

**LOS ACUERDOS ABUSIVOS EN LAS SOCIEDADES
MERCANTILES: EL DELITO DEL ART. 291 CP**

GERARD GRAMÁTICA BOSCH

TESI DOCTORAL UPF / 2015

Directores:

Prof. Dr. Dr. hc. mult. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Prof. Dr. RICARDO ROBLES PLANAS

DEPARTAMENT DRET

A mis padres quiero darles las gracias infinitas por su apoyo y por todo aquello que me han dado a lo largo de los años. El tiempo siempre será escaso para devolverles aunque sea una mínima parte de tanto amor, ejemplo y voluntad de perseverar.

A Carolina, mi amada compañera de viaje.

AGRADECIMIENTOS

A mis maestros, por su tiempo, enseñanzas y dedicación. En general, se tiene la suerte de contar con un sólo director de tesis. En mi caso, puedo decir que soy la excepción. He tenido la fortuna de contar con el presente y el futuro del Derecho penal.

A Gabriel y Débora. El trabajo y la tesis, el ejercicio de la profesión y la academia, son dos caminos posibles pero difíciles de transitar en simultáneo. Mi experiencia así lo indica. No obstante, hubiera sido imposible llegar a destino sin el más incondicional apoyo de Uds. Soy consciente de los momentos difíciles vividos, pero a la vez soy un profundo agradecido de tenerlos como amigos y socios.

A mi queridísima familia catalana, mis tíos, Vicenç, Mariona y sus tres hijos hermosos.

A los profesores del área de Derecho penal de la UPF, María Teresa Castiñeira Palou, Nuria Pastor Muñoz (fuiste el motorcito de la donación de libros encabezada por el Prof. Silva Sánchez a la Universidad Nacional de Córdoba), David Felip i Saborit, Eduardo Javier Riggi y a mis compañeros Iván Navas, Cristobal Izquierdo, Lorena Varela, Albert Estrada e Ivó Coca.

Al Prof. Luigi Foffani, por recibirme en Módena, por abrirme las puertas de la Universidad, por su hospitalidad y consejos. Pero, además, debo reconocerle su gran lado humano y social. Nunca olvidaré que, siendo yo un desconocido y aun en su ausencia, me permitió vivir en su casa por algunos días. Recordaré aquel partido del Sassuolo y las amenas charlas al terminar la jornada de trabajo.

A Víctor Macias Caro, por colaborar siempre conmigo y facilitar mi adaptación a la ciudad de Módena.

A la UPF, al Departamento de Derecho (Lluïsa y Adela) y a la Factoría (Aítor).

ÍNDICE

ABREVIATURAS	XIII
INTRODUCCIÓN	17
PRIMERA PARTE	21
Derecho penal en las sociedades mercantiles en España e Italia, problemas del art. 291 CP e impugnación de acuerdos sociales	21
CAPÍTULO I: El Derecho penal en las sociedades mercantiles. Especial referencia a los ordenamientos jurídicos de España e Italia	22
1. Los delitos societarios en el ordenamiento jurídico español	23
2. Los delitos societarios en el ordenamiento jurídico italiano: evolución y principales reformas legislativas	27
2.1. Inicios en la evolución de los delitos societarios hasta la reforma del año 2002	28
2.2. Reformas legislativas de los años 2002 y 2005	33
3. Frontera entre el Derecho penal y el Derecho mercantil	35
4. Delitos italianos afines al art. 291 CP	38
CAPÍTULO II: Problemas generales del art. 291 CP	42
1. El art. 291 CP: introducción	42
2. Relación entre los arts. 291 y 292 CP	44
3. Problemas teóricos y prácticos derivados de la aplicación del art. 291 CP	45
3.1. Bien jurídico penalmente protegido	47
3.1.1. Teorías puras	48
3.1.2. Teorías mixtas	50
3.2. Perjuicio patrimonial en el art. 291 CP	53
3.3. Abuso del derecho	56
3.3.1. Breve análisis de la doctrina y jurisprudencia penal	57
3.3.2. Antecedentes generales del abuso del Derecho	61

3.3.3. Regulación normativa, características principales y requisitos de su aplicación	66
3.3.4. Conflicto de intereses	72
3.3.5. Abuso del Derecho en materia penal	76
3.4. Estructura del tipo penal	79
a. Peligro abstracto	79
b. Peligro concreto	81
c. Lesión	85
3.5. Tipo objetivo	90
3.5.1. Acción típica	90
3.5.2. Principio mayoritario	97
3.5.2.1. Acuerdos sociales	100
3.5.2.2. Junta de accionistas y órgano de administración.....	104
3.5.2.3. Principio mayoritario y su relación con el órgano colegiado	105
3.5.3. Elemento negativo del tipo	111
3.5.3.1. Problema: indeterminación de un porcentaje concreto del beneficio social que se necesita para incluir o excluir una conducta del tipo penal	113
3.5.3.2. Acuerdos neutros o inocuos.....	116
3.5.4. Consumación y tentativa	118
3.5.5. Tipo subjetivo	122
3.5.5.1. El delito de acuerdos abusivos ¿sólo admite dolo directo? ..	128
3.5.6. Sujeto pasivo	129
3.5.7. Intervención delictiva	133
3.5.7.1. El delito de acuerdos abusivos ¿es un tipo común o especial?	135
3.5.7.2. El delito de acuerdos abusivos ¿es un delito de infracción de un deber especial, de dominio, de posición o mixto?	137

3.5.7.3. El delito de acuerdos abusivos ¿es un tipo unisubjetivo o plurisubjetivo? Si es plurisubjetivo, ¿sería de conducta unilateral -convergencia- o bilateral -encuentro-?	140
3.5.7.4. Problemas derivados de los términos «Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación» y «de los demás socios»	140
a. Interpretación amplia	143
b. Interpretación restrictiva.....	145
3.5.8. Problemas de imputación penal a título individual	150
3.5.8.1. Responsabilidad colegial	151
3.5.8.2. Origen de la responsabilidad colegial.....	151
3.5.9. Injusto penal y mercantil	159
3.5.9.1. Estado de la cuestión	160
3.5.9.2. Breves consideraciones en material procesal	164
CAPÍTULO III: Adopción, impugnación de acuerdos sociales e interés social.....	167
1. Adopción de acuerdos sociales.....	167
2. Impugnación de acuerdos	168
3. Elementos requeridos para configurar la impugnabilidad de acuerdos lesivos	173
4. Interés social.....	178
4.1. Teoría institucionalista y contractualista	179
4.2. Breves consideraciones sobre el interés social en Italia y España	183
SEGUNDA PARTE.....	189
Legitimación, Bien jurídico, naturaleza del delito y estructura del tipo. 189	
CAPÍTULO I: Legitimación penal del art. 291 CP y bien jurídico penalmente protegido	190
1. Principio de proporcionalidad	191
2. Concreción en el art. 291 CP	199

2.1.A. Razones <i>prima facie</i> en contra de la intervención penal	201
2.1.A.1. Razones <i>prima facie</i> en contra de la intervención penal en el ámbito de la norma de conducta.....	201
2.1.A.2. Razones <i>prima facie</i> en contra de la intervención penal en el ámbito de la norma de sanción	202
2.1.B.1. Razones <i>prima facie</i> a favor de la constitucionalidad de la intervención penal	205
2.2. Subprincipios del principio de proporcionalidad.....	207
2.2.1. Idoneidad	207
2.2.2. Necesidad	211
2.2.2.1. Norma de conducta.....	212
2.2.2.2. Norma de sanción	221
2.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto	230
2.2.3.1. Atribución de peso a los principios que intervienen en la ponderación	232
2.2.3.2. Intensidad de la afectación de un principio iusfundamental en concreto: criterios de determinación.....	232
2.2.3.3. Importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger (justificar) en concreto: criterios de determinación	239
2.2.3.4. Peso abstracto: criterios de determinación	240
2.2.3.5. Seguridad de las premisas empíricas: criterios de determinación	245
2.2.3.6. La fórmula del peso	250
2.2.3.7. La regla que expresa el resultado de la ponderación	253
3. Postura de Robles Planas sobre los límites del Derecho penal.....	257
3.1. Posible concreción en el art. 291 CP	258
3.2.1. Dimensión de la libertad o autonomía como utilidad.....	258
3.2.1.1. Ámbito de la prohibición normativa.....	260
3.2.1.2. Ámbito de la ley penal (sanción).....	265
4. Líneas finales sobre el principio de proporcionalidad.....	269

5. Recapitulación: legitimación, bien jurídico penalmente protegido y nuevo ámbito de protección del art. 291 CP.....	274
CAPÍTULO II: Conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante	
1. Nociones generales sobre la evolución del concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial	284
2. Perjuicio patrimonial en el art. 291 CP	288
3. Abuso penalmente relevante.....	293
4. Estructura del delito.....	308
5. Delimitación entre el injusto penal y el mercantil.....	310
6. Consumación y tentativa	317
7. Posibles críticas a la posición asumida.....	321
CAPÍTULO III: Intervención delictiva y problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados	
1. Introducción.....	328
2. Estudio de casos concretos. Problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados	334
3. Alcance y posible contenido de la obligación de los participantes minoritarios ante la adopción de un acuerdo social abusivo	343
4. Algunos interrogantes de interés con relación al art. 291 CP y al principio mayoritario	346
4.1. ¿El art. 291 CP exige una situación mayoritaria que comporte necesariamente, como piso mínimo, el 51 por 100 del capital social?347	
4.2. ¿Qué tipo de mayoría exige el art. 291 CP? ¿Se exige sólo una mayoría estrictamente formal del capital social o se admiten, también, las denominadas minorías mayoritarias?.....	349
5. Análisis de distintos grupos de casos	351
5.1. Un socio que ostenta la mayoría del capital social de una empresa - <i>v. gr.</i> , el 90 % -, ¿puede adoptar un acuerdo social en contra de lo querido y manifestado por el resto de socios minoritarios que ostentan	

el 10 % del capital social? En su caso, ¿podría ser penalmente responsable por tal hecho?.....	352
5.2. ¿Un administrador único, <i>sin</i> reunir simultáneamente la calidad de socio, podría ser sujeto activo del art. 291 CP?.....	357
5.3. ¿Un único socio (100% del capital social) podría ser sujeto activo del art. 291 CP?	364
5.4. ¿Un administrador único que, al mismo tiempo, reúne la calidad de socio mayoritario (más del 50 % del capital social) podría ser sujeto activo del art. 291 CP?.....	366
5.5. ¿El acuerdo social adoptado por unanimidad de todos los socios podría encuadrar en el tipo penal del art. 291 CP?.....	368
5.6. ¿Puede realizarse un delito de acuerdos abusivos en el supuesto en el que la junta general adopta un acuerdo social por unanimidad de los socios presentes sin la asistencia de uno o más socios?	372
a. Deberes de autoprotección.....	373
b. Consentimiento	377
c. Teoría de los actos propios	380
5.7. ¿Puede configurar un delito de acuerdos abusivos el supuesto en el que el consejo de administración adopta un acuerdo social por unanimidad, cuando uno o varios consejeros han sido designados sin la aprobación de la totalidad del capital social?	381
5.8. ¿Rige el principio mayoritario en los supuestos de administradores solidarios (individuales)? ¿Es posible subsumir tal supuesto en el art. 291 CP?	383
5.9. ¿Rige el principio mayoritario en los supuestos de administradores mancomunados? ¿Es posible subsumir tal supuesto en el art. 291 CP?	385
5.10. ¿Qué consecuencias y alcances tiene el principio mayoritario en los llamados acuerdos previos y pactos de sindicato?	387
CONCLUSIONES.....	393

BIBLIOGRAFÍA*	415
---------------	-----

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
AA.VV.	Varios autores
Antigua LSC	Texto refundido LSC, según el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
apart.	apartado
art./ arts.	artículo/s
BGB	Código civil alemán
BGH	Tribunal Supremo alemán
BGHSt	Sentencia penal del Tribunal Supremo alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán
BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional alemán
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución española de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
cfr.	confróntese
CONSOB	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
CP	Código Penal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DSS	Diario de sesiones del Senado
ed.	edición
<i>Ibidem</i>	Igual que la referencia anterior
<i>Ídem</i>	Igual que la referencia anterior
inc./incs.	inciso/s
LO	Ley Orgánica
LSC	Ley de Sociedades de Capital, según Ley 31/2014, de 3 de diciembre
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
p./ps.	página/s
p. ej.,	por ejemplo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
seg.	segundo
ss.	siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional español

StGB	Código penal alemán
STS	Sentencia Tribunal Supremo español
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RG	Tribunal Supremo del <i>Reich</i>
RGSt	Sentencia del Tribunal Supremo del <i>Reich</i>
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional español
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo español
<i>v.gr.</i> ,	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>Vid</i>	Véase

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se realizará un análisis global del delito de acuerdos abusivos (art. 291 CP), principalmente de sus problemas axiológicos, de interpretación, de sistematización y de aplicación práctica. También se analizará su legitimidad penal, la naturaleza del delito y su estructura típica.

