El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal

Abraham CASTRO MORENO

I. INTRODUCCION

El concepto de sociedad no ha de interpretarse en sentido técnico[1], sino normativo, en la medida en que el nuevo Código penal ofrece un concepto puramente penal de sociedad a efectos de la aplicación de los delitos societarios[2], cuya redacción «no puede considerarse afortunada»[3]. En este sentido, el art. 297 CP recoge una enumeración ejemplificativa[4] exhaustiva de diversos tipos sociales:

«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 de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.»

Se trata de una definición paradójica, caracterizada a la vez por destacadas omisiones[5], así como por su excesivo casuismo[6]. Al estudio de las distintas entidades contempladas o no en el art. 297 CP se dedicarán las siguientes páginas.

II. LAS SOCIEDADES RECOGIDAS EN EL ARTICULO 297 CP

1. Sociedades mercantiles

Aunque el legislador haya optado por un con-

---

[1] Art. 1665 del Código Civil: «Dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.»

[2] Se trata de un concepto legal o «interpretación autentica». En este sentido: Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: Código Penal. *Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II· arts. 138 a 385.* Madrid: Trivium, 1997, febrero, pág. 3056; Faraldo Cabana, Patricia: *Los delitos societarios.* Valencia: Tirant lo Blanch (Colección «Tirant Monografías», núm. 55), 1996, pág 100; González Cussac, José Luis: «Delitos contra el patrimonio y el orden economico (XII): *Delitos societarios*», en Vives Antón, Tomás, Salvador / Boix Reig, Javier / Orts Berenguer, Enrique / Carbonel Mateu, Juan Carlos / González Cussac, José Luis: *Derecho Penal. Parte Especial, 2ª Edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, Lección XXIX, pág. 494; González Rus, Juan José: *«Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX).* Sustracción de cosa propia de utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero», en Carmona Salgado, Concepción / González Rus, Juan José / Morillas Cueva, Lorenzo / Polaino Navarrete, Miguel / Portilla Contreras, Guillermo (dirigido por Manuel Cobo del Rosal)· *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, pág. 829; González Vizcaya, Eduardo· «Los *delitos societarios* en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, 1997, Volumen I, núm. 10 (3 a 9 de marzo), Doctrina XII, pág. 232; Madrigal García, Carmelo / Rodríguez Ponz, Juan Luis: *Contestaciones de Derecho Penal. Parte Especial. Judicatura.* Madrid: Editorial CARPERI, S L., 1996 (julio), tema 39, pág. 8; Manzanares Samaniego, José Luis· «Los *administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», en *Actualidad Penal*, 1997, Volumen I, núm. 13 (24 a 30 de marzo), Doctrina XV, pág. 288; Martínez-Bujan Perez, Carlos. «*Delitos societarios*», en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial / Escuela Judicial, 1996, núm. 2 [«Estudios sobre el Código Penal de 1995. (Parte Especial)»], pág. 473; Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia).* Zaragoza: Editorial Edijus, 1996, pág. 349; Nieto Martín, Adán. *El delito de administración fraudulenta.* Barcelona. Praxis, 1996, octubre, pág. 248; Queralt Jiménez, Joan J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, 3ª edición conforme al Código penal de 1995.* Barcelona: Bosch, 1996, pág. 439; Rodríguez Montañés, Teresa: *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios.* Madrid: McGraw-Hill (Coleccion· «Monografía Ciencias Jurídicas»), 1997, pág. 111; Serrano Pascual, Mariano: «*Comentarios al art. 297 CP*», en *Especial monográfico del Codigo penal. Comentarios y Notas. Crónica Parlamentaria.* Madrid: Tapia / Trivium, 1996, pág. 203; Terradillos Basoco, Juan: «Los *delitos societarios*», en Rosal Blasco, Bernardo Del (editor): *Estudios sobre el nuevo Codigo Penal de 1995.* Valencia: Tirant lo Blanch / Universidad de Alicante / Colegio de Abogados de Alicante, 1997, pág. 264; Valle Muñiz, José Manuel: «Capítulo XIII. De los *delitos societarios*», en Quintero Olivares, Gonzalo / Morales Prats, Fermín / Valle Muñiz, José Manuel / Prats Canut, José Miguel / Tamarit Sumalla, Josep Maria / García Albero, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Pamplona. Aranzadi, 1996, pag. 694.

[3] Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 263.

[4] El carácter ejemplificativo de la enumeracion de desprende de la coletilla final del precepto. «[..] o cualquier otra entidad de analoga naturaleza [...]». En este sentido Bufete Ramon Hermosilla. Abogados y Cia : *Los delitos societarios en el Codigo penal de 1995, 1ª ed* Madrid· Compañía General de Inversiones, 1996, pág. 27; García de Enterría, Javier. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil.* Madrid. Civitas (Colección· «Estudios de Derecho Mercantil», núm. 28), 1996, pag 40; González Cussac, José Luis: «*Delitos societarios*», op cit , pag 494; Queralt Jiménez, Joan J.: *Parte Especial*, op. cit , pág 439; Rodríguez Montañés, Teresa· *responsabilidad penal del' administrador desleal*, op. cit., pág. 111, Valle Muñiz, Jose Manuel. «*delitos societarios*», op. cit., pág. 394.

[5] En este sentido: Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op cit., pags 349 y 350, para quien resulta criticable las omisiones, siquiera nominales, de las sociedades, asociaciones deportivas, entes publicos dotados de personalidad juridica pero que no revisten la forma de sociedad (por ejemplo, universidades); Sánchez Alvarez, Manuel Maria: *Los delitos societarios.* Pamplona: Aranzadi (Revista de Derecho de sociedades Coleccion: «Monografias», num 5), 1996, pág. 48

[6] En este sentido: Martínez-Pereda Rodriguez, Jose Manuel. «Capitulo XI. *Los delitos societarios*», en *El nuevo Codigo penal y su aplicacion a empresas y profesionales. Manual teorico práctico (III), -I-.* Madrid: Recoletos Cia. Editorial, 1996, pag 361; Sanchez Alvarez, Manuel Maria: *delitos societarios*, op. cit., pág. 46 y 48.

Casuismo que ha llevado a algunos autores a entender que se trata de una definición lata, muy amplia, impropia u omnicomprensiva. Asi, Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido *Codigo Penal, II*, op cit , pag 3056; Garcia de Enterría, Javier. *delitos societarios*, op. cit , pag. 39; Manzanares Samaniego, Jose Luis· «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289, Martínez-Buján Pérez, Carlos «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 473; Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed.* Valencia Tirant lo Blanch, 1996, pág 456; del mismo: «*Delitos societarios*», en Juan Luis Gómez Colomer / José Luis Gonzalez Cussac (coordinadores): *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann).* Castelló de la Plana Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997, pag. 137; Revuelta, Javier· «Los *afectados por la nueva normativa*», en *Direccion y Progreso*, 1996, num. 146 («Nuevo Codigo Penal. Delitos economicos y societarios»), marzo-abril, pág. 77, Rodriguez Montañes, Teresa: *responsabilidad penal del administrador desleal*, op. cit., pag. 111; Sanchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit , pag 46

cepto amplio de sociedad, lo cierto es que estaba pensando fundamentalmente en las sociedades mercantiles[7] y, especialmente, en las anónimas[8].

Las sociedades mercantiles[9] están definidas en el art. 116 C.de C. de la siguiente manera:

«*El contrato de Compañía*, por el cual dos o mas personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, *será mercantil*, cualquiera que fuese su clase, *siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.*»[10]

Siguiendo al art. 119 C. de C., se constituyen con arreglo al citado Código, las sociedades cuyos pactos constitutivos se celebren en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil.

El Código de Comercio, en sus artículos 122 y 124, establece una enumeración de los distintos tipos de sociedades mercantiles. El art. 122 establece que, por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas: la regular colectiva[11], la comandita simple o por acciones[12], la anónima[13] y la de responsabilidad limitada[14]. Seguidamente, el art. 124 C. de C. complementa el catálogo anterior con otros dos tipos sociales: las mutuas y las cooperativas, siempre que se den una serie de requisitos que el mismo precepto establece[15].

Por lo tanto, *pueden ser sujetos activos del delito de administración desleal, en principio, los administradores de las sociedades colectivas, comandita simple y por acciones, anónimas, de responsabilidad limitada, mutuas y cooperativas.* Pero, ¿puede haber otros tipos de sociedades mercantiles además de éstos?, ¿se trata de un sistema de lista abierta o, por el contrario, de *numerus clausus*?, —en definitiva—, ¿caben las sociedades mercantiles atípicas en nuestro Derecho?

El art. 122 C. de C. dice: «*Por regla general* las sociedades mercantiles se constituirán adoptado algunas de las formas siguientes: [...]» Sin olvidar que, el art. 1255 CC (aplicable a la legislación contractual mercantil a través del art. 50 del C. de C.) reconoce y garantiza la autonomía de la voluntad de los contratantes. Lo cierto es que la mayoría de la doctrina mercantil[16] se decanta por el sistema de lista cerrada. El catálogo legislativo de figuras societarias constituye en este sentido un sector cerrado, pero no inamovible. Así, los modelos societarios que el legislador ofrece a los particulares han ido renovándose y ampliándose sucesivamente, de modo que, junto a los tipos tradicionales (colectiva, comandita simple y anónima) han ido surgiendo otros nuevos (como la SRL y la comandita por acciones).

En este sentido, la doctrina[17] se ha referido al *principio de libertad reglamentaria, que permite a los particulares elegir entre los tipos sociales que les ofrece el legislador, aquél que más convenga o*

---

[7] En este sentido, como ha destacado Rodríguez Ramos, la administración desleal de bienes ajenos se produce fundamentalmente en el ámbito de las sociedades mercantiles. Rodríguez Ramos, Luis: «Los nuevos *delitos pseudosocietarios*», en *Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1996, núm 1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Código penal»), 3ª época, abril-mayo, pág. 75.

