

DELITOS SOCIETARIOS Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

Profesor de Derecho Penal y Criminología de la UNED

El capítulo XIII del Tít. XIII, Lib. II del Código penal figura bajo la rúbrica «De los delitos societarios». De acuerdo con lo que establece su artículo 296 la perseguibilidad de estos delitos se contempla como delitos privados, semipúblicos y públicos. Dispone este artículo:

«1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

En el inciso primero del apartado 1 se contempla la perseguibilidad como delito privado, en su inciso segundo como delito semipúblico, y en el apartado 2 como delito público.

Las personas o sociedades que pueden denunciar los presuntos delitos varían según los tipos penales que se contemplan en este capítulo XIII¹.

Me voy a ocupar de la perseguibilidad en el tipo básico de la falsedad de cuentas anuales u otros documentos, que se contempla en el párrafo primero del art. 290, que castiga a:

¹ Pueden perseguir mediante denuncia directa, o a través de su representante legal: en el art. 290, la sociedad, alguno de sus socios o un tercero; en el 291, los socios; en el 292, la sociedad o alguno de sus socios; en el 293, los socios; en el 295, los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administran.

«Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen la cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero».

El tipo básico del art. 290 del Código penal está vacío de contenido a efectos de la perseguibilidad contemplada en el art. 296, como se verá más adelante. Incluso el bien jurídico protegido es impreciso. Se hace referencia a que el «principio de la imagen fiel se erige en la *ratio* del artículo 290»². También hay algún autor que dice que lo que se protege es el «principio de confianza». La confianza en sí no puede ser bien jurídico protegido en general dentro del Derecho penal. Cuando el legislador ha querido proteger el principio de confianza lo tipifica en delitos concretos, por ejemplo, la estafa se basa en la confianza que la víctima tiene en la persona que le engaña³.

1.-*Supuesto de delito privado del art. 296.1.* Se establece aquí que las falsedades previstas en el tipo básico del art. 290 *sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

Por *agraviado* hay que entender al sujeto pasivo del delito. En un delito de peligro, como el que aquí se contempla, es difícil argumentar que existen agraviados, pues como se verá a continuación es necesario que la conducta conlleve contenido económico, lo que no es posible en un delito de peligro.

2.-La situación es mucho más clara para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 296, donde se establece la perseguibilidad *cundo la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.* Me refiero a que no es posible la persecución del delito.

2.1. *La palabra **afecte** tiene contenido económico, y en un delito de peligro no se produce este resultado, por ello no es viable para el tipo básico del art. 290 los supuestos de perseguibilidad previstos en el art. 296.2.*

² Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, «alcance de la conducta falsaria en el delito societario del artículo 290 del Código penal». Esta Consulta de la Fiscalía General del Estado se publica en la Memoria de 1998, págs. 725 y ss., el texto citado figura en pág. 729.

³ Sobre «la crítica al bien jurídico confianza», vid. Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid, 2007, págs. 470 y ss. Un ejemplo del principio de confianza que se criminaliza en conductas concretas dentro de la estafa tenemos los negocios jurídicos criminalizados.

Que el término **afecte** ha de tener consecuencias económicas se desprende de otros preceptos del Código penal del título XIII, que figura bajo la rúbrica «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», cuyo capítulo XIII se ocupa «De los delitos societarios».

- a) Dentro de los daños se castiga en el art. 264.1 a los que causaren daño en propiedad ajena si concurriere alguno de los supuestos siguientes: «4.º Que **afecten** a bienes de dominio público o uso público comunal».
- b) En el art. 353.1 se agravan las penas a quienes incendiaren montes o masas forestales: «4.º En todo caso, cuando se ocasionase grave deterioro o destrucción de los recursos **afectados**».
- c) En el art. 353.2 se recoge: «También se impondrán dichas penas en su mitad superior cuando el autor actúe para obtener beneficio económico con los **efectos** derivados del incendio».
- d) Dispone el art. 355: «En todos los casos previstos en esta sección, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas **afectadas** por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrán acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas **afectadas** por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio».
- e) Lo mismo sucede con lo establecido en el art. 287 del Código penal, que tiene el mismo contenido que el art. 296, y que es de aplicación a los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

2.2.-Los intereses generales han de tener contenido económico.

La sent. del T.S. núm. 620/2004, de 4 de junio, recoge en el motivo séptimo el sexto de sus fundamentos de derecho, que *los intereses generales*, han de tener contenido económico:

«...no se está en ninguno de los supuestos exceptuados. No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito».

Conclusión. De lo anterior se desprende que el tipo básico del art. 290 del Código penal (falsificación de cuentas anuales u otros documentos) no puede perseguirse a tenor de lo establecido en el art. 296.2, al ser un delito de peligro sin efectos económicos.