En este sentido, se pretende elaborar una interpretación de *lege lata* y restrictiva que (1) permita una mejor comprensión dogmática del delito, una aplicación homogénea y menos conflictiva del mismo, en la que la construcción valorativa y dogmática se mantenga dentro del marco del Derecho vigente (tenor literal). Una interpretación que (2) consiga aportar algunos elementos teleológicos de interpretación restrictiva tendentes a solventar los riesgos que plantea la aplicación y sanción de esta figura delictiva en la práctica y permitan solucionar acertadamente los diversos grupos de casos conflictivos que se presentan. Por último, que (3) admita profundizar en nuevas propuestas jurídicas que puedan ser de utilidad para la interpretación y aplicación práctica de este precepto. En síntesis, se pretende realizar una aportación para una mayor concreción, normativización y sistematización del delito de acuerdos abusivos.

En consecuencia, el presente es un texto dogmático jurídico-penal del delito de acuerdos abusivos y sistemático en relación a los distintos postulados normativos de la legislación española en su conjunto (p. ej., la Ley de Sociedades de Capital). También es descriptivo a los fines de presentar cuál es el estado de situación actual del tema en el ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinal y los principales problemas que lo afectan. Asimismo, es un texto crítico en el cual se presentará mi opinión personal.

El trabajo está dividido en dos partes que, a su vez, se subdividen en tres capítulos cada uno.

En la primera parte, se tratarán aspectos generales tales como el Derecho penal en las sociedades mercantiles (capítulo 1), los problemas del delito y el estado de la cuestión en cada caso (capítulo 2) y, por último, lo relativo a la adopción de acuerdos sociales y al mecanismo de impugnación civil de los mismos (capítulo 3).

Sin perjuicio de que en la primera parte del texto ya se toma posición sobre el alcance y contenido de los distintos elementos típicos del delito, los argumentos centrales se desarrollarán en la segunda parte, más concretamente en los capítulos uno y dos.

En la segunda parte del texto, en su primer capítulo, se analizará la legitimidad del delito de acuerdos abusivos, filtrándolo por el tamiz del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Esto es, se evaluará si la intervención del Derecho penal en este contexto económico es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Se demostrará que, según este método, se le puede realizar una crítica seria a la legitimidad del art. 291 CP. Si bien la falta de certeza en las premisas empíricas sería un argumento razonable y cauto para no propugnar una solución radical en contra de la vigencia de este precepto penal, esta misma falta de conocimiento sobre las premisas se traduce en un *déficit* preocupante de legitimidad del art. 291 CP, pues mientras no se logre acreditar debidamente que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, se pone seriamente en duda si el ejercicio del *ius puniendi* es legítimo -o no-, por lo tanto, constitucional. A pesar de ello, partiendo de un método distinto de análisis y atendiendo al nuevo ámbito de legitimación propuesto en este trabajo, concluyo que el delito de acuerdos abusivos sí es constitucional y, por lo tanto, se prosigue con el examen del campo del tenor literal de interpretación y se concluye sobre la conveniencia de realizar una interpretación *de lege lata* y restrictiva de los distintos elementos del tipo penal.

En el segundo capítulo se pondrá de manifiesto y se desarrollarán los tres ejes principales del trabajo. El primero es el concepto de patrimonio y perjuicio por cuanto tienen incidencia directa en la estructura del tipo penal. El segundo es el contenido del abuso penalmente relevante como factor de delimitación del tipo penal. Y el tercero es la delimitación con el mecanismo de impugnación de acuerdos sociales. El análisis conjunto de todos estos elementos, sumados al resto de componentes típicos del delito, son los que permitirán desentrañar la naturaleza del delito de acuerdos abusivos y su estructura típica.

Una vez finalizados estos dos primeros capítulos debería quedar clara cuál es la principal tesis que se defiende. Brevemente, se podría describir de la siguiente manera. Si para el delito se exigiera un perjuicio patrimonial efectivo (tendencia mayoritaria en la actualidad), sería irrazonable la conformación del delito de acuerdos abusivos. Por consiguiente, el art. 291 CP no puede entenderse como un delito de lesión que requiere el resultado de perjuicio efectivo e inmediato para el patrimonio de los socios minoritarios porque esto, dada la existencia del mecanismo civil de impugnación, difícilmente llega a producirse.

De esta manera, y dado que se parte de la premisa de que este delito es penalmente legítimo, sólo cabría una interpretación sistemática y racional del precepto a la luz del resto del Derecho vigente y podría ser la siguiente: considero que existe un nuevo y legítimo ámbito de actuación para este delito que se justifica en la protección de los intereses económicos de los socios minoritarios por el importante rol que desempeñan en las sociedades mercantiles, en el tráfico económico actual y en la necesidad de dotar al sistema jurídico de la mayor seguridad y coherencia posible. Ese nuevo ámbito de legitimación es la protección de los derechos patrimoniales de los socios minoritarios en sentido amplio. Por tanto, el delito se consume con la adopción del acuerdo y estamos ante un delito de lesión en relación al derecho patrimonial del socio minoritario ya

que habría perjuicio, en clave personal, al momento de la adopción misma del acuerdo. Y sería un delito de aptitud si se lo contempla en relación con un resultado efectivo y económico de perjuicio patrimonial. Aquí lo importante es la lesión de un derecho patrimonial jurídicamente garantizado, esto es, cuando el derecho a disfrutar del patrimonio en unas determinadas condiciones se ve afectado. Sólo así tendría sentido la articulación de este delito con el mecanismo de impugnación civil y permitiría una mejor delimitación con el delito de administración desleal (art. 252 CP).

Finalmente, en el tercer capítulo se analizará la intervención delictiva en el delito de acuerdos abusivos, se resaltarán algunos problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados y se tratará de brindar una respuesta a los mismos.

PRIMERA PARTE

DERECHO PENAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN ESPAÑA E ITALIA, PROBLEMAS DEL ART. 291 CP E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

CAPÍTULO I: EL DERECHO PENAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA E ITALIA

En este primer capítulo se hará una breve reseña de la evolución de los delitos societarios en España y específicamente del delito de acuerdos abusivos con el fin de situar adecuadamente el objeto de análisis en su contexto histórico. Luego, se hará un repaso de la evolución histórica de los delitos societarios en el ordenamiento jurídico italiano, se investigará sobre la existencia de figuras delictivas semejantes a la prevista en el art. 291 CP y también sobre la existencia de criterios generales que permitan establecer una frontera entre el Derecho penal y el Derecho mercantil.

Se acude al estudio del Derecho italiano porque, según GIMBERNAT ORDEIG, el recurso al material extranjero es valioso a los fines de conocer y observar si el problema regulado, en este caso por el art. 291 CP, se ha planteado en otras latitudes y, de ser así, en qué términos y de qué interpretaciones ha sido objeto por parte de la doctrina como, asimismo, poder establecer qué soluciones normativas y, en su caso, jurisprudenciales ha recibido. En este sentido, se señala que en el país pueden existir amplios e importantes problemas jurídicos penales sobre los que apenas existe bibliografía. Por eso, se ha dicho que para poder pensar verdaderamente sobre el tema, para superar en lo posible su subjetividad y notar la resistencia de la cosa, el penalista tiene necesidad de examinar también la bibliografía extranjera.¹

En definitiva, uno de los principales motivos por el que recorro al ordenamiento jurídico penal italiano es la gran tradición y desarrollo que han tenido los delitos societarios a lo largo del tiempo. Posiblemente, el ordenamiento jurídico italiano sea el más rico en

¹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, 1999, p. 119.

esta materia.² En consecuencia, se justifica su estudio a los fines de buscar puntos de contacto y/o diferencias entre la regulación española y la italiana.

1. Los delitos societarios en el ordenamiento jurídico español

Una reforma ambiciosa y completa de los delitos económicos fue una materia pendiente que se postergó hasta la promulgación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Antes de dicha ley, el cuadro de delitos económicos se había constituido legislativamente de modo fragmentario y asistemático.³ Esta reforma se llevó adelante en el contexto de una nueva ola de recodificación que fue recorriendo el continente europeo y en la que el CP español de año 1995 se distinguió, frente a la media de las codificaciones contemporáneas europeas, por una marcada tendencia intervencionista en el terreno de la disciplina económica.⁴

En concreto, los delitos societarios fueron una creación *ex novo* con la pretensión de cubrir un sector que, hasta ese momento, se consideraba impune entre los delitos de estafa y apropiación indebida, y la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del CC o la responsabilidad social prevista en las leyes mercantiles.⁵

En el plano del Derecho positivo, puede decirse que la obra del legislador español de 1995 encarnó en Europa el modelo de código que más se esforzó por considerar en sí la materia penal de las actividades económicas en sus diferentes aspectos.⁶

² ALESSANDRI, ALBERTO, 2010, p. 252, expresó que, comparando sintéticamente el sistema italiano con el de los otros países, se advierte la gran cantidad de figuras penales que constituyen el actual Derecho penal de la empresa, una cantidad que no encuentra acuse de recibo en otro ordenamiento.

³ ARROYO ZAPATERO, LUIS, 1996, ps. 360 y 364.

⁴ FOFFANI, LUIGI, 1999, ps. 65-66.

⁵ BAJO, MIGUEL, BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 581.

⁶ FOFFANI, LUIGI, 1999, p. 68.

Una de las principales novedades del legislador español fue la creación de un título denominado Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (título XIII del libro II del CP) y la creación de distintos preceptos normativos que regulan la comisión de los delitos societarios (arts. 290-297) en un capítulo propio (XIII). Esta creación fue una novedad absoluta para el ordenamiento jurídico español que, de ese modo, empezó a sancionar conductas destinadas específicamente a los agentes que trabajaban en el marco de sociedades mercantiles. Asimismo, su ubicación sistemática dentro del mismo CP fue una primicia ya que la experiencia de los ordenamientos europeos parecía unívoca en indicar que los injustos societarios de naturaleza penal eran regulados en el código civil (como en Italia), el código de comercio (como ya pasó en Italia y en parte en Alemania) o concretas leyes especiales y complementarias (como p. ej., Francia, Alemania, Austria y Grecia). Rarísimas excepciones, al momento de reunir en los códigos penales determinados delitos dirigidos específicamente al administrador y directivos de empresas, ya que se trataban casi siempre de hipótesis aisladas y esporádicas que no llegaban a componer un núcleo homogéneo y coherente de la materia penal societaria.⁷

Sintéticamente, considero que las principales características de la creación de los delitos societarios serían las siguientes:⁸

⁷ FOFFANI, LUIGI, 1999, p. 69, similar EL MISMO, 1997, p. 330.