Por otra parte, probablemente sea esta idea la que ha traicionado el subconsciente del eminente Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Ilustrísimo Sr Martínez-Pereda Rodríguez, llevándole a afirmar que el sujeto activo de este delito ha de ser administrador de hecho o de derecho de una *sociedad mercantil*, cuando, como es sabido, el art. 297 CP recoge supuestos que no son encuadrables dentro de esta categoría mercantil. Ver al respecto. Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., pág. 381

[8] Al respecto: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., 1996, pág 360; Rodríguez Ramos, Luis. «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pág. 78

[9] Las sociedades mercantiles son las grandes protagonistas del derecho mercantil actual (cualitativamente es así porque son un gran instrumento de acumulación de recursos financieros y económicos). Las empresas necesitan mucho más dinero que antes de la Revolución Industrial y, hoy, nadie o, casi nadie, aisladamente tiene tanto dinero, por lo que se ven obligadas a asociarse varias personas. Ver al respecto: Arroyo Zapatero, Luis: «Los *delitos societarios* en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Estudios de Derecho Penal Económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 58; Gómez Benítez, José Manuel. «Notas para una discusión sobre los *delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio* en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, Tomo XXXIII, Fasc. II, mayo-agosto, Sección Legislativa: E) Crónica Legislativa, pág. 483, quien califica a estas sociedades como el auténtico motor del sistema capitalista; Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., págs. 349, 350 y 359, para quien las sociedades anónimas representan un factor de progreso y generación de riqueza; Martínez Pérez, Carlos: «El delito societario de *administración fraudulenta*», en Fernández Albor, Agustín (presentación de): *Estudios Penales y Criminológicos, XVII*. Santiago de Compostela: Universidad, 1994, pág. 291, quien afirma —en relación a la *Untreue* alemana— que la modalidad más importante de administración desleal es la llevada a cabo en el terreno societario; Quintero Olivares, Gonzalo: «La *política penal para la propiedad y el orden económico* ante el futuro Código penal español», en Fernández Albor, Agustín (ed.): *Estudios Penales y Criminológicos, III*. Santiago de Compostela: Universidad, 1979, pág. 222, en donde califica a las sociedades por acciones de instituciones fundamentales para la vida económica; Serra Mallol, Antonio Jorge: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1991, pág. 19.

[10] De este modo, el Código de Comercio deja claro que se consideran mercantiles las sociedades que se constituyen con arreglo al mismo Sin embargo, la profesora Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 109, ha entendido que en los casos de las sociedades colectivas y comanditarias, lo que les atribuye carácter mercantil es la naturaleza de su objeto social: si éste es mercantil, serán sociedades mercantiles y, si es civil, lo serán civiles aunque revistan formas jurídico mercantiles. No obstante, creo que tal interpretación no es compatible con el tenor literal del art. 119 C. de C.

[11] En la que los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen a participar, en la proporción que establezcan, en los mismos derechos y obligaciones Ver los artículos 125 a 144 C. de C.

[12] En las que varios sujetos aportan capital determinado al fondo común, para estar a las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otros en nombre colectivo Para las sociedades en comandita, ver los artículos 145 a 150 C. de C. Para las sociedades en comandita por acciones, ver los artículos 151 a 169 C de C

[13] En la que el capital está dividido en acciones, y se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales Ver el art 1º del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

[14] En la que el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrara por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales Ver el art. 1º de la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada («*BOE*», de 24 de marzo de 1995)

[15] Ver mas adelante el apartado correspondiente a las mutuas y cooperativas

[16] Ver por todos, Fernández de la Gándara, Luis: *La atipicidad en derecho de sociedades*. Zaragoza: Libros Portico, 1 977, pág. 78.

[17] Fernandez de la Gandara, Luis: *atipicidad*, op cit., pags 79 a 83.

se adapte a sus intereses, pero no, incluir nuevos tipos que modifiquen el esquema legal[18].

Por cuanto se ha dicho debemos concluir que, *sólo podrán ser consideradas como mercantiles las sociedades expresamente tipificadas por el legislador como tales, sin que en ningún caso lo puedan ser, las sociedades atípicas*; es decir, no previstas por el Ordenamiento.

En otro orden de cosas, *se deben también incluir dentro de la referencia a las sociedades mercantiles efectuada por el art. 297 Cp, algunos supuestos peculiares de sociedad, (sociedades ocultas, sociedades ficticias y sociedades de fachada)* a efectos de su consideración como sociedad en relación al Capítulo XIII del Título XIII del Código penal[19].

Finalmente, conviene hacer mención a las denominadas *sociedades o empresas públicas* que, como se sabe, son sociedades participadas por las distintas Administraciones, pero que funcionan con el mismo régimen jurídico que cualesquiera otras sociedades privadas. A este respecto, *en la medida en que adopten la formas societarias mercantiles, no existe inconveniente alguno en considerarlas incluidas dentro del art. 297 CP*[20].

---

[18] El fundamento reside básicamente en la necesidad de proteger los intereses de terceros, con quienes se relaciona la sociedad en el tráfico. El ordenamiento jurídico debe proteger estos intereses garantizando la seguridad y transparencia en el tráfico, de modo que, cuando el tercero contrata con una sociedad, pueda saber con qué tipo social está tratando y cuál es su régimen jurídico. Fernández de la Gandara, Luis: *atipicidad*, op. cit., págs. 84 a 86.

[19] Las *sociedades ocultas* son aquellas que operan en el trafico sin manifestarse como sociedad, de tal manera que los terceros que se relacionan con sus representantes, creen hacerlo con particulares, y que el régimen de garantía es el del art 1911 del Código Civil, cuando realmente, por tratarse de una sociedad, puede tener un régimen de responsabilidad limitada.

Se trata de un fenómeno relativamente frecuente en la practica —que incluso está permitido para las sociedades civiles— pero no admitido por el Código de Comercio que, con la nueva redacción del art. 24, impone a las sociedades mercantiles la obligación de informar, en todos sus documentos, de su nombre, datos, número del Registro Mercantil e, incluso, de mencionar el tipo social en concreto de que se trata.

En cuanto a estas sociedades hay que decir que, desde el momento en que están correctamente constituidas, de acuerdo con los artículos 116 y 119 C. de C , *son auténticas sociedades mercantiles* a todos los efectos y, como no, a los que aquí nos ocupan

Lo mismo ocurre con las denominadas *sociedades ficticias* y con las *sociedades de fachada*. Las *sociedades ficticias* están correctamente constituidas, pero en un momento determinado de su vida legal se encuentran vacías de su patrimonio (ver, Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., pag. 353) y, sus administradores, utilizando la base ficticia de esa potencialidad económica —pero sin realidad cierta y eficiente— consiguen, mediante diversos procedimientos, hacer suyas en beneficio propio o de terceros determinadas cantidades. Las *sociedades de fachada*, además de su constitución y funcionamiento regulares, disponen de un patrimonio. Pero es también una apariencia, aunque con distinta finalidad Se trata de disimular la actividad de un comerciante individual, eludiendo el régimen de responsabilidad del art. 1911 CC, al actuar en el tráfico como una sociedad para beneficiarse del privilegio de la responsabilidad limitada que como empresario individual no tendría (ver, Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit , pag. 353.)

De este modo, como señala Heredero, José Luis. *Los* delitos financieros *en la jurisprudencia española*. Barcelona: Bosch, 1969, pág. 18, con la sociedad ficticia se crea una apariencia de patrimonio, mientras que, con la sociedad de fachada, se oculta un patrimonio. Como se ha dicho, *ninguna de estas dos sociedades presenta problemas aquí, por estar correctamente constituidas.*

Sin embargo, y aunque aquí no se comparta, es necesario mencionar la postura de Jiménez Villarejo, Carlos. «De los *delitos societarios* y contra los consumidores», en *Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1996, núm. 1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Código penal», 3ª época, abril-mayo, pag. 21, quien entiende que las sociedades ficticias no pueden considerarse como sociedades a efectos penales, puesto que la constitución de éstas es realizada por sus socios sin ánimo alguno de desarrollar su objeto social, sino como mero instrumento para la realización de actividades irregulares e ilícitas. No obstante, sin ahondar más en la cuestión para no repetir en exceso los mismos argumentos, la realidad de las afirmaciones de tal autor (en cuanto a las operaciones irregulares se refiere) no excluyen la existencia de una auténtica sociedad correctamente constituida.

[20] Como ha destaco Luzón Cánoves, Alejandro: «*Los caudales de empresas públicas como posible objeto del delito de malversación*», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1997, año VI, num. 276, 9 de enero, Comentario, págs 3 y 4, las empresas públicas se encuentran definidas en la Ley 7/1988 que regula el funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en el art 6 1 de la Ley General Presupuestaria, según las cuales debe entenderse por empresas publicas

a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participacion directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales o de sus Organismos Autónomos;

b) Las Entidades de Derecho público con personalidad juridica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Corporaciones locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento juridico privado

Asimismo, tal concepto de empresas públicas debe completarse con el ofrecido por el art. 4 de la Ley de Entidades Estatales Autonomas de 26 de diciembre de 1958 que define a las empresas públicas, como aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de Organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras analogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas

Por su parte, a efectos de la posible aplicación del delito de malversacion de caudales públicos a los dirigentes de estas sociedades, debe diferenciarse entre las empresas públicas, las Entidades de Derecho público con personalidad juridica y los Organismos autonomos. A tal respecto puede verse, ampliamente, Luzon Cánoves, Alejandro: «*Los caudales de empresas publicas como posible objeto del delito de malversacion*», op. cit., págs 2 a 4, a quien sigo en la distincion.

A este respecto, y empezando por el final, los *Organismos autónomos* poseen fondos públicos y, aunque no son estrictamente Administración Pública, no tienen tampoco estructura empresarial ni mercantil Se trata, por ejemplo, del Organismo Nacional de Loterias y Apuestas del Estado, del Consejo Superior de Investigaciones Cientificas, Correo y Telegrafos, etc. De este modo, *las desviaciones de los fondos de tales Organismos constituira, en su caso, un delito de malversacion, pero no de administración desleal de sociedades.*

Las *Entidades de Derecho Público* con personalidad juridica, aunque por Ley ajustan sus actividades al Derecho privado, no tienen, sin embargo, forma societaria, al ser Entidades proximas a los Entes Publicos y a los Organismos Autonomos Se trata, por ejemplo, del Consorcio de Compensación de Seguros, Retevision, Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, Instituto de Credito Oficial, Sociedad Española de Salvamento y Seguridad Maritima; Ferrocarriles de via estrecha; RENFE, etc *Las desviaciones de fondos de tales entidades, al ser sus fondos publicos, tampoco constituyen administración desleal de sociedades, sino, en todo caso, malversaciones de caudales públicos*

Finalmente, en orden a considerar la posible comision del delito de administracion desleal de sociedades en relación a los dirigentes de *empresas publicas en sentido estricto*, es decir, que adoptan forma mercantil (como la Empresa Nacional Bazan, S.A., Grupo EFE, S.A., Paradores de Turismo de España S A., Hispasat, S.A., Empresa Nacional Santa Bárbara, S A , Empresa Nacional de Autopistas, S A., etc.), es necesario, previamente, diferenciar los distintos supuestos que integran este concepto. Así, dentro de las empresas públicas se debe distinguir entre las *Sociedades con exclusivo capital publico*, las *sociedades con participacion mayoritariamente pública* y las *sociedades de economía mixta* (caracterizadas, éstas últimas, porque la participación pública no es mayoritaria). *En los dos últimos supuestos, en los que existe una participacion publica en el capital social (mayoritaria o no), pero este se integra ademas por aportaciones privadas, es necesario concluir que las desviaciones de sus fondos no constituyen malversacion de caudales publicos*, puesto que al ser formarse al capital social con fondos tambien privados, no puede identificarse éste con el concepto de caudales publicos. Así, el patrimonio social es distinto del de los socios que lo integran, por lo que si uno de sus socios es de naturaleza Publica, esta no se traspasa al patrimonio social, que goza de autonomía del privativo (público o privado) de sus socios, por lo que el capital de la sociedad nunca

2. Mutuas y Cooperativas

Las sociedades mutuas y cooperativas se encuentran contempladas en el art. 297 de forma diferenciada de las sociedades mercantiles. Asimismo, hay que señalar que ya el art. 124 del Código de Comercio establecía los requisitos que debían reunir estas sociedades para ser consideradas de naturaleza mercantil.

