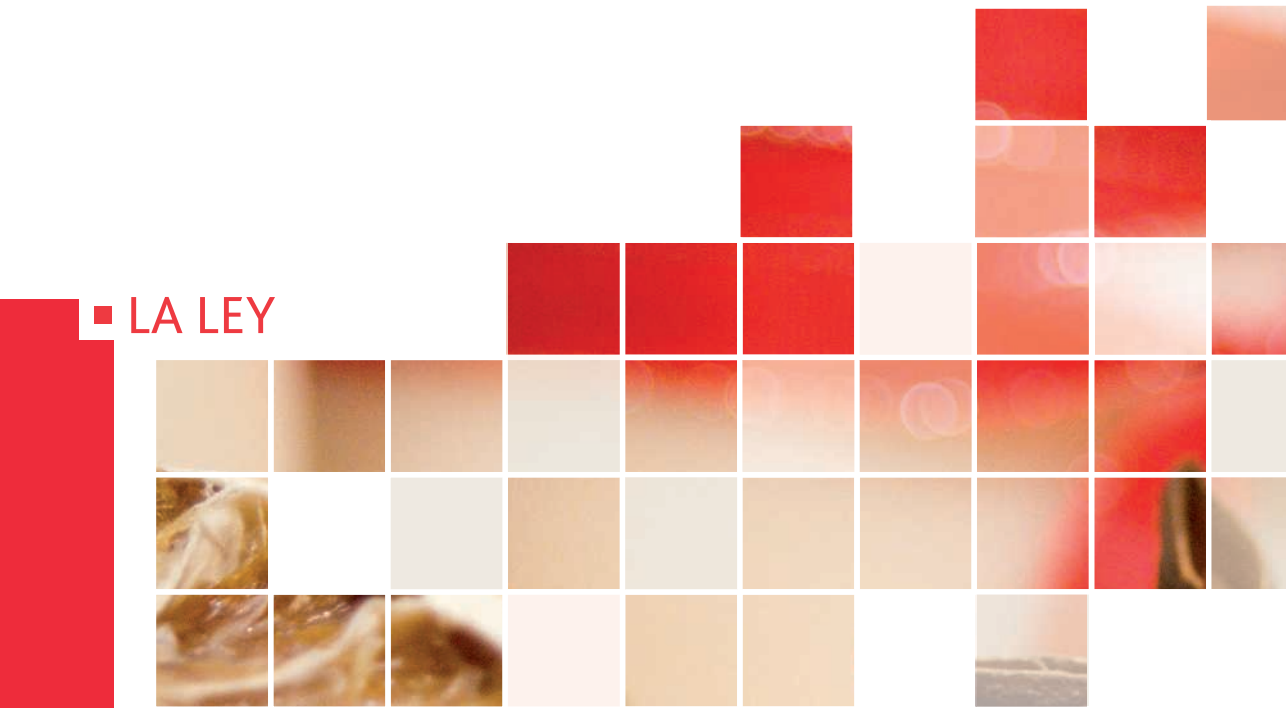
Delitos societarios y conductas afines

4.ª edición

La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores

Fernando Sequeros Sazatornil
Manuel-Jesús Dolz Lago



LA LEY

Wolters Kluwer

LA LEY

Delitos societarios y conductas afines

4.ª edición

La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores

Fernando Sequeros Sazatornil
Manuel-Jesús Dolz Lago

Wolters Kluwer

DELITOS SOCIETARIOS Y CONDUCTAS AFINES

La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores

(4.ª EDICIÓN)

Fernando Sequeros Sazatornil
Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago

Consulte en la web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Fernando Sequeros Sazatornil y Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago**, 2017

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
http://www.wolterskluwer.es