⁸ La bibliografía referida a los delitos societarios es actualmente extensa. Sin posibilidad de agotarla en este trabajo, se pueden consultar las siguientes obras: TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1996; EL MISMO, 1997; BAJO, MIGUEL, BACIGALUPO, SILVINA, 2001; ARROYO ZAPATERO, LUIS, 1996; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., 1996; EL MISMO, 2002; EL MISMO, 2011; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996; LA MISMA, 2000; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997; BARBERO SANTOS, MARINO, 1997; BLANCO LOZANO, CARLOS, 2008; DE ALFONSO LASO, DANIEL, 2005; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [IA], 1998; EL MISMO [IB], 1998; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998; FOFFANI, LUIGI, 1997; EL MISMO, 1998 y 1999; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006; GARCÍA DE ENTERRIA, JAVIER, 1996; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IA], 2001; EL MISMO, 2002; GONZÁLEZ VIZCAYA, EDUARDO, 1997; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL,

a) La intervención penal en materia societaria se circunscribe a un conjunto de casos bastante limitados que gravita sustancialmente alrededor de cuatro polos, cuatro directrices fundamentales de política criminal: la protección de la veracidad de los balances y, más en general, de la información societaria escrita de contenido económico, la protección de los distintos socios contra el poder de la mayoría asamblearia y del órgano administrativo, la protección del patrimonio social contra la infidelidad en las actividades de gestión y la protección de las funciones de supervisión externa.

b) La reforma en cuestión introdujo distintos aspectos que deben tenerse en cuenta. Brevemente, se plantea la discusión sobre la autonomía del Derecho penal en esta materia ya que legislador utilizó en este capítulo términos que, sin duda alguna, proceden del Derecho mercantil como, p. ej., “administrador de hecho”, “socio” o “junta de accionistas”. La cuestión que se plantea aquí es si estamos ante un elemento normativo del tipo o si, por el contrario, aquellos términos deben interpretarse en función de los elementos hermenéuticos que proporciona el propio Derecho penal, conforme a sus principios, fines y métodos.

c) El art. 297 CP contiene una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por “sociedad” a los efectos de este capítulo y el art. 296 CP convierte los delitos societarios en semi-privados o semi-públicos (según se prefiera) exigiendo para su persecución la denuncia de la persona agraviada o del Ministerio Público Fiscal cuando sea aquélla menor de edad, incapaz o desvalida. Sin embargo, la persecución será de oficio si el delito afecta los intereses generales o a una pluralidad de personas.

1998; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996; EL MISMO, 1997; MATA MARTIN, RICARDO M., 1999; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007; EL MISMO, 2010; PÉREZ VALERO, IGNACIO, 2001; QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 1996; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 1996; SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., 2005; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., 1996; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2002; EL MISMO, 2006; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996.

d) En relación al sujeto activo del delito, hay un denominador común en la mayoría de las figuras delictivas societarias y se trata del concepto de administrador de hecho y de derecho. En esta línea, destaca una configuración de los delitos societarios como especiales siguiendo la tónica general que se observa en el Derecho comparado. Son sujetos activos de los delitos societarios especiales los administradores de hecho o de derecho de sociedades mercantiles y, en algunos supuestos, los socios.

e) En cuanto al aspecto subjetivo, el legislador optó por la utilización de elementos subjetivos del injusto de intención y, siguiendo los antecedentes pre-legislativos, optó por no sancionar la comisión imprudente de los delitos societarios.

f) En lo que se refiere a las sanciones para la punición de los delitos societarios, se ha recurrido fundamentalmente a la combinación de una pena de prisión y una de multa, que sigue, en algunos supuestos, el sistema de días-multa y, en otros, es proporcional al beneficio obtenido.

g) Si bien la creación del delito societario de administración desleal representó una de las novedades más importantes de la reforma del CP, ha sido una crítica generalizada el hecho de que el ámbito operativo de aplicación de este delito, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, se encuentre reducido exclusivamente al ámbito societario.

h) El legislador ha sido muy original en la creación de las previsiones criminales, de las que no es fácil detectar anteriores modelos de referencia en el plano del Derecho comparado. Un ejemplo claro de ello, es el actual art. 291 CP.⁹ También ha seguido un criterio de penalización más limitado y selectivo que otros ordenamientos jurídicos como p. ej., el italiano, tendencialmente

⁹ Según BACIGALUPO, se trata de una figura penal que no tiene paralelo conocido en el Derecho europeo. BACIGALUPO, ENRIQUE, 2009, p. 1241.

concentrado sobre la protección de las relaciones de poder internas de la sociedad y la garantía de fidelidad de los órganos sociales.

i) En un marco no exento de contradicciones, se ha puesto de manifiesto que, por un lado, la reforma parecería positivamente inspirada por una firme concepción subsidiaria del instrumento penal, que no es llamado a intervenir allí donde ya pueden operar formas de protección extrapenales. Y por otro lado, no faltan casos de supuesto solapamiento entre el ilícito penal y el mercantil, donde detectar una línea fronteriza entre uno y otro resulta, a menudo, muy difícil de alcanzar. Este sería, p. ej., el caso del art. 291 CP.¹⁰

j) Por último, no surge, entre las opciones de criminalización operadas por el legislador español, la protección de la integridad del capital social en interés de los terceros acreedores y la protección de esa nueva y cada vez más importante veta de información empresarial de la que son destinatarias, de modo específico y exclusivo, las autoridades administrativas de control de los distintos sectores del mercado (v. gr., la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España).

2. Los delitos societarios en el ordenamiento jurídico italiano: evolución y principales reformas legislativas

Después de esta breve reseña sobre los delitos societarios en España, parece adecuado realizar un repaso sobre la evolución de los delitos societarios en Italia y sus principales reformas legislativas.

La importante evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial italiana permite ahondar en la búsqueda de algún punto de

¹⁰ FOFFANI, LUIGI, 1997, p. 338. BACIGALUPO refiere que este delito reabre una antigua discusión sobre las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho privado. Asimismo, señala la imprecisa configuración del hecho punible y lo destaca como otro ejemplo de la técnica legislativa de los delitos de pura valoración. BACIGALUPO, ENRIQUE, 2009, ps. 1241-1242.

encuentro entre el ordenamiento jurídico italiano y el español en relación con los delitos societarios y analizar, p. ej., (1) cuál o cuáles han sido los motivos que permitieron legitimar en cada momento histórico la intervención del Derecho penal en el ámbito del derecho de sociedades, (2) si se logró establecer algún criterio general que permitiera delimitar, en forma más nítida, la difícil frontera entre los injustos penales y los mercantiles, y, sobre todo, (3) la posible existencia de un precepto normativo de similares características al art. 291 CP. En definitiva, estas fueron algunas de las razones que motivan este apartado, *máxime* al investigar sobre una figura delictiva como la de los acuerdos abusivos que se inserta dentro de un entramado, más amplio y general, denominado Derecho penal societario.

Es necesario aclarar que no se pretende realizar un análisis pormenorizado de la evolución de los delitos societarios en Italia ni, mucho menos, estudiar todas y cada una de las figuras delictivas que se fueron creando con el tiempo, ya que ello excedería el marco del presente trabajo. Simplemente, y de modo sucinto, se pondrán de manifiesto las líneas generales que guiaron la discusión jurídico penal y que son de interés para este trabajo.¹¹

2.1. Inicios en la evolución de los delitos societarios hasta la reforma del año 2002

¹¹ Son de utilidad, y para mayores referencias bibliográficas, las obras de PEDRAZZI, CESARE 2002; EL MISMO [IA], 2003; EL MISMO [IB], 2003; EL MISMO [IC], 2003; EL MISMO [ID], 2003; ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007; ALESSANDRI, ALBERTO, 2000; EL MISMO 2001; EL MISMO [IA], 2002; EL MISMO [IB], 2002; EL MISMO [IC], 2002; EL MISMO [ID], 2002; EL MISMO, [IE], 2002; EL MISMO 2010; MUSCO, ENZO, 1999; EL MISMO, 2007; FOFFANI, LUIGI, 1998; EL MISMO, 1999; EL MISMO, 2000; EL MISMO, 2007; DI AMATO, ASTOLFO, 1990; MARINUCCI, GIORGIO, 1988; MANNA, ADELMO, 2003; EL MISMO 2010; GIUNTA, FAUSTO, 2004; EL MISMO, 2006; CRESPI, ALBERTO, 2010; PALAZZO, FRANCESCO C.; PALIERO, CARLO E., 2007; FIORELLA, ANTONIO, 2001; FORTI, GABRIO, 2009; MAZZACUVA, NICOLA, 1992; GROSSO, CARLO F., 2007.

Considero que se pueden adelantar dos características generales y principales del ordenamiento jurídico penal italiano. En primer lugar, se advierten épocas marcadamente disímiles y, hasta en cierto punto, antagónicas en la legislación. Por un lado, momentos históricos en los que la tendencia político-criminal fue la de reprimir ampliamente conductas mediante la creación de distintos injustos y la conminación en abstracto de penas más bien elevadas, y por el otro, momentos en los que se nota una corriente opuesta tendente a una despenalización de ciertos preceptos normativos y/o a la reducción de la gravedad de las penas. En segundo lugar, los tipos penales que regulan la casi totalidad de los delitos societarios se encuentran regulados, por un lado, en el CC, y por el otro, en leyes especiales y complementarias. Sólo una pequeña porción de los mismos están previstos en el CP (como, p.ej., podría ser la estafa o la apropiación indebida).

El recurso al instrumento penal, para contrarrestar los hechos considerados dañinos para un correcto ejercicio de la actividad comercial por vía de las sociedades, es reciente y data del año 1999. No obstante, es conveniente retrotraerse en el tiempo. Desde el nacimiento del fenómeno empresarial, se miró con desconfianza la utilización de la sanción penal que apareció en la legislación de los principales Estados europeos (hacia la mitad del siglo XIX), en los códigos de comercio y en las leyes corporativas, en particular, en Inglaterra, Francia, Alemania y Bélgica.

