

Estratto da:

ANNO IX - N. 3 LUGLIO-SETTEMBRE 1996

RIVISTA TRIMESTRALE DI
DIRITTO PÉNALE DELL'ECONOMIA

CEDAM

Miguel Bajo Fernández
prof. ordinario di diritto pénale nell'Università autónoma di Madrid

/ reati societari nel nuovo código pénale spagnolo del 1995

*Los delitos societarios en el nuevo código penal
español de 1995*

D O T T R I N A

ARTICOLI

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

prof. ordinario di diritto pénale nell'Universitá autónoma di Madrid

I REATI SOCIETARI NEL NUOVO CÓDICE PÉNALE SPAGNOLO DEL 1995

SOMMARIO: I. Generalitá: 1. Limiti della regolamentazione. - 2. Riflessioni sul soggetto attivo. - 3. La previa denuncia. - 4. Novitá rispetto ai precedenti progetti. - II. Falsificazione dei conti. - III. Imposizione di accordi abusivi. - IV. Maggioranza fittizia. - V. Negazione dell'esercizio dei diritti dei soci. - VI. Impediré Pispazione. - VII. Amministrazione infedele del patrimonio altrui.

I. Generalitá

1. — La dottrina e la giurisprudenza spagnola da tempo hanno reclámate che si colmasse la lacuna assistente nel nostro diritto pénale relativo all'amministrazione infedele del patrimonio altrui. Da quando il Progetto del Código Pénale del 1980 ha affrontato la questione con la regolamentazione dei cosiddetti reati societari, sonó trascorsi sedici anni pieni di riforme e controriforme. Il 24 maggio del 1996 entra in vigore il nuovo Código pénale (Legge Orgánica 10/1995, del 23 novembre), che contiene una nuova formulazione dei reati societari (artt. 290-297).

Il capitolo relativo ai reati societari nasce, pero, con un grave limite, perché, contrariamente a quanto succede nel diritto compárate, esso limita la figura dell'«amministrazione infedele del patrimonio altrui» (art. 295) all'ámbito societario, quando avrebbe dovuto invece utüizzare la formula générale delle legislazioni prese a modello (parágrafo 266 StGB, parágrafo 153 c.p. austriaco, art. 159 c.p. svizzero, art. 319 c.p. portoghese).

Si puó affermare, effettivamente, che il Cap. XIII, relativo ai reati societari, descrive comportamenti punibili di gestori di capitali altrui, ma limitatamente a societá o enti di análoga natura che per il raggiungimento dei propri finí partecipino permanentemente al mércate (art. 297) ⁱ¹). Tali comportamenti, dunque, non sonó punibili se riferiti a capitali privad o, piú precisamente, a patrimoni non analoghi a societá e i cui titolari non

(¹) Art. 297: «Agli effetti di questo capitolo si intende per societá ogni cooperativa, Cassa di Risparmio, ente mutualistico, ente finanziario o di crédito, fondazione, societá commerciale o qualsiasi altro ente di análoga natura che per il raggiungimento dei propri finí partecipi in modo permanente al mércate».

partecipino in modo permanente al *mércate*. E un errore simile a quello commesso dal legislatore nella disciplina del *Códice abrógate delTagiré* in nome altrui che era riferita solo alle persone giuridiche.

Non sarà quindi punibile il falso ideológico del *Pamministratore* (di fatto o di diritto) che falsifichi i conti annuali o altri documenti del patrimonio che amministra, quando il titolare di tale patrimonio è una persona fisica o, più esattamente, non è un ente che partecipi permanentemente al mercato; si punisce invece quando il titolare sia una delle entità descritte all'art. 297 (v. artt. 390-392 ⁽²⁾) che dichiarano non punibile il falso ideológico realizzato da privati; e art. 290 ⁽³⁾ che, invece, punisce questo stesso falso ideológico come reato societario.

2. - La maggior parte delle fattispecie delittuose del cap. XIII (reati societari) del Titolo XII (Reati contro il patrimonio e contro l'ordine socioeconomico) descrive così il *soggetto attivo*: «gli amministratori, di fatto o di diritto, di una società costituita o in formazione, ...».

A mio parere, l'individuazione del soggetto attivo nei diversi reati societari, esige che si tenga presente la regolamentazione dell'art. 31 ⁽⁴⁾ a proposito del *Fagiré* in nome altrui e l'interpretazione autentica dell'art. 297 su cosa si debba intendere per «società» agli effetti di questo capitolo». Questo precetto estende il concetto a *ogni* cooperativa, Cassa di Risparmio, ente mutualistico, ente finanziario o di credito, fondazione, società commerciale o *quahiasi altro ente di analoga natura* che per il perseguimento dei propri fini partecipi in modo permanente al mercato. Tale notevole estensione, a parte il fatto che priva di rilevanza alcuni tipi,

⁽²⁾ Art. 390: «Sarà punito con le pene della reclusione da tre a sei anni, multa da sei a ventiquattro mesi e inabilitazione speciale per la durata da due anni a sei anni, l'autorità o il funzionario pubblico che, nell'esercizio delle sue funzioni, commetta un falso:

I^o Alterando un documento in qualche suo elemento o requisito di carattere essenziale.

II^a Simulando un documento del tutto o in parte, in modo da indurre in errore sulla sua autenticità.

III Attestando in un atto l'intervento di persone che non sono intervenute, o attribuendo a quelle che vi sono intervenute dichiarazioni o manifestazioni diverse da quelle che sarebbero state fatte.

IV^o Alterando la verità nella narrazione dei fatti».

Art. 392: «Il privato che, in un documento pubblico, ufficiale o commerciale, commetta alcuno dei falsi descritti ai primi tre numeri del comma 1 dell'art. 390, sarà punito con le pene della reclusione da sei a tre anni e della multa da sei a dodici mesi».

⁽³⁾ V. testo *infra*, II.

⁽⁴⁾ Art. 31: «Chi agisce come amministratore di fatto o di diritto di una persona giuridica, o in nome o rappresentanza legale o volontaria di altri, risponderà personalmente, anche se non concorrono le condizioni, qualità o relazioni che la corrispondente fattispecie delittuosa o contravvenzionale richiede per poter essere soggetto attivo del reato, se tali circostanze ricorrono nell'ente o persona nel cui nome o rappresentanza egli operi».

obbliga a staccarsi dal concetto commerciale di società e a elaborare un concetto strettamente pénale ai finí di questo capitolo.