«Las Compañías *mutuas* de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquier otra clase, las *Cooperativas* de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en Sociedades a prima fija.»

A pesar de que el art. 124 C. de C. establece cuándo la naturaleza de estas sociedades es mercantil, ésta ha sido objeto de una gran polémica doctrinal[21]; debido, entre otros motivos, a que en su constitución interviene la administración, a través de una autorización administrativa que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo. A este respecto, dicha polémica sobre la naturaleza mercantil pierde su sentido (en lo que a los delitos societarios se refiere) con la contemplación expresa de ambos tipos sociales en el art. 297 CP. *Ya no resulta necesaria la averiguación de si tales sociedades funcionan a prima fija*[22] *(siendo mercantiles) o variable*[23] *(en cuyo caso serían sociedades civiles), pues con indiferencia de ello son entidades aptas para integrar el delito que nos ocupa.*

Por otra parte, *tampoco resulta necesaria la mención expresa de estas sociedades en el art. 297 CP*[24]*, puesto que los arts. 290 a 295 se refieren a «Los administradores [...] de cualquier sociedad [...]»* o «[...] de una sociedad [...]» y, en la medida en que las mutuas y cooperativas sean sociedades, ya estarían amparadas por los distintos preceptos[25].

3. Cajas de Ahorros y Entidades Financieras o de Crédito

En principio, *no se comprende del todo el por que*

será publico. Sólo cuando la empresa reparta dividendos a sus socios, los que reciba la Administración, se podrán considerar caudales públicos, pero ya no integrarán el patrimonio social. Sin embargo, en relación a las sociedades con exclusivo capital social, la cuestión parece más controvertida, pues podría entenderse que en presencia de un único socio, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionistas, es decir, de la Administración, con la consecuencia de poder considerar el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación.

Por mi parte, entiendo, con Manzanares Samaniego, José Luis: «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289, para quien «no habría obstáculo en considerar sociedad del art. 297 a la empresa pública que fuera una sociedad anonima, pero quedarán excluidas las configuradas como un servicio sin personalidad jurídica o como un organismo autónomo.»; Nieto Martín, Adán: *administracion desleal*, op. cit., pág. 251 y; Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., págs. 55 y 56, que *es perfectamente posible aplicar el delito de administración social fraudulenta a estas empresas públicas, puesto que tienen naturaleza juridico-mercantil, por lo que son sociedades mercantiles recogidas en el art. 297 CP.*

La misma solución se da a estos supuestos en Derecho comparado. Así, en Francia, se aplica el delito de abuso de los bienes sociales a las sociedades participadas con fondos de carácter público, pero regidas en su actuación por la normativa jurídico-mercantil común. Véase al respecto: Bouzat, Pierre: «*Abus de biens sociaux*», en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1976, núm. 3, juillet-septembre, Chronique de jurisprudence IV: Crimes et délit contre les biens, núm. 2, págs. 734 y 735; Delmas-Marty, Mireille: *Droit pènal des affaires, 2. Partie spéciale: infractions, 3ª ed.* Paris: Presses Universitaires de France, 1973, págs. 286 a 306; Touffait, Adolphe / Robin, Jean / Audureau, André / Lacoste, Jacques: *Delits et sanctions dans les societés, 2ª ed.* Paris: Sirey, 1973, pág. 254, núm. marg. 241.

[21] Polémica que, incluso, ha llegado a los debates tenidos en el seno de la Comisión de Justicia e Interior en torno al nuevo Código penal. Así, ver Arqueros Orozco: «*Debate de la Comisión de Justicia e Interior sobre la LOCP*», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1995, núm 512, V Legislatura, Cortes Generales, Sesión núm. 66, lunes 6 de junio de 1995. (Pte. D. Javier Luis Sáenz Cosculluela), en *Ley Orgánica del Código Penal. Debates Parlamentarios, I* Madrid: Departamento de Publicaciones de las Cortes Generales, 1996, pág. 920, (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, pág. 15 588), quien *mantiene que las sociedades mercantiles y las cooperativas no son lo mismo*, pues: «hay una distinción clarísima y evidente entre las sociedades mercantiles y las cooperativas. Las sociedades mercantiles, por definición y por sustancia propia de ellas, tienen ánimo de lucro y las cooperativas no».

En contra de la consideración de las sociedades cooperativas como mercantiles, ver Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., págs. 101 y 102, para quien *las cooperativas no son sociedades mercantiles, sino civiles,* a pesar de que los arts. 1 y 116 de la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, las permita desarrollar actividades empresariales y, de que la Ley 19/1989 ordene la inscripción de la cooperativas de Crédito y de Seguros en el Registro Mercantil; Olvarria Iglesias, Jesús: «Los "*delitos societarios*" en el Anteproyecto de Codigo Penal. Especial referencia al falseamiento de cuentas anuales» en *Legislacion y Jurisprudencia. Revista anual del CIRIEC*, 1992, núm. 3, Comentarios, pág. 300, para quien *las Cooperativas no son sociedades mercantiles.*

En favor de la consideración de las sociedades cooperativas como mercantiles, ver García de Enterría, Javier. *delitos societarios*, op. cit., pag. 39; Rodríguez Montañés, Teresa: *responsabilidad penal del administrador desleal*, op. cit , pág 111; Sanchez Alvarez, Manuel Maria: *delitos societarios*, op. cit., pag 49, quienes *entienden que la mención expresa a la sociedades cooperativas resulta redundante por tratarse de sociedades mercantiles.*

[22] Según el art. 9 de la Ley de Ordenación y Supervision del Seguro Privado: «son entidades aseguradoras privadas sin animo de lucro que tienen por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del periodo de riesgo.»

[23] Según el art. 10 de la Ley de Ordenación y Supervision del Seguro Privado. «son entidades aseguradoras privadas sin animo de lucro fundadas sobre el principio de ayuda recíproca, que tienen por objeto la cobertura, por cuenta común, a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, siendo la responsabilidad de los mismos mancomunada, proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados en la propia entidad y limitada a dicho importe.»

[24] Su mención expresa en el precepto se produjo en virtud de la aceptacion de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en la Sesion de la Comision del Congreso de 6 de junio de 1995. Ver al respecto: Macia Gomez, Ramon / Roig Altozano, Marina: Nuevo *Código Penal de 1995.* Barcelona Editorial CEDECS («Textos Legales Anotados»), 1996 (abril), pág. 521.

[25] Y se trata de sociedades porque así lo expresa el art 1 de la Ley General de Cooperativas 3/87, de 2 de abril al establecer que:

«*Son Sociedades* que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen libre de adhesion y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socio-económicas comunes, para cuya satisfacción y el desarrollo de la comunidad realizan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en funcion de la actividad cooperativa que realicen.» Ver asimismo, sobre las mutuas de seguros, los arts. 7 y sigs. de la Ley 30/95, de 8 de noviembre de Ordenacion y Supervisión de los Seguros Privados y; sobre las mutuas de accidentes, los arts. 202 y sigs de la Ley General de la Seguridad Social 2065/74, de 30 de mayo.

Ver también al respecto: Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit , pág 79.

de la mención expresa de las Cajas de Ahorros[26] *y otras Entidades Financieras o de Crédito, de forma diferenciada de las sociedades mercantiles,* pues estas entidades se encuentran recogidas en el Título I del Libro II del Código de Comercio relativo a las Compañías mercantiles. *Se trata pues, de una innecesaria y redundante reiteración.*

Tanto es así que el propio art. 123 C. de C. establece que:

«Por la índole de sus operaciones podrán ser las Compañías mercantiles:
[...]
Sociedad de crédito, Bancos de emisión y descuento, Compañías de crédito territorial, [...], Bancos agrícolas, [..]»

Estas sociedades se enmarcan en los que se ha dado en denominar «sociedades especiales», cuya principal característica es la determinación legal del objeto social de dichas Compañías[27].

Por otra parte, *la contemplación de las Cajas de Ahorro* resulta reiterativa *también en atención a que no son más que fundaciones especiales*[28]. De este modo, sea por tratarse de sociedades mercantiles, sea por tratarse de fundaciones, lo cierto es que el legislador no debió haberlas contemplado expresamente.

Finalmente, *tampoco se comprende el por qué de la mención de las Cajas de Ahorro de forma diferenciada de otras Entidades de Crédito,* pues, como señala la doctrina penalista[29] y mercantilista[30], las primeras se encuentran equiparadas a las segundas desde 1977. Así, según el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/86, de 28 de junio, sobre adaptación de nuestro Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al Derecho comunitario, figuran entre las Entidades de crédito:

«[..] toda empresa que tenga por actividad típica y habitual, recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, que lleven aparejadas la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.»[31]

Se trata, por tanto, de empresas que tienen por objeto social el ejercicio de crédito, y no de aquellas otras que no dedicándose de forma habitual al mismo, desempeñan, sin embargo, tal actividad de forma esporádica o eventual[32]. De este modo, para la doctrina mercantilista[33], se encuentran entre las sociedades de crédito: el Instituto de Crédito Oficial y las entidades Oficiales de Crédito; los Bancos privados; las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de ahorro y la Caja Postal de Ahorros; las Cooperativas de Crédito; las Sociedades de Crédito Hipotecario; las Entidades de Financiación; las Sociedades de Arrendamiento Financiero; las Sociedades Mediadoras en el Mercado de Dinero.

La diferenciación entre las Entidades de Crédito y las Entidades Financieras se encuentra en que las últimas no intermedian el crédito, sino que lo proporcionan a quienes lo puedan precisar, pero sin recibir para realizar dicho préstamo fondos de personas ajenas a la operación[34].

Por último, hay que señalar que *al carecer estas Cajas de «socios», los delitos de referencia no podrán aplicarse en perjuicio de éstos, quedando así parcialmente limitada su operatividad*[35].

