



La excusa absolutoria del art. 268 CP: ejercicio de la acción penal por parte de una sociedad “familiar”

Alfonso Choza Cordero

Asociado Principal

alfonso.choza@cuatrecasas.com

*“Ama a tus padres si son justos; si no lo son, sopórtalos.”
Publio Siro.*

RESUMEN

Análisis del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la excusa absolutoria por razón de parentesco del artículo 268 del Código Penal y su aplicación en los casos en los que una sociedad familiar ejerce la acción penal. Existencia de distintas corrientes jurisprudenciales con respecto a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

SUMMARY

Analysis of (i) article 103 of the Code of Criminal Procedure, and (ii) the special immunity from prosecution because of kinship under article 268 of the Criminal Code, and (iii) their application when family businesses bring criminal proceedings. Existence of different case law opinions regarding application of the doctrine of piercing the corporate veil.

PALABRAS CLAVE

Excusa absolutoria, ejercicio acción penal, levantamiento velo, art. 103 LECrim, art. 268 CP.

KEY WORDS

Special immunity from prosecution, bringing criminal proceedings, piercing the corporate veil, article 103 of Code of Criminal Procedure, article 268 of Criminal Code.



SUMARIO

- I. La empresa familiar y los obstáculos para depurar responsabilidades penales.
- II. La imposibilidad de ejercitar la acción penal contra un familiar (artículo 103. LECrim) y la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales (artículo 268 CP).
- III. El ejercicio de la acción penal por parte de la sociedad familiar: artículos 103 LECrim y 268 CP.
- IV. La aplicación del artículo 268 CP en los delitos de administración desleal: la ley orgánica 1/2015 de 30 de marzo.
- V. Conclusiones y reflexiones.

I. LA EMPRESA FAMILIAR Y LOS OBSTÁCULOS PARA DEPURAR RESPONSABILIDADES PENALES.

Las empresas familiares desempeñan un papel transcendental en la actividad de la economía nacional. Según el último estudio sobre empresas familiares del Instituto Nacional de Estadística (INE)¹, el 82,8% de las empresas españolas son empresas familiares. Asimismo, el 49,9% del total de ocupados y el 38% de la facturación nacional es generado por empresas familiares. Estas empresas constituyen la fuente generadora de la mayor parte del empleo en nuestra sociedad actual siendo, además, un elemento de cohesión social.

En cuanto al concepto de empresa familiar, la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar* publicada en 2008² por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio del Gobierno de España establecía que «una empresa es familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe, por tanto, una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia».

La sociedad familiar no es ajena a los frecuentes desencuentros que se producen entre los miembros de una familia, perturbándose en muchos casos el ambiente laboral y organizativo de la sociedad. Muchas veces, las actuaciones llevadas a cabo por directivos o administradores de estas empresas pueden ser constitutivas de delitos, es decir, pueden ser categorizadas como actuaciones típicas, antijurídicas, culpables y, dependiendo del caso, punibles. No obstante, en el seno de una sociedad familiar, al estar los socios y administradores y directivos unidos por lazos de parentesco, entran en juego dos obstáculos legales que se erigen en aras de proteger el vínculo

¹ http://www.ine.es/daco/daco42/ice/estudio_piloto_2015.pdf

² <http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf>



familiar y que (i) impiden ejercitar la acción penal (artículo 103 LECrim) y (ii) eximen de responsabilidad criminal a los autores de algunos delitos (268 CP).

Estos “obstáculos” serán objeto de análisis en este artículo a través del estudio del marco legal y jurisprudencial, deteniéndonos especialmente en los casos en que la sociedad familiar es la perjudicada del delito y se dispone a depurar responsabilidades penales frente a los presuntos responsables que, al tratarse de una sociedad familiar, tendrán vínculos de parentesco con el resto de los socios.

II.- LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL CONTRA UN FAMILIAR (ARTÍCULO 103. LECRIM) Y LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE PARENTESCO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES (ARTÍCULO 268 CÓDIGO PENAL).

Como hemos adelantado, nuestro ordenamiento jurídico establece dos limitaciones respecto de la trascendencia del derecho penal en la esfera de la familia. La primera de ellas, opera mediante el derecho procesal penal (artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que actúa como primer filtro restringiendo el ejercicio de la acción penal a determinadas personas cuando sean familiares de los infractores.

