía ya una facultad de la CONSOB de ordenar la redacción de tales documentos en el art. 3 letra a de la ley n. 216/1974. Para más información sobre la materia (también en relación a los regímenes particulares de los balances consolidados en los grupos bancarios y de seguros), vid. los trabajos recogidos en DI SABATO (ed.), *I bilanci consolidati*, Milano, 1994.

<sup>8</sup> Cfr. recientemente Cass. 23.05.1997, en *CED* n. 207654; con anterioridad, de gran interés, Cass. 09.07.1992, en *Cass. pen.*, 1993, 2108, y en *RTDPE* 1993, 1366, con nota de CASAROLI. En la jurisprudencia de mérito Trib. Milano, 28.04.1994, en *Foro it.* 1995, II, 24, con nota de F. M. AMATO. También la doctrina es favorable a esta conclusión: cfr. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, en BALZARINI y otros (ed.), *I gruppi di società*, cit., 1778 s., que precisa oportunamente las obligaciones y los correspondientes límites a la responsabilidad de los administradores y auditores de la sociedad controlante en caso de eventuales respuestas engañosas por parte de los órganos de las sociedades controladas a las informaciones solicitadas. Vid. también, VENEZIANI, *Appunti in tema di profili penalistici del bilancio consolidato di gruppo ai sensi del d.lgs. 9 aprile 1991 n.127*, *RTDPE* 1996, 232, con ulteriores indicaciones.

consolidados<sup>9</sup>: también aquí, las incisivas obligaciones de información en la materia están orientadas a asegurar la transparencia en la composición del capital social y, al mismo tiempo, a permitir su control por parte de las autoridades de vigilancia, las cuales pueden solicitar información en relación con la composición del grupo bancario y de los socios de las sociedades participantes<sup>10</sup>.

Si además se acoge una acepción suficientemente amplia del indicado factor de oscurecimiento conexo a los grupos, incluso se puede analizar bajo esta nueva luz la problemática de las participaciones cruzadas, que constituye un núcleo clásico de nuestro Derecho de Sociedades<sup>11</sup>. La prohibición absoluta de adquisición de acciones de la sociedad controlante por parte de las sociedades controladas, contenida en el texto originario del art. 2359 C.c., representaba de hecho un obstáculo a ciertas formas de ocultación sustancial de la consistencia real del capital social. E incluso después de la rendija abierta por la reforma de 1974 a una posibilidad limitada de adquirir acciones de la controlante, cuyas condiciones han sido precisadas en las sucesivas intervenciones normativas hasta el

---

<sup>9</sup> Señalaba este dato en MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, cit., 39 s.; cfr. también CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, RTDPE 1995, 437 s.

<sup>10</sup> Para una toma en consideración más analítica de tales obligaciones y de los umbrales de relevancia y de contención en las participaciones en el capital social, se puede cfr. nuevamente MILITELLO, *Gruppi bancari*, cit., nt. 3, 49 s., donde se suscitan dudas acerca de la oportunidad de un recurso generalizado a las sanciones penales para afrontar el incumplimiento de obligaciones formales de comunicación (llevado a cabo por los arts. 139 y 140 t. u. banc.). Esta elección, que sin embargo mitigaba el establecimiento todavía más drástico y menos racional de las sanciones penales previstas en la misma materia en la ley *antitrust* (críticamente, en torno a este aspecto, FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina della partecipazione al capitale degli enti creditizi*, en RIDPP 1991, 885 s.; MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato*, en RTDPE 1991, 651 s.), ha sido abandonada oportunamente con la posterior intervención del mencionado d. leg. 415/1996 (art. 64, en particular párrafos 26 y 27 que reformulan los ya indicados arts. 139 y 140 del t. u. banc.); en esta última versión se ha recurrido a las sanciones administrativas pecuniarias, limitando las sanciones penales sólo a los casos en que en las comunicaciones que se deben aportar se expongan datos falsos. Cabe añadir que el citado art. 64 es una de las pocas normas del llamado decreto Eurosim que no fueron afectadas por la abolición general operada por el reciente T. U. sobre intermediación financiera (art. 214 párrafo 1 letra jj. del d. leg. 58/1998).