E evidente che il legislatore utilizza in questo capitolo termini che, provenienti dal diritto commerciale, hanno un contenuto proprio e diverso da quello che gli attribuisce quel ramo del diritto. Così, la nozione di amministratore di fatto e di diritto deve essere interpretata alla luce delle conclusioni che giurisprudenza e dottrina hanno desunto con riferimento all'agire in nome altrui di cui all'art. 15 *bis* del código pénale abrogato, o dall'art. 31 del nuovo.

Nei diversi progetti, dal 1980, le espressioni «amministratori o direttori», sono state utilizzate seguendo lo stile dell'art. 15 *bis* del vecchio Código. Il riferimento, a partire dal 1992, ad amministratori di fatto o di diritto (art. 31 Código pénale del 1995, oggi vigente), difetta di un significato maggiore e non ci impedisce di utilizzare qui un criterio simile a quello dell'agire in nome altrui. Nell'art. 31 del nuovo Código che disciplina l'agire in nome altrui, il legislatore vuole che, quando le condotte sono realizzate da persone giuridiche, risponda «colui che agisce» e che, al tempo stesso, sia «amministratore di fatto o di diritto», anche se non concorrono in lui le condizioni per essere soggetto attivo del reato. Dunque, è stato sostenuto che il fundamento di questa disposizione légale risieda nel principio di equivalenza nel senso che la condotta, anche se non proviene dal soggetto qualificato, è equivalente a quella del soggetto idoneo dal punto di vista del contenuto del tipo di illecito. Ciò che determina tale equivalenza è l'esercizio del dominio sociale tipico (Gracia Martín), nel senso di esercizio del dominio sulla struttura sociale nella quale il bene giuridico è particolarmente tutelato, che fa assumere una posizione di garanzia del bene giuridico stesso. Ciò implica che si tratti di soggetti che, grazie alle loro competenze, dominano l'ambito di protezione della norma.

Trasferendo questo concetto all'individuazione del soggetto attivo nei reati societari, si deve ritenere che il legislatore si riferisce all'amministratore di fatto come a quel membro dell'ente che detiene il dominio sociale e che, pertanto, si converte in garante del bene giuridico protetto dalla norma. Così che non è rilevante che formalmente appaia come amministratore privo, secondo il diritto commerciale, di qualcuno dei requisiti richiesti dalla legge per essere amministratore di diritto. Se si desse rilievo a tali aspetti formali, si dovrebbe escludere la responsabilità pénale del soggetto attivo del reato per il quale ricorra una causa légale di non eleggibilità. Per definire l'amministratore di fatto non interessa tanto la perfezione o meno del suo rapporto interno con la società, quanto il rapporto esterno dell'agente con il bene giuridico, il fatto che egli si trovi

in una posizione di dominio che gli fa assumere la posizione di garante. Orbene, il mínimo fómale per l'amministratore di fatto deve essere la toUeranza da parte dell'ente rispetto alia sua attività il che implica l'assunzione delle obbligazioni derivanti dall'attività stessa. Amministratore di fatto sará, allora, chi accede all'esercizio del dominio sulla struttura sociale nella quale é protetto il bene giuridico, con il riconoscimento, almeno tácito, dell'ente.

3. - L'art. 296 (⁵) trasforma i reati societari in semi-privati esigendo per la loro perseguibilitá la denuncia da parte della persona danneggiata o del Ministero della Finanza, quando quella sia minore, incapace o invalida. Ciò nonostante, si procederá d'ufficio se il reato offende «gli interessi generali o una pluralitá di persone».

Nel Progetto del 1992 il reato aveva carattere privato, nel senso che si richiedeva non solo la denuncia, ma anzi la quereía (con avvocato e procuratore) da parte del danneggiato.

Non so quali possano essere le ragioni della trasformazione di questi reati in perseguibili a istanza di parte. Probabilmente il legislatore é cosciente deH'ampiezza delle fattispecie riunite nel capitolo e della necessitá di restringere la loro perseguibilitá. Pero, con ciò non si evita la utilizzazione di queste figure delittuose come strumento del *professionisia del ricatto*, figura molto comune nei procedimenti penali centro le grandi societá.

In effetti, negli ultimi decenni, si é intensificata la repressione di reati economici commessi all'interno di grandi imprese (enti di crédito, immobiliari, multinazionali). Orbene, si puó, affermare che in ognuno dei procedimenti penali é stata esercitata l'azione popolare da parte di persone fisiche o giuridiche (strane associazioni in difesa dell'azionista danneggiato, di sólito dirette da un esperto avvocato) che vendono il ritiro dell'esercizio dell'azione pénale a un dato prezzo.

L'esistenza di tali corruzioni nel procedimento é inevitabile ma se ne sarebbe dovuto tener contó nella disciplina dei reati societari in modo che l'ostacolo processuale della previa denuncia, non abbia alcun valore a questi effetti.

(⁵) Art. 296: «1.1 fatti descritti nel presente capitolo saranno perseguibili solo mediante denuncia da parte della persona danneggiata o del suo rappresentante légale. Quando questa sia minore di etá, incapace o invalida, potrà presentare la denuncia anche il Ministro delle Finanze.

2. Non sará necessaria la denuncia richiesta dal comma precedente quando la commissione del reato danneggi gli interessi generali o una pluralitá di persone».

4. — U testo attuale presenta notevoli modifiche rispetto ai precedenti progetti. A riferirsi soltanto al progetto del 1992, dobbiamo notare la sparizione del reato di pubblicazione di dati falsi relativi alia situazione sociale o la simulazione di una partecipazione diversa da quella reale.

La differenza piú notevole, pero, é forse il trasferimento del reato di abuso di informazione privilegiata nel mercato dei valori in un capitolo a parte.

Tutto ciò é Índice delle oscillazioni politico-criminali nella formulazione di questi reati e, in générale, di tutti i reati socio-economici, la cui formulazione é di una straordinaria durezza, denotando un'aspirazione esaustiva nella penalizzazione di tali comportamenti e, di conseguenza, un'inusitata repressione.

II. *Falsificazione di documenti*

L'art. 290 ⁽⁶⁾ punisce la condotta consistente nella falsificazione dei conti o altri documenti che devono riflettere la situazione giuridica o económica, in forma idónea a causare un pregiudizio.

Puó essere considerate come reato di *pencólo* per il patrimonio, intendendo questo come oggetto di protezione giuridica (bene giuridico), o come reato di *lesione* del diritto dei soci e dei terzi interessati (per es. i creditori) ad essere informati sugli eventi economici e giuridici dell'ente.