En Italia, la introducción de lo penal en materia societaria fue consecuencia del Código de Comercio del año 1882, inspirado particularmente en la legislación francesa. Allí se establecieron una serie de hipótesis delictivas que conformaron el primer núcleo del Derecho penal societario (arts. 246-250). Se trató de una elección político-criminal muy débil y limitada¹² en el plano de contenidos,

¹² ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, ps. 6-7.

esto es, tanto en relación con los intereses tomados como objeto de protección como en el plano de la previsión de sanciones.¹³

En el año 1931 se sancionó la ley del 4 junio, n. 660, que previó un robustecimiento de la tutela penal, amplió el abanico de los tipos delictivos y reforzó sensiblemente la carga sancionadora de los tipos penales.¹⁴

Pero el debate científico de los años treinta, alimentado por la necesidad de reformar el CCom. italiano, produjo una primera redefinición amplia de los ordenamientos de protección penal societario con la ley del 6 de febrero del año 1942, n. 107, que previó el Título XI del Libro V del CC. Este complejo entramado de supuestos penales fue pacíficamente considerado como el núcleo clásico del Derecho penal societario italiano.¹⁵ El CC italiano del año 1942 consagró varios tipos penales dirigidos a regular la materia, considerando que la función del empresario no era sólo intermediaria sino, especialmente, creadora de riqueza. Y era, precisamente, la relación entre empresario y mercado lo único que el código del año 1942 reguló cabalmente continuando con la línea de la legislación anterior.¹⁶

Una característica de esta reforma fue que el Derecho penal societario se distinguía por su carácter eminentemente sancionatorio del ámbito privado. En muchos casos se trató de una sanción en sentido estricto, que se tradujo en verdaderas normas penales total o parcialmente en blanco, que remitían directamente a opciones normativas ya definidas cabalmente en sede civil. Otras veces, en cambio, el nexo entre la norma penal y el sustrato civil era menos inmediato y automático, por lo tanto sin un enlace con el contexto

¹³ MUSCO, ENZO, 1999, p. 3; FOFFANI, LUIGI, 2000, p. 215.

¹⁴ ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, ps. 6-7.

¹⁵ MUSCO, ENZO, 1999, p. 3.

¹⁶ DI AMATO, ASTOLFO, 1990, ps. 3-4.

civil. De este modo, la lectura del precepto penal era prácticamente ciega en sus contenidos y funciones.¹⁷

En el año 1974, se introdujo -casi a hurtadillas según ANTOLISEI-, la ley del 7 de junio de 1974, n. 216, con la que se incrementó considerablemente el número de delitos y contravenciones societarias. Buena parte de estas últimas, como eran contravenciones sancionadas con la sola pena de multa, fueron inmediatamente despenalizadas con la entrada en vigor de la ley del 24 de diciembre del año 1975, n. 706. Luego, fueron nuevamente penalizadas por la ley del 24 de noviembre del año 1981, n. 689, y sufrieron aún otras modificaciones por medio de la ley del 4 de junio de 1985, n. 281, relativa al ordenamiento de la Comisión del Mercado de Valores.¹⁸

Una segunda intervención relevante y reformadora se produjo con el D.P.R. (Decreto Legislativo) del 10 de febrero de 1986, n. 30, en el marco de la incorporación de la segunda directiva de la CEE en materia societaria por medio de la cual se buscó reforzar aún más la protección de los intereses ligados a la integridad del capital social mediante las modificaciones de varios tipos penales y con la inserción de un nuevo art. 2630 *bis* del CC.¹⁹

Sobre las bases de este contexto político-económico-financiero, se dijo que se estaba en presencia de un Derecho penal societario a dos velocidades. Clásica frase del Derecho penal societario italiano.²⁰ Allí, por un lado, se describía el casi inmóvil y originario estatuto penal de la empresa, cuya insuficiencia suscitó su cambio. Satisfecho con normas de Derecho común que parecían previas para afrontar otras necesidades del momento. Por otro lado, se hacía mención a la reciente y frenética historia de un nuevo Derecho penal societario, precisamente de una economía mixta, con un

¹⁷ FOFFANI, LUIGI, 2000, ps. 219-220.

¹⁸ ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, p. 6.

¹⁹ MUSCO, ENZO, 1999, p. 4

²⁰ Corresponde a MARINUCCI. Describen y citan esta frase, p. ej., FOFFANI, LUIGI, 1999, p. 84; MANNA, ADELMO, 2003, p. 678.

sistema de figuras delictivas ofensivas de la administración pública, pero con un sector ampliado a las instituciones públicas del control y del gobierno de la economía -Comisión y Banco de Italia en primera línea- portadoras de bienes jurídicos institucionales que, por su autónoma y considerable importancia, habían obtenido una creciente protección penal, aún fragmentada y descoordinada, pero que parecía tener futuro.²¹

Una ulterior innovación legislativa se llevó adelante con la ley del 17 de mayo de 1991, n. 157 (uso de información reservada en las operaciones con valores mobiliarios) y con la ley del 18 de febrero de 1992, n. 149 (oferta pública de venta, suscripción, compra y canje de títulos).²²

Debe señalarse que, junto al mencionado proceso de expansión de la intervención penal en el ámbito societario, también se produjo un contemporáneo y paralelo proceso de *despenalización*, por efecto del cual fueron despenalizados varios delitos previstos en el CC al igual que algunos supuestos contravencionales. Se realizó otra reforma legislativa con la ley del 24 de febrero de 1998, n. 58.²³

Según la evolución reseñada previamente, y durante muchos años, el Derecho penal societario se manifestó exclusivamente en un particular modelo organizativo de la actividad de la empresa, esto es, la sociedad mercantil. Ya que ésta representaba el modelo ampliamente dominante para el ejercicio de cualquier actividad económica en un moderno sistema capitalista. De este modo, el Derecho penal societario podía, por lo tanto, describirse como el núcleo fundamental y clásico de un ideal estatuto penal de la empresa.²⁴ Situación que empezó a modificarse en parte con las reformas legislativas que se fueron implementando con el tiempo en tanto y en cuanto el legislador no sólo hizo foco en la sociedad

²¹ MARINUCCI, GIORGIO, 1988, p. 425. Se advierte aquí una de las diferencias radicales con la reforma española de 1995.

²² MUSCO, ENZO, 1999, p. 4.

²³ *Ibidem.*, p. 4.

²⁴ Terminología utilizada por PEDRAZZI, CESARE [ID], 2003, ps. 132-133.

mercantil sino que, además, extendió su regulación a la protección del ahorro y la disciplina del mercado financiero, entre otros aspectos.

2.2. Reformas legislativas de los años 2002 y 2005

El Título XI del Libro V del CC italiano fue reformado por la ley del 11 de abril de 2002, n. 61. La reforma se basó en 20 artículos que se dividieron en 4 capítulos. Esta es una de las reformas legislativas más influyentes en el ordenamiento jurídico italiano en el contexto de los delitos societarios. Los aspectos más relevantes de dicha reforma las puedo describir sucintamente del siguiente modo.

En relación a la legitimación del Derecho penal, hubo un cierto acuerdo en la doctrina a la hora de brindar razones con respecto a una verdadera necesidad de que el Derecho penal interviniera en materia económica y, concretamente, en el contexto del Derecho de sociedades.²⁵

Se procuró abandonar la tan criticada técnica legislativa del reenvío y se intentaron fortalecer los principios del Derecho penal (subsidiariedad, fragmentariedad, *ultima ratio*, lesividad, principio de legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*) mediante la creación y/o modificación de enunciados normativos que tuvieran una mejor y más precisa descripción de la conducta típica y de los distintos elementos del tipo penal. Por ejemplo, evitando un reenvío a un precepto normativo determinado del CC sin mayores detalles,²⁶

²⁵ Para profundizar en las razones esgrimidas por la doctrina italiana, cfr. PEDRAZZI, CESARE, 2002, ps. XIX- XX; PEDRAZZI, CESARE [ID], 2003, ps. 131-132; ALESSANDRI, ALBERTO, 2000, p. 189; MUSCO, ENZO, 1999, ps. 1-3 y 9; MAZZACUVA, NICOLA, 1992, ps. 11 y 15; ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, p. 27.

²⁶ Refieren a estas características, p. ej., los siguientes autores: ALESSANDRI, ALBERTO, 2000, p. 191; EL MISMO [IC], 2002, p. 10, similar EL MISMO [IB], 2002, ps. 11-12; EL MISMO 2001, p. 1552; ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, ps. 23 y 28; MANNA, ADELMO, 2010, p. 89; MUSCO, ENZO, 2007, p. 1; PALAZZO, FRANCESCO C.; PALIERO, CARLO E., 2007, p. 2446; FORTI, GABRIO, 2009, p.11.

eliminando, dentro de los límites de lo posible, las fórmulas vagas e indeterminadas que habían permitido interpretaciones jurisprudenciales muy criticadas.²⁷

Se llevó adelante una patrimonialización y privatización del Derecho penal societario, en donde el daño patrimonial sería el dato de mayor distinción de la reforma, ya sea configurado como elemento esencial del injusto o como elemento que permitiera agravarlo.²⁸

Se trabajó en la racionalización de la legislación existente por medio de una simplificación y deflación de los tipos penales tanto en relación a la gravedad de la sanción como en el ámbito de aplicación de aquellas. También se pretendió, desde otro costado, una intervención con el objetivo de cubrir las lagunas de punibilidad más notorias.²⁹

Se agregaron numerosos y diversos elementos adicionales del tipo penal tanto de carácter objetivo como subjetivos, en contraposición a la “regla” reformadora de introducir supuestamente casos más simples.³⁰

El 28 de diciembre de 2005 entró en vigor la disposición para la protección del ahorro y la disciplina del mercado financiero (ley n. 262), debido a ciertos escándalos financieros como, p. ej., el

²⁷ ALESSANDRI, ALBERTO [IB], 2002, p. 4, EL MISMO, 2001, p. 1546; MANNA, ADELMO, 2010, p. 89; MUSCO, ENZO, 2007, p. 1.

²⁸ ALESSANDRI, ALBERTO [IC], 2002, ps. 14 y 21; PEDRAZZI, CESARE, 2002, p. XXIII; PALAZZO, FRANCESCO C.; PALIERO, CARLO E., 2007, p. 2446; FORTI, GABRIO, 2009, p. 4,11, 18-19. Se expresa sobre la prevalencia de los delitos de daño y peligro concreto, GIUNTA, FAUSTO, 2004, p. 148. Para MANNA, se asiste al desplazamiento del eje del Derecho penal económico sobre la protección de los bienes finales, esto es, el patrimonio de los sujetos individuales. MANNA, ADELMO, 2003, p. 680.

²⁹ ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, p. 23; PALAZZO, FRANCESCO C.; PALIERO, CARLO E., 2007, p. 2446; MUSCO, ENZO, 2007, p. 1; FORTI, GABRIO, 2009, p. 4; ALESSANDRI, ALBERTO [IE], 2002, p. 553; MUSCO, ENZO, 2007, p. 2.

³⁰ ALESSANDRI, ALBERTO [IB], 2002, p. 6, EL MISMO, 2001, p. 1547; EL MISMO [IC], 2002, p. 11.

resonante caso Parmalat.³¹ En esta reforma, muy compleja y variada, fueron dictadas importantes regulaciones que afectaron la reforma de la Banca de Italia, aumentando los poderes de la CONSOB y modificando alguna regulación de la sociedad por acciones, con particular atención a la sociedad cotizada. Asimismo, se introdujeron precauciones de gestión, se dictaron reglas para la regulación de los conflictos de intereses en la gestión de patrimonios de organismos de inversión colectiva del ahorro, de productos de seguro, de prestaciones sociales, en la gestión de carteras individuales y se reforzó la independencia de los auditores.³²

De este modo, y después de tres años de la reforma legislativa del año 2002, el legislador italiano nuevamente intervino resguardando penalmente a las sociedades con las mismas exigencias que ya se habían puesto de manifiesto en los Estados Unidos con la *Sarbanes Oxley Act* del 30 de julio de 2002,³³ que estableció, sin perjuicio de otras medidas, un fortalecimiento de los controles financieros internos de las empresas. Así también, se previó la responsabilidad civil del consejo de administración por las manipulaciones de los balances. Esta normativa fue consecuencia de los conocidos casos, entre otros, Enron, Tyco y WordCom, que derivaron en algunas de las quiebras más importantes de la historia económica de los Estados Unidos y que culminaron con penas privativas de libertad para los presidentes de los consejos de administración de cada una de las empresas nombradas.³⁴

3. Frontera entre el Derecho penal y el Derecho mercantil

³¹ PALAZZO, FRANCESCO C.; PALIERO, CARLO E., 2007, p. 2447.

³² ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, ps. 39-40. También cfr., ALESSANDRI, ALBERTO, 2010, p. 255; MUSCO, ENZO, 2007, ps. 2-3; FORTI, GABRIO, 2009, p. 28.

³³ MANNA, ADELMO, 2010, p. 91.

³⁴ TIEDEMANN, KLAUS, 2010, p. 60.

Indudablemente, uno de los problemas característicos en el contexto de los delitos societarios es poder establecer la frontera o límite de distinción entre los injustos que son objeto de protección por parte del Derecho penal y los que son objeto de tutela del Derecho mercantil.³⁵

El análisis de la evolución legislativa en Italia revela la dificultad de establecer la existencia de criterios generales que justifiquen y permitan establecer cuáles son los límites entre el injusto penal societario y los injustos mercantiles. El motivo principal que me permite sostener esta afirmación es la existencia de la reforma del Derecho penal societario que se llevó adelante en Italia en el año 2002 y que operó con anterioridad a la reforma del Derecho de sociedades que, más tarde, entró en vigor.

No es posible sostener la existencia de criterios generales que permitan establecer una frontera nítida entre aquellos injustos (penales y mercantiles) desde el mismo momento en que el Derecho penal avanzó apresuradamente y con total independencia del Derecho de sociedades, esto es, sin una estrecha coordinación y coherencia sistemática entre ambos campos de actuación. Seguramente, el legislador penal italiano no estuvo en condiciones de ponderar debidamente si en el ámbito del Derecho de sociedades había algún tipo de regulación normativa que pudiera brindar protección suficiente a los intereses en juego o si, por el contrario, era realmente idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto la intervención del Derecho penal, ya sea por insuficiencia de las herramientas alternativas previstas por el sistema o por inexistencia de una protección específica.

³⁵ Al respecto, MAZZACUVA había previsto que los delitos encaminados a garantizar el funcionamiento regular de la estructura social, así como los ilícitos menores destinados a garantizar el control externo de la sociedad mercantil, plantearán necesariamente el problema relativo a la frontera de la sanción penal respecto a los ilícitos que sean objeto de sanción administrativa. MAZZACUVA, NICOLA, 1992, p. 7.

Parece difícil que se pueda lograr en cualquier ordenamiento jurídico la determinación de criterios generales susceptibles de establecer una frontera clara entre todas las figuras delictivas del Derecho penal societario y los distintos injustos mercantiles. Una de las razones principales de ello sería la dificultad de poder extraer criterios genéricos para todos los delitos societarios en tanto el contenido de la materia societaria es muy amplia y con matices claramente diferenciados, según se pretenda proteger penalmente, entre otros aspectos, el capital social, la toma de decisión de los órganos sociales, el reparto de utilidades, la información societaria o las instituciones sociales. También genera cierta dificultad la existencia y posible solapamiento de los mecanismos de protección societarios y las particularidades procesales de cada ámbito de actuación.

La teoría y la práctica indican que sólo se podrá establecer una frontera entre un injusto penal y otro mercantil atendiendo a las circunstancias de cada tipo penal, según las circunstancias del caso y en coordinación con la legislación mercantil, pero no en abstracto ni de manera general para todas las figuras delictivas de naturaleza societaria.

En definitiva, y a modo de conclusión de todo lo expuesto hasta el momento, el estado de la cuestión en Italia sobre el modelo de regulación penal societaria muestra claramente un proceso de expansión de la intervención penal que se produjo a lo largo de los años hasta lograr una amplia y variada gama de tipos penales que protegen no sólo la corrección del ejercicio de las funciones de los principales órganos de decisión y administración de las sociedades mercantiles sino, también, el patrimonio individual de los socios, la protección de los intereses ligados a la integridad del capital social, la protección del ahorro y el desenvolvimiento del mercado financiero. Esto es, una marcada tendencia de intervención del Derecho penal que oscila entre la protección de los intereses privados y públicos. En este último caso, también extensivo a

distintas instituciones públicas de control y de gobierno de la economía en general. Toda esta normativa fue prevista, en mayor medida y como característica particular, en el CC y en leyes especiales y complementarias. Sólo una pequeña porción de los tipos penales fueron sistematizados expresamente en el CP. Mientras que en España la protección se focalizó en los intereses privados y su regulación fue incorporada directamente en el CP.

4. Delitos italianos afines al art. 291 CP

Lo dicho previamente, resaltó la preocupación del legislador italiano de trabajar en una protección reforzada de la actividad societaria y en corregir el ejercicio de las funciones de uno de los principales órganos de decisión, esto es, la asamblea de socios. Lo mismo sucedió en relación al órgano de administración.

ANTOLISEI sostuvo que el delito económico ponía de manifiesto, no rara vez, abusos de posiciones de dominio endosocietario adquiridas lícitamente, pero utilizadas también en forma ilegal.³⁶ Aquí, se advierte un cierto punto de conexión con el contenido del art. 291 CP español. A pesar de ello, considero posible afirmar la inexistencia de un precepto normativo de iguales características al delito de acuerdos abusivos.³⁷ No obstante, en Italia, cabe destacar que la violación del adecuado funcionamiento de la asamblea de socios recae sobre dos figuras delictivas. Por un lado, la influencia ilícita sobre la asamblea (*illicita influenza sull'assemblea*), y por el otro, en la sanción de no convocar a la asamblea.³⁸

El art. 2636 del CC italiano ordena lo siguiente:

³⁶ ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, p. 36.

³⁷ Y, hasta donde alcanzo, no lo habría en otros ordenamientos jurídicos. Tampoco, p. ej., en el Reino Unido, sin perjuicio de que la *Fraud Act*, del 8 de noviembre del 2006,³⁷ Chapter 35, estableció la sección nº 4 referida al fraude por abuso de posición (*fraud by abuse of position*).

³⁸ GIUNTA, FAUSTO, 2004, p. 306.

Cualquiera que, con actos simulados o fraudulentos, determinara la mayoría en la asamblea, con el fin de proporcionar a sí mismo o a otros un beneficio injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.³⁹

Si bien se puede destacar una cierta afinidad entre el art. 2636 del CC italiano y el art. 291 CP español por cuanto existe un interés común del legislador en proteger el correcto funcionamiento de los órganos sociales de la sociedad mercantil, la protección se realiza de modos distintos. A grandes rasgos, en el art. 2636 CC se protege sólo a la asamblea de los socios (sin perjuicio de otros delitos regulados expresamente en relación a los administradores), mientras que en el art. 291 CP se protege a los socios minoritarios de las decisiones adoptadas tanto en la asamblea como en el consejo de administración.

Otra diferencia relevante es el hecho de que el art. 2636 CC se regula como un tipo penal común, esto es, que puede ser cometido por cualquier persona, mientras que el art. 291 CP se caracteriza por ser un tipo penal especial, esto es, del que sólo pueden ser autores los administradores o socios. De igual modo, los medios comisivos regulados para cometer cada delito son distintos. En el art. 2636 CC se requieren actos simulados o fraudulentos y, lo más importante, es que se ejecutan para alterar la correcta formación de la mayoría asamblearia, mientras que en el art. 291 CP la mayoría es legítima pero la adopción del acuerdo se realiza abusivamente mediante el prevalimiento de la misma. Los elementos subjetivos son, en igual modo, diferentes.

³⁹ «*chiunque, con atti simulati o fraudolenti, determina la maggioranza in assemblea, allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni*». Para mayores precisiones sobre este delito cfr. MUSCO, ENZO, 2007, p. 267; MALAVASI, MARCELLO, 2008, ps. 203-204; DEL SASSO, GIAN P., 2007, p. 234; MANNA, ADELMO (Director), 2010, ps. 234, 236, 270-271 y 273; ANTOLISEI, FRANCESCO, 2007, ps. 393-398; GIUNTA, FAUSTO, 2004, ps. 306-309; AMBROSETTI, ENRICO M.; MEZZETTI, ENRICO; RONCO, MAURO, 2009, ps. 185-186; CRESPI, ALBERTO, 2010, ps. 525-528.

En suma, se puede concluir que, a pesar de la extensa regulación sobre los delitos societarios y de la amplia tradición en la materia, no se reguló en el ordenamiento jurídico italiano un tipo penal de similares características al delito de acuerdos abusivos.

Lo dicho genera un poco de sorpresa o, por lo menos, da para pensar sobre el correcto estudio de la problemática y de la decisión final del legislador español de crear un nuevo tipo penal (art. 291 CP), por cuanto me resulta cuando menos paradójico que, por un lado, un ordenamiento jurídico tan extenso y especializado en el tema, como el italiano, no haya previsto o considerado siquiera necesaria la protección de los intereses patrimoniales de la minoría mediante el prevalimiento abusivo de la mayoría. Y, por el otro, que el legislador español del año 1995, con escasa tradición y dando sus primeros pasos en la materia, decidiera crear un nuevo delito que, en principio, no estaría previsto en ningún otro ordenamiento jurídico, cuyo ámbito de protección se encuentra estrechamente vinculado a un mecanismo de protección civil pre-existente (impugnación de acuerdos sociales), al que le serviría sólo de refuerzo y respecto del cual es necesario establecer una adecuada frontera para evitar solapamientos. Sin duda, aquella impresión se robustece al analizar las distintas opiniones críticas de la doctrina y de la jurisprudencia nacional sobre el estado actual del delito de acuerdos abusivos y los problemas que se plantean con su aplicación.

No obstante, también considero posible realizar una segunda lectura. Si bien podría resultar criticable, en base a la experiencia y evolución normativa italiana, la decisión del legislador español de crear el delito de acuerdos abusivos, no es menos cierto que en España rige desde el año 1995 y que, hasta el momento, no ha sido reformado ni declarada su inconstitucionalidad. Con lo cual, y en primer lugar, podríamos preguntarnos: ¿el delito de acuerdos abusivos es penalmente legítimo? Cuestión que será objeto de análisis en la segunda parte de este trabajo.

La importancia de la respuesta que se brinde radica en poder determinar lo siguiente. Si este injusto fuera legítimo y estuviera debidamente justificada la intervención penal en este contexto económico-societario, habría que preguntarse si, *mutatis mutandis*, ¿sería posible exportar esta figura delictiva a Italia o a otros ordenamientos jurídicos en los que se considere necesario brindar una mayor protección a los socios minoritarios? Si la respuesta a este interrogante fuera positiva, ello sería un toque de aviso al legislador italiano para que estudie la posibilidad de incorporar un delito de similares características al regulado en el art. 291 CP y actualizar, en lo que resulta objeto de interés, sus preceptos normativos.

CAPÍTULO II: PROBLEMAS GENERALES DEL ART. 291 CP

En este capítulo se expondrán los principales problemas del art. 291 CP y el estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia. Se debe precisar que algunos de esos problemas serán abordados personalmente en la segunda parte de este trabajo, en cuyo caso se hará una remisión expresa al lugar correspondiente. Pero otros serán tratados directamente en este capítulo a los fines de evitar reiteraciones innecesarias. Por otro lado, y en relación a los múltiples problemas que serán desarrollados a continuación, cabe aclarar que sólo se harán las reflexiones personales que se consideran necesarias para precisar aquellos problemas que mayor conflicto han generado a los distintos operadores jurídicos.