<sup>11</sup> A propósito, si bien en relación con un cuadro normativo en parte ya no vigente, cfr. MARINI, *Partecipazioni incrociate fra società e fittizi trasferimenti di titoli*, en RTDPE 1989, 843 s.

decreto legislativo 315/1994, la efectividad y la integridad del capital social permanecen firmemente ubicadas en el centro del sistema articulado de tutela en la materia, que por lo demás ha dado un carácter todavía más absoluto a la prohibición de suscripción recíproca de acciones del art. 2360 C.c. Desde el particular ángulo visual aquí señalado, el obstáculo a la posibilidad de que la controlada pueda ejercer el derecho de voto en las asambleas de la controlante, dispuesto en el art. 2359 *bis* párrafo 5 C.c., impide que la estructura de grupo sirva para ocultar la composición real de las mayorías asamblearias y el ejercicio conexo de los poderes de control sobre la actividad de los dirigentes de la sociedad controlante.

Estos últimos ejemplos de la relevancia del grupo como factor de ocultación se refieren a normas que de modo directo contemplan comportamientos ilícitos de dicho sujeto colectivo, aunque sancionados de formas distintas (civiles, administrativas o incluso penales). Dentro del mismo amplio contenedor normativo, un aspecto exactamente complementario de aquel apenas señalado se podía deducir de una fuente de muy reciente abolición por parte del texto único en materia financiera (d. leg. 58/1998): la referencia es, esta vez, al art. 2 párrafo 3 de la ley n.157/1991 sobre el *insider trading*, que duplicaba la entidad de las penas previstas para la compraventa de títulos realizada con posterioridad a la convocatoria de los órganos sociales que deben decidir operaciones con capacidad de influenciar sensiblemente los precios correspondientes y antes de la publicidad de tales informaciones: la introducción, abriendo el círculo de posibles sujetos activos del delito, de los «accionistas que de hecho ejerzan el control de acuerdo con el art. 2359 del Código Civil» sobreentendía la posición privilegiada, en el plano de las oportunidades informativas, de aquellos que ocupan los vértices del grupo en relación con la generalidad del público. Indudablemente los poderes de dirección de la actividad del grupo permiten un conocimiento de datos relativos a la vida de la entidad singular; datos que no son, en general, accesibles a sujetos extraños al propio grupo<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> En relación con ello, no se comprende la racionalidad de la eliminación de esta agravante en la nueva incriminación del abuso de información privilegiada, contenida en el art. 180 t. u. sobre intermediación financiera. Tanto más si se comprueba que en el agiotaje sobre instrumentos financieros regulado en el art.181 del mismo texto se ha mantenido, sin embargo, una agravante análoga, que evidentemente parte de la base de las peculiaridades informativas de los «accionistas que ejercen el control».

El grupo, en resumidas cuentas, aparece esta vez como «factor de conocimiento». Y puesto que el conocimiento es un aspecto del poder, especialmente en una «sociedad de la información» como la actual, la última proposición podría ser transformada en otra de contenido sustancialmente equivalente: el grupo como «factor de poder», que quizás es más adecuada para poner de manifiesto la legitimidad de una regulación cuidada del mismo, y en los casos de ofensas más graves incluso con la intervención del arsenal penal<sup>13</sup>.

No se debe, por lo demás, entender que con este reconocimiento se está incurriendo en una suerte de contradicción insuperable con el papel *supra* señalado del grupo como factor de oscurecimiento, ya que se trata más bien de dos aspectos que pueden considerarse complementarios: desde el exterior, la complejidad del grupo genera dificultades a la hora de individualizar las relaciones entre las actividades de las diversas sociedades agregadas; desde el interior, una posición de vértice permite, en cambio, una posición cognoscitiva privilegiada en relación con las mismas actividades de los diversos sujetos controlados. Se evidencia de esta forma que las relaciones entre las distintas entidades del grupo, a menudo juzgadas como demasiado impalpables para poder ser objeto de relevancia jurídica, no carecen, bien miradas, de importancia: desde la perspectiva aquí desarrollada, la asunción del control de otras empresas asume el aspecto de un gabán *double-face* de particular hechura, cuyo tejido interior ilumina todo lo que acaece en el seno del grupo y a sus entidades singulares, mientras que hacia el exterior lo resguarda, al mismo tiempo, de miradas indiscretas.