3.-*Los intereses generales han de repercutir en la economía nacional o en un sector concreto de ésta.*

En el apartado anterior se hizo referencia a que los intereses generales han de tener un contenido económico. De otra parte, tampoco la doctrina tiene criterio formado sobre lo que ha de entenderse por intereses generales⁴, pues la realidad es que el legislador a veces establece conceptos cuya interpretación resulta problemática⁵. La jurisprudencia tiene una concepción amplia, como se desprende de lo que sigue:

La sent. 620/2004, ya citada, que contempla un supuesto relacionado con un club de fútbol. Para que los intereses generales pudieran entenderse como tales, *tenía que haber afectado al «mundo del fútbol profesional»*. En el fundamento de derecho sexto (motivo séptimo) recoge:

«No nos parece que la situación que atravesaba el Club Atlético de Madrid tuviera capacidad de afectar a los intereses generales del conjunto de relaciones que vertebran el mundo del fútbol profesional —ámbito que debe delimitar aquel concepto».

La Sección cuarta de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, en Auto de 15 de marzo de 2007, confirma un Auto de archivo del Juzgado Central de lo Penal, al recoger en el inciso último del cuarto de sus razonamientos jurídicos:

«No acredita el Ministerio Fiscal, sino solo afirmar, que esa quiebra de confianza, esa infidelidad del administrador generadora de unos perjuicios patrimoniales, ha incidido en sectores de la economía extramuros del atinente a las sociedades en cuestión, pues, en apoyo de su pretensión, si bien en el recurso de apelación relaciona las funciones y líneas maestras de la C.N.M.V., su mera enunciación ni le erige en agraviado del art. 296 (1.º) del Código Penal, condición que en un principio le atribuyó y más tarde descartó, ni se delata qué repercusión en la Economía Nacional, o en sector concreto de ésta, ha quedado afectado y que al menos para esta Sala, no ha sido desvelado».

⁴ Díaz-Maroto Villarejo, J., «Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el art. 296 del Código penal», en *La Ley*, 26-10-2000, dice con respecto a los intereses generales: «A nuestro juicio por tales han de entenderse aquellos cuya titularidad es pública», con lo que se aproxima al criterio jurisprudencial.

⁵ En el art. 74.2, dentro de la continuidad delictiva, se prevé la posibilidad de elevar la pena en uno o dos grados, si se tratare de infracciones contra el patrimonio, «si el hecho hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

4.-«*Pluralidad de personas*» y «*múltiples perjudicados*»

La doctrina no se pone de acuerdo en lo que ha de entenderse por «pluralidad de personas», mantiene criterios dispares e imprecisos. El Tribunal Supremo apenas se ha ocupado de esta cuestión; no obstante, la sentencia de 4 de junio de 2004, sobre la que se volverá más adelante, equipara ambos supuestos.

Hay quien acude al *Diccionario de la Lengua Española* para resolver la cuestión. Según el diccionario pluralidad equivale a: «cualidad de ser más de uno». Por tanto, si se siguiera este criterio se podría perseguir el delito, de acuerdo con el art. 296.2, cuando las víctimas fueran dos o más, lo que, en principio, hay que considerar absurdo, pues en el caso de una sola persona no entraría en juego este apartado, y si cuando fueran dos o más. De otra parte, también el Diccionario dice que pluralidad equivale a: «multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas».

El Tribunal Supremo, en sentencia 620/2004, de 6 de junio, ya citada, equipara *pluralidad de personas* y *múltiples perjudicados*, dice en el sexto de sus fundamentos de derecho, que se ocupa del recurso del Ministerio Fiscal:

«De igual modo tampoco se ha acreditado la afectación a una pluralidad de personas, y al respecto, nos remitimos a lo dicho en el F.J. sexto recurso del Ministerio Fiscal motivos primero a quinto, en relación a la no aplicación de la agravante específica de múltiples perjudicados —art. 529.8.º del anterior Código penal».

En este mismo fundamento de derecho, y en párrafo anterior, dice la sentencia:

«En relación a la agravante de múltiples perjudicados aceptando cualquiera de las posturas que aparecen en la jurisdicción de la Sala: a) Ya se estime que debe aplicarse cuando el número de afectados sea elevado, 'más que muchos'. b) Ya se estime que tal circunstancia debe conectarse con el concepto de delito masa, de suerte que, además de ser muchos, o un número elevado, debe aparecer un colectivo de personas inicialmente indeterminadas ...»⁶.