1. El art. 291 CP: introducción

El CP español del año 1995 reguló por primera vez, en el Título XIII, capítulo XIII, los denominados delitos societarios. Injustos cuya razón de ser obedecía, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, del 23 noviembre, a que se había afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia. Entre ellos, los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales.⁴⁰

De esta regulación sorprende, en primer lugar, que el legislador haya sistematizado bajo un mismo título del CP bienes jurídicos distintos, esto es, de distinta naturaleza jurídica. Mientras los delitos

⁴⁰ Lo que ya SILVA SÁNCHEZ había sostenido, previamente, como la existencia de una tensión entre los diversos fines del Derecho penal (máxima reducción de la violencia social informal; máxima realización de las garantías individuales). SILVA SÁNCHEZ, JESÚS.M., 2002, ps. 298, 278 y 281.

contra el patrimonio atentan contra bienes jurídicos individuales, los delitos contra el orden socioeconómico, en general, vulneran bienes jurídicos colectivos.⁴¹ En segunda medida, no se ubicaron dentro del Título XIII todos aquellos delitos que afectarían *prima facie* al orden socioeconómico como, por ejemplo, los delitos contra la Hacienda Pública que fueron previstos dentro del título XIV.

Con la nueva regulación legislativa se introdujeron, entre otros, los delitos previstos en los arts. 291 y 292 del CP, referidos a la adopción de acuerdos abusivos, en el primer caso, y a la adopción de acuerdos lesivos, en el segundo.

El área de estudio del art. 291 CP se circunscribe a la denominada *criminalidad en la empresa*, esto es, a los delitos económicos que son cometidos al margen de una empresa, dentro de la empresa contra la empresa misma o por miembros particulares contra otros miembros de aquélla. En contraposición a esta idea se destaca el concepto de *criminalidad de empresa*, concibiéndose a la misma como la suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa o, en otras palabras, como todo ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.⁴²

El delito tipificado en el art. 291 del CP, cuyo análisis aquí interesa, encuadra perfectamente en la descripción referida sobre la criminalidad en la empresa. Precisamente, porque este delito se caracteriza por un abuso de poder legalmente establecido por parte

⁴¹ HEFENDEHL, sobre la base de la diferenciación entre Estado y Sociedad, separa en dos grupos aquellos bienes jurídicos que generan ámbitos de libertad para los individuos de los bienes jurídicos protectores de las condiciones marco del Estado y concluye que hay que eliminar esas construcciones de bienes *jurídicos colectivos aparentes* para revelar las verdaderas condiciones de legitimidad que atañen a la protección de bienes jurídicos individuales. HEFENDEHL, ROLAND, 2007, ps. 182, 183, nota 19, p. 183 y 191.

⁴² Así, SCHÜNEMANN, BERND, 2004, ps. 17-19. En igual sentido SILVA SÁNCHEZ, JESÚS. M., 1996, p. 55.

de aquellos individuos que ejercen funciones de particular importancia en la asamblea o en el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación y, principalmente, en contra de los propios socios.

2. Relación entre los arts. 291 y 292 CP

Antes de proseguir es importante formular algunas observaciones sobre los arts. 291 y 292 CP ya que ambos enunciados normativos tienen, *a priori*, un punto de contacto aparente con relación a la vigencia del principio democrático de las mayorías en las sociedades mercantiles.

El punto de contacto es aparente ya que la principal diferencia radica en la génesis del injusto de cada una de las figuras delictivas, esto es, en el art. 292 CP el agente impone o se aprovecha, por alguno de los medios ilícitos expresamente previstos en el tipo penal, de un acuerdo adoptado por una mayoría ficticia. Por el contrario, en el art. 291 CP la mayoría de la que se prevale el agente es una mayoría constituida legítimamente para la adopción de los acuerdos sociales, respetuosos de las disposiciones sobre la conformación de los quorums exigidos por la ley o los estatutos para la validez de la celebración de la junta general, pero finalmente abusiva.⁴³

⁴³ Así lo han puesto de manifestado: BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 623; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 839; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, p. 834; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 169; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3021; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 1996, p. 484; NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. VLex, p. 28; COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, ps. 317 y ss.; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 281; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, p. 42. También, la STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323 y la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783.

En síntesis, a mi juicio, el art. 292 CP regula un supuesto de mayor gravedad que el previsto en el art. 291 CP. Sin ir más lejos, se advierte una mayor propensión al delito en el primer supuesto y una mayor decisión, planificación y osadía para llevarlo adelante en tanto y en cuanto el autor del mismo debe, p. ej., abusar de una firma en blanco para obtener la mayoría ficticia exigida por el tipo penal.

Los arts. 291 y 292 CP regulan dos supuestos diferentes, cuyo desvalor de acción y de resultado son distintos aún cuando el legislador optó, como solución más discutible, establecer la misma pena de prisión y alternativa de multa para ambos enunciados normativos, en posible vulneración del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, «expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico... Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena».⁴⁴

3. Problemas teóricos y prácticos derivados de la aplicación del art. 291 CP

⁴⁴ FERRAJOLI, LUIGI, 2001, ps. 398 y 402. Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC, p. ej., la sentencia del 20 de julio del año 1999, ponente Viver Pi-Sunyer, «Caso Mesa Nacional de HB».

Como es sabido, hay problemas generales derivados de la regulación y aplicación del art. 291 CP que, en la actualidad, siguen siendo objeto de discusión. Por ello, y no obstante los innumerables problemas teóricos y prácticos a los que se hará referencia más adelante, motiva el presente trabajo el hecho de que actualmente no exista en la literatura jurídica nacional un trabajo monográfico que se refiera exclusivamente al delito de acuerdos abusivos.

Desde un punto de vista teórico, el problema es relevante por cuanto no hay doctrina y jurisprudencia especializada que brinde argumentos suficientes para adoptar una postura sólida de interpretación con respecto a los distintos temas conflictivos que plantea el art. 291 CP. Desde un punto de vista práctico, se advierte la existencia de diferentes opiniones y precedentes judiciales sobre un mismo problema que permite afirmar la existencia de decisiones jurisdiccionales contradictorias y, en consecuencia, una posible merma de la seguridad jurídica que debe imperar en el sistema.

Es importante destacar que la interpretación que habitualmente se realiza del art. 291 CP implica el uso de ciertos métodos que gozan de innegables defectos de rigor, tales como el tenor literal del tipo, un bien jurídico penalmente protegido que adolece de cierta vaguedad e imprecisión y una difícil frontera entre el injusto penal y el mercantil. Por ello, y siempre que se comparta la postura que aquí se propone, el análisis de cada uno de los problemas supondrá brindarles a los distintos operadores jurídicos ciertos estándares generales que les permitan resolver con mayor solvencia teórica los casos concretos.

A continuación, y sin perjuicio del análisis que se realizará en cada capítulo, se hará una breve descripción de algunos de los problemas teóricos-prácticos más importantes que se presentan al estudiar el delito de acuerdos abusivos.

3.1. Bien jurídico penalmente protegido⁴⁵

Existe un importante y variado caudal de opiniones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con respecto a cuál sería el bien jurídico penalmente protegido del art. 291 CP. Esta gran diversidad de opiniones no aporta una solución a la problemática de fondo y permite afirmar que el bien jurídico del delito de acuerdos abusivos goza de una importante dosis de vaguedad e imprecisión.

Esta situación, sin perjuicio de la falta de consenso en relación a distintos elementos del tipo objetivo y subjetivo (según será desarrollado *infra*), es una de las causas principales de por qué, por el momento, no se ha llegado a una interpretación coherente, sistemática y con una aceptación más generalizada por parte de los distintos operadores jurídicos. El resultado es simple. No se logró en la *praxis* judicial una aplicación razonable y homogénea del art. 291 CP.

A los fines de ilustrar lo dicho previamente, se hará una breve referencia a las distintas posiciones que se han sostenido en relación al bien jurídico del art. 291 CP. Debido a la gran cantidad de opiniones es posible realizar una doble clasificación entre aquellas teorías puras del bien jurídico penalmente protegido y aquellas mixtas, según estén conformadas por un sólo elemento característico-esencial o por varios. Así, y dentro del primer grupo,

⁴⁵ Para unas mínimas referencias a la evolución y al estado actual de la discusión sobre el bien jurídico penalmente protegido, a la distinción entre el objeto de la acción, el objeto de bien jurídico y el bien jurídico, a la teoría anglosajona del *harm principle* y ciertos problemas de imputación, se pueden consultar las siguientes obras: ROXIN, CLAUS [IC], 2007, ps. 62-63; EL MISMO [ID], 2007, p. 444; GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, 2007, ps. 11, 13-14; HASSEMER, WINFRIED, 2007, ps. 96, 103 y 104; SCHÜNEMANN, BERND, 2007, ps. 211-212; FRISCH, WOLFGANG, 2007, ps. 312 y 314-315; WOHLERS, WOLFGANG, 2007, p. 404; WITTIG, PETRA, 2007, p. 341 y ss; SEHER, GERHARD, 2007, ps. 71-72, 78 y ss; VON HIRSCH, ANDREW, 2007, ps. 37-45; KAHLO, MICHAEL, 2007, ps. 59 y ss; STRATENWERTH, GÜNTER, 2012, ps. 246-247; KUHLEN, LOTHAR, 2012, ps. 230-233; JAKOBS, GÜNTHER, 1997, ps. 44-45 y 48; JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, ps. 234-235; MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, ps. 218-219 y 163-165; HEFENDEHL, ROLAND, 2007, ps. 179-180; SCHULENBURG, JOHANNA, 2007, ps. 349-362.

se destaca el interés patrimonial de los socios, la sociedad mercantil, el principio de buena fe y los límites éticos del Derecho de las mayorías. Mientras que, dentro de la teoría *mixta*, se destaca el deber de fidelidad-lealtad en conjunto con el interés patrimonial de los socios; los fines sociales en conjunto con los individuales; el orden socioeconómico y el interés social en conjunto con el interés patrimonial de los socios; y el deber de lealtad-fidelidad en conjunto con el interés económico de la empresa.

3.1.1. Teorías puras

En primer lugar, se afirma⁴⁶ que el bien jurídico penalmente protegido es, única y exclusivamente, el interés patrimonial de los socios minoritarios.