Un curioso precedente si rinviene nel Códice del 1928 (art. 734) la cui lettura offre molte sorprese alio studioso del diritto pénale.

Si tratta di uno di quei falsi ideologici che, nonostante la sua impunità di carattere générale negli artt. 390-392, il legislatore ha voluto puniré in modo specifico come succede anche nell'ipotesi di fallimento prevista all'art. 261. Coticché, il Segretario del Consiglio che certifica ommettendo la verità, nella narrazione dei fatti, nella misura in cui si tratti di uno dei documenti previsti dall'art. 290 e nella misura in cui rifletta la situazione giuridica o económica deU'ente, commette il reato di falso ideológico punito dallo stesso art. 290.

Nel Progetto del 1980 e nell'Anteprogetto del 1983 si considerava solo il bilancio come oggetto di falsificazione. Ma il testo attuale estende opportunamente tale oggetto materiale ai «documenti che debbano riflet-

⁽⁶⁾ Art. 290: «Gli amministratori, di fatto o di diritto, di una società costituita o in formazione, che falsifichino i conti annuali o altri documenti, che devono riflettere la situazione giuridica o económica dell'ente, in forma idónea a causare un pregiudizio geonomico alia stessa, ad alcuno dei suoi soci, o ad un terzo, saranno puniti con la reclusione da uno a tre anni e multa da sei a dodici mesi».

Se si cagiona il pregiudizio económico, le pene imposte saranno aumentate della meta.

tere la situazione giuridica o económica delPente».

Indubbiamente il comportamento descritto nel precetto attuale, in alcuni casi entrerà in concorso con le truffe e i falsi, concorso che normalmente, sarà di norme, per cui si applicherá l'art. 8 del código pénale.

Sonó stati soppressi dal Progetto del 1992 il comportamento consistente nella «pubblicazione di dati falsi relativi alia situazione commerciale» e quello consistente nel «simulare una partecipazione diversa da quella reale».

III. *Imposizione di accordi abusivi.*

L'imposizione di accordi approfittando della posizione maggioritaria é alquanto connaturale alia dinámica degli enti a cui si riferisce questo capitolo del Código. Ciò che, pero, attribuisce significato o rilevanza pénale, é che l'accordo, abbia carattere *abusivo* (art. 291) ⁽⁷⁾. Perianto l'ampiezza del reato dipende da ciò che si intende per accordo abusivo.

Ritengo che proprio i requisiti richiesti per il reato diano la chiave dell'interpretazione. Se tali accordi sonó imposti con finí di lucro, a danno dei soci, e senza che la società ne riceva beneficio, diremo che sonó abusivi.

Certo é che difficilmente si può rintracciare la linea di demarcazione fra questa condotta e quelle previste dall'art. 295 ⁽⁸⁾ o il divieto delle leggi commerciali sugli accordi abusivi. Si potrebbe individuare una differenza fra l'art. 291 e l'art. 295, riferendo il primo al caso in cui non sia messo in pratica l'accordo, mentre il secondo all'ipotesi in cui l'abuso si realizzi. Tale interpretazione viene confermata dalla pena prevista (superiore nel 295). Ciò nonostante, la differenza con gli accordi abusivi sanzionati civilmente non si coglie e non resta che sperare nella giurisprudenza conformatrice.

IV. *Maggioranza fittizia.*

L'art. 292 ⁽⁹⁾ punisce anche l'awalersi della maggioranza pero quando tale maggioranza é stata ottenuta *fittiziamente*.

⁽⁷⁾ Art. 291: «Coloro che, approfittando della loro posizione maggioritaria nella Giunta degli azionisti o nell'organo di amministrazione di qualsiasi società costituita o in formazione, impongono accordi abusivi, a scopo di lucro proprio o altrui, a danno degli altri soci, e senza che ne derivi beneficio alia stessa, saranno puniti con la reclusione da sei a tre anni o multa pari al triplo del beneficio ottenuto».

⁽⁸⁾ V. *infra* VII

⁽⁹⁾ Art. 292: «La stessa pena dell'articolo precedente si applicherá a coloro che impongano o approfittino per *sé* o per un terzo, a danno della società o di alcuno dei suoi

Tale modo fittizio é descrite nello stesso precetto, anche se con la formula analógica «o mediante qualsiasi altro mezzo o procedimento». In effetti, si indicano tre forme chiare di ottenimento di tale finzione: abuso di firma in bianco, attribuzione indebita del diritto di voto o negazione illecita del diritto di voto.

L'abuso di firma in bianco deve essere riferito all'ipotesi in cui il soggetto rediga un documento con modalità diverse da quelle richieste dal firmante e lo faccia a proprio vantaggio ed ad altrui danno. Ci troviamo, dunque, di fronte a una forma di truffa (art. 250,4) e anche di falso, e pertanto necessarie di differenziazione con il presente reato societario.

A mió parere solo due casi sonó sussumibili nel reato di truffa: da un lato il caso consistente nell'abuso di firma in bianco dopo che l'autore abbia ottenuto la consegna e la firma in bianco del documento mediante l'inganno. Dall'altro l'utilizzazione di questo documento con firma in bianco come mezzo fraudolento per provocare un atto di disposizione patrimoniale in una terza persona.

D'altra parte, la dottrina e la giurisprudenza spagnola non dubitano del reato di falso nell'abuso di firma in bianco; e Antón Oneca aggiunge che se «il contenuto del documento non procede dal firmante, non si tratta soltanto di lesione della verità, ma anche dell'autenticità documentale e, di conseguenza, di falso materiale». Questione essenziale oggi per l'impunità dei falsi ideologici.

Sonó del parere, quindi, che l'art. 292 sia una norma speciale rispetto al reato di truffa e di falso, che si applica in modo preferenziale. Nel caso di configurazione della truffa, resterebbe assorbito anche il reato di falso che entrerebbe in gioco solo in assenza del reato societario e della truffa.

V. Negazione dell'esercizio dei diritti dei soci.

Si tratta di un reato societario punito semplicemente con multa e la cui esistenza viola direttamente il principio del mínimo intervento.

U comportamento descritto dall'art. 293 ⁽¹⁰⁾ consiste nel negare o

soci, di un accordo lesivo adottato da una maggioranza fittizia, ottenuta mediante abuso di firma in bianco, mediante attribuzione indebita del diritto di voto a chi legalmente ne difetti, mediante l'impedimento iüecito dell'esercizio di tale diritto a chi lo abbia riconosciuto dalla Legge, o mediante qualsiasi altro mezzo o procedimento análogo, e senza pregiudizio della punizione del fatto come corrispondente ad altro reato».