Cuarta edición: febrero 2017
Depósito legal: M-1692-2017
I.S.B.N.: 978-84-9020-579-2 (papel)
I.S.B.N.: 978-84-9020-580-8 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

estructura formal del tipo incriminado se recogen como módulo multiplicador de la pena pecuniaria el del tanto al triplo del beneficio obtenido(220) (lo que condicionaría la efectiva imposición de la multa al dato irrelevante, entitativamente, de que el delito se hubiera o no consumado ante su imposibilidad de determinación en los demás supuestos) consideramos que nos hallamos, en principio, respecto a su naturaleza, ante una *infracción de peligro concreto*, sin perjuicio de aceptarse con reservas su catalogación como delito de *naturaleza mixta* en la medida en que también se describe una segunda modalidad de aprovechamiento sólo concebido como delito de resultado, por las razones que se dirán al analizar el alcance de la conducta típica entre los presupuestos objetivos del delito.

IV.2. EL TIPO OBJETIVO

IV.2.1. Los sujetos del delito

IV.2.1.1. El sujeto activo

Se configura, en su literalidad, en abstracto, de una manera indeterminada con referencia a *«los que»* realicen o lleven a cabo la conducta alternativa de imponer un acuerdo abusivo o aprovecharse de él.

Sin embargo, un examen de la misma permite interpretar inicialmente —como ocurre en el supuesto del art. 291— que se trata de un *tipo especial propio*, ya que su realización sólo parece pueda llevarse a cabo con una calidad concreta: la de ser socio o administrador, que en definitiva serán quienes puedan conformar la mayoría ficticia en el seno de la Junta general o del órgano de administración colegiado, adoptando el acuerdo lesivo.

(220) *Vid. supra,* Conde-Pumpido Ferreiro, C. (en nota 197), y también Sánchez Álvarez quien puntualiza que se trata de un delito de lesión, postulando por la inutilidad del precepto en la medida en que «si se trata de sancionar la conformación de una mayoría ficticia, entonces lo lógico hubiera sido acudir a un tipo de peligro, pues el delito se hubiera consumado con la mera conformación de la mayoría y no a uno de resultado» *(vid. op. cit. ut supra*, nota 75, págs. 142-143).
Sin embargo entendemos, por nuestra parte: que la alternativa entre la pena de prisión de seis meses a tres años y la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, no está diseñada precisamente para que juzgador pueda optar por esta última en los supuestos más graves de consumación, sino contrariamente para atenuar los rigores de la pena privativa de libertad, en los casos en los que las circunstancias lo aconsejen, como acaecería en los supuestos en los que no hubiera resultado perjuicio efectivo para la sociedad o alguno de sus socios a pesar de la determinación irregular del acuerdo en ese sentido.

Por lo que, si en el supuesto de que la conducta suponga el «imponer» está claro, igualmente debería entenderse en relación con la acción de «aprovechar» que no podría imputarse a un extraño a la sociedad, al no haber tenido opción para intervenir en el órgano aludido y en consecuencia para crear la *mayoría ficticia* indispensable para imponer el acuerdo aprovechable.

No obstante, una lectura más atenta del precepto permite concluir con la existencia de dos conductas beneficiadas por la decisión de los miembros generadores del acuerdo: la de quienes imponen el mismo con independencia del aprovechamiento que pueda aportarles, frente a la de quienes sin tomar parte en la decisión se aprovecharen para sí o para un tercero de sus consecuencias, lo que autoriza a afirmar que se trata de un *tipo formal mixto*, en el que además de las personas cualificadas por su pertenencia a la sociedad puedan intervenir como sujetos activos otros, sin que necesariamente tengan que ostentar la condición de socio o administrador, bastando con que se aproveche del acuerdo lesivo adoptado por éstos y en consecuencia cualquiera puede ser sujeto del delito, desde esta segunda perspectiva que alternativamente ofrece el precepto(221).