La segunda, que se activa en un momento posterior -tras iniciarse el procedimiento penal-, es de carácter sustantivo (artículo 268 del Código Penal), por la cual se exonera la responsabilidad penal de un sujeto que ha cometido un delito de naturaleza patrimonial con base en la relación de parentesco que tenga con la víctima del delito.

El artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que:

«Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.»

La limitación procesal del art. 103 LECrim es aplicable a todo tipo de delitos. Este precepto no realiza ninguna exclusión de delitos, estando dentro de su ámbito, por ejemplo, los delitos societarios. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª) en su Sentencia de 7 de marzo de 2011 establece que *«en el artículo 103 de la ley procesal no se hace exclusión alguna ni del delito societario objeto de las presentes actuaciones ni de ninguno de los múltiples delitos que incorporan,*



dentro de sus perfiles típicos, la exigencia de determinadas condiciones o requisitos en el autor criminalmente responsable de los mismos, tales como la condición de administrador, socio, comerciante, empleador, promotor, constructor, técnico director, autoridad, funcionario público, declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos ..., de tal modo y manera que no cabe hacer distinciones donde la ley no las hace.» Vid. en el mismo sentido la Sentencia de 15 de julio de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4º).

En cualquier caso, el art. 103 LECrim no impide la posibilidad de denunciar a expensas de que sea el Ministerio Fiscal quien, si así lo estima oportuno, ejercite la acción penal. Así lo explica nuestro Alto Tribunal en la Sentencia de 11 de febrero de 2010 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 4 de noviembre de 2011. En definitiva, la limitación del art. 103 de la LECrim no afecta a la capacidad de denunciar, sino al ejercicio de la acción penal, esto es a la capacidad de mostrarse parte como acusación particular y, por ende, a ejercer una pretensión acusatoria (todo ello con respecto a los familiares mencionados en el precepto).

El ejercicio de la acción penal en contra de lo dispuesto en este artículo, como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de junio de 1993, tiene como consecuencia directa que la pretensión acusatoria deba reputarse inexistente por nula, debiéndose retirar del proceso dicha acusación tan pronto se constatase esa grave anomalía procesal.

La Audiencia Provincial de Gerona, en su Auto de 8 de julio de 2002, expone que son razones de política criminal las que aconsejan limitar la actuación del derecho penal en el seno de la familia, en primer lugar, en virtud del principio de intervención mínima y, en segundo lugar, para no interferir peyorativamente en las relaciones que mantienen los más próximos y evitar el enfrentamiento de unos familiares con otros para salvaguardar la paz en el seno de las relaciones parentales. En estos términos se ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de marzo de 1990 y en la Sentencia de 12 de junio de 1993. Luego con el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el legislador pretende que los familiares más allegados no litiguen entre sí en cuestiones penales, permitiéndolo sólo en casos de delitos cometidos por unos contra las personas de los otros.

El artículo 268 CP.

El artículo 268 del Código Penal establece que:

«Artículo 268.

1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la



vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.»

Tal y como se puede extraer de la lectura de este artículo, para que opere esta excusa absolutoria, tienen que concurrir tres requisitos: (i) que la víctima y el actor del delito tenga la relación de parentesco que indica el artículo (ii) que el delito en cuestión sea, o pueda ser catalogado como un delito patrimonial y (iii) que en la comisión del delito no concurra violencia, intimidación o abuso de la vulnerabilidad de la víctima.

Este precepto, constituye una excusa absolutoria que impide la condena por la comisión de delitos patrimoniales cometidos entre familiares. Evidentemente, este artículo operará cuando la acusación sea sostenida por alguien a quien no afecte la limitación del art. 103 de la LECrim, como por ejemplo cuando la acusación la ostente el Ministerio Fiscal o cualquier otro tercero sin vínculo familiar con el autor del delito.

Relación entre el artículo 103 LECrim y el 268 CP.

Del análisis de ambos preceptos se llega a la conclusión de que los planos jurídicos en los que operan los artículos 103 LECrim y 268 CP son diferentes y no se superponen. Mientras que el primero se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal, el segundo establece una exoneración de responsabilidad penal derivada del parentesco.