4. Fundaciones

Las Fundaciones son entidades jurídicas distintas

[26] La mención expresa de las Cajas de Ahorros se produjo en virtud de la aprobación de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la sesión del Pleno del Congreso de 29 de junio de 1995. Al respecto Maciá Gómez, Ramón / Roig Altozano, Marina: *Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 522; García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pág. 39.

[27] Así, el art. 175 C. de C. establece las operaciones que corresponden principalmente a estas Compañías. Suscribir o contraer empréstitos con el Gobierno, Corporaciones provinciales o municipales; adquirir fondos públicos y acciones u obligaciones de toda clase de Empresas industriales o de Compañías de crédito, crear Empresas de caminos de hierro, canales, fabricas, minas, dársenas, almacenes generales de depósito, alumbrado, desmontes y roturaciones, riegos, desagües y cualesquiera otras industriales o de utilidad pública; practicar la fusión o transformación de toda clase de Sociedades mercantiles, y encargarse la emisión de acciones u obligaciones de las mismas; administrar y arrendar toda clase de contribuciones y servicios públicos, y ejecutar por su cuenta, o ceder, con la aprobación del Gobierno, los contratos suscritos al efecto; vender o dar en garantía todas las acciones, obligaciones y valores adquiridos por la Sociedad, y cambiarlos cuando lo juzgaren conveniente, prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual clase; efectuar por cuenta de otras Sociedades o personas toda clase de cobros o de pagos, y ejecutar cualquier otra operación por cuenta ajena; recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico, y llevar cuentas corrientes con cualesquiera Corporaciones, Sociedades y personas; girar y descontar letras u otros documentos de cambio. Asimismo, el art. 177 C. de C. se refiere a la realización de: descuentos, depósitos, cuentas corrientes, cobranzas, préstamos, giros y contratos con el Gobierno y Corporaciones públicas. Por fin, el art. 199 C. de C. se refiere a: préstamos a plazos sobre inmuebles y a emisiones de obligaciones y cédulas hipotecarias.

[28] Así lo ha entendido también: Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., págs. 49 y 50, aunque para tal autor, por otro motivo; a saber, que entiende que las Cajas de ahorros son fundaciones-empresas, por lo que ya estarían recogidas dentro de la mención expresa a las fundaciones. También las considera fundaciones jurídico privadas Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 102; Vicent Chulia, Francisco: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, Volumen 2º: Comerciantes* Sociedades. *Derecho Industrial.* Barcelona: Bosch, 1991, pág. 984.

[29] Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pag. 102; Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pág. 79

[30] García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pag. 39, Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pag. 49

[31] Ver al respecto: Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 104, Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., págs. 79 y 80, Uría, Rodrigo *Derecho Mercantil, 19ª ed.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992, pag. 770, num. marg. 759.

[32] Ver Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pag. 104.

[33] Uría, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, op. cit., pag. 770, num. marg. 759, Vicent Chulia, Francisco: *Sociedades*, op. cit., pag. 983

Seguida, entre los penalistas, por Faraldo Cabana, Patricia *delitos societarios*, op. cit., pags. 104 y 105; Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pag. 80

[34] Ver al respecto: Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pag. 80

[35] En este sentido se han manifestado. Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., pág. 352, quienes, en relación al delito de administración desleal, contemplan la posibilidad de entender por «socios» a los «depositantes», en cuyo caso tal restricción de la operatividad del delito no se daría. Si bien, como ellos mismos advierten, tal equiparación resulta incompatible con el principio de prohibición de analogía

de las sociedades. Así, mientras que las sociedades toman como base una colectividad de sujetos, las Fundaciones se constituyen en torno a un conjunto de bienes destinados a la realización de unos fines concretos.

En otros países[36], sin embargo, como Estados Unidos o Canadá se permite que las Fundaciones se constituyan bajo la forma de sociedades anónimas. En otros, como Israel, se conoce la denominada «sociedad de beneficio público», existiendo también las Fundaciones comerciales en países como Luxemburgo, Dinamarca, Noruega o Suecia, en donde la Fundación se nutre de la empresa nodriza que tiene por objeto, no la obtención de beneficios, sino el de proveer de fondos a la Fundación para que sin ánimo de lucro realice las actividades que le son propias.

De igual modo, se puede producir el fenómeno inverso; es decir, que las empresas creen Fundaciones para fines sociales, a la vez que se hacen publicidad con las actividades de ésta y se benefician de los incentivos fiscales que son propios a este tipo de entidades[37].

En España, sin embargo, *las Fundaciones no pueden adoptar formas societarias*[38], pues ya se ha dicho que se trata de entidades diferentes. No obstante, *en ocasiones las Fundaciones pueden actuar en el tráfico mercantil como si fueran auténticas empresas.* Así, el art. 28 del Reglamento de Fundaciones Culturales permite a estas entidades la realización de actividades mercantiles o industriales que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, siempre que se dé cuenta de ellas al Protectorado, sin que, en los demás casos, estas Fundaciones puedan ejercer por sí mismas estas actividades, sin previa y expresa autorización de aquél. Y es aquí donde reside el fundamento de la contemplación expresa de las Fundaciones en el art. 297 CP y su equiparación a las sociedades a efectos de la aplicación de los delitos societarios.

5. Otras entidades de análoga naturaleza que participen de forma permanente en el mercado

Finalmente, el art. 297 incluye en el concepto penal de sociedad a: «otras sociedades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado». *Se trata de un concepto que introduce un grado importante de indefinición* en el precepto[39], por lo que plantea numerosas cuestiones a resolver por el intérprete jurídico. A este respecto, se plantea la cuestión de si tal «coletilla» hace *referencia* a todas las entidades recogidas en el precepto o, por el contrario, únicamente hay que ponerla en conexión con las mencionadas en último lugar, es decir, las sociedades mercantiles.

La doctrina que ha tratado la cuestión se encuentra dividida al respecto. Así, *un primer sector doctrinal*[40] *entiende que esta referencia final del precepto hay que relacionarla con las sociedades inmediatamente antes mencionadas, a saber, las sociedades mercantiles.* Es decir, que las sociedades que participan de modo permanente en el mercado deben ser de análoga naturaleza a las sociedades mercantiles. En este sentido, como éstas últimas tienen por rasgo definidor (frente a otros tipos de sociedades) la obtención de beneficios y el ánimo de lucro, estas otras sociedades análogas han de tener este fin también como objetivo. *Así, la referencia a la actuación de modo permanente en el mercado equivaldría a actuar, más allá de sus fines reconocidos, con propósito de lucro y con intervención en las relaciones económicas de intercambio.* Ejemplo de ellas podrían ser las *agrupaciones de interés económico,* las *sociedades de inversión mobiliaria*[41], las *sociedades gestoras de fondos de pensiones*[42], o las *sociedades agrarias de trasformación*[43].

---

[36] Sobre la constitución de las Fundaciones como sociedades y la cuestión de las Fundaciones-Empresas en Derecho comparado, ver Prada González, José María De (Dir.): *Hacia una nueva Ley de Fundaciones.* (Seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, en julio de 1991. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, pág. 108.

[37] Así, las Fundaciones de Sociedades anónimas deportivas, o de conocidas multinacionales como *Carlsberg, Olivetti,* o de famosos empresarios que regentan dichas multinacionales como la Fundación *Agnelli* (propietario del grupo turinense *Fiat-Alfa Romeo-Ferrari*).

[38] A excepción de determinadas Fundaciones que podríamos llamar especiales, como las Cajas de Ahorros, que han de adoptar por ley la forma de sociedad anónima

[39] Gonzalez Vizcaya, Eduardo. «Los *delitos societarios* en el nuevo Codigo Penal», en *Actualidad Penal,* 1977, Volumen I, núm. 10 (3 a 9 de marzo), Doctrina XII, pág. 232

[40] Jiménez Villarejo, Carlos: «De los *delitos societarios* y contra los consumidores», en *Revista Jurídica General / Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* 1996, num 1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Codigo penal»), 3ª época, abril-mayo, pág 20; Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconomicos,* op. cit., pág. 350

En el mismo sentido parecen manifestarse, aunque no queda claro: Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios,* op cit., pag 109, Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit, pág 665

[41] Han de adquirir la forma de sociedades anonimas. Al respecto: Uria, Rodrigo: *Derecho Mercantil,* op. cit., pag. 448, num. marg. 457.

[42] Ver al respecto: García de Enterría, Javier: *delitos societarios,* op. cit., pag. 40.

Por su parte, *se manifiestan en favor de la inclusión de las Gestoras de Fondos de Inversión dentro del art. 297 CP,* Bufete Ramón Hermosilla. Abogados y Cía.: *delitos societarios,* op cit, pág 27; Sánchez Alvarez, Manuel María: *apropiacion indebida,* op. cit., pags. 46 y 47, para quien los Fondos de Pensiones o los Fondos de Inversiones son sociedades colectivas, debido al papel que tal tipo juega como sociedad general del trafico, lo que permite recoger a todas las figuras atípicas de caracter mercantil. Así, tal consideracion como sociedades colectivas y, en consecuencia, mercantiles de los citados Fondos, permite a dicho autor incluirlos dentro del concepto penal de sociedad ofrecido por el art. 297 CP.

En cualquier caso, y *aunque se entendiera que los Fondos de pensiones o de Inversiones no son sociedades, tampoco habría ningún problema en torno a la aplicación, por ejemplo, del art. 295 CP, puesto que sí lo son, y anónimas, las sociedades gestoras de tales fondos* Al respecto. Uria, Rodrigo: *Derecho Mercantil,* op. cit., pág. 451, núm marg. 459.