⁶ Continúa la sentencia: «Desde ninguna de ambas concepciones se dan los elementos de hecho que pudieran permitir su aplicación en este caso. De entrada, el perjudicado sería el propio Club sin perjuicio que, en su segundo nivel, puedan existir socios individuales —la sentencia se refiere a 3.174—, pero siguiendo la doctrina sentada en las recientes sentencias de esta Sala núm. 298/03 de 14 de marzo y en la 1231/02 de 1 de julio, debemos considerar en tales casos que los perjudicados son las entidades jurídicas en las que se integran los socios, y no éstos directamente».

4.1.-Múltiples perjudicados

Si el Tribunal Supremo prácticamente no se ha pronunciado sobre lo que ha de entenderse por «pluralidad de personas», que en la sentencia indicada de 4 de junio de 2004 equipara a múltiples perjudicados, sin embargo, hay una extensa polémica sobre lo que ha de entenderse por *múltiples perjudicados*. Mientras el Tribunal Supremo, tras muchos vaivenes, dice que en estos supuestos sólo hay un perjudicado único, la sociedad, yo entiendo que no es correcto, como se desprende de lo que sigue:

a) *La persona jurídica como perjudicado único*

Varias sentencias del Tribunal Supremo resuelven que la persona jurídica es la única perjudicada, aunque ha seguido criterios muy dispares.

La Sentencia 843/2006, de 24 de julio confirma que «no puede hablarse de múltiples perjudicados ya que la perjudicada es la persona jurídica».

Recoge esta sentencia en el quinto de sus fundamentos de derecho:

«La Audiencia aplica correctamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, en Sentencias como la de 4 de Junio de 2004, viene afirmando que, en supuestos como el presente, no puede hablarse de multiplicidad de perjudicados ya que la perjudicada es la persona jurídica, única, y no todos los socios que la integran.

En semejante sentido, la STS de 14 de Marzo de 2003, afirmaba:

‘Si entendemos que el ocasionamiento del perjuicio, se produce no sólo a los directamente afectados, sino a cualquier persona, que de un modo u otro resulte repercutida negativamente en su patrimonio por la estafa, nos estaremos inclinando por una interpretación laxa de una amplitud difícilmente precisable, con posibilidades de crear incertidumbre o inseguridad en los límites aplicativos de la agravatoria.

Si se perjudica a una Sociedad, puede entenderse, que indirectamente también resultan afectados (perjudicados), sus socios, los trabajadores de la misma o sus acreedores. Pero también los terceros, que de una manera u otra dependen en su subsistencia de los patrimonios de los directamente afectados (Sociedades) o de los afectados de primer grado y así sucesivamente. Una interpretación estricta y ajustada a la naturaleza de la materia a interpretar (perjudicial para el reo), nos debe impulsar a una exégesis restrictiva.

No faltan pronunciamientos de la Sala Segunda, que apoyan dicha postura (STS 20 abril 1991). Esta sentencia consideraba que el sujeto

pasivo del delito, la Cooperativa «era un solo perjudicado, y por ende, un único centro de imputación, tanto en la activo como en lo pasivo, mientras que el subtipo indicado, por el contrario, contempla la existencia de múltiples (ni siquiera basta con la mera pluralidad) perjudicados, ya sean personas físicas o jurídicas, y el que la cooperativa esté, como toda persona jurídica institucional, compuesta por un número indeterminado de socios no convierte a éstos en perjudicados singulares en el sentido de referido precepto».

b) *Posición crítica a la postura del Tribunal Supremo. Las personas jurídicas en sí no son, en principio, perjudicado único, lo son sus socios o terceros*

Sobre esta cuestión la doctrina del TS, ha sido objeto de muchas oscilaciones. Ello se desprende de lo que sigue: La referencia a múltiples perjudicados es un supuesto agravado, para las estafas en el Código derogado (texto refundido de 1973). Disponía el antiguo art. 529.8.^a: «Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior ... 8.^a. Cuando afecte a múltiples perjudicados». El Código de 1995 no recoge este supuesto en su artículo 250.1. La cuestión planteada en la jurisprudencia era si este supuesto agravado podía aplicarse a hechos cometido con anterioridad a su entrada en vigor, por ser más favorable que el Código vigente. La sentencia de 26 de abril de 1996 hace referencia a más de 8, 13 (se cita en esta sentencia, entre otras, las de 5 de abril de 1990 y 8 de mayo de 1991). Unos 300 la sentencia de 18 de octubre de 1996. En la de 2 de junio de 1998 la referencia a múltiples perjudicados es a 9, 13 ó 15; eran 22 perjudicados en la sentencia de 22 de febrero de 1999; 33, en la de 2 de junio de 1998; más de 200, en la de 7 de marzo de 1997. Por el contrario, la sentencia de 30 de mayo de 2001 considera que el número de 12 no puede estimarse como múltiples perjudicados; en la de 20 de febrero de 2003 se dice que 28 personas no es «multitud», tampoco se considera suficiente el número de 46 en la sentencia de 17 de septiembre de 2003.