⁴⁶ Sostienen esta postura, p. ej.: GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], 2001, p. 212; EL MISMO [I.A], 2001, p. 603; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 419 y ss; LA MISMA, 2000, ps. 196 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, p. 277; VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 551; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 2008, en CD; JUFRESA PATAU, FRANCESC P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 98-99; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 63; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, p. 73; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, ps. 1424-1425; EL MISMO [IB], 1998, p. 110; EL MISMO [IA], 1998, p. 113; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 215-216; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1999, p. 491; MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, ps. 355-356; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 147; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., 1999, p. 704; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, p. 37; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, en Id. vLex: VLEX, p. 3; MAGRO SERVET, VICENTE, 2005, p. 144; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p.164 nota 485; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 304; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 234, 241-242 y 280. Parecieran adoptar esta postura, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 14-15 y SÁNCHEZ ÁLVAREZ conjuntamente con FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA al expresar que el bien jurídico protegido es la tutela de los socios perjudicados por el acuerdo que se reputa abusivo. La especificidad de esta norma radica precisamente en la existencia de un perjuicio para los socios, ya que para la protección del interés de la sociedad existe el procedimiento del art. 115 LSA. Así, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4. En la jurisprudencia, se destaca el Auto Audiencia Provincial Barcelona (Sección 6), de 23 junio 2004, Recurso de Apelación núm. 238/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jorge Obach Martínez, JUR 2004/207945. Para repasar algunas de las *críticas* que se han vertido contra esta primera postura se puede consultar a COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, ps. 317 y ss; MORENO CÁNOVES, ANTONIO;

En segundo lugar, se considera que el bien jurídico penalmente protegido sería sólo la sociedad mercantil. Así, y en respuesta a las dos enmiendas formuladas oportunamente, el senador del Grupo Parlamentario Socialista (MARÍN RITE) manifestó:

«No se trata de penalizar cualquier tipo de abuso de mayoría, sino solamente el abuso de mayoría que se utiliza en beneficio propio -fijese bien su señoría- y en perjuicio de la sociedad...Se trata solamente de penalizar una actitud especialmente dañina para las sociedades, la actitud de aquellos que utilizan la mayoría en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad a la que pertenecen, de tal forma que cuando hay beneficio social no hay delito, puesto que entonces no estaremos ya en la misma figura. Algunos no entienden que cuando hay beneficio social no hay delito, y es que se trata de penalizar la forma más grave de abuso de la mayoría, que es aquella que, sin duda, castiga la persecución del beneficio propio en perjuicio de la sociedad. En definitiva, como decíamos, protege a la *sociedad mercantil*».⁴⁷ Pareciera admitir la misma postura RUBIO LARA al decir que el bien jurídico protegido *deberá* situarse en el patrimonio de la sociedad, por su carácter de delito socioeconómico y por la circunstancia de que la actuación en perjuicio de los demás socios se realice en la junta de accionistas o en el órgano de administración, prevaliéndose de una situación mayoritaria en ellas, y no tanto en el patrimonio individual de los socios.⁴⁸

RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 273-274; BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 626 nota 7.

⁴⁷ DSS nº 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, p. 45.

⁴⁸ RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, ps. 117-118. En contra de entender que el bien jurídico penalmente protegido es la sociedad mercantil o el patrimonio de la sociedad se ha expresado FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 215. A mi juicio, el contenido del art. 291 CP no se acompasa de la mejor manera con esta posición ya que la redacción de este delito, si aquella hubiera sido realmente la intención del legislador, debería ser distinta. Así, en vez de haber redactado en *perjuicio de los demás socios*, debió haber expresado en *perjuicio de la sociedad*. Por otro lado, queda claro que no es lo mismo que se produzca un perjuicio en la sociedad que la misma no haya obtenido ningún beneficio derivado de la conducta antijurídica (elemento negativo del tipo). Con esto quiero poner de manifiesto que este elemento negativo del tipo no permitiría fundar la existencia de un perjuicio en la sociedad ni que el patrimonio de dicha sociedad sea el bien jurídico a tutelar. Esto es, un acuerdo económicamente inocuo para la sociedad evidentemente no es un acuerdo en su perjuicio.

En tercer lugar, según GARCÍA-PITA y LASTRES, si no se lo interpreta mal, se intenta proteger una especie de deber genérico de comportamiento conforme a la buena fe, con un correlativo derecho de las minorías a recibir un trato fiel y leal por parte de las mayorías. Este trato sería quebrantado mediante los abusos perfeccionados por la mayoría. A criterio del autor, y desde la perspectiva singular de los derechos y deberes de los socios, se habla de un deber de fidelidad o de un sometimiento genérico de la actuación del socio al principio general de buena fe.⁴⁹

En cuarto lugar, y a criterio de BACIGALUPO ZAPATER, se protegen los límites éticos del Derecho de las mayorías. En esta dirección, se trataría de un tipo penal cuyo objeto de protección son los intereses de las minorías dentro de la sociedad. En otras palabras, el delito impone una fuerte limitación de los derechos de la mayoría en favor de los intereses de las minorías.⁵⁰

3.1.2. Teorías mixtas

Las posiciones que prevén más de un elemento esencial como objeto de protección serían las siguientes:

En primer lugar, algunos autores defienden la postura en la cual el bien jurídico penal es, por un lado, un supuesto deber de fidelidad o lealtad, y por el otro, el interés patrimonial e individual de los socios.⁵¹

⁴⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ L., 1998, ps. 87 y 88 nota 61.

⁵⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, ps. 415-416 y 421; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, ps. 11-12 y 18.

⁵¹ Adoptan esta posición, p. ej.: BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 621; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 837; EL MISMO, 1998, p. 579, GALLEGO DÍAZ, MANUEL, 2000, ps. 39-40; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, ps. 144, 153-154 y 159; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, ps. 38-39. Por el lado de la jurisprudencia, se puede destacar la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre (Recurso de Apelación núm. 19/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig). -ARP 2004\783-. Sobre el reconocimiento del deber de fidelidad por parte del Tribunal Federal Alemán cfr.

Las voces críticas sobre esta posición no han sido pocas. Cabe aclarar que las mismas son extensibles a la posición que sostiene que el bien jurídico penalmente protegido es únicamente el deber de fidelidad-lealtad.⁵² En general, y sin perjuicio de un desarrollo ulterior, se comparten las críticas apuntadas a esta posición. Según será desarrollado *infra*, coincide en que el art. 291 CP no es un delito de infracción de un deber especial.

En segundo lugar, se propugna que el propósito último de este precepto sería asegurar el cumplimiento de los fines sociales y proteger los intereses económicos de los socios minoritarios.

Uno de los autores que sigue esta postura es GONZÁLEZ RUS.⁵³ Luego, el autor atenúa un poco su afirmación inicial al decir: «El propósito último de este precepto es proteger, más que la lealtad en las relaciones societarias, los intereses patrimoniales de los socios minoritarios».⁵⁴ Pareciera estar en la misma sintonía, URRAZA ABAD, al expresar que, sin perjuicio de que el bien jurídico primariamente protegido sea de carácter eminentemente

MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 274. Para MIEDICO, el delito de acuerdos abusivos tutela el deber de fidelidad y lealtad de la mayoría respecto a la minoría o el derecho de la minoría a un tratamiento fiel y leal por parte de la mayoría. Luego, la autora italiana expresa que la existencia de este derecho, sin embargo, nunca ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico español ni enunciado por la jurisprudencia y, por esta razón, afirma que se prefiere la interpretación de que el bien jurídico tutelado por esta norma sean los intereses patrimoniales de sus socios. MIEDICO, MELISSA, 2002, p. 574.

⁵² Las críticas han corrido a cargo de, p. ej., VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 551; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, ps. 1424-1425, EL MISMO [Ib], 1998, p. 109; EL MISMO [Ia], 1998, p. 112; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, p. 277; NEILA NEILA, JOSÉ M^a, p. 24; SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M^a, 1996, p. 121. Es categórico al afirmar que ni este pretendido deber puede ser catalogado como un bien jurídico-penal ni el presente delito puede ser calificado como perteneciente a la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber y que, por lo tanto, se trata de un *delito de dominio* y no de un delito de infracción de un deber institucional extrapenal específico, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2011, p. 395 También GARCÍA CAVERO considera que el art. 291 CP es un delito de dominio. GARCÍA CAVERO, PERCY, 1999, p. 224.

⁵³ GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, p. 834, similar DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 139-140.

⁵⁴ GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 2004, p. 596.

patrimonial-individualista no debe impedirnos reconocer que mediante la entrada en vigor y aplicación del citado precepto y, en general, de los delitos societarios, ha de producirse un efecto protector del *entramado jurídico societario* como instrumento del tráfico mercantil.⁵⁵

En tercer lugar, según COSTA BIDEGARAY,⁵⁶ tanto el orden socioeconómico como el interés social y patrimonial de los socios son, de una forma u otra, objeto de protección del art. 291 CP y todos ellos se verían afectados de algún modo por la conducta ilícita allí prevista. Esa conexión podría lograrse coordinando dos figuras: por un lado, los delitos compuestos o pluriofensivos, y por el otro, la técnica de los bienes jurídicos intermedios.

Aquí se utiliza la expresión (bienes jurídicos intermedios) acuñada oportunamente por SCHÜNEMANN en el año 1975. Sin embargo, y con posterioridad, SCHÜNEMANN reconoció ser consciente de que «esta sencilla expresión dista de reflejar, siquiera de modo aproximado, las cuestiones extraordinariamente difíciles que este preciso punto plantea en la creación de bienes jurídicos».⁵⁷

En base a todo ello, se trataría de garantizar la integridad de una multiplicidad de valores íntimamente conectados entre sí e importantes para la vida en común y que, al momento de identificar el comportamiento contrario a la norma, serán estimados de forma conjunta por el legislador. En suma, se estaría ante un delito pluriofensivo con un bien jurídico intermedio y el énfasis para reconocer el valor que sustenta el tipo penal debería ponerse en el patrimonio de cada socio.

⁵⁵ URRAZA ABAD, JESÚS, 1996, ps. 7-8, similar BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 626 nota 7. Crítico, COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, ps. 317 y ss.

⁵⁶ COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, ps. 317 y ss.

⁵⁷ SCHÜNEMANN, BERND, 2007, ps. 223-224.

En cuarto y último lugar, se afirma que el abuso, en sí mismo, no es la razón principal de protección del art. 291 CP sino que sería un *medio* reprochable penalmente en determinadas circunstancias, en tanto resulte lesivo para el valor efectivamente protegido. De acuerdo a esta postura, los bienes penalmente protegidos serían, por un lado, el principio de fidelidad y lealtad que todos los elementos conformadores de la sociedad, incluidos los órganos de administración, tienen para con la propia entidad, y por el otro, la protección del interés patrimonial de la empresa. Según esta posición, se trataría de un bien jurídico de naturaleza mixta con predominio del componente patrimonial.⁵⁸

Sobre el bien jurídico penalmente protegido en relación al art. 291 CP, se profundizará en la segunda parte de este texto, en el capítulo I referente a la legitimación penal del art. 291 CP y bien jurídico penalmente protegido, y en el capítulo II atinente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante. En esos epígrafes desarrollaré mi posición personal.

3.2. Perjuicio patrimonial en el art. 291 CP

En relación al perjuicio patrimonial del art. 291 CP, los problemas son los siguientes: si debe tratarse de un perjuicio efectivo o potencial, si debe ser patrimonial y evaluable, esto es, de índole exclusivamente económica o si, además, es posible incluir derechos de naturaleza no patrimonial como, p. ej., el derecho preferencial de suscripción de nuevas acciones u obligaciones convertibles en éstas, los de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

Se puede adelantar brevemente que, a mi juicio, el contenido y alcance del perjuicio debe ser de índole patrimonial, esto es, debe tener un contenido de naturaleza económica. Sin ir más lejos,

⁵⁸ MORENO CÁNOVES, ANTONIO y RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 274-275.

pareciera existir un acuerdo general⁵⁹ de la jurisprudencia y de los autores en sostener que el perjuicio (efectivo o potencial) debe ser patrimonial⁶⁰ y evaluable.⁶¹

La Audiencia Provincial de Barcelona ha manifestado que: «Por lo demás, ciertamente el art. 291 del Código Penal no especifica qué clase de perjuicio deben sufrir los socios como consecuencia de la adopción del acuerdo supuestamente abusivo; sin embargo, pese a esa omisión, la mayoría de la doctrina entiende que el contenido del perjuicio deberá ser de carácter patrimonial pues es éste normalmente el interés sustancial y último de la presencia de las personas en la sociedad, llegándose a interpretar además que ese patrimonio es el tutelado por el tipo penal en cuanto haya sufrido una efectiva lesión y no en un estadio anterior».⁶²

⁵⁹ Asimismo, lo pone de manifiesto MATA MARTÍN al decir que esta omisión no ha sido óbice para que la gran mayoría de la doctrina entienda que el contenido del perjuicio debía ser de carácter patrimonial, pues es éste el interés sustancial y último de la presencia de las personas en la sociedad. MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, p. 355-356.