Esta relación y, a su vez, distinción entre ambos artículos, ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo. En concreto, el Alto Tribunal, en su Sentencia de 22 de octubre de 2010, se pronunció sobre esta cuestión y de una forma pormenorizada expuso las líneas definitorias en cuanto al ámbito de aplicación de ambos preceptos: *«Es indudable que los planos jurídicos sobre los que han de operar los arts. 268 del CP y 103 de la LECrim no se superponen. Mientras que el primero centra su objetivo en la regulación de las excusas absolutorias derivadas del parentesco, el segundo se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal».*

Entre otras resoluciones que analizan la relación entre estos artículos, citamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª), de 12 de junio de 2013, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 4 de noviembre de 2011, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª) de 7 de marzo de 2011, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 8 de octubre de 2008 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) de 17 de marzo de 2006.

En conclusión, estos obstáculos legales de carácter procesal (103 LECrim) y de carácter sustantivo (268 CP), dificultan la derivación de responsabilidad penal por delitos cometidos entre familiares,



todo ello en aras de proteger a la familia como unidad institucional con contenido propio y reglas de conductas específicas y autónomas.

III.- EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA SOCIEDAD FAMILIAR: ARTS. 103 LECrim y 268 CP.

La sociedad familiar no es ajena a los frecuentes desencuentros y conflictos que se producen entre los miembros de una familia. En muchos casos, la sociedad familiar es la víctima de delitos cometidos por administradores, directivos o socios pertenecientes al clan familiar encontrándose la sociedad legitimada para ejercer la acción penal al objeto de depurar responsabilidades.

A lo largo de este apartado, analizaremos los efectos de los artículos 103 de la LECrim y 268 CP antes analizados cuando es la sociedad familiar quien ejerce la acción penal contra algún miembro del clan que tiene los lazos de parentesco exigidos en dichos artículos con el resto de los socios de la sociedad familiar.

En primer lugar, parece claro que el artículo 103 de la LECrim no es de aplicación si quien ejercita la acción penal es la propia sociedad familiar a pesar de que los socios de dicha sociedad mantengan alguna relación de parentesco a las que alude dicho artículo dado que quien ejercita la acción, la sociedad, tiene una personalidad jurídica propia y distinta a la de sus socios.

Así lo entiende el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 2010 que más adelante volveremos a citar: *«En efecto, si bien es cierto que la denuncia fue formulada por Bernarda (folio 1), la personación para entablar la acción penal e instar el castigo de Teodosio fue formalizada, no por aquella en su calidad de cónyuge del imputado, sino en nombre y representación de la entidad mercantil Residencia San Rogelio S.L, según se desprende del escrito de personación y poder a procuradores que integran los folios 355 a 363 de la causa. En aquel escrito puede leerse que "... habiendo tenido conocimiento la sociedad que represento de que ante el Juzgado a que me dirijo se tramita Procedimiento Abreviado con el núm. 10/06 (dimanado de Diligencias Previas núm. 1477/05) y dado que algunos de los posibles delitos cometidos por el imputado don Teodosio afectan directamente a dicha sociedad que por lo tanto resulta perjudicada por los mismos, por medio del presente escrito me persono en nombre de dicha sociedad en las mencionadas actuaciones, interesando que se dé trámite a ésta para formular acusación en calidad de acusación particular". En consecuencia, mal puede argumentarse que la restricción impuesta al cónyuge por el art. 103 de la LECrim, aun en el caso de que no fuera objeto de la interpretación integradora que avala la nueva redacción del art. 268 del CP, pudiera artificialmente extenderse a otros entes jurídicos -en este caso, una sociedad mercantil de carácter limitado- con personalidad jurídica propia y diferenciada del denunciante».*



En el mismo sentido, la Audiencia provincial de Murcia en su Auto de 29 de octubre de 2004, si bien resolvió que el querellante no podía ejercer la acción penal por concurrir los presupuestos del artículo 103 LECrim, razonaba que si la sociedad hubiera ejercitado la acción penal (y no el socio persona física), el resultado hubiera sido diferente.

Hasta aquí, parece claro que si una sociedad tiene la condición de perjudicada ex art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede ejercer la acción penal contra el posible responsable del delito, todo ello pese a que éste tenga vínculos de parentesco con los socios o administradores que han impulsado el ejercicio de la acción penal por parte de la sociedad.