⁽¹⁰⁾ Art. 293: «Gli amministratori di fatto o di diritto di qualunque società costituita o in formazione, che senza motivi legittimi neppure o impediscano a un socio l'esercizio dei diritti di informazione, partecipazione alla gestione o controllo dell'attività sociale, o sottoscrizione preferenziale di azioni riconosciute dalle leggi, saranno puniti con la pena della multa da sei a dodici mesi».

impedire l'esercizio di diversi diritti, cioè quelli di informazione, di partecipazione alla gestione, di controllo dell'attività sociale e di sottoscrizione preferenziale.

VI. *Impedire l'ispezione.*

Il comportamento descritto dall'art. 294 ⁽¹¹⁾ consiste nel negare o impedire le attività ispettive o di supervisione ed è un altro esempio dell'eccessiva ampiezza repressiva del Codice penale in materia di reati economici. Sarebbe stato preferibile, nel rispetto del principio secondo cui il diritto penale è *Vultima ratio*, lasciare la repressione di questi comportamenti all'ambito civile.

VII. *Amministrazione infedele del patrimonio altrui.*

1. — Secondo Bacigalupo sarebbe questa la *figura basilare* dei reati contro l'ordine socio-economico (art. 295) ⁽¹²⁾. Non so se si possa sostenere questa tesi, ma indubbiamente l'amministrazione infedele del patrimonio altrui costituisce la posizione intermedia fra, da un lato, i reati di truffa e appropriazione indebita, e, dall'altro, la responsabilità civile extracontrattuale del 1902 del Codice civile o quella degli amministratori della società anonima dell'art. 106 LSA.

Questo precetto ha una genesi simile a quella dell'art. 15 *bis* del precedente Codice relativo all'attività in nome altrui. Ambedue hanno come modello il Codice penale tedesco e ambedue sono nati con una *lacuna grossolana*. L'art. 15 *bis*, perché si riferiva solo all'attività in nome di *persone giuridiche*, difetto parzialmente sanato dal nuovo Codice penale; e l'art. 295, perché, ugualmente, si riferisce a società e non ha carattere generale. Di modo che sembrerebbe che per il legislatore si possa

⁽¹¹⁾ Art. 294: «Coloro che, come amministratori di fatto o di diritto di qualunque società costituita o in formazione, sottoposta o che operi in mercati soggetti a supervisione amministrativa, neghino o impediscano l'attività di persone, organi o enti ispettivi o di supervisione, saranno puniti con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da dodici a ventiquattro mesi.

Oltre alle pene previste al precedente paragrafo, l'autorità giudiziaria potrà decretare alcune delle misure previste dall'art. 129 di questo Codice».

⁽¹²⁾ Art. 295: «Gli amministratori di fatto o di diritto o i soci di qualsiasi società costituita o in formazione che a vantaggio proprio o di un terzo, abusando delle funzioni proprie del loro incarico, dispongano fraudolentemente dei beni della società o contraggano obbligazioni a carico di questa provocando direttamente un danno economico valutabile, ai soci, depositari, partecipanti dei conti o titolari dei beni, valori o capitale che amministrano, saranno puniti con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, o della multa pari al triplo del vantaggio ottenuto».

riscontrare infedeltá solo neU'amministrazione dei beni di societá e non in quella dei privati.

2. - Da quando nel progetto del 1980 é apparso il capitolo relativo ai mal definiti reati finanziari, non sonó cessate, da una parte, le critiche dei protagonisti del mondo económico contro questa classe di reati, e, dall'altra, il rammarico degli studiosi per la loro inesistenza. Che fosse necessaria una formula intermediaria fra la semplice responsabilitá civile e i reati di truffa e appropriazione indebita risulta provato dalla numerosa giurisprudenza che lamenta l'impossibilitá di procederé alia condanna per l'inesistenza dei reati societari. Cosí S.T.S. 17 marzo 1981, in cui il giudice lamenta l'impunitá in un caso di amministrazione infedele. V. anche S.T.S. 23 giugno 1973, 29 gennaio e 30 marzo 1991, 2 aprile 1993.

Giá l'esposizione dei Motivi del Progetto del 1992 evidenzia questa esigenza neU'affermare che «le figure comuni di truffa, appropriazione indebita e falso documéntale non sempre sonó applicabili alie specifiche pratiche fraudolente che si possono produrre in una societá commerciale».

In definitiva, come segnala Bacigalupo, il Códice pénale precedente difettava di una fattispecie pénale che permettesse di puniré la produzione dolosa di un danno ad un patrimonio altrui, la cui amministrazione fosse affidata all'autore. Questa situazione si era aggravata - afferma Bacigalupo - con la riforma del Códice pénale del 1983 che definí la truffa seguendo il modello tedesco. Prima di tale riforma l'esistenza di una truffa per analogía, e la conformitá al modello francese di frode, permetteva di puniré come truffa i comportamenti di amministrazione infedele del patrimonio altrui.

3. - Per una migliore comprensione del precetto di recente introduzione, ritengo esercizio politico-criminale di interesse rivedere le ipotesi che costituivano questa lacuna tante volte denunciata e per il cui superamento é stata introdotta la norma (art. 295), potendosi cosí meglio comprendere l'impossibilitá o le difficultá di puniré il fatto come appropriazione indebita o truffa. (V, Bacigalupo, C. Martínez Pérez, Tiedemann, Rodríguez Mourullo).

a) U rappresentante che in nome della societá stipuli contratti a prezzi eccessivi, ricevendo una *commissi*one o retribuzione per l'operazione; b) riscossione e pagamenti in denaro *fiscalmente ñero* che, a parte la violazione tributaria corrispondente, mira ad occultare ai soci operazioni pregiudizievoli per la societá; c) concessione di *crediti* da parte della societá a un dirigente per l'acquisto di azioni della societá stessa; o a societá da lui controllate a solo vantaggio di colui che riceve il prestito; secondo

Rodríguez Mourullo il diritto pénale italiano punisce all'art. 2624 gli amministratori che ottengono prestiti sotto qualsiasi forma, sia direttamente che per interposta persona, dalla società che amministrano o che ottengano dalla medesima società prestazione di garanzie per debiti propri; *d) Yuso non dominicale* di fondi della società con la pretesa di restituirli; *e) la distrazione di denaro in un mutuo* che secondo la giurisprudenza non può essere punita come appropriazione indebita poiché questo tipo di prestito (e il contratto di deposito in conto corrente) trasmette la proprietà del denaro a colui che riceve il prestito; *f) ipotesi intollerabili di autofinanziamento* quando avvantaggino gli amministratori e danneggino Tente.