En segundo lugar, la inherencia de estos caracteres en relación con el fenómeno examinado debe nuevamente inducir a tener presente que las intervenciones normativas pueden conllevar abusos, por ejemplo a través del instrumento de los balances consolidados; más difícil es, sin embargo, pensar en lograr su supresión radical, salvo que, naturalmente, se anhele una radical ilicitud de la estructura de los grupos. La inconsistencia de esta conclusión extrema es, sin embargo, fácilmente deducible no sólo del dato

---

<sup>13</sup> No por casualidad, se adoptaba una perspectiva similar en una de las primeras investigaciones en la materia: «En efecto, uno de los papeles principales del derecho penal y de la política criminal es el de impedir los abusos más graves del poder (...). Como cualquier otro poder, por ej. político o social, también el poder económico estimula los abusos» (TIEDEMANN, *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Köln, 1979, 3).



de que no ha sido seguida por ningún ordenamiento, sino también, y en particular, de la presencia en el nuestro de un número ya importante de reconocimientos normativos expresos, los cuales no pueden ser preteridos cuando se procede a delinear los límites de ilicitud de las conductas realizadas por los sujetos de grupo.

Para concretar estas directrices generales con un ejemplo relativo a la materia ya mencionada del *insider trading*, la posición de privilegio informativo de los vértices del grupo no asume carácter criminal cada vez que sea impuesta por la exigencia de recibir datos y noticias funcionales para el ejercicio de la actividad de dirección y control en el seno del grupo. Ello viene a veces expresamente regulado por la ley, y en orden propiamente a una tutela adecuada de otros intereses, incluso externos al grupo: los administradores de la cabeza del grupo pueden, por ejemplo, reclamar a las sociedades controladas los datos necesarios para la formación del balance consolidado; tal facultad se refleja correlativamente sobre la licitud de las respuestas aportadas por los órganos de las controladas, que comunican dichas informaciones por un motivo justificado y, por tanto, al margen de la ilicitud penal de las comunicaciones de informaciones reservadas a que se refiere el art. 2 párrafo 2 L. 157/1991 (y ahora art. 180 párrafo 1 letra b d.leg. 58/1998)<sup>14</sup>. Pero a una conclusión análoga puede llegarse también más allá de la formación del balance consolidado, que se orienta, como se ha visto, a tutelar la visibilidad externa del grupo; un motivo no menos justificado ha de reconocerse, en mi opinión, en las exigencias de «visibilidad interna», es decir, aquellas que pretenden consentir la circulación de las informaciones funcionales para el ejercicio de la normal actividad de dirección y coordinación. Mantener en estos casos erguidas las barreras de la incomunicabilidad entre las sociedades singulares del grupo representaría una solución formalista ciega a la fundamental licitud del fenómeno de los grupos, a la pluralidad de reconocimientos expresos de tal realidad y, en fin, a la expresa definición de aquella conducta ilícita que, hasta la reciente reformulación del tipo con el d.leg. 58/1998,

---

<sup>14</sup> Para tal interpretación de la expresión «sin motivo justificado» contenido en la prohibición de comunicación a terceros de informaciones reservadas, cfr. FOFFANI, *La nuova disciplina penale dell'insider trading e delle frodi nel mercato mobiliare*, en RTDPE 1991, 923; PEDRAZZI, *Riflessioni sull'insider trading in ambito corporativo*, en Riv. soc. 1992, 107; MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995, 111 s.

era tipificada en el ya mencionado párrafo 3 del art. 2 L. n. 157/1991, en el cual el flujo informativo normal en el interior del grupo es utilizado fraudulentamente por los sujetos que se encuentran en el vértice del mismo. Esta precisión deja entrever, de hecho, una zona de licitud más allá de las específicas conductas incriminadas por la norma; zona que parece razonablemente mantenerse en la nueva formulación normativa.

La misma exigencia de considerar la amplitud alcanzada a través de los reconocimientos normativos de la figura de los grupos se pone en relación con la verificación de la aplicabilidad a los mismos de normas cuya implantación general se remonta a la promulgación originaria del Código. En relación con ello, generalmente se ha observado que la irrupción de la dimensión de los grupos ha acelerado el proceso de obsolescencia de no pocas de tales previsiones: esto pone de manifiesto la necesidad de no obviar la distinción entre comportamientos criminales, a menudo graves, y meras formas de etiquetamiento normativo de actividades implícitas en la realidad del fenómeno de los grupos. Un ejemplo clarificador es el ofrecido por la norma sobre el conflicto de intereses del administrador de sociedades de capital (art. 2361 C.c.): se presenta como fruto de una concepción «parcelada» de los sujetos económicos y como tal resulta por completo inadecuada para distinguir las formas en las cuales la diversidad de intereses relativos a los sujetos de un mismo grupo no constituye todavía un conflicto y aquellas en las que la política de dirección unitaria induce a elecciones efectivamente perjudiciales para la sociedad-filial singular o, al menos, para los sujetos interesados en ella (como los socios minoritarios, los acreedores, los propios empleados)<sup>15</sup>.