Sin embargo, mucho más problemático resulta plantear si en tales casos es de aplicación o no la excusa absolutoria del art. 268 CP. En concreto, existen dos corrientes jurisprudenciales diferenciadas. Una primera que considera que cuando la sociedad que venimos denominando “familiar” ejerce la acción penal contra alguien del clan familiar, debe levantarse el velo y debe aplicarse la excusa absolutoria del art. 268 CP por considerar que los socios o administradores que sostienen esa acción que formalmente ejerce la sociedad tienen vínculo de parentesco con el acusado. Una segunda que considera inaplicable en ese caso la doctrina del levantamiento del velo en atención de la personalidad jurídica propia de la sociedad y, por tanto, considera inaplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP.

Primera corriente jurisprudencial: aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y, en consecuencia, consideración de la excusa absolutoria del art. 268 CP.

Citaremos a continuación, algunos ejemplos de resoluciones favorables a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y, en consecuencia, a la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP en supuestos similares al planteado. El Tribunal Supremo dictó Sentencia el 27 de enero de 2006 en la que consideraba de aplicación la excusa absolutoria aun cuando pudiera entenderse que la perjudicada del delito fuera una sociedad familiar: *«Todavía sería necesario analizar una cuestión que podría erigirse en impeditiva de la estimación de la excusa absolutoria. Se produciría de entenderse como perjudicada u ofendida por el delito la sociedad, como persona jurídica, y no los socios todos ellos hermanos de la querellante, entendida la sociedad como ente autónomo y distinto a sus componentes. En este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del «levantamiento del velo» con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación «in bonam partem» debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP.»*

En esta misma línea se han pronunciado la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª) en la Sentencia de 2 de enero de 2009, la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 13 de febrero de 2008 en el sentido de entender aplicable la excusa absolutoria del artículo 268 ante un delito de administración desleal del que resultaba perjudicada la sociedad familiar, pese a



encontrarse este delito “extramuros” de los delitos patrimoniales, o la Audiencia Provincial de Segovia, (Sección 1ª) en su Sentencia de 22 de diciembre de 2007.

Segunda corriente jurisprudencial: no aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y, en consecuencia, no consideración de la excusa absolutoria del art. 268 CP.

Por el contrario, existe una segunda corriente jurisprudencial que entiende que no es de aplicación la doctrina del levantamiento del velo y, por tanto, tampoco la consideración de la excusa absolutoria cuando la víctima del delito es la propia sociedad y el autor del delito tiene vínculo de parentesco con los socios de la sociedad “familiar”.

La Audiencia Provincial de la Rioja en su Sentencia de 4 de noviembre de 2011 puso de manifiesto esta nueva corriente jurisprudencial contraria a la que había venido sosteniendo el Tribunal Supremo: *«Es cierto a este respecto que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27-1-2006, nº 42/2006, aplicando la doctrina del "levantamiento del velo", viene a considerar que en los casos en los que el delito societario se comete contra una sociedad en la que los socios son familiares de los contemplados en el art. 268 del Código Penal, puede aplicarse a los mismos también la excusa a absolutoria prevista en este precepto en los supuestos de comisión de delito societario. En concreto esta sentencia señala lo siguiente: "en este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del "levantamiento del velo" con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación "in bonam partem" debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268C.P." Sin embargo, esta sentencia es anterior a la otra que hemos citado, de 9 de diciembre de 2009, la cual deja claro la inviabilidad de apreciar la excusa absolutoria en estos casos. Y sobre todo, hay una sentencia del Tribunal Supremo posterior, de fecha 22 de octubre de 2010, nº 933/2010, rec. 634/2010. Pte: Excmo Sr. Marchena Gómez, la cual, alejándose diametralmente de la tesis sostenida por la sentencia de 27 de enero de 2006 antes citada, considera inviable la aplicación del "levantamiento del velo" fuera del ámbito que le es propio y entiende que la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal no puede afectar a los casos en los que el delito se perpetra contra una sociedad, aunque los socios sean familiares del querellante incursos en el ámbito del art. 268 del Código Penal. (...) Así las cosas, esta Sala considera adecuado seguir la línea marcada por la Jurisprudencia más reiterada y reciente del Tribunal Supremo, con arreglo a la cual en los delitos de esta clase no es viable la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal».*

Efectivamente, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2010 (Ponente Excmo. Sr. Marchena Gómez) supuso un giro copernicano respecto de la anterior corriente jurisprudencial. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) en su Auto de 7 de marzo de 2012 o el Auto del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016.