[43] Que, a pesar de ser sociedades civiles, su objeto social incluye actividades jurídico-mercantiles, al poder dedicarse a la produccion, transformación y comercialización de productos agricolas, ganaderos y otras actividades de mejora del medio rural. Ver al respecto: Serrano Soldevilla, Alfonso Diego «Las *sociedades mutualistas y las instituciones de inversion y financiación colectivas*», en Jiménez Sanchez, Guillermo J (Coordinador): *Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª ed.* Madrid

Sin embargo, tal interpretación no resulta del todo coherente con la redacción del art. 297 CP[44]. Y ello tanto por razones gramaticales, como teleológicas y, político-criminales. Desde el punto de vista gramatical, como ha advertido Rodríguez Ramos[45], *lo lógico es mantener que el punto de referencia de la coletilla final del precepto son el conjunto de sociedades mencionadas en el mismo, pues de lo contrario —dice este autor— se debía haber situado otra partícula «o» antes del término sociedades mercantiles*[46]. Pero por encima de criterios de orden gramatical más o menos convincentes, existen aún otros argumentos teleológicos. En este sentido, *si únicamente se quisiera dar protección jurídico penal a las sociedades que tienen por objeto la obtención de beneficios a través del desarrollo de una actividad económica o industrial, no se comprende por qué el legislador ha sustituido la referencia a las sociedades mercantiles utilizada en los Proyectos de Código penal anteriores por un concepto penal de sociedad mucho más amplio, que incluye otras sociedades y entidades que no gozan de naturaleza mercantil. Especialmente demostrativa en este sentido en la mención expresa de las Fundaciones que, como se sabe, no se caracterizan precisamente por tener como fin la obtención de beneficios, e incluso se podría discutir, por qué no, en relación a las* sociedades deportivas *no mercantiles*[47]. A este respecto, resulta obvio que tanto las Fundaciones como las sociedades deportivas no actúan más allá de sus fines reconocidos y con propósito de lucro[48]. Desde un punto de vista político-criminal, puede resultar útil el ejemplo propuesto por los profesores Moreno Cánoves y Ruiz Marco[49]:

«[...] supongamos una asociación de interesados en el juego del ajedrez, para cuyo fin se asocian con sometimiento a unos estatutos que regulan su funcionamiento, órganos sociales, régimen patrimonial, etc.; parece evidente que la "sociedad" así conformada participara en el mercado de modo permanente, puesto que tendrá domicilio, tal vez un empleado, consumirá energía electrica, contratara y ulitzara un teletono, etc., y sin embargo resultara difícil incardinarla en el art. 297 CP porque su naturaleza no es análoga a la de una sociedad mercantil. Mas si idéntica asociación adopta la forma de alguna entidad regulada por el Código de Comercio, o ley mercantil, entonces entrara de lleno en el ámbito de aplicación del Capítulo XIII »

Y tienen razón los autores en que no resulta político-criminalmente aceptable que la misma «asociación» resulte o no encuadrable en los delitos societarios en función de una mera formalidad. Sin embargo, lo que no resulta adecuado es mantener tal disparidad de tratamiento como hacen ellos, argumentando que las entidades análogas lo son únicamente de las sociedades mercantiles. Pues de mantener la interpretación contraria (que entiendo perfectamente compatible con el tenor literal del precepto), es decir, aquélla que estima que las entidades análogas lo son de todas las recogidas previamente en el precepto, tal disparidad de tratamiento penal en función de cuestiones formales no se daría, pues la asociación del ejemplo podría ser una entidad de análoga naturaleza, por ejemplo, a las Fundaciones o a las Sociedades Anónimas con fines deportivos, y ello aunque no revistiera la forma jurídica de sociedad mercantil.

Así, habrá que entender que la referencia final a las sociedades de análoga naturaleza se encuentra conectada con todas las sociedades y entidades anteriormente recogidas en el precepto. *Esta interpretación permitiría además, incluir en el ámbito de protección del delito que nos ocupa, por ejemplo, a las sociedades civiles*[50]. En efecto, a pesar de las distintas posiciones doctrinales[51] al respecto, pare-

Tecnos, 1995, pag. 273; Vicent Chuliá, Francisco: *Sociedades*, op. cit., págs. 1010 y 1011.

[44] En este sentido. González Cussac, Jose Luis: «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 495. Rodriguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pag 80.

[45] Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op cit., pág. 80.

[46] De modo que la redacción del precepto seria· «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundacion, o sociedad mercantil o cualquier otra sociedad de análoga naturaleza que [...]»

[47] Por no estar constituidas bajo la forma de anónimas. En España son únicamente tres dentro del fútbol profesional: a saber, el Real Madrid C.F., el F.C. Barcelona y el Atlethic de Bilbao, con presupuestos que en los dos primeros casos superan los trece mil millones de pesetas por temporada.

Asociaciones deportivas *cuya falta de mención expresa ha sido criticada por algún autor.* Así, Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., págs. 349 y 350, quienes entienden que, por su falta de mencion expresa y, por la interpretación restringida que debe darse a la «coletilla» final del precepto (conectándola sólo con las sociedades mercantiles), no resultan amparadas por la proteccion del art. 297 CP en relacion a los delitos societarios

En favor de la inclusión de las asociaciones deportivas en el precepto se muestran: Sanchez Alvarez, Manuel María *delitos societarios*, op. cit., pág. 51; Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 263.

[48] Ver también al respecto: Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., págs. 250 y 251, cita 12 bis; Vicent Chuliá, Francisco· *Sociedades*, op. cit., pags. 1006 y 1007.

[49] Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., pág. 351. Si bien el ejemplo es utilizado por tales autores para criticar la restricción de la «coletilla» a la analogía con las sociedades mercantiles.

[50] Respecto de los actos desleales que puedan llevar a cabo los socios-administradores. A este respecto, el art 1695 CC establece lo siguiente: «Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observaran las reglas siguientes [. .]. 2ª.- Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según la costumbre de la tierra, con tal de que no lo haga contra el interes de la sociedad o de tal modo que implique el uso a que tienen derecho sus compañeros.»

Asimismo, el art 1692 CC dispone que. «El socio nombrado administrador en el contrato de sociedad puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la aprobacion de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legal »

[51] Así, *la ausencia de mención expresa a estas sociedades ha sido criticada por algunos autores* Así, Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op cit., págs. 349 y 250, quienes entienden que, por su falta de mención y, por la interpretación restrictiva de la «coletilla» final del precepto (conectandola solo con las sociedades mercantiles), no se encuentran protegidas por el art. 297 CP en relacion a los delitos societarios. Para estos autores, la inclusión de las sociedades civiles entre las entidades recogidas por el precepto, vulneraría el principio penal de prohibicion de analogia (con el agravante de que es ademas *in malam partem*) Por ello, entienden que estas sociedades deberían ser recogidas de forma expresa. También entienden que las sociedades civiles no entran en el marco del art. 297 CP. Manzanares Samaniego, Jose Luis «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289; Nieto Martín, Adan: *administracion fraudulenta*, op cit , pág 249; Sanchez Alvarez, Manuel Maria *delitos societarios*, op cit , pág. 46. 47 y 50

Por su parte, *entienden que las sociedades civiles son encuadrables dentro del concepto legal de sociedad ofrecido por el art. 297 CP.* Bufete Ramon Hermosilla. Abogados y Cía *delitos societarios*, op cit , pág. 27; Conde-Pumpmido Ferreiro, Candido: *Código Penal, II*, op cit., pág. 3057; Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op cit., pág 108; Muñoz Conde, Francisco. *Parte Especial*, op cit , pag. 456, Queral Jimenez, Joan J.: *Parte Especial*, op. cit., pag. 440, Terradillos Basoco, Juan· «delitos societarios», op. cit., pag. 263.

ce claro que las sociedades civiles han de considerarse incluidas en el art. 297 CP. Ello porque al mencionar el precepto de forma expresa, por ejemplo, a las mutuas y cooperativas, está contemplando auténticas sociedades civiles, pues éstas poseen tal naturaleza cuando funcionan por el sistema de prima variable (art. 124 C. de C.). De este modo, las otras sociedades civiles deben ser consideradas entidades de análoga naturaleza, por ejemplo, a las mutuas y cooperativas civiles. Igualmente, se deben considerar incluidas dentro de la referencia a las entidades de análoga naturaleza las denominadas *sociedades irregulares*. Como más adelante se verá, estas sociedades no son técnicamente encuadrables dentro de la referencia de los arts. 290 a 295 CP a las sociedades en formación, sino que son entidades análogas a las sociedades colectivas mercantiles o a las sociedades civiles[52]. Y lo mismo puede decirse en cuanto a las denominadas *sociedades de hecho*.

Asimismo, la utilización de la expresión «*entidades*» («o cualquier otra *entidad* de análoga naturaleza») en el precepto, no parece resultar casual. Ciertamente, el legislador podría haber empleado otros términos como «sociedad» («o cualquier otra *sociedad* de análoga naturaleza»). Sin embargo, entiendo que la intención del legislador era la de dar protección penal, no sólo a las sociedades no mencionadas expresamente en el precepto (como, por ejemplo, las sociedades civiles), sino también a otras «entidades» (por tanto, con personalidad jurídica propia[53]) que no son «sociedades»; así, las *comunidades de propietarios*[54], *comunidades de dominio*[55], o las simples *asociaciones*[56], entre las que podemos encontrar, por ejemplo, la copropiedad de buques[57], o la asociación entre factor y principal[58]. No así a los Entes públicos dotados de personalidad jurídica propia pero que no revisten la forma jurídica de sociedad, por

Finalmente, manifiesta sus dudas al respecto. Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 662.

[52] Sin embargo, estas sociedades se tratan dentro del estudio de las sociedades en formación, por ser discutida en la doctrina su calificación como tales. Las diferencias entre sociedades irregulares y sociedades en formación, así como la aplicación a las primeras del régimen de las sociedades colectivas a las que son análogas, se analizan en aquel lugar, al que expresamente me remito

[53] Ver González Cussac, José Luis: «Delitos societarios», op. cit., pág. 495; González Vizcaya, Eduardo: «delitos societarios», op. cit., pág. 232; Queralt Jiménez, Joan J.: *Parte Especial*, op cit., pág. 439

[54] *En contra de la inclusión en el precepto de las comunidades de propietarios* se ha manifestado Queralt Jimenez, Joan J.: *Parte Especial*, op cit., pag 440, porque no operan en el mercado. Sin embargo, *entiendo discutible esta argumentación, puesto que las comunidades de propietarios* (propiedad horizontal), *mantienen relaciones jurídicas con terceros*, como contratos de luz, de agua, de mantenimiento de las zonas y servicios comunes (garaje, jardines, ascensor, limpieza escalera, vigilancia, portería), etc

[55] En relación a éstas *se viene a paliar la laguna de punibilidad derivada de su no posible inclusión en el delito de apropiacion indebida en algunos supuestos*. Así, no cabe la apropiación indebida en las comunidades de dominio cuando las cuotas de los comuneros no hayan sido determinadas de forma exacta, pues se ignorará sin el autor sobrepaso la cuota que le correspondía (salvo que, naturalmente, se haya apropiado de la totalidad) En este sentido se ha manifestado: Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo: «*Apropiación indebida*», en AA.VV.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I). -2-*. Madrid: Recoletos Cia Editorial, 1996, pág. 99.