Llegados a este punto, la intervención del socio que no ha participado con su voto en la formación de la mayoría ficticia, como *extraneus* en la comisión de este delito, puede hacer coincidir, en una misma persona, su participación como sujeto activo del mismo aprovechándose *ad extra* del

(221) En contra de esta tesis Suárez González, Del Rosal Blasco, Valle Muñiz. Este último descarta la opción de que cualquier persona ajena a la sociedad pueda aprovecharse por las siguientes razones: «a) una interpretación sistemática de todo el capítulo dedicado a los delitos societarios aboga por la restricción del círculo de autores a los miembros de la sociedad; y b) el que se aprovecha —al igual que el que impone— de un acuerdo lesivo debe ser el mismo que haya formado (o cuando menos haya participado, directa o indirectamente, en la formación) e ilícitamente, en los términos expresados en el tipo, *una mayoría ficticia*, y, entonces, sólo aquel con capacidad de maniobra en los órganos societarios para abusar de firma en blanco, negar el derecho de voto, adjudicarlo indebidamente, etc. Incluso, en la menos restrictiva de las hipótesis, podría llegar a entenderse que también puede ser autor el socio que pudiendo evitar la adopción del acuerdo sobre la base de su participación en el capital social, y consciente de las maniobras que se han llevado a cabo para configurar una mayoría ficticia, decide apoyar con su voto la decisión lesiva del órgano societario, en provecho propio o ajeno. La alternativa literalmente deducible de que nos encontramos ante una extensión de la condición de autor, que englobaría a todos aquellos que sin tomar parte en la maniobra torticeras tendentes a violentar la voluntad social, ni coadyuvar consciente y materialmente a la adopción del acuerdo, se limitan a un mero aprovechamiento de la situación, de ser desterrada por materialmente injusta» (*vid. supra*, nota 93, pág. 1.321).

comportamiento perpetrado por los demás socios y administradores como sujetos especiales propios, con la del *inductor* o *cooperador*, en su doble modalidad de necesario o cómplice. El tercero, a quien aproveche el acuerdo, para ser sancionado como autor de la segunda alternativa descrita en el precepto deberá ser consciente de su enriquecimiento ilícito. Desde esa perspectiva, que como condicionamiento subjetivo alimenta del precepto, el tercero podrá participar a través de un *dolo sobrevenido*, al conocer la acción, sumándose a la actividad criminal desplegada por el sujeto especial propio o, lo que es más común y probable, habiendo inducido a aquel a la ejecución del comportamiento principal incriminado: la adopción del acuerdo lesivo en perjuicio de la sociedad o de otros socios.

En el primer supuesto, de falta de connivencia, la conducta constitutiva de un delito de receptación genérico del art. 298 CP al concurrir los condicionamientos exigidos por la Jurisprudencia, a saber: existencia de un delito contra el orden socioeconómico, aprovechamiento para sí de sus efectos y conciencia de tal antecedente, sin que dicho conocimiento tenga porque ser exacto, cabal y completo (STS —2.ª— 1801/1999, 24 de abril), deberá ceder en favor del tipo societario tanto en razón del *principio de especialidad* como del de *alternatividad*.

En el segundo, cuando el *extraneus* haya inducido al sujeto especial, con una incitación intensa y adecuada que le motive suficientemente a la ejecución de la acción decisoria concreta que conforma el núcleo del injusto dirigida a su posterior disfrute y aprovechamiento, se hará preciso distinguir a su vez: si éste se ha producido, en cuyo caso será castigado como autor de un delito del art. 292 CP en su modalidad de aprovechamiento, o si no ha llegado a percibirse beneficio alguno por el tercero, en cuyo caso, habida cuenta de la naturaleza dominante de delito de peligro concreto del precepto, será castigado como inductor de la modalidad especial propia descrita como primera alternativa, en razón de su mayor rigor penal sobre la forma de ejecución inacabada que supondría la opción del aprovechamiento negativo de la acción principal.