Si es así, más que del análisis de los datos normativos menos recientes, no siempre adecuados a las nuevas formas de agresión a bienes jurídicos correspondientes a la afirmación de los grupos como protagonistas del actual escenario económico, las capacidades criminales reales que se desencadenan en el interior del grupo pueden emerger mejor a la luz de la experiencia jurisprudencial. Esta, de hecho, representa una suerte de filtro

---

<sup>15</sup> Sobre la ineficiencia de las normas relativas a los grupos existe ya una nutrida literatura, especialmente civil: a propósito, y considerando también la vertiente penal de la problemática, cfr. la reciente y detenida investigación de FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*. Milano, 1997, 122 s.

que retiene, si no todas, al menos algunas de las manifestaciones más evidentes de las degeneraciones criminales del fenómeno.

### 3. LAS PRINCIPALES MANIFESTACIONES CRIMINALES DE LOS GRUPOS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL ITALIANA

La jurisprudencia penal en materia de delitos cometidos por grupos de empresa representa, probablemente, el punto de partida más fructífero para superar el retraso de la reflexión criminológica sobre el tema, que hemos tenido ocasión de apuntar al inicio de esta exposición. En un tiempo relativamente breve se ha formado, de hecho, un material que ofrece una amplia visión en torno a los comportamientos ilícitos realizados en el contexto de las sociedades pertenecientes a un grupo: la casi total ausencia de material publicado en referencia a la criminalidad de los grupos, lamentada a fines de los años setenta en relación con la particular «punta del iceberg» del fenómeno que analizamos, constituida por las multinacionales<sup>16</sup>, era desmentida por nuestra jurisprudencia sólo una década más tarde, si bien todavía con intervenciones de carácter episódico y frecuentemente en relación con asuntos particularmente llamativos, como los que se relacionaban con las desaprensivas operaciones financieras de Sindona<sup>17</sup>, con la contaminación ambiental de la localidad de Seveso<sup>18</sup> o con los primeros casos

---

<sup>16</sup> Vid. DELMAS-MARTY/ TIEDEMANN, *La criminalite, le droit pénal et les multinationales*, J.C.P.— La semaine juridique, 1979, I, 2935, n.4.

<sup>17</sup> Cass. 20.05.1980, en Cass. pen. mass. ann. 1981, 1163, que, en relación con la prohibición de contraer obligaciones, incluso indirectamente, por parte de los administradores y liquidadores en los órganos de vigilancia de las entidades de crédito, reconoció la existencia del delito en el caso en que la empresa bancaria tenía intereses económicos en la sociedad estipulante, perseguidos mediante el control accionario también en directo de ésta última.

<sup>18</sup> Trib. Monza, 24.09.1983, Riv. giur. lav. 1983, IV, 458–543 (y cfr. *ivi*, 1984, IV, 3–30, CARLETTI, *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della ICMESA di Seveso*; también ID., *Politica d'impresa, sicurezza del lavoro e responsabilità penale: l'ipotesi del gruppo di società*, *ivi*, 1985, IV, 137 s.); App. Bologna, 14.05.1985, en Giust. pen. 1986, II, 171 con nota de SAMMARCO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e soggetto attivo nel delitto di omissione di cautele contro gli infortuni di lavoro*; Cass. 23.05.1986, Foro it. 1987, voz *Incolunità pubblica (reati e sanzioni)* n.45.

que llegaron a conocimiento público acerca de las ingentes operaciones realizadas a espaldas del balance por los primeros grupos nacionales, como entonces eran «Montecatini Edison»<sup>19</sup> y el I.R.I., con alguna de sus empresas controladas<sup>20</sup>. Han sido, sin embargo, los años noventa los que sin duda han contemplado una emersión generalizada en sede jurisprudencial de actividades ilícitas conectadas con estructuras grupales. No debe olvidarse el dato de que esto ha ocurrido en correspondencia con la conocida labor llevada a cabo por la magistratura, consistente en poner de relieve el carácter sistémico que había adoptado la corrupción en nuestro país<sup>21</sup>; labor que, al dirigir el foco de atención no ya a los estratos inferiores de la sociedad, sino a los superiores, ha supuesto un cambio en las