En relación a las *comunidades de bienes*, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda (núm 609) en el Senado que proponía la sustitución de la expresión introducida en el Congreso «sociedad mercantil, cooperativa o caja de ahorro» por la de «*comunidades de bienes* o cualquier tipo de personas jurídicas». Al respecto: Maciá Gómez, Ramón / Roig Altozano, Marina. *Codigo Penal de 1995*, op cit., pág. 522; Nieto Martín, Adan: *administración fraudulenta*, op. cit., pág. 250, cita 12 bis

La inclusión de las *comunidades de bienes* ha sido discutida desde el punto de vista del principio de legalidad. A este respecto, se plantean importantes dudas en torno a la inclusión en el precepto de determinadas «unidades economicas» que no pueden considerarse «entidades» por carecer de personalidad jurídica propia: así, las *comunidades de bienes* o las *cuentas en participación* Así, se ha dicho, en opinión que comparto, que resulta incompatible con el principio de legalidad entender que son «entidades de análoga naturaleza» a las recogidas en el precepto, pues estas ultimas poseen un rasgo definidor o un mínimo denominador común consistente en que gozan de personalidad jurídica propia. Rasgo del que, carecen estas unidades económicas, por lo que *no pueden ser consideradas «entidades» a efectos penales*. Y tal conclusión la comparto aun sin desconocer las claras críticas que pueden hacerse al respecto, pues resulta obvio que estas unidades económicas «generan núcleos de obligaciones y de intereses similares a los de cualquier estructura genuinamente societaria», por lo que deberían ser incluidas en el precepto. Ver en relación al problema: García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pags 40 y 41.

Por su parte, Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: *Código Penal, II*, op. cit., pág 3057 y; Nieto Martín, Adan. *administracion fraudulenta*, op. cit., págs. 250 y 251, cita 12 bis, entienden que la referencia a las «entidades» no implica necesariamente que éstas hayan de tener personalidad jurídica, sino que alberga a cualquier tipo de colectividad con vocación de permanencia en el mercado ofertando bienes o servicios. Por ello, para tal autor, *las comunidades de bienes encuentran acogida en el art. 297 CP* siempre que participen de modo permanente en el mercado Del mismo modo, Queral Jiménez, Joan J *Parte Especial*, op cit., pág. 440, *entiende que sí pueden encuadrarse en el precepto las comunidades de bienes*, siempre que éstas tengan por objeto la copropiedad de activos cuya operatividad se pone en mano común, como demuestra, a juicio de este autor, la mención del art. 295 CP a los cuentapartícipes. Asimismo, se han mostrado partidarios de la inclusión de estas en el precepto: Bufete Ramón Hermosilla. Abogados y Cía.: *delitos societarios*, op. cit., pág. 27; Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 263.

Finalmente, manifiesta sus dudas en relacion a la inclusión en el art. 297 CP de las comunidades de bienes: Valle Muñiz, Jose Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 662.

[56] Pensemos, por ejemplo, en los *Partidos Politicos*, en los *Sindicatos* o, incluso, en las *Peñas de fútbol*.

Ver, Serra Mallol, Antonio Jorge: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid. Tecnos, 1991

En contra de entender incluidas a las asociaciones en el ambito del art. 297 CP se muestran: Queral Jiménez, Joan J *Parte Especial*, op cit., pág. 440; Sánchez Alvarez, Manuel Maria: *apropiación indebida*, op cit., pág. 46 y 50. También contrario se ha mostrado Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., pág. 250, cita 12 bis, si bien, por entender que no participan de modo permanente en el mercado ofertando bienes o servicios Sin embargo, lo cierto es que el art. 297 CP no exige que las entidades ofrezcan bienes o servicios en el mercado, sino que participen en él. Y no se puede negar que, tales asociaciones tienen de forma estable relaciones contractuales en el tráfico económico.

[57] A este respecto, el art. 589 del C. de C. señala que si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante: «se presumirá constituida una Compañía por los copropietarios». Para cuya administración se nombrará un gestor/director que ejercerá la representación de la Compañía (art 594 C. de C.), y rendira cuentas a los asociados de cada viaje del buque (art. 599 C de C). Ver más ampliamente sobre el particular, Serra Mallol, Antonio Jorge. *contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, op. cit., págs. 153 a 159.

[58] A este respecto, el art. 288 C. de C. dispone que el principal podrá interesar al factor en algunas operaciones, participando en las ganancias en funcion de sus aportaciones. Ver mas ampliamente sobre la cuestión, Serra Mallol, Antonio Jorge. *contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, op cit., págs 149 y 150.

ejemplo, las *universidades*[59]. La cuestión de si las *sucursales* son entidades análogas es, sin embargo, mucho más fácil de solucionar. Tal pregunta debe a mi juicio tener una respuesta negativa, sin que ello signifique que las conductas fraudulentas llevadas a cabo en las mismas no sea punible de acuerdo con el art. 295 CP, puesto que se trata de partes integrantes de la propia estructura empresarial. De este modo, *las sucursales no son sociedades (ni análogas, ni no análogas) autónomamente consideradas, sino que forman parte de las mismas, por lo que ya están incluidas dentro de la referencias típicas a las sociedades.*

Por último, también hay que llamar la atención sobre la *indeterminación* que supone la mención a la *participación de modo permanente en el mercado*[60] *para el cumplimiento de sus fines*. Así, el carácter de *permanencia*, la ambigüedad del término *mercado*, y las dificultades de distinción entre el *fin* y el objeto sociales saltan a la vista[61]. Asimismo, la exigencia de permanencia en el mercado de entidades análogas podría originar dudas respecto de la inclusión en el ámbito de protección de los delitos societarios de aquellas *entidades de corta duración*, también llamadas *sociedades ocasionales* que se constituyen para la realización de actividades concretas y determinadas[62]. A este respecto, la doctrina[63] se ha inclinado por entender a estas sociedades, como las *uniones temporales de empresas* dentro del concepto penal de sociedad. En estos supuestos, me parece razonable la interpretación del profesor García de Enterría[64], quien entiende que *lo determinante para la inclusión de estas entidades en el precepto no ha de ser el carácter indefinido del período de constitución, sino la creación de una estructura societaria estable y definida susceptible de poner en juego los intereses tutelados.*

III. LAS SOCIEDADES EN FORMACION

El concepto penal de sociedad ofrecido por el art. 297 CP ha de ser completado, a efectos de los delitos societarios, con la referencia de los arts. 290 a 295 CP a las *sociedades constituidas o «en formación»*. Las sociedades en formación son aquellas que están en trámite de constitución; es decir, en las que existe un pacto social de crear la sociedad, sin que ésta se haya inscrito todavía en el correspondiente Registro Mercantil, pero existiendo en los fundadores intención de cumplir con el requisito registral[65]. Tales sociedades se encuentran reguladas en el art. 15 LSA que, admite la posibilidad de que los administradores de estas «sociedades» no inscritas realicen actos y contratos (arts. 15.1 LSA y 14.1 LSRL), obligando a la sociedad por los mismos cuando sean realizados dentro de las facultades que la escritura les confiere (arts. 15.2 y 3 LSA). Por lo que se trata de un «terreno abonado» para la realización de conductas fraudulentas en perjuicio de la sociedad[66].

Así, *dentro de la referencia a las sociedades en formación se puede encuadrar, sin mayores problemas, a las denominadas sociedades de fundación simultánea*[67] (arts. 14 a 18 LSA). Sin embargo, existen otros supuestos de dudosa inclusión, como los de las «sociedades irregulares» o las «sociedades de hecho», que seguidamente se analizan en torno a su posible consideración como sociedades en formación a los efectos típicos que nos ocupan.

1. Las «sociedades irregulares»

En este apartado se debe discutir la posible inclusión de las denominadas *sociedades irregulares.*

---

[59] *La ausencia de mención expresa de estas instituciones ha sido criticada por la doctrina.* Así, Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marzo, Francisco: *Delitos socioeconomicos*, op. cit., pág. 349. Si bien, como ha destacado Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., pág. 251, en la medida en que éstas obren adscritas a un régimen jurídico público, no puede establecerse una relación de analogía con las sociedades designadas en el art. 297 CP, debiendo aplicarse, por ejemplo, el delito de malversación de caudales públicos, en lugar de la administración desleal de sociedades.

[60] Concepto éste que se ha tomado del art. 1º de la Ley de Competencia Desleal. Ver al respecto: Bufete Ramón Hermosilla, Abogados y Cía.: *delitos societarios*, op. cit., pág. 25.

[61] En este sentido se han manifestado, con razón, Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., págs. 350 y 351.

[62] Hay sociedades que se crean con el fin de organizar o de explotar determinadas actividades que tiene lugar con ocasión de un determinado evento y que, después de cumplida su finalidad, se liquidan. De hecho, una de las causas de extinción de las sociedades es la finalización de la actividad para la que fue creada. Por ejemplo, la sociedad estatal creada para la organización y desarrollo de la *Expo'92*, si bien, esta sociedad era de carácter mercantil y no planteaba problemas en torno a su inclusión en el precepto. Asimismo, muchas cooperativas tienen por objeto la realización de una actividad (por ejemplo, la construcción y adquisición de viviendas de viviendas) en beneficio de sus socios que, cumplida, pierde el sentido la sociedad, por lo que suele disolverse en favor de las nuevas comunidades de propietarios.

[63] García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., págs. 41 y 42; Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: *Código Penal, II*, op. cit., págs. 3057 y 3058; Manzanares Samaniego, José Luis: «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289; Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., págs 46 y 47, para quien las sociedades ocasionales deben considerarse sociedades colectivas y, por tanto, mercantiles.

[64] García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op cit., págs. 41 y 42.

[65] Ver a este respecto: Menéndez Menendez, Aurelio: «*Sociedad anonima e inscripción en el Registro Mercantil*», (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989), en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1990, núm XXX, volumen I, pag 23

[66] En este sentido Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., pág 338; Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., pag. 667.

[67] En este sentido: Jiménez Villarejo, Carlos: «*delitos societarios*», op cit., pag. 20.

De este modo, los «promotores» han de responder como administradores de hecho de las sociedades en fundación sucesiva. Así, el art. 31.1 LSA establece que «Los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad» y, el art 32 LSA que «Los promotores responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de [...] los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión.»

Sin embargo, los profesores Moreno Cánoves y Ruiz Marco entienden que los promotores no pueden ser sujetos activos de los delitos societarios, pues no concurre en ellos la cualidad de administrador de hecho ni de derecho. Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconomicos*, op cit., págs. 256 y 257.

No obstante, en la medida en que pueden obligar a la sociedad frente a terceros (art. 31.1 LSA) y realizar desembolsos (art 32 LSA) resulta razonable pensar que han de ser considerados administradores, no de derecho (pues no han sido nombrados para tal cargo), pero sí de hecho.

Dichas sociedades son aquellas que operan en el tráfico jurídico sin reunir alguno de los dos requisitos que exige el art. 119 C. de C.[68], por lo que, aunque aparenten lo contrario, carecen de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus socios[69]. Por ello, en estos casos, sus administradores no se benefician del privilegio de la responsabilidad limitada, siéndoles de aplicación el régimen de la responsabilidad personal e ilimitada subsidiaria[70]. Se trata pues de sociedades constituidas en escritura pública otorgada ante Notario, pero que ni están inscritas en el Registro Mercantil correspondiente, ni existe voluntad de sus socios de inscribirla[71].