No obstante, con posterioridad al dictado de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2010, continúan dictándose algunas resoluciones defendiendo los razonamientos de la primera corriente jurisprudencial, avivando el debate jurídico sobre esta cuestión, a saber: el Auto de la Audiencia provincial de Barcelona (Sección 5ª) de 4 de septiembre de 2012, el Auto de la Audiencia provincial de Lleida (Sección 1ª) de 11 de abril de 2012, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª) de 29 de noviembre de 2010, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª) de 25 de octubre de 2016. Ésta última llega a reconocer la disparidad de pronunciamientos existentes: *«En este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del "levantamiento del velo" con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación "in bonam partem" debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 C.P. "Es cierto que alguna resolución posterior se ha pronunciado en sentido contrario porque se está ante una apropiación efectuada a una sociedad, aunque ésta sea familiar por lo que no sería aplicable la excusa absolutoria" (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 09-12-2009, rec.1022/2009, y en la misma línea el auto del Tribunal Supremo de fecha 14-07-2016, rec. 181/2016). Sin embargo, cuando así se ha pronunciado el Tribunal Supremo siempre ha sido para reforzar una exclusión de la excusa absolutoria que ya venía fundada en otra circunstancia (se trataba de parientes a los que no alcanzaba, se había iniciado ya un procedimiento de separación o divorcio entre los cónyuges socios o existían socios ajenos a esa relación parental)».*

En definitiva, detectamos dos corrientes jurisprudenciales diferenciadas. Una que entiende que cuando la sociedad "familiar" ejerce la acción penal frente a algún miembro del clan debe "levantarse el velo" con base en que el interés del socio/s que sostiene la acción penal es el mismo que el de la sociedad y que, por tanto, mediante una analogía *in bonam partem* a favor del reo debe aplicarse la excusa absolutoria del art. 268 CP. Otra que se posiciona en contra de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo priorizando la personalidad jurídica propia de la persona jurídica y su legitimación para defender sus intereses y, en consecuencia, considera no aplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP.

IV.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 268 CP EN LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: LA LEY ORGÁNICA 1/2015 DE 30 DE MARZO.

Finalmente, no podemos dejar de hacer mención a una de las principales novedades de la LO 1/2015, de 30 de marzo, como fue la supresión del delito de administración desleal como delito societario (antiguo 295 CP) y su inclusión como delito patrimonial en el nuevo artículo 252 CP, junto al tradicional delito de apropiación indebida que quedó desplazado al artículo 253 CP.



La exposición de motivos de la citada Ley orgánica 1/2015, en lo que a esta modificación respecta (apartado XV), recoge que la voluntad del legislador es catalogar este delito como un delito patrimonial, es decir, la reforma supone un cambio en la naturaleza del tipo penal, considerándolo –ahora– como un tipo delictivo estrictamente patrimonial: *«Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad».*

Antes de la reforma, el delito de administración desleal se encontraba regulado en el artículo 295 CP, dentro de los delitos societarios, con la siguiente redacción:

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

A partir de la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica 1/2015, este delito de administración desleal no sólo resultará aplicable en el ámbito societario, si no que engloba de forma común la administración desleal de cualquier patrimonio ajeno, sin distinción de que su titular sea una persona jurídica o física, tal y como reza el nuevo artículo 252 del CP:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

Analizando con detenimiento los efectos de esta modificación, se aprecia que el cambio de ubicación supone la catalogación del delito de administración desleal como un delito patrimonial, abriendo la puerta a la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP, por cuanto la misma preveía la exención de responsabilidad criminal *«por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí»*.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2016 plantea la cuestión de la compatibilidad del delito de administración desleal con la excusa absolutoria sin hacer un pronunciamiento expreso al respecto. No obstante, la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de 28 de marzo de 2017 de abril sí se pronuncia claramente a favor de la aplicación de la excusa



absolutoria del art. 268 CP ante un delito de administración desleal a tenor la reclasificación de este delito como delito patrimonial: *«Ciertamente, no cabría objetar su aplicación, tras la reforma operada por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439 y 868), en que el delito de administración desleal se ha ubicado en el Capítulo VI, dentro de las defraudaciones por lo que nada impediría, la aplicación la excusa absolutoria del art. 268 por estar regulado en uno de los capítulos anteriores dedicados a los delitos patrimoniales»*. En este mismo sentido, citamos el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2016.

Por tanto, en principio parece evidente la posible aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP respecto del delito de administración desleal a tenor de su reubicación como delito patrimonial en el nuevo artículo 252 del CP.