<sup>19</sup> Trib. Roma 29.04.1980, en Temi rom. 1980, 619, que negó la existencia del delito de apropiación indebida en un caso de «dinero negro» empleado por los administradores «en interés del grupo empresarial» a través de «financiación de partidos políticos y gastos filantrópicos con el fin de promover una buena imagen pública de la sociedad». Al mismo tiempo se negó la falsedad en el balance porque «en todas las operaciones económicas examinadas está ausente la voluntad de engañar a quien sea», y por tanto falta el elemento subjetivo del delito de falsas informaciones sociales exigido por el adverbio «fraudulentamente».

<sup>20</sup> Se trata del caso tratado en la decisión App. Roma, 23.06.1988, Foro it. 1989, II, 421, que afirmaba la responsabilidad por apropiación indebida de los administradores de la sociedad controlante que gestionaban sumas de las sociedades controladas, y del correlativo juicio de legitimidad que anulaba sin posibilidad de reenvío la decisión precedente, Cass., 23.06.1989, RIDPP 1991, 266 s.

<sup>21</sup> Significativa de este cambio de postura es la posición de la misma Cassazione que pocos años después de la sentencia absolutoria a que hemos hecho referencia en la nota anterior, y en relación con el mismo asunto, llegó a conclusiones completamente opuestas, tachando incluso de «formalismo» la *ratio decidendi* de la anterior toma de postura: Cass. 09.07.1992, Cass. pen. 1993, 2108; a propósito, vid. la nota de NARDONE, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori di società e l'appropriazione indebita*, RTDPE 1995, 84 s., que, sin embargo, por cuanto se refiere al punto central de las relaciones entre apropiación y distracción concluye (p.88) siguiendo servilmente la decisión precedente de la Cass. 23.06.1986, RIDPP 1991, 266 s. Siempre con el fin de señalar la empatía con la nueva posición jurisprudencial, se subraya que la sentencia de primera instancia en el conocido «proceso Cusani» ha reforzado el nuevo curso de la reconducibilidad de las conductas de distracción a la incriminación de la apropiación indebida: Trib. Milano, 28.04.1994, cit., 24. A propósito no parece inadecuado individualizar una «jurisprudencia constante en vías de formación»: cfr. últimamente, en un asunto sustancialmente análogo (administrador de sociedad que usa «reservas ocultas» para pagar sobornos a políticos y administradores de empresas públicas): Cass. 04.04.1997, CED n.208059.

expectativas sociales de justicia seleccionadas por el sistema penal, arriesgándose al mismo tiempo a terminar zozobrando en las mismas pulsiones colectivas que habían propiciado su éxito<sup>22</sup>.

La amplitud de este conocido fenómeno hace que la dificultad actual, por cuanto se refiere al tema aquí examinado, sea exactamente la contraria respecto a la que habíamos denunciado al inicio: mientras que hasta los años setenta la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales significativos obligaba, la mayoría de las veces, a quedarse en la mera conjetura cuando se trataba el tema de la criminalidad de los grupos de empresa, la enorme cantidad de material jurisprudencial actualmente disponible exige una cierta selección y un encuadramiento adecuado. Desde esta perspectiva parece oportuno, en primer lugar, concentrar la atención en aquellas sentencias en las que la estructura de grupo no supone una mera circunstancia del tipo concreto, sino que constituye un elemento determinante de las modalidades de realización del ilícito que, por tanto, incide más o menos directamente sobre la *ratio decidendi* que de vez en cuando adoptan los Tribunales.

En segundo lugar, la referencia general que aparece en el título de este trabajo a los comportamientos ilícitos que se conectan con la actividad del grupo, puede ser concretada en relación a las diversas fases de la constitución o ampliación del grupo, de su gestión, de su relativa extinción. Debe subrayarse el carácter meramente orientativo de esta distinción: puede ayudarnos a encuadrar las distintas fenomenologías criminales que se observan en el material jurisprudencial, poniendo en evidencia así las diversas manifestaciones de los factores criminógenos que se derivan de las relaciones de grupo en sus distintos momentos de vida. Sin embargo, la