4. - In sostanza i comportamenti descritti all'art. 295 consistono nel *disporre fraudolentamente dei beni della società* da un lato, e nel *contrarre obbligazioni a canco di questa*, sempre che concorra, oltre al dolo, un vantaggio proprio e un danno sociale.

La somiglianza di tali comportamenti con le condotte descritte attualmente agli artt. 252 (appropriazione indebita) e 248 (truffa), rende necessaria una puntualizzazione dei criteri di *differenziazione* soprattutto se si tiene presente che l'espressione «disporre» è utilizzata nei tre precetti. Infatti, si nota che a parte l'art. 295 nel quale è utilizzata come verbo tipico per descrivere la condotta punibile, nel precetto della truffa (art. 248) l'espressione serve per descrivere una delle parti in cui si divide l'azione punibile («atto di disposizione»), mentre nell'appropriazione indebita dottrina e giurisprudenza ne definiscono la consumazione come il disporre della cosa come propria in modo che implichi inadempimento definitivo degli obblighi di consegnare o di restituire.

La differenza, dunque, fra ramministrazione infedele del patrimonio altrui e i reati di truffa o di appropriazione indebita esige un'attenzione particolare.

Con riguardo alla truffa possiamo individuare la distinzione nell'esistenza di un inganno come condotta determinante l'atto di disposizione ed il pregiudizio, mentre nella ramministrazione infedele del patrimonio altrui semplicemente si abusa di un rapporto di fiducia preesistente. Come sostiene Bacigalupo, se si può parlare di «inganno» nel senso di infedeltà, colui che inganna, nel reato societario, è lo stesso che realizza la disposizione patrimoniale nell'ambito delle sue facoltà di amministrazione, il che esclude la tipicità del reato di truffa.

Benché la distinzione dall'appropriazione indebita sia più complessa, la dottrina concorda nel fatto che i beni giuridici sono diversi, dato che nell'appropriazione indebita l'oggetto di protezione è la proprietà (o il

diritto di crédito in caso di denaro), mentre nel reato di amministrazione infedele é il patrimonio. Si conviene anche che nel reato societario non si produce un atto di disposizione della cosa come propria in modo che implichi un inadempimento definitivo dell'obbligo di consegnare o di restituire, ma si tratta di semplici usi dominicali illeciti (Martínez Pérez). (C'è da tener in considerazione la STS 14 marzo 1994 - relatore: Bacigalupo - nella quale, dopo alcune considerazioni sull'appropriazione indebita di denaro, si finisce per sostenere che in questo caso non si richiede un'azione di appropriazione — acquisizione della cosa al proprio patrimonio - né *Vanimus rem sibi habendi* — l'animo di possedere la cosa come propria).

La condotta di *disporre fraudolentemente dei beni della società* non va intesa nel senso della consumazione dell'appropriazione indebita o nel senso del fatto di disposizione della truffa. Nell'art. 295, cioè, il legislatore non sta pensando alla disposizione della cosa come propria, ma all'uso o all'abuso dell'amministratore riguardo ai beni della società in modo che suppone oltrepassare i limiti delle proprie facoltà. Così che se, invece di questo comportamento, l'amministratore disponesse della cosa come propria in modo da comportare l'inadempimento definitivo dell'obbligo di consegnare o di restituire, non si integrerebbe l'art. 295, ma l'appropriazione indebita di cui all'art. 252.

È chiaro che l'abuso al di fuori delle facoltà dell'amministratore, deve concorrere con il fine di lucro («a vantaggio proprio o di un terzo») con il reale pregiudizio economicamente valutabile per i soci, depositari, partecipanti dei conti o titolari dei beni, valori o capitale amministrati. Bacigalupo teme che il riferimento a tali oggetti ostacoli la distinzione del reato di appropriazione indebita. A mio parere l'enumerazione di tali oggetti è superflua e priva di significato per il comportamento tipico.

La condotta di *contrarre obbligazioni* a carico della società (naturalmente a vantaggio proprio e con danno sociale, come la condotta precedente), pone la questione dei *negozi a rischio*, di quelli, cioè, in cui il beneficio della società è altamente insicuro, o i negozi puramente speculativi. Pensò che in questo caso acquisti speciale significato il consenso o la conferma, presunta o no, dell'ente rappresentato.

Non sembra possibile la *commissione per omissione* data la letterale descrizione delle condotte punibili, in modo che resterà impunito il comportamento infedele di chi non realizza un'attività che avrebbe permesso un incremento patrimoniale del bene amministrato.

La genericità della descrizione tipica ha portato qualche autore a sostenere che sarebbe stato più razionale l'enumerazione dei diversi doveri di lealtà violati, come avviene nel Progetto alternativo tedesco o come sono

stati elaborati dalla giurisprudenza tedesca sull'Untreue del par. 266. È auspicabile che la nostra giurisprudenza elabori presto un elenco o lista di comportamenti e situazioni che integrano la fattispecie pñnale.

LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL NUEVO C3DIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

SOMMARIO: I. Generalidades: 1. Limitación de la regulación. - 2. Reflexiones sobre el sujeto activo. - 3. Previa denuncia. - 4. Novedades respecto a proyectos anteriores. - II. Falseamiento de cuentas. III. Imposición de acuerdos abusivos. - IV Mayoría ficticia. - V. Negar el ejercicio de los derechos de los socios. - VI. Impedir la inspección. - VII Administración desleal del patrimonio ajeno.

I. Generalidades.

1. — La doctrina y jurisprudencia españolas han reclamado desde antiguo que se colmara la laguna existente en nuestro derecho penal, relativa a la administración desleal del patrimonio ajeno. Desde que el Proyecto de Código Penal de 1980 afrontara la cuestión con la regulación de los llamados delitos societarios, han transcurrido dieciseis años plenos de reformas y controreformas. El 24 de mayo de 1996 entra en vigor un nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), conteniendo nueva redacción para los delitos societarios (arts. 290 a 297).