V.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

1.- La depuración de responsabilidades penales entre familiares encuentra dos obstáculos legales: (i) el artículo 103 LECrim, limitación de carácter procesal que impide ejercer la acción penal ante cualquier delito a excepción de los cometidos por unos contra las personas de los otros (ii) la excusa absolutoria por parentesco del art. 268 CP que exonera de responsabilidad penal a determinados parientes por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí.

2.- La mayor parte del tejido empresarial español lo constituyen sociedades familiares. En el ámbito de estas sociedades, la depuración de responsabilidades penales contra los administradores y directivos ha de salvar los referidos artículos 103 LECrim y 268 CP. Existen dispares pronunciamientos respecto a la aplicación o no de la excusa absolutoria del art. 268 CP, cuando la víctima del delito y quien ejerce la acción penal es la sociedad “familiar” y el acusado alguna persona con lazos de parentesco con los socios de la sociedad que ejerce la acción penal. Una corriente, considera de aplicación la doctrina del levantamiento del velo y, en consecuencia, la consideración de la excusa absolutoria del art. 268 CP. Otra corriente niega la aplicación de doctrina del levantamiento del velo defendiendo la personalidad jurídica propia de la sociedad respecto de sus socios y, por tanto, la inaplicación del art. 268 CP.

A nuestro juicio, los pronunciamientos que aplican la doctrina del levantamiento del velo y la consideración de la excusa absolutoria en los casos en los que la sociedad “familiar” ejerce la acción penal contra quien tiene lazos de parentesco con los socios de la compañía son susceptibles de una sana crítica. En primer lugar, esta corriente jurisprudencial equipara el interés de la sociedad con los intereses de los socios que han promovido el ejercicio de la acción penal por parte de la sociedad “familiar”. Sin embargo, a nuestro juicio, ésta es una interpretación limitada de los intereses de la sociedad. No siempre los intereses de la sociedad tienen que ser necesariamente coincidentes con los de los socios. Es cierto que los socios –como parte de la sociedad- pueden tener intereses comunes con los intereses de la sociedad (ganancias, beneficios, crecimiento...etc). No obstante, no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, los intereses de la



sociedad no son los mismos que los intereses de los socios. El concepto de interés social es amplio y ha de entenderse desde una perspectiva global y bajo el paraguas del derecho de sociedades. La protección de los acreedores como interés social es un claro ejemplo. Todas las reglas sobre integración, formación y conservación del capital, así como algunas normas de responsabilidad de los administradores (art. 236 LSC) se justifican como norma de protección de los acreedores. En segundo lugar, la aplicación de esa teoría del levantamiento del velo con el único objetivo de permitir la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP, además de negar la personalidad jurídica propia de las sociedades mercantiles, impide a ésta defender sus intereses (que también incluyen indirectamente los de sus acreedores) ante la comisión de delitos que pueden causar enormes perjuicios a la sociedad. En tercer lugar, tampoco compartimos que algunas de las resoluciones citadas “levanten el velo” de la sociedad familiar para aplicar la excusa absolutoria ante acusaciones por delitos societarios, cuando el art. 268 CP restringe su aplicación a los delitos patrimoniales (Título XIII del Código Penal). Finalmente, hacer una interpretación extensiva de la excusa absolutoria del art. 268 CP puede colocar a la sociedad mercantil en una situación de indefensión por cuanto la comisión de delitos por parte de algún miembro del clan familiar que hayan causado un grave perjuicio a la sociedad podrían quedar sin sanción efectiva, toda vez que una condena dineraria en la vía civil resultaría en muchas ocasiones imposible de ejecutar, lo que en la práctica supondría que determinadas afrentas cometidas por un familiar contra los intereses de la sociedad familiar quedarán sin castigo efectivo.

3.- La reubicación del delito de administración desleal como nuevo artículo 252 del CP y su consideración como delito patrimonial debe facilitar la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP. No obstante lo anterior, en nuestra opinión, esta reforma no debe ser óbice para que la sociedad mercantil familiar pueda ejercer la acción penal contra el responsable del delito (aunque tenga lazos de parentesco con los socios de la compañía) sin que opere la excusa absolutoria del art. 268 CP, toda vez que la doctrina del levantamiento del velo antes analizada no sería de aplicación a tenor de la personalidad jurídica propia de la sociedad familiar (distinta a la de los socios persona físicas que sí estarían afectados por la excusa absolutoria del art. 268 CP).