Todo ello, abstracción hecha de la participación admisible del *extraneus, stricto sensu*, en el panorama de la acción, como tercero a la relación jurídica, que sin obtener aprovechamiento alguno se introduce en la escena del delito induciendo al autor material del hecho típico —socio o administrador que impone el acuerdo lesivo o tercero que se aprovecha de él— para ejecutarlo. Su intervención en la actividad criminal ha sido admitida por el Tribunal Supremo, incluso en supuestos de delitos especiales como la prevarica-

ción o la malversación, en la medida en que puede coparticipar en el delito sin menoscabo de la legalidad aun a costa de prevalecer la tutela de bienes jurídicos que sólo pueden lesionar sujetos especiales como los funcionarios en los delitos expresados o los socios y administradores en los societarios. Por lo que en definitiva el *extraneus,* sin poseer la condición exigida en el tipo, podrá ser castigado sobreañadido a la acción nuclear en cualquiera de las modalidades de participación anteriormente expuestas (STS —2.ª— 3754/1999, de 11 de junio de 2001).

La jurisprudencia atribuye este delito al administrador de la sociedad que con su conducta consiguió estas mayorías ficticias. La STS —2.ª— 555/2006, de 16 mayo (Andrés — LA LEY 60531) se refiere al administrador de hecho, mientras que la STS —2.ª— 969/2010, de 29 octubre (Granados — LA LEY 203320/2010) contempla un supuesto de administrador de la sociedad. Esta última sentencia en su FJ 1.º dice:

> «El art. 292 del Código Penal, que se dice indebidamente aplicado, dispone que la misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.
>
> (…)
>
> …concurren todos los elementos que caracterizan al delito societario de imposición de acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia, en cuanto el acusado era administrador de la sociedad y su conducta consistió en conseguir una mayoría fraudulenta en el órgano de administración de la sociedad, haciendo suyas las aportaciones sociales de determinadas entidades en base a un poder que estaba otorgado para otra finalidad y con ello consiguió una posición dominadora en la sociedad, y cuando ya tenía esa mayoría ficticia, sometió a la Junta Extraordinaria de 25 de octubre de 2002 el examen de las adjudicaciones de las participaciones sociales, privando de ellas a otros socios y los derechos inherentes, incluida la distribución de resultados, y consta que tanto las autoadjudicaciones de las participaciones (Junta 2002) y los acuerdos adoptados con posterioridad (Juntas de los años 2003 y 2004) han sido declarados nulos en la vía civil» (F. J. 1.º).

La proliferación de escándalos financieros en los últimos tiempos, que ha comportado el enjuiciamiento y condena de numerosos banqueros, amén de un sinfín de empresarios, relacionados con la presunta comisión de delitos societarios, apropiación indebida, falsedades y estafas, publicidad engañosa o uso de información privilegiada entre otros, justifica por sí sola la publicación actualizada de obras como la presente.

Merecerían destacarse, en este orden, como tales: el comportamiento de los responsables de auditoras que perciben sustanciosos ingresos por consultoría precisamente de las sociedades que deben auditar; la emisión de informes engañosos por agencias calificadoras propiciando ruinosas inversiones; la asignación de sueldos desproporcionados o la utilización de los recursos sociales para atender los gastos particulares de los altos directivos de la banca, incluida la concesión de créditos a bajo interés facilitados a los mismos o a sociedades por ellos controladas, prejubilaciones e indemnizaciones desproporcionadas en todo caso y más en épocas de crisis; la deficiente gestión por aquellos de los recursos de las cajas de ahorro, ofertando preferentes a clientes desinformados, cuando no mal aconsejados, concediendo créditos a terceros para la adquisición de viviendas a largo plazo de manera indiscriminada o participando en inversiones de riesgo que, desnaturalizando el cometido genuino de aquellas, han obligado a la postre a su rescate con el dinero de los contribuyentes, por citar algunos ejemplos.

Consecuentemente, la conveniencia de la puesta al día de una obra, como la que el lector tiene en sus manos, viene aconsejaba no sólo desde su finalidad jurídica, que constituye su primer objetivo, sino también como fuente de transformación de la conciencia social.

ISBN: 978-84-9020-579-2

AENOR ER Empresa Registrada UNE-EN ISO 9001 ER-0280/2005
IQNet
AENOR Gestión Ambiental UNE-EN ISO 14001 GA-2005/0100

Wolters Kluwer