Pero, nace el capítulo relativo a los delitos societarios con una grave limitación, porque al contrario de lo que ocurre en el Derecho comparado, reduce la figura de «administración desleal del patrimonio ajeno» (art. 295) al ámbito societario, cuando debiera haber utilizado la fórmula general de las legislaciones tornadas como modelo (parágrafo 266 StGB, parágrafo 153 del C.p. austríaco, art. 159 C.p. suizo, art. 319 C.p. portugués).

En efecto, puede sostenerse que el Cap. XIII relativo a los delitos societarios, describe conductas punibles de gestores de capitales ajenos, pero reducidos a sociedades o entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe permanentemente en el mercado (art. 297) O- Pues bien, los comportamientos así descritos restan impunes si van referidos a capitales de particulares o, dicho más exactamente, a patrimonios no análogos a sociedades y cuyos titulares no participen de modo permanente en el mercado. Es un error similar al que cometió el legislador en la regulación del Código derogado sobre la actuación en nombre de otro que sólo la refería a las personas jurídicas.

De modo que no será punible la falsedad ideológica del administrador (de hecho o de derecho) que falsee las cuentas anuales u otros documentos del patrimonio que administra, cuando el titular de éste es una persona física o, más exactamente, no es una entidad que participe de modo permanente en el mercado, aunque sí se castiga cuando el titular sea una de las entidades descritas en el art. 297 (vid. arts 390-392 ⁽²⁾ que

(¹) Art. 297: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

(²) Art. 390: «1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

declara impune la falsedad ideológica para los particulares; y art. 290 ⁽³⁾ que, sin embargo castiga esa misma falsedad ideológica como delito societario).

2. - La mayor parte de los tipos delictivos del cap. XIII (delitos societarios) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) describen al *sujeto activo* del siguiente modo: «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, ...».

A mi entender, una interpretación del sujeto activo en los distintos delitos societarios, exige tener presente la regulación que el art. 31 C¹⁾ realiza de la actuación en nombre de otro y la interpretación auténtica del art. 297 sobre lo que deba entenderse por «sociedad» «a los efectos de este capítulo». Este precepto extiende el concepto a toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o *cualquier otra entidad de análoga naturaleza* que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado. Esta considerable extensión, aparte de que hace perder sentido a algunos tipos, obliga a separarse del concepto mercantil de sociedad y a elaborar un concepto estrictamente penal a los efectos del presente capítulo.

Es evidente que el legislador utiliza en este capítulo términos que, precedentes del Derecho mercantil, tienen un contenido propio y distinto del que aquella rama del Derecho le otorga. Así, por administrador de hecho o de derecho ha de interpretarse a la luz de las conclusiones que jurisprudencia y doctrina han extraído de la actuación en nombre de otro del art. 15 bis del Código penal derogado o 31 del nuevo.

En los distintos proyectos, desde 1980, se utilizaron las expresiones «administradores o directores», el estilo del art. 15 bis del viejo Código. La referencia, a partir de 1992, a los administradores de hecho o de derecho (art. 31 Código penal de 1995 hoy vigente), carece de mayor significación y no impide que utilicemos aquí un criterio similar al de la actuación en nombre de otro. En el art. 31 del nuevo código que regula la actuación en nombre de otro, quiere el legislador que, cuando las conductas se cometan por personas jurídicas, responda «el que actúa» y que, a la vez, sea «administrador de hecho o de derecho», aunque no concurran en él las condiciones para ser sujeto activo del delito. Pues bien, se ha dicho que el fundamento de esta determinación legal se encuentra en el principio de equivalencia en el sentido de que su conducta, pese a no ser sujeto cualificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de injusto. Lo que produce tal equivalencia es el ejercicio del dominio social típico (Gracia Martín), en el sentido de ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que el bien jurídico se protege especialmente,

1° Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2° Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que se hubieran hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de los hechos».

Art. 392: «El particular que cometiere un documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

⁽³⁾ Vid. texto infra II.

⁽¹⁾ Art. 31: «El que actué como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurra en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

asumiendo posición de garantía frente al propio bien jurídico. Esto implica que se trata de sujetos que en virtud de sus competencias dominan el ámbito de protección del la norma.

Debemos trasladar esta idea a la interpretación del sujeto activo en los delitos societarios y entender que por administrador de hecho se está refiriendo el legislador a aquel miembro de la entidad que tiene el dominio social y, por tanto, se convierte en garantía del bien jurídico protegido por la norma. De tal modo que no es preciso que formalmente aparezca como administrador que, conforme al derecho mercantil, adolezca de algún requisito exigido por la ley para ser administrador de derecho. De acudir a estos formalismos resultaría que el sujeto activo del delito que tuviera causa legal de inelegibilidad, debería de ser excluido de la responsabilidad penal por tal defecto. Para definir al administrador de hecho no interesa tanto la perfección o no de la relación interna entre éste y la sociedad, como la relación externa del agente con el bien jurídico, del que se encuentra en una esfera de dominio que le convierte en garante.

Ahora bien, el mínimo formal para el administrador de hecho ha de ser la tolerancia por parte de la entidad respecto de su actuación, lo que implica la asunción de las obligaciones derivadas de la actuación de aquél. Administrador de hecho sería, entonces, quién accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico, con el reconocimiento, por los menos tácito, de la entidad.

3. - El art. 296 (1) convierte los delitos societarios en semi-privados exigiendo, para su persecución, denuncia de la persona agraviada o del Ministerio Fiscal cuando sea aquélla menor de edad, incapaz o desvalida. Sin embargo, la persecución será de oficio si afecta el delito a «los intereses generales o a una pluralidad de personas».

En el Proyecto de 1992 el delito era de carácter privado en el sentido de que se requería no sólo denuncia, sino querrela (con abogado y procurador) por parte del agraviado.

No sé cuáles son las razones de convertir estos delitos en perseguibles a instancia de parte. Probablemente el legislador es consciente de la amplitud de los tipos recogidos en el capítulo y de la necesidad de restringir su persecución. Pero, con ello, no evita la utilización de estas figuras delictivas como instrumento del *profesional del chantaje*, figura muy común en los procedimientos penales frente a las grandes sociedades.

En efecto, en las últimas décadas ha proliferado la persecución de delitos económicos cometidos en el seno de grandes empresas (entidades de crédito, inmobiliarias, multinacionales). Pues bien, se puede asegurar que en cada uno de los procedimientos penales abiertos han ejercido la acción popular personas físicas o jurídicas (extrañas asociaciones de defensa del accionista desvalido, por lo general dirigidas por un abogado experto) que venden la retirada del ejercicio de la acción penal por un precio.