Para algunos autores[72], *este tipo de sociedades*

---

[68] Ver, Farias Battle, Mercedes: *La* sociedad irregular *en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)* Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid: Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 3 y 4; para quien, en términos generales, se podría decir que: «*irregular es toda aquella sociedad que desarrolla su actividad dentro del sector mercantil del tráfico jurídico, pero cuyos miembros han prescindido deliberadamente de las reglas formales de constitución de los tipos sociales mercantiles, no obstante lo cual se presentan en el tráfico jurídico bajo la apariencia de regularidad, es decir, actuando como sociedad.*»

Así, en opinión de Tapia Hermida, Antonio: *La sociedad anónima falta de inscripción registral* Madrid: Civitas / Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1996, págs. 106 a 116, las características esenciales son pues, cuatro:

1ª) El otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad (págs. 106 a 109).

2ª) Falta de inscripcion de la escritura fundacional en el Registro Mercantil (pág. 109).

3ª) Voluntad probada de no inscribir la sociedad (págs. 110 a 114)

4ª) Transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, sin que se haya solicitado la inscripción en el Registro Mercantil (págs 114 a 116).

A las que habría que añadir unas

5ª) Consistente en la concurrencia de publicidad de hecho (por actuación ante terceros bajo apariencia de sociedad regular) y;

6ª) naturaleza mercantil de la sociedad.

[69] Ello porque el art. 116.II C. de C. requiere, para adquirir personalidad jurídica propia, que las sociedades hayan satisfecho los requisitos del art. 119 C. de C. Asimismo, en relacion a las sociedades anónimas, el art. 7.1.I LSA dispone que: «La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica.»

[70] Por tanto, el régimen aplicable sera el de las sociedades colectivas o, en su caso, el de las sociedades civiles, por imperativo del art. 16.2 LSA. Ver al respecto: Tapia Hermida, Antonio: *La sociedad anónima falta de inscripción registral*, op. cit., pág. 116.

De este modo, los administradores de la sociedad irregular responderán subsidiariamante por las deudas de la sociedad. Se establece así un sistema de responsabilidad intermedio entre la responsabilidad limitada y la responsabilidad personal del art. 1911 CC., en la medida en que los administradores responden personalmente de las deudas sociales, pero no de forma directa, sino subsidiaria. Ver, Cano Fernández, Emilio: «El aspectos formal de la *representacion de las sociedades mercantiles*. La ejecucion de los acuerdos sociales», en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 1989, año LXV, núm. 593, julio-agosto, págs. 1153 a 1181.

Por contra, en favor de la existencia de una responsabilidad directa de los administradores se había manifestado: Langle, Emilio: «La *compañia mercantil irregular*», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1950, núm 25, volumen IX, enero-febrero, primera parte, pág. 27.

[71] Al respecto: Embid Irujo, José Miguel: «Calificación jurídica de la *sociedad irregular*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1992», en *La Ley*. Madrid, 1997, volumen I, Jurisprudencia, pág. 295; Martínez Sanz, Fernando: «Consideraciones en torno a la *sociedad irregular*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1992», en *La Ley* Madrid, 1992, volumen 4, Jurisprudencia, pág 182. Ver al respecto con amplia doctrina: Morillas Jariño, María José: «La *sociedad irregular*», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pags. 2514 y 2515; Menéndez Menéndez, Aurelio: «*Sociedad anonima e inscripcion en el Registro Mercantil*», op. cit., págs. 25 y 26; Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit , pag. 665. Si bien, se discute en la doctrina mercantilista si debe ser también aplicable el régimen de las sociedades irregulares para aquellas sociedades que han omitido no sólo la inscripción en el Registro Mercantil, sino incluso la escritura pública.

Con anterioridad a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, *la jurisprudencia mayoritaria venía reiterando la no configuracion de este tipo de entes como sociedades mercantiles.* Asi, la Sentencia del Tribunal Supremo de, 6 de marzo de 1981 establecía que: «La escritura fundacional de la sociedad anonima habrá de ser inscrita en el RM, como requisito constitutivo para que el ente adquiera personalidad; de suerte que antes del acceso a los folios registrales poniendo remate al proceso de su fundación, la sociedad no existe como tal [..] En nuestro ordenamiento positivo no puede hablarse de la figura de la SA irregular, pues la escritura pública y la inscripcion registral son requisitos esenciales y mientras ambos no se cumplimenten no puede hablarse jurídicamente de SA.» Ver también, las sentencias de 6 de mayo de 1961, 6 de febrero de 1964, 31 de mayo de 1969, 10 de diciembre de 1969, 26 de mayo de 1972, 26 de mayo de 1973, 22 de diciembre de 1976, 22 de febrero de 1980, 9 de marzo de 1981, 21 de junio de 1983, 12 de julio de 1983, 6 de marzo 1981, 19 de noviembre de 1982, 24 de marzo de 1984, 13 de febrero de 1985, 30 de abril de 1986, 15 de diciembre de 1986, 30 de diciembre de 1986, 25 de marzo de 1987. Ver también la Resolución de la DGRN de, 28 de junio de 1985. Reseñas de estas sentencias se pueden encontrar en Navarro López, José Luis: *Ley de sociedades Anonimas (Comentarios y jurisprudencia).* Granada: Comares, 1990, págs. 6 a 17.

De este modo, podría pensarse que sus órganos de administracion no podran ser considerados sujetos activos de los delitos societarios, ya que no se puede —por ejemplo— administrar deslealmente, una sociedad que jurídicamente no existe como tal. Como afirma el profesor Serra Mallol, Antonio Jorge. *cuentas en participacion y otras formas asociativas mercantiles*, op cit., pag. 117: «la idea de sociedad irregular es en si misma contradictoria, si solo puede existir la sociedad como regular, es decir, con la forma y requisitos que señale la Ley, la sociedad irregular es inexistente.» Del mismo modo, Suarez-Llanos Gomez, para quien. «realmente es inconcebible, incluso teoricamente, una sociedad "anónima" irregular.» Suarez-Llanos Gomez, Luis: «*Sociedad anonima en formacion.* Efectos de la escritura antes de la inscripción registral», en *Revista de Derecho Privado.* Madrid, 1964, tomo XLVIII, enero-diciembre, fasciculo de julio-agosto, Jurisprudencia mercantil II: Sociedades mercantiles, pág. 680.

Sin embargo, la realidad, se empeña en demostrarnos como este tipo social *sui generis* opera en el tráfico diario como una auténtica sociedad totalmente constituida. Nada impide que quien dirige la sociedad se lucre personalmente en su labor, perjudicando gravemente con ello a la propia Compañia y a los socios y accionistas Sin olvidar, aunque ésto es discutido, que *la sociedad realmente existe (el contrato de sociedad se ha perfeccionado), aunque solamente despliegue su eficacia a efectos meramente internos.* (En este sentido se han manifestado: Embid Irujo, Jose Miguel: «*sociedad irregular*», op. cit., pag 295; Giron Tena, José: «Las *sociedades irregulares*», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, Tomo IV, Fascículo 4, octubre-diciembre, Estudios monográticos, págs. 1326 y 1327, para quien: «La *forma* no se exige en el Código para las sociedades "*ad solemnitatem*".» De modo que: «La infracción del precepto del art. 119 párrafo primero, no da lugar a la inexistencia, sino a la *irregularidad*»; Langle, Emilio: «*compañia mercantil irregular*», op. cit., pág 16, para quien la sociedad irregular es una autentica sociedad mercantil, aunque produzca sus efectos en el orden interno, por lo que el convenio de constitución de compañia mercantil tiene plena validez y eficacia en el ámbito de los contrayentes; Menéndez Menéndez, Aurelio. «*Sociedad anonima e inscripcion en el Registro Mercantil*», op. cit., pág 44. En contra, Suárez-Llanos Gómez, Luis. «*Sociedad anónima en formacion*», op. cit , pág. 683.) Asi lo establece el art. 16 LSA, de aplicación tambien para las sociedades de responsabilidad limitada en virtud del art. 11.3 LSRL 1995 que ha venido a sancionar legalmente la posibilidad de existencia y validez de una sociedad mercantil, a pesar de haber omitido el requisito de inscripción al señalar que: «Será de aplicacion a la sociedad en formacion y a la sociedad irregular lo dispuesto en los arts 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas.» Al respecto: Farias Battle, Mercedes: *sociedad irregular*, op. cit., pág. 6

[72] En este sentido Jiménez Villarejo, Carlos: «*delitos societarios*», op. cit., pags. 20 y 21; Luzón Cuesta, José María: *Com-*

son perfectamente encuadrables dentro de la referencia a las sociedades «en formación». En apoyo de esta tesis se puede mencionar la redacción del art. 16.1 LSA —relativo a la sociedad irregular— que las identifica con las sociedades en formación al establecer que:

«Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la *sociedad en formación* y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.»

Asimismo, en opinión que comparto de Sánchez Alvarez «*todo induce a pensar que cuando el legislador alude a la sociedad [...] en formación, lo hace sin ninguna pretensión técnica*[73], *guiado exclusivamente por el intento de abarcar la totalidad de la vida de la sociedad, de tal forma que lo que el legislador ha querido decir, aunque mal, es que, a los efectos de ese capítulo, existe sociedad desde el momento en que existe contrato fundacional.*»[74]

No obstante, y a pesar de la intención del legislador, *no debe hacerse una interpretación analógica que permita extender el concepto de sociedad en formación a lo que quiso y debió decir, pero no dijo, en lugar de lo realmente estipulado*. Esta es la posición mantenida por otro sector doctrinal[75] que considera a la sociedad irregular como una figura distinta de las sociedades en formación, con su consiguiente exclusión del ámbito típico. En efecto, técnicamente hablando parece claro que las sociedades irregulares no son identificables con las sociedades en formación, a pesar de que en ambos casos exista un pacto social de constituir la sociedad sin que se haya inscrito éste en el Registro Mercantil. *La diferencia fundamental entre unas y otras estriba en la intención de los socios de inscribir la sociedad en tal Registro (que concurre en las sociedades en formación) frente a la voluntad de los socios de la sociedad irregular de no inscribir*[76]. Tal diferenciación vendría además avalada por la propia sistemática de la Ley de Sociedades Anónimas, que al regular ambos tipos de sociedades, lo hace en preceptos separados; a saber, las sociedades en formación en el art. 15 LSA y, las sociedades irregulares en el art. 16 LSA, de lo que podría deducirse que se trata de figuras distintas[77]. Por su parte, la mención en el art. 16 LSA a las sociedades en formación, lejos de equiparar a éstas con las sociedades irregulares, simplemente pone de manifiesto que la sociedad no inscrita lo es en formación hasta la inscripción y, que una vez verificada la voluntad de no inscribirla, ésta deja de ser sociedad en formación para convertirse en sociedad irregular.