---

<sup>22</sup> En general, sobre la contribución contradictoria de la opinión pública en las iniciativas de la magistratura italiana ya internacionalmente conocidas con el nombre de «manipulite», cfr. PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana «manipulite»*, en RTDPE, 1997, 1111 y s. Las relaciones entre la opinión pública y el funcionamiento del sistema penal de justicia deberían, no obstante, estudiarse en profundidad: también como consecuencia del crecimiento vertiginoso del papel de la información en la sociedad actual y del consiguiente riesgo de liberación de los jueces de la responsabilidad por los resultados procesales (sobre ello, por ej., recientemente GARAPON, *Justice out of the Court: The Dangers of Trial by Media*, en NELKEN (ed.), *Law as communication*, Aldershot, 1996, 231 s.), está fechada la interesante tentativa de DI GENNARO/PEDRAZZI (ed.), *Criminalità economica e pubblica opinione*, Milano, 1982.

misma no excluye la posibilidad de ulteriores consideraciones, basadas en el más tradicional punto de vista penal que se centra en el bien jurídico ofendido<sup>23</sup>. Por otra parte, los momentos indicados en la vida del grupo no se conciben como separados en compartimentos estancos: la actividad de gestión puede, de hecho, realizarse tanto llevando a cabo elecciones que suponen una ulterior ampliación del grupo (por ej., con la adquisición del control sobre una nueva sociedad), como llevando a cabo comportamientos que cobran relieve en el momento de la liquidación (por ej., con operaciones que suponen hechos de bancarrota, una vez declarada la quiebra). Es un hecho, además, que en muchos casos las vivencias judiciales se han inspirado en situaciones en las que, habiéndose verificado una situación de insolvencia en una o más de las empresas del grupo, se ha ido a la búsqueda de las correspondientes responsabilidades, encontrándose con verdaderos comportamientos penalmente ilícitos. El perfil del grupo como factor de oscurecimiento de los asuntos internos, que hemos tenido ocasión de ilustrar, ha operado durante largo tiempo también por cuanto se refiere a la investigación de los correspondientes ilícitos. No parece impropio afirmar que sólo con el profundo cambio que se ha producido a raíz de las conocidas investigaciones sobre la corrupción se ha podido eludir el límite interpuesto por la verificación de una situación de crisis del grupo como anómala «condición de investigación» que de hecho operaba en la materia.

Si se considera la fase extintiva como aquella en la que se ha producido la emersión más amplia de la criminalidad relacionada con los grupos, no cabe duda de que la existencia de relaciones entre diversas sociedades en situaciones de quiebra o crisis económica puede tener aspectos penales: en particular, la jurisprudencia ha reconocido que la política de grupo, entendida como actividad de dirección y de coordinación, puede comportar que los eventuales hechos de bancarrota cometidos en relación con las singulares sociedades del grupo, sean, si no reducidos a la unidad, sí al menos reunidas a través de una relación de continuidad<sup>24</sup>. Y una forma interesante de «oscurecimiento» de la situación real, que era de insolven-

---

<sup>23</sup> Es necesaria una perspectiva más jurídica, por ej., cuando, con el fin de verificar la efectiva ilicitud de una conducta concreta llevada a cabo en el seno del grupo, se deba determinar el carácter disponible o no de los bienes que ataca, o si los respectivos titulares ocupan o no una posición interna en el grupo.

<sup>24</sup> Cass. 15.06.1984, en Giur. it. 1985, II, 316, con nota de DE ROBERTO.

cia sustancial, ha sido revelada en un supuesto análogo de dominio absoluto de sociedades que eran aprovechadas para obtener nuevos créditos, presentándose en cada caso como un sujeto formalmente distinto de aquel que antes había obtenido ya una financiación similar<sup>25</sup>. En el ámbito de los delitos de insolvencia punible afloran además con mayor facilidad hipótesis en las que los abusos se ocultan mejor en la concreta gestión patrimonial: se trata, por ej., de los casos en que los administradores de una sociedad disponen de los bienes de la misma a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo. En estos supuestos, la ausencia de contrapartidas serias y la expresa previsión de la conducta de distracción entre las que integran el tipo de bancarrota han conducido *claramente* a reconocer la ilicitud de tales prácticas, naturalmente siempre que las sociedades administradas hayan sido declaradas en quiebra<sup>26</sup>.