La existencia de estas corruptelas en el procedimiento son inevitables, pero debería de haberse tenido en cuenta en la regulación de los delitos societarios sin que el obstáculo procesal de la previa denuncia, tenga valor alguno a estos efectos.

4. - En el texto actual se producen notables modificaciones respecto a proyectos

(5) Art. 296: «1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar al 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».

anteriores. Por atender solamente al de 1992, debemos advertir la desaparición como delito de la publicación de datos falsos relativos a la situación social o el aparentar participación distinta a la real.

Pero, quizás la diferencia más notable sea el traslado del delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores, a capítulo aparte.

Todo ello es índice de los vaivenes político criminales en la redacción de estos delitos y, por lo general, de todos los delitos socio-económicos, cuya redacción es de extraordinaria dureza denotando un afán exhaustivo en la penalización de las conductas y, por tanto, de una represión inusitada.

II. *Fajamiento de cuentas.*

El art. 290 ⁽⁶⁾ castiga la conducta consistente en falsear las cuentas u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica, de forma idónea para causar un perjuicio.

Se puede concebir como un delito de *peligro* para el patrimonio, apareciendo éste como objeto de protección jurídica (bien jurídico), o bien como delito de *lesión* del derecho de los socios y terceros interesados (por ej., acreedores) a estar informados de los acontecimientos económicos y jurídicos de la entidad.

Tiene un curioso precedente en el Código del 1928 (art. 734) cuya lectura tantas sorpresas ofrece al estudioso del Derecho penal.

Se trata de una de esas falsedades ideológicas que, pese a su impunidad con carácter general en los arts. 390-392, quiso el legislador castigar específicamente como ocurre también en el supuesto de quiebra del art. 261. De tal forma que el Secretario del Consejo que certifica faltando a la verdad en la narración de los hechos, en la medida en que se trata de un documento de los contenidos en el art. 290 y en la medida en que refleja la situación jurídica o económica de la entidad, comete un delito de falsedad ideológica punible en este art. 290.

En el Proyecto de 1980 y Anteproyecto de 1983 sólo se recogía como objeto de falsificación el balance. Más acertadamente el texto actual extiende tal objeto material a «documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad».

Indudablemente el comportamiento descrito en el presente precepto, entrará en concurso con las estafas y las falsedades en algunos casos, concursos que, normalmente, serán de normas, por lo que se estará al art. 8' Código penal.

Se suprimió del Proyecto de 1992 el comportamiento consistente en la «publicación de datos falsos relativos a la situación mercantil» y la conducta consistente en «aparentar tener una participación distinta a la real».

III. *Imposición de acuerdos abusivos.*

La imposición de acuerdos prevaleciendo de la situación mayoritaria, es algo consustancial a la dinámica de las entidades a que se refiere este capítulo del Código. Lo que tiñe, sin embargo, de significación o relevancia penal a ello estriba en que el

⁽⁶⁾ Art. 290: «Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales y otros documentos que deberán reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de la forma idónea para causar un perjuicio económico a misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior».

acuerdo sea *abusivo* (art. 291) ⁽⁷⁾. Por lo tanto el eje del delito gira alrededor de lo que se entienda por acuerdo abusivo.

Pienso que los propios requisitos exigidos en el delito dan la clave de la interpretación. Si tales acuerdos se imponen con ánimo de lucro, en perjuicio de los socios y sin que reporten beneficios a la entidad, decimos que son abusivos.

Lo cierto es que difícilmente puede encontrarse la línea divisoria entre esta conducta y las que recoge el art. 295 ⁽⁸⁾ o la prohibición de las leyes mercantiles sobre acuerdos abusivos. Podría encontrarse una diferencia entre el art. 291 y el art. 295, refiriendo el primero al caso en que no se haya puesto en práctica el acuerdo, reservando el segundo al supuesto en que el abuso se materializa. Esta interpretación viene corroborada por la pena a imponer (superior en el 295). Sin embargo, la diferencia con los acuerdos abusivos sancionados civilmente, no se me alcanza y habrá que esperar a la jurisprudencia conformadora.

IV. *Mayoría ficticia.*

El art. 292 O castiga también prevalerse de la mayoría pero cuando ésta se ha obtenido *ficticiamente*.

Tal ficción está descrita en el propio precepto, si bien con la fórmula analógica de «o por cualquier otro medio o procedimiento». En efecto, señala tres formas expresas de obtener esa ficción: abuso de firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto o negación ilícita del derecho de voto.

El abuso de firma en blanco va referido al supuesto en que el sujeto cumplimenta un documento en unas condiciones distintas a las exigidas por el firmante y lo hace en provecho propio y en perjuicio ajeno. Pues bien, estamos ante una forma de estafa (art. 250,4) y también de falsedad y, por tanto, necesidad de diferenciación con el presente delito societario.

A mi entender solamente dos casos son subsumibles en el delito de estafa. De un lado, el caso consistente en el abuso de firma en blanco después de que el autor haya obtenido la entrega y la firma en blanco del documento mediante engaño. Del otro, la utilización de este documento con firma en blanco como medio engañoso para provocar un acto de disposición patrimonial en una tercera persona.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia españolas no dudan del delito de falsedad en el abuso de firma en blanco, añadiendo Antón Oneca que si «el contenido del documento no procede del firmante, el quebrantamiento no es sólo de la verdad, sino de la autenticidad documental y, por consiguiente, falsedad material». Cuestión capital hoy por la impunidad de las falsedades ideológicas.

Pues bien, entiendo que el art. 292 es ley especial frente al delito de estafa y de falsedad, aplicándose con preferencia. Para el caso de apreciarse estafa, absorbería

⁽⁷⁾ Art. 291: «Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieran acuerdos, abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido».

⁽⁸⁾ Vid. infra VIL

⁽⁹⁾ Art. 292: «La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida de derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito».

también el delito de falsedad que sólo entraría en juego en defecto del delito societario y de la estafa.

V. *Negar el ejercicio de los derechos de los socios,*

He aquí un delito societario castigado simplemente con multa y cuya existencia violenta frontalmente el principio de intervención mínima.

El comportamiento descrito en el art. 293 ⁽¹⁰⁾ consiste en negar o impedir el ejercicio de distintos derechos, a saber, los de información, participación en la gestión, control de la actividad social y suscripción preferente.