No obstante, *que las sociedades irregulares no sean sociedades en formación no significa, sin embargo, que éstas queden al margen de los delitos de referencia*. Antes al contrario, los actos ilícitos realizados en el seno de las sociedades irregulares deben ser punibles conforme a los delitos societarios. Ello se debe a que el segundo número del art. 16 LSA establece que si la sociedad irregular ha iniciado o continúa sus operaciones, le serán de aplicación las normas de las sociedades colectivas mercantiles, o en su caso, de las sociedades civiles. Con ello, *se efectúa una identificación análoga entre las sociedades irregulares y las sociedades colectivas mercantiles*, de modo que teniendo las primeras vocación de continuar operando y de permanecer el tráfico mercantil, no existe obstáculo alguno que nos permita entender que las sociedades irregulares pueden considerarse «entidades de análoga naturaleza», por ejemplo, a las sociedades colectivas mercantiles[78]. Del mismo modo, cuando las so-

pendio de Derecho Penal. Parte Especial, 6ª ed.. Madrid: Dykinson, 1997, pág. 171, para quien las sociedades *en formación* son las pendientes de inscripción; Manzanares Samaniego, José Luis: «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289; Muñoz Conde, Francisco: *Parte Especial*, op. cit., pág. 456; del mismo: «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 137; Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., págs. 252 y 253; Rosal Blasco, Bernardo Del: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 1418, Rodríguez Montañés, Teresa. *responsabilidad penal del administrador desleal*, op. cit., pág. 122, para quien probablemente resulte preferible una interpretación extensiva y no estricta de la referencia a las sociedades en formación; Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pág. 53.

Asimismo, González Cussac entiende que las sociedades en formación son las no inscritas o registradas, de cuya definición se puede inducir la inclusión de las sociedades irregulares dentro de las sociedades en formación. González Cussac, José Luis: «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 295

[73] No en vano el concepto penal de sociedad no tiene un contenido técnico, como lo muestra la redacción del propio art. 297 CP al referirse «A los efectos de este capítulo [...]»

Coletilla ésta que, en otro orden de cosas, ha sido calificada de perturbadora, por cuanto induce a pensar que en el Código penal haya otros conceptos de sociedad distintos para otros preceptos. En este sentido: Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pág. 48.

[74] Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op cit., pág. 53.

[75] Así, García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pág. 44, entiende que las sociedades irregulares no son sociedades en formación, con la consiguiente exclusión del ámbito de protección del Cap. XIII del Tít. XII, sino que, a su modo de ver, *se trata de sociedades «no formadas», que no son lo mismo que «sociedades en formación»*.

En contra, Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 113, para quien la mención explícita a las sociedades en formación en el art. 295 CP no puede sino interpretarse en el sentido de que el legislador ha querido excluir las sociedades irregulares del concepto penal de sociedad

También Valle Muñiz manifiesta sus dudas en torno a la inclusión de las sociedades irregulares entre las sociedades en formación. Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., págs. 662, 665 y 666.

[76] Y es que parece claro que *aunque se trate de supuestos próximos o parecidos, no son idénticos*. Así, la sociedad en formación es aquella que tras un primer periodo de gestión, concluirá adquiriendo personalidad jurídica con su inscripción registral; mientras que la sociedad irregular es aquella que, presumiblemente, nunca va a gozar de dicha personalidad, como consecuencia de su falta de inscripción registral y de la ausencia de la voluntad de sus socios de hacerlo. Ver al respecto, Faraldo Cabana, Patricia. *delitos societarios*, op. cit., págs. 110 a 113, Jimenez Sánchez, Guillermo J.: «La *sociedad anonima en formacion y la sociedad irregular*», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Economica Europea. Estudios en homenaje a José Giron Tena*. Madrid: Civitas / Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1991, págs. 674 y 680; Menéndez Menéndez, Aurelio: «*Sociedad anonima e inscripcion en el Registro Mercantil*», op. cit., pág. 23, Sanchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pag. 53, Terradillos Basoco, Juan. «*delitos societarios*», op. cit., pag. 264

[77] En este sentido: Valle Muñiz, José Manuel «*delitos societarios*», op. cit., pág. 666.

[78] En este sentido: Nieto Martín, Adán: *administracion fraudulenta*, op. cit., pág. 253. Ver asimismo, no ya como sociedades análogas a las sociedades colectivas, sino sobre la calificacion de las sociedades mercantiles irregulares como auténticas y verdaderas sociedades colectivas Embid Irujo, Jose Miguel: «*sociedad irregular*», op. cit., págs. 296 y 297; Martinez Sanz, Fernando: «*sociedad irregular*», op. cit., pags. 184 a 188, Menendez Menéndez, Aurelio: «*Sociedad anónima e inscripcion en*

ciedades irregulares no tengan por objeto social el desarrollo de una actividad mercantil, serán equiparables a las sociedades civiles que, a su vez, son entidades de análoga naturaleza, por ejemplo, a las mutuas y cooperativas que funcionen por prima variable. De este modo, si bien las sociedades irregulares no son sociedades en formación, sí deben considerarse entidades de análoga naturaleza a las sociedades colectivas mercantiles, por lo que, en la práctica, es posible aplicar los distintos delitos societarios a este tipo social[79].

2. Las «sociedades de hecho»

Por otra parte, en la referencia final del art. 297 CP podrían también incluirse, a mi juicio, las denominadas *sociedades de hecho*. Estas sociedades han satisfecho los requisitos de constitución del art. 119 C. de C., pero se encuentran viciadas de nulidad por un defecto en el acto constitutivo sobre alguno de los elementos esenciales del contrato de sociedad[80]. *No se trata propiamente pues de sociedades en formación, sino más bien de sociedades ya formadas, aunque incorrectamente.* Es sabido, que cuando un contrato es nulo, por imperativo del art. 1300 CC, hay que retomar la situación anterior a la celebración de dicho contrato que resultó viciado. Se trata entonces de afirmar que, el contrato y, por tanto, la sociedad, nunca existieron; lo único que hubo entonces fue una ficción. Con esta interpretación, tendríamos que concluir en que, como la sociedad de hecho nunca ha existido, tampoco ha sido sociedad, ni mercantil ni de otra naturaleza[81]. Consecuentemente con ello, habría que entender a estas «sociedades» excluidas del ámbito de protección del Cap. XIII[82].

Sin embargo, entiendo que la legislación —en general— y el art. 1300 CC —en particular— han de ser interpretados a la luz de la realidad. A nadie escapa que una sociedad puede llevar actuando en el tráfico muchos años, antes de que se manifieste que existió un vicio de nulidad en el acto constitutivo de la misma. En estos casos, la experiencia nos muestra que es imposible retomar la situación anterior a la celebración del contrato de sociedad que resultó nulo, deshaciendo cuantas operaciones ha llevado a cabo la sociedad durante largos años. Por eso, en estos casos, no se puede retomar la situación anterior, sino liquidar en ese momento la sociedad, dando por buenos, los actos y contratos llevados a cabo por la misma desde su constitución hasta entonces. Lo que nos lleva, consecuentemente, a dar también por buena la existencia de la sociedad durante este tiempo[83]. Y esto es lo que ha hecho en legislador en el Código penal de 1995 con la mencionada referencia final del art. 297. Con ello, se actúa coherentemente con los dispuesto en los arts. 35.2 LSA 1989 y 17.2 LSRL 1995 que establecen que la nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros. Cualquier otra interpretación supondría abrir una puerta a la impunidad de hechos que indudablemente merecen una respuesta penal.

---

el Registro Mercantil», op. cit., pág. 47, quien señala la corriente doctrinal que ha terminado por mantener «la validez de las sociedades irregulares personalistas abogando por su subsunción en el tipo de la "sociedad colectiva" —en su función de "sociedad general"— por entender, sin duda, que su riguroso régimen de responsabilidad y de representación salvaguarda suficientemente las exigencias del tráfico mercantil. *Toda sociedad que tenga un objeto mercantil, con una publicidad de hecho y, por tanto, sin el requisito de la inscripción, debe someterse a aquella "conversión" mediante su subsunción en el régimen de la sociedad colectiva.*»

Asimismo, *el Tribunal Supremo* (Sala 1ª) *ha identificado las sociedades irregulares con las sociedades mercantiles colectivas* en las Sentencias de, 30 abril 1983 (Aranzadi, núm. 2200); 21 junio 1983 (Aranzadi, núm 3647); 1 octubre 1986 (Aranzadi, núm. 6903); 20 febrero 1988 (Aranzadi, núm. 1073); 6 octubre 1990 (Aranzadi, núm. 11307).

[79] Esta parece ser también la posición del Prof. Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 264, quien mantiene que si bien las sociedades irregulares no son tecnicamente sociedades en formación, deben entenderse incluidas dentro del art. 297 CP. Artículo que, recordemos, no se refiere en ningún momento a las sociedades en formación, por lo que su inclusion en el mismo sólo puede obedecer, a su consideración como entidades de análoga naturaleza.

[80] Tampoco son identificables con las sociedades irregulares. Sobre sus diferencias: Langle, Emilio: «*compañía mercantil irregular*», op. cit, págs. 11 a 14; Martínez Sanz, Fernando: «*sociedad irregular*», op. cit., pág. 183; Menéndez Menendez, Aurelio: «*Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil*», op. cit., pág. 21.

[81] Si bien, la como afirma Puig Brutau, *la mayoria de los autores estiman que la sociedad de hecho es un caso de sociedad sin personalidad, pero sociedad, al fin y al cabo* Ver, Puig Brutau, Jose, en los *comentarios* a la obra de Serick, Rolf *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona. Ariel, 1958, pag. 307, cita 75.

[82] De esta opinión: García de Enterria, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pág. 44.

[83] La misma opinion se mantiene en Francia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, Launais, Henry / Accarias, Louis: *Droit pénal spécial des sociétés par actions et a responsabilite limitee*. Paris: Librairie Dalloz, 1964, pag. 241, num marg. 281, Verdier, Jean-Maurice: «*Abuso de mandato social* abuso de los bienes y del crédito de la sociedad. Abuso de poderes», en Hamel, Joseph (director). *El Derecho Penal Especial de las Sociedades Anónimas* Buenos Aires: La Ley, 1964, pag. 267 Cour de cassation-Chambre criminelle, 25 enero 1950, *Gazette du Palais*, 14 junio 1950