Ahora bien, si no se ha producido la quiebra, las conductas de este tipo asumen en nuestro ordenamiento un relieve mucho más problemático: entre la represión del conflicto de intereses en materia societaria –que se ha comprobado que en la «farisaica» formulación del art. 2631 C.c. no atiende a la delicada trama de intereses que se deriva de la pertenencia a un grupo, autocondenándose así a reducirse a la condición de norma-manifiesto<sup>27</sup>– y la incriminación clásica de la apropiación indebida queda un

---

<sup>25</sup> Cass. civ. 26.02.1990, n.1439, Foro it. 1990, I, 1174, que reconoció la posibilidad de que al frente de un grupo de sociedades se encuentren una o más personas físicas, y no necesariamente una sociedad *holding*.

<sup>26</sup> Cass. 17.03.1995, en RTDPE 1995, 1426. Ello no impide advertir también en el ámbito de las insolvencias las consecuencias de este «oscurecimiento» de las situaciones internas de los grupos para quien las observa desde el exterior, que se ha tratado de ilustrar en el texto: sobre las dificultades que de ello derivan para la averiguación de los hechos en situaciones de crisis del grupo, cfr., por ej., TAGLIARINI, *I reati fallimentari*, en INSOLERA/ACQUAROLI (ed.), *Problemi attuali del diritto penale dell'impresa*, Ancona, 1997, 68.

<sup>27</sup> Como demuestra lo escaso de sus aplicaciones jurisprudenciales, especialmente si se compara con la penetración ya capilar de las estructuras de grupo, también en nuestro tejido económico (para datos en este sentido, vid. las referencias en CONTI, *Responsabilità penali degli amministratori e politiche di gruppo*, cit., 433). En relación con el art. 2631 C.c. se han publicado: Cass. 25.02.1959, en RIDPP 1960, 939 s., con nota de STELLA; Cass. 04.07.1989, en Cass. pen. 1991, 307 con nota de DELL'ANNO; entre las decisiones de mérito Trib. Roma, 21.05.1969 en Arch. pen. 1970, 144 s.; Trib. Milano, 6.02.1988, en Giur. comm. 1989, II, 107 s. Cfr. también Trib. Brescia, 13.11.1976, inédita, pero citada por CRESPI, en Riv. soc. 1980, 236 s.

amplio espacio para los más variados transmisiones de riqueza en el seno de un grupo.

Las conductas relativas se articulan en un amplio abanico que no es fácilmente abarcable en todos sus posibles aspectos concretos: desde condiciones de favor para empresas del grupo en relación con operaciones de adquisición de bienes o servicios o de concesión de garantías o de financiación, que serían más lucrativas si se efectuaran en las condiciones normales del mercado, hasta casos en los que los bienes se ceden sin ninguna contraprestación; incluso se pasa de las transferencias meramente ficticias de elementos patrimoniales, para obtener beneficios (financiación bancaria, admisión a concursos públicos), o para evitar cargas fiscales o situaciones de insolvencia de una de las sociedades del grupo, a la gestión por los administradores de la sociedad controlante de sumas ocultas pertenecientes a las sociedades controladas, por lo general utilizadas para sobornar a funcionarios públicos, a representantes de partidos políticos o al mundo de los *mass media*<sup>28</sup>.

La indudable gravedad sustancial de estas prácticas y el papel central que han tenido en la consolidación progresiva del ya aludido carácter sistémico de la corrupción no debe hacernos olvidar la necesidad de respetar los límites de ilicitud señalados en las normas penales vigentes. Más aún desde que actualmente –entre corrupción, financiación ilícita de partidos políticos, falsedades contables, fraudes fiscales, administración fraudulenta en las SIM, etc.– el arsenal penal no parece completamente desarmado. Por lo demás, no cabe desconocer que, como demuestran las pulsiones de la más reciente jurisprudencia en favor de una aplicación generalizada a propósito de la norma sobre apropiación indebida<sup>29</sup>, algunas de las conductas que hemos recordado *supra* podrían, sin duda, ser objeto de represión con una mayor eficacia si se atendiera a la exigencia creciente de una figura general que incrimine la infidelidad patrimonial, o incluso únicamente la gestión abusiva del patrimonio social. Sin embargo, incluso en tal

---

<sup>28</sup> Ofrece un amplio elenco de estas conductas IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, en Cass. pen. 1995, 3562 s. Para una hipótesis específica, en relación con el fraude fiscal, cfr. sin embargo FAGIOLI, *I gruppi di imprese e la loro presunta naturale attitudine (secondo alcuni) a promuovere attività fraudolente utilizzando come mezzo il campo civilistico fiscale*, en Dir. fall. 1994, I, 943 s.