VI. *Impedir la inspección*

El comportamiento descrito en el art. 294 ⁽¹¹⁾ consiste en negar o impedir actuaciones inspectoras o supervisoras y es otro ejemplo más de la excesiva amplitud represiva del Código penal en materia de delitos económicos. Hubiera sido preferible, respetando la máxima de que el derecho penal es la *ultima ratio*, abandonar la represión de estas conductas al ámbito civil.

VII *Administración desleal del patrimonio ajeno.*

1) Según Bacigalupo ésta sería la *figura básica* de los delitos contra el orden socio-económico (art. 295) ⁽¹³⁾. No sé puede sostenerse esta proposición, pero indudablemente la administración desleal del patrimonio ajeno constituye la posición intermedia entre, de un lado, los delitos de estafa y apropiación indebida y, del otro, la responsabilidad civil extracontractual del 1902 del Código civil o la de los administradores de la sociedad anónima del art. 106 LSA.

Este precepto tiene en su génesis similitud con el art. 15 bis del anterior Código relativo a la actuación en nombre de otro. Ambos tienen como modelo el Código penal alemán y ambos nacieron con una *burda laguna*. El art. 15 bis porque sólo se refería a la actuación en nombre de *personas jurídicas*, defecto subsanado en el nuevo Código penal; y el 295 porque, igualmente, se refiere a sociedades y no tiene carácter general. De modo que pareciera que para el legislador sólo puede haber deslealtad en la administración de bienes de sociedades y no en la de los particulares.

2) Desde que apareciera en el proyecto de 1980 un capítulo los mal llamados delitos financieros, no cejaron, de un lado, las críticas de los protagonistas del mundo

⁽¹⁰⁾ Art. 293: «Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieran a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses».

⁽¹¹⁾ Art. 294: «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

⁽¹²⁾ Art. 295: «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida e en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta-partícipes a titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido».

económico contra esta clase de delitos y, del otro, el lamento de los estudiosos por su inexistencia. Que era necesaria una fórmula intermedia entre la simple responsabilidad civil y los delitos de estafa y apropiación indebida, lo depara el hecho de numerosa jurisprudencia quejosa de la imposibilidad de proceder a la condena por la inexistencia de los delitos societarios. Así STS. 17 marzo 1981 en que el juez lamenta la impunidad en un caso de administración desleal. Vid. también STS junio 1973.29 enero y 30 marzo 1991, 2 abril 1993.

Ya la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 subrayaba esta necesidad el entender que «las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que puede producirse en una sociedad mercantil».

En definitiva, como señala Bacigalupo, el Código penal anterior carecía de un tipo penal que permita sancionar la producción dolosa de perjuicio de un patrimonio ajeno, cuya administración ha sido confiada al autor. Esta situación se vio agravada - señala Bacigalupo - con la reforma del Código penal en 1983 que definió la estafa siguiendo el modelo alemán. Con anterioridad a esa fecha, la existencia de una estafa por analogía y la fidelidad al modelo francés de defraudación, permitía castigar como estafa comportamientos de administración desleal del patrimonio ajeno.

3) Para la mejor comprensión del precepto recién creado, entiendo ejercicio político criminal de interés el repaso de los supuestos que constituyen esa laguna tantas veces denunciada y para cuya superación se creó (art. 295), pudiendo así mejor comprender la imposibilidad a las dificultades de castigar el hecho como apropiación indebida o estafa. (Vid. Bacigalupo, C. Martínez Pérez, Tiedemann, Rodríguez Mourullo).

¿z) El representante que en nombre de la sociedad celebra contratos con precios excesivos recibiendo una *comisión* o retribución por la operación; *b)* cobros y pagos en dinero *fiscalmente opaco* que, aparte del la infracción tributaria correspondiente, pretende ocultar a los socios operaciones perjudiciales para la sociedad; *c)* concesión de *créditos* por parte de la sociedad, a un directivo para la compra de las acciones de aquélla; o a sociedades controladas por aquél que sólo benefician al prestatario; según Rodríguez Mourullo el Derecho penal italiano sanciona en el art. 2.624 a los administradores que obtengan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente o por persona interpuesta, de la sociedad que administran o consigan de la misma la prestación de garantías para débitos propios; *d)* el *uso dominical* de fondos de la sociedad con la pretensión de devolverlos; *e)* la distracción de dinero en un *préstamo mutuo* que según la jurisprudencia no puede castigarse como apropiación indebida ya que esta clase de préstamo (y el contrato de depósito en cuenta corriente) transmite la propiedad del dinero al prestatario; *f)* supuestos intolerables de *autocarterem* cuando benefician a los administradores y perjudican a la entidad.

4) Sustancialmente los comportamientos descritos en el art. 295 consisten en *disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad* de un lato, y *contraer obligaciones a su cargo*, siempre que concurra, aparte del dolo, beneficio propio y perjuicio social.

El parecido de tales comportamientos con las conductas descritas hoy en los arts. 252 (apropiación indebida) y 248 (estafa), exige que nos detengamos en los criterios de *diferenciación*. Sobre todo si tenemos en cuenta que la expresión «disponer» se utiliza en los tres preceptos. En efecto, obsérvese que, aparte del art. 295 en que se utiliza como verbo típico para describir la conducta punible, en los preceptos de la estafa (art. 248) sirve para describir una de las partes en que se divide la acción punible («acto de disposición») y en la apropiación indebida se define la consumación por parte de la doctrina y jurisprudencia como la disposición de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.

ZUSAMMENFASSUNG

Das am 24.5.1996 inkraftgetretene spanische Strafgesetzbuch regelt im 13. Kapitel die Gesellschaftsdelikte. Der Autor zeigt zunächst die Anwendungsgrenzen der neuen Regelung. In der Folge wird die Stellung des Täters, insbesondere des de-facto Geschäftsführers sowie die Notwendigkeit einer Anzeige zur Strafverfolgung untersucht.

Zuletzt werden die verschiedenen Straftaten analysiert: Besonderes Augenmerk wird auf die mit der Auslegung der neuen Tatbestände verbundenen Probleme gelegt.

RESUME

Le nouveau code penal espagnol, entré en vigueur le 24 mai 1996, consacre le chapitre XIII aux délits sociaux.

Analysant ce chapitre, l'Auteur commence par mettre en relief les limites de la nouvelle réglementation, eu égard à son domaine d'application, pour aborder ensuite la problématique des sujets actifs tout en accordant une attention particulière à l'administrateur de fait ainsi qu'à la recevabilité sur dénonciation. L'Auteur illustre ultérieurement les prévisions relatives aux délits en mettant en évidence pour chacune les noeuds d'interprétation