Toda la problemática planteada sobre esta cuestión el T.S. la zanja diciendo que sólo hay un perjudicado, la sociedad, lo que entiendo que no es correcto⁷.

4.2.-Concepto de perjudicado

El Tribunal Supremo tampoco ha seguido un criterio uniforme para concretar lo que ha de entenderse por *perjudicado*. En la sen-

⁷ Vid. con más extensión Serrano Gómez, A., *La prescripción del delito (tres cuestiones)*, Madrid, 2004, págs. 119 y ss.

tencia de 14 de marzo de 2003, recoge en el decimosexto de sus razonamientos jurídicos lo que sigue:

«Es de vital importancia en la delimitación conceptual de la agravatoria, precisar el concepto de perjudicado. Según aceptemos una noción amplia del mismo o por el contrario restrictiva, variará la solución del caso.

Si entendemos que el ocasionamiento del perjuicio, se produce no sólo a los directamente afectados, sino a cualquier persona, que de un modo u otro resulte repercutida negativamente en su patrimonio por la estafa, nos estaremos inclinando por una interpretación laxa de una amplitud difícilmente precisable, con posibilidades de crear incertidumbre o inseguridad en los límites aplicativos de la agravatoria.

Si se perjudica a una Sociedad, puede entenderse, que indirectamente también resultan afectados (perjudicados), sus socios, los trabajadores de la misma o sus acreedores. Pero también los terceros, que de una manera u otra dependen en su subsistencia de los patrimonios de los directamente afectados (Sociedades) o de los afectados de primer grado y así sucesivamente. Una interpretación estricta y ajustada a la naturaleza de la materia a interpretar (perjudicial para el reo), nos debe impulsar a una exégesis restrictiva».

La interpretación de la norma ha de ser la correcta. No puede ser en función de que se considere por el juzgador que ello puede perjudicar al reo. No estamos aquí ante un supuesto *pro reo*. No cabe una interpretación *contra legem*. No cabe hablar de perjudicados directos o indirectos, pues lo que dice la Ley es: *múltiples perjudicados*⁸, sin más distinciones, en el art. 296.2 que la comisión del delito afecte «a una pluralidad de personas»

De lo anterior se desprende que el resultado puede depender de que el Juez o Tribunal opte por el criterio amplio o el restringido, lo que supone una notable inseguridad jurídica con las consecuencias que supondrá en todo caso: si sale beneficiado el autor se lesiona el derecho de los perjudicados, y si los beneficiados son éstos se perjudicará al presunto culpable. *Estamos ante una cuestión de legalidad*, y no de interpretación.

Cabe deducir de lo expuesto que teniendo en cuenta la equiparación que hace el Tribunal Supremo entre «pluralidad de personas» y «múltiples perjudicados», no se puede mantener que la sociedad sea

⁸ Por perjudicado hay que entender en los delitos contra el patrimonio, el que sufre el perjuicio económico. En el tema que nos ocupa lo normal es que coincida en la misma persona, la condición de perjudicado y agraviado (sujeto pasivo del delito).

perjudicado único, cuando se trate de una entidad compuesta por socios, ello sin perjuicio de que existan terceros perjudicados.

5.-*En el delito de peligro del párrafo primero el art. 290 del C.p. no puede perseguirse en base al art. 296.2 porque el peligro en sí no afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas*

- a) Ya se apuntó al comienzo de este escrito, en el apartado 1, que la *afección* que se contempla en el art. 296.2 ha de tener contenido económico, lo que no es posible en un delito de peligro.
- b) Los sujetos pasivos del delito serían la sociedad, alguno de sus socios, o un tercero. No es posible, como se ha expuesto anteriormente, que aquí pueda darse una afección a intereses generales o a una pluralidad de personas, ya que estamos ante un delito de peligro.

6.-*Principio de intervención mínima*

Sin pretender extenderme sobre esta cuestión los supuestos del apartado 2 del artículo 296 del Código penal tal vez debían de quedar para los casos de que la persona agraviada no tenga capacidad económica para iniciar un procedimiento penal, o carecer de información suficiente para ello. La sent. 620/2004, tantas veces citada recoge en el sexto de sus fundamentos jurídicos (motivo séptimo):

«Tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias».

En diversas ocasiones me he pronunciado en el sentido de que los delitos contra la propiedad, siempre que no exista violencia o intimidación en las personas, deben configurarse como delitos privados. La víctima o perjudicado son quienes deben decidir si inician o no una acción penal. En caso de haberla iniciado deben tener la posibilidad de retirarla, pues el perjudicado puede haber llegado a un acuerdo con el autor del delito en cuanto a la reparación del daño y no desear continuar con el procedimiento penal.