<sup>29</sup> Vid. las referencias *supra* nt. 15 y 16.



escenario futuro no puede afirmarse que el problema que nos ocupa desapareciese como por encanto: como demuestra la experiencia de los países europeos que cuentan, desde hace años, con normas de tal tipo, éstas plantean delicados problemas de interpretación justamente en relación con las estructuras de grupo<sup>30</sup>. En relación con ellas, la solución que parece más adecuada en atención a las exigencias de certeza jurídica es la definición de una causa de exención de la responsabilidad criminal *ad hoc*, en la que se precisen las condiciones en las que el interés social del grupo puede operar de esta forma.

Ciertamente, es posible discutir si la fórmula propuesta con tal fin en el conocido «Proyecto de Código Penal de 1992» es la más adecuada<sup>31</sup>. Lo que cuenta es reforzar, también en esta sede, la perspectiva de fondo que se apunta en la materia: la incriminación general de la infidelidad patrimonial debe ir acompañada de una cláusula específica que aclare los términos de licitud eximente en relación con la actividad de los grupos. Esta conclusión no pretende ser novedosa, sino quizá simplemente aportar una mayor comprensión acerca de los riesgos que se derivan de otras posibles soluciones.

En anteriores ocasiones he intentado aclarar los límites que supone el precepto que recoge la apropiación indebida precisamente en relación con los abusos patrimoniales en el seno de los grupos; límites que permanecen aunque se haya superado ya una lectura de la conducta de apropiación

---

<sup>30</sup> Llamam la atención especialmente Francia y Alemania: en relación con ello, para una reseña analítica de la situación se debe remitir, respectivamente, a DELMAS-MARTY en DELABRE/DELMAS-MARTY, *Il diritto penale delle società commerciali in Francia*, en RTDPE 1988, 614 s.; y MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, en Riv. soc. 1989, 754 s.; y por otra parte a FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 237 s., 262 s. Más en general, en torno a los modelos de intervención en el sector penal-societario adoptados por los dos ordenamientos mencionados, cfr. MAZZACUVA, *La tutela penale dell'informazione societaria*, en MAZZACUVA (ed.), *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*, BRICOLA/ZAGRABELSKY (dir.), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1990, 7 s.

<sup>31</sup> Cfr. art. 112 n. 2 del «Schema di legge delega per un nuovo codice penale», publicado en Giust. pen. 1994, II, 88 s. Críticamente a este respecto, FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale*, en RTDPE 1993, 156 s. Un punto de vista distinto en MILITELLO, *Gruppi bancari e responsabilità penale*, cit., 48 nt. 24. Últimamente ha vuelto a tratar la misma cuestión, ampliamente, FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 389 s.

condicionada negativa y restrictivamente, durante demasiado tiempo, por una interpretación inadecuada, que había sido elaborada el siglo pasado en Alemania a la luz de un contexto sistemático diverso. La reciente jurisprudencia que, en efecto, ha procedido a ampliar la conducta típica de la apropiación extendiéndola a conductas de gestión abusiva en los grupos de sociedades se arriesga, sin embargo, a traspasar sus límites: en particular, el requisito del beneficio injusto, que me parece difícil de afirmar en todo caso cuando se produce a favor de un sujeto como el grupo, cuya actividad se reconoce normativamente de forma cada vez más amplia<sup>32</sup>.

Frente a tales soluciones me parece oportuno resaltar, a modo de conclusión, una línea conductora que se ha manifestado desde las consideraciones previas: a los nuevos interrogantes que plantea el fenómeno de los grupos sobre el plano de una tutela penal moderna hay que responder con pleno conocimiento del notable potencial criminógeno que suponen, pero sin traspasar el umbral de licitud de dichos comportamientos. A tal fin, una aportación insustituible proviene de la confrontación con otras experiencias que deben afrontar una elección semejante: justamente la perspectiva comparada que, muy oportunamente, nos ofrece a todos este importante encuentro científico.

---

<sup>32</sup> He expresado mi punto de vista sobre algunas decisiones destacadas en la materia en dos comentarios, *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, en Foro it. 1989, II, 420 s.; y *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, en RIDPP 1991, 266 s. Llega a conclusiones análogas ACCINI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, en Riv. soc. 1991, 1010 s., 1029, 1052; y recientemente, PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi*, cit. 1790 s.