⁶⁰ Así, VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., 1999, p. 707; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1480; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 63; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, p. 74; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], 2001, p. 211; EL MISMO [IA], 2001, p. 602; LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001, ps. 368-369; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, ps. 78-79; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, ps. 20-21; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 222-223; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 385; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, ps. 39-40; COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, p. 317; MAGRO SERVET, VICENTE, 2005, p. 145; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 14-15; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 318; EL MISMO, 1997, p. 293; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, ps. 834-835.

⁶¹ De este modo, JUFRESA PATAU, FRANCESC P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 107; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], 2001, p. 211; EL MISMO, [IA], 2001, p. 602; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, ps. 78-79; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 318; EL MISMO, 1997, p. 293.

⁶² Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6), de 23 junio 2004, Recurso de Apelación núm. 238/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jorge Obach Martínez, JUR 2004\207945. En la misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 1090/2002 (Sección 8), de 12 noviembre, Recurso de Apelación núm. 459/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Orti Ponte, JUR 2003\120606. También exigen una lesión efectiva, la Audiencia Provincial de Madrid núm. 589/2002 (Sección 16), de 26 julio, Recurso de Apelación núm. 125/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D.; la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre,

Por su parte, son varios los autores que niegan la posibilidad de extender el perjuicio a otros derechos de naturaleza no patrimonial, v.gr., el derecho preferencial de suscripción de nuevas acciones u obligaciones convertibles en éstas, los de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.⁶³

Si bien NEILA NEILA opinó que, en un primer momento, el perjuicio tendría que supeditarse a un detrimento de *orden patrimonial* del resto de los socios, después agregó que, no obstante ello, tampoco se podía desestimar la posibilidad de que ese perjuicio no sea enteramente patrimonial sino que, también, pudiera ser de naturaleza u *orden moral*.⁶⁴ En lo personal, no considero de recibo afirmar que el perjuicio que exige el injusto del art. 291 CP pueda abarcar el *daño moral*. Según las circunstancias del caso concreto, se podrá reclamar dicho perjuicio por vía civil y mediante la interposición de la correspondiente demanda de daños y perjuicios, pero de ningún modo por vía del delito de acuerdos abusivos.

Sobre la posición personal del concepto de perjuicio patrimonial en vinculación con el delito de acuerdos abusivos, se profundizará en la segunda parte del texto, en el capítulo II referente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115; y la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 5 Dic. 2005, Rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005. Al respecto, cfr., DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [IB], 1998, ps. 110-115; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3023; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 447; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 14-15.

⁶³ Así, SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 176. Coinciden, COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, p. 317; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 318; EL MISMO, 1997, p. 293; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 14-15, quien sostiene que quedarían fuera del tipo los acuerdos perjudiciales para los derechos políticos de los socios. Para mayores precisiones sobre el tema, MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 1996, p. 487 y modificando su posición inicial en MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 230; EL MISMO, 2005, ps. 413-414; MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, ps. 355-356; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, ps. 3023-3024.

⁶⁴ NEILA NEILA, JOSÉ Mª, en Id. vLex: VLEX, ps. 29-30.

3.3. Abuso del derecho

El acuerdo societario, y supuestamente abusivo, configura el objeto de la acción típica del delito. Asimismo, se considera que el término «acuerdo abusivo» sería un concepto normativo⁶⁵ inserto en el tipo y que remite a un juicio valorativo de la legislación extra penal. Se trata, en fin, de un término legal vago e impreciso cuya extensión se puede tratar de determinar objetivamente, pero no en términos absolutos sino relativos.⁶⁶

La idea de acuerdo abusivo introducida por el legislador atrae, sin lugar a dudas, la mayor parte de las críticas formuladas por la doctrina y la jurisprudencia que apuntan a la falta de determinación y precisión sobre el significado y alcance del término «abusivo».⁶⁷ Por lo tanto, se torna necesario indagar los siguientes aspectos: cuál es la interpretación que hace la doctrina y la jurisprudencia penal del término abusivo, cuál ha sido -o se considera- el origen de la teoría general del abuso del Derecho, cómo ha sido su evolución, cómo ha sido su positivización en el CP español, cuáles son los requisitos exigidos para su implementación, cuáles son las consecuencias jurídicas de su aplicación, y qué grado de utilización tiene este principio en el ámbito del Derecho societario y penal,

⁶⁵ Sobre este concepto cfr., JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, p. 244; MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, p. 229.

⁶⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 227; FARALDO CABANA, PATRICIA, 1996 [IA], p. 452.

⁶⁷ Así, MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, p. 132; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 318. También se muestran críticos con la fórmula utilizada por el legislador, p. ej., ORTS BERENQUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., 2004, p. 616; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, ps. 69, 71 y 73; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 441; FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 211; LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001, p. 368; JUFRESA PATAU, FRANCESC P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 105; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 422. En la jurisprudencia hay que destacar a la Audiencia Provincial de Gipuzkoa núm. 67/2007 (Sección 3), de 5 junio, Recurso de Apelación núm. 3047/2007, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Begoña Argal Lara, JUR 2007/349610; la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115.

entre otros aspectos. Al estudio de estas cuestiones se dedicarán las siguientes líneas del trabajo. Pero es preciso aclarar que no se pretende realizar un estudio exhaustivo y pormenorizado de la doctrina y jurisprudencia referida a la teoría general del abuso del Derecho ya que excede el marco de esta investigación.

3.3.1. Breve análisis de la doctrina y jurisprudencia penal

Con el transcurso del tiempo se ha ido elaborando una interpretación de lo que debería entenderse por «acuerdo abusivo».

En primer lugar, se sostuvo que son los propios requisitos exigidos en el delito los que dan la clave de la interpretación. Se afirmó que, si tales acuerdos se imponían con ánimo de lucro, en perjuicio de los socios y sin que reportaran beneficios a la entidad, serían abusivos.⁶⁸ Esta es la posición seguida por el TS.⁶⁹

Una posible crítica a este enfoque, quizás un tanto genérico, podría ser que se vacía de significado el término «abusivo» para darle el

⁶⁸ BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, ps. 620-622, similar BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, ps. 421-422. Parecieran hacer una simple remisión a los distintos elementos del tipo penal sin agregar nada sustancial a la discusión, ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L, 2004, p. 616; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, ps. 66-67; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 145; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, ps. 74-75; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, p. 132.

⁶⁹ STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323. También, se han pronunciado del mismo modo, la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783-; la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 5 Dic. 2005, rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005. Siguen esta dirección, al remitirse a sus fundamentos, la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª), Auto núm. 720/2008 de 15 diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Hernández, JUR 2009\131321; la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), Auto núm. 364/2010 de 18 mayo, JUR 2010\298549, Ponente: Illma. Sra. Elena Guinduláin Oliveras.

contenido que marca el resto del art. 291 CP.⁷⁰ En otras palabras, no se le otorga un contenido propio que permita su adecuada descripción y aplicación. De esta manera, se estaría argumentando posiblemente en círculo, ya que lo abusivo depende del entendimiento previo de los distintos elementos del tipo penal en concreto (art. 291 CP) y, a la inversa, la interpretación de estos elementos en su conjunto sería el camino para una adecuada interpretación de lo que se tendría que entender por «abusivo». El problema es que se está muy lejos de lograr un consenso a la hora de interpretar todos y cada uno de los elementos del tipo penal. En la posición del TS, seguida por otros tribunales del país, también se agregó que la interdicción del abuso se endereza a sancionar aquellos actos que sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, por su intención, objeto o circunstancias (art. 7.2 CC).⁷¹

En segundo lugar, se afirmó que el «acuerdo abusivo» contenido en la antigua LSA y en el CP era distinto. Para que el acuerdo se considerara abusivo en la LSA (actualmente LSC) tenía que ser siempre perjudicial para los intereses sociales (siendo indiferente si beneficiaba o perjudicaba el interés particular del socio). Mientras que para que el acuerdo fuera punible en el CP siempre se exigía

⁷⁰ HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 69.

⁷¹ STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323. Se refiere a estos argumentos, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.), 2009, ps. 924-925. Sigue esta línea, la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115. Para la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783, estaríamos en presencia del género del *abuso de Derecho* que regula el art. 7.2 CC, del que sería su especie el *acuerdo abusivo* declarado anulable por el antiguo art. 115.1 de la LSA (actualmente LSC). Según BACIGALUPO, el traslado total del concepto de abuso del Derecho civil al Derecho penal y, en particular, a la interpretación del art. 291 CP sería indudablemente problemática. Asimismo, advierte cuáles serían, desde su punto de vista, las posibles consecuencias negativas de dicha interpretación. BACIGALUPO, ENRIQUE, 2009, p. 1245.

perjuicio para el socio, aunque no hubiera perjuicio de los intereses sociales.⁷²

En tercer lugar, se expresó que un «acuerdo abusivo» es aquél que debe servir a un fin distinto al señalado en el objeto social. De modo que, aunque revista una apariencia formal de legalidad, perjudica o puede perjudicar el interés de los demás socios, sin necesariamente lesionar un derecho específico.⁷³

En cuarto lugar, se consideró que la noción de «acuerdo abusivo» no se define expresamente en la legislación mercantil e implica dos requisitos: un comportamiento no justificado de la mayoría y una puesta en peligro o lesión de los intereses de los socios o de la sociedad, que se corresponde con una ventaja patrimonial o de otra naturaleza para la mayoría o un tercero. El «acuerdo abusivo» supondría un trato desigual, arbitrario y sin fundamento material. Su carácter abusivo desaparecería si se justifica objetivamente el sacrificio impuesto a los socios en interés de la mayoría y sin perjuicio de la entidad.⁷⁴

En quinto lugar, cabe destacar la corriente que perfila su análisis desde el enfoque de la imputación objetiva. Se reflexionó que, a la hora de determinar la abusividad de un acuerdo, deberán primar criterios objetivos con independencia de que en el juicio de valor se tengan que considerar los intereses individuales.

Un acuerdo será abusivo cuando, según un juicio de probabilidad *ex ante*, se muestre adecuado para perjudicar a los socios minoritarios, favorezca a la mayoría y no aporte ningún beneficio a la sociedad.⁷⁵

⁷² BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, ps. 620-622, similar BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, ps. 421-422. Asume expresamente esta posición la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre (Recurso de Apelación núm. 19/2004, ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig). -ARP 2004\783-.

⁷³ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1427; EL MISMO, 1998 [IB], ps. 114-115; EL MISMO, 1998 [IA], ps. 116-117.

⁷⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA, 1996 [IA], p.441; LA MISMA, 2000, ps. 211-212.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 66.

Tanto en el análisis del art. 291 CP como del 292 CP, es importante el papel que juega la imputación objetiva ya que no se considerarán acuerdos abusivos aquellos respecto de los cuales no se pueda formular un juicio de valor *ex ante* de peligro relevante para los intereses protegidos. Todo esto se pone de manifiesto porque el contexto económico en el que se desenvuelve el tipo penal del art. 291 CP conlleva, en general, un cierto nivel de riesgo, de manera tal que la referencia del riesgo permitido puede tener un ámbito significativo de aplicación en aquel precepto.⁷⁶

Por último, algunos autores apuntan principalmente a las diferencias existentes entre un acuerdo abusivo (art. 291 CP) y uno lesivo (art. 292 CP), sin pronunciarse sobre el núcleo del problema.⁷⁷ Las diferencias entre un tipo de injusto y otro son claras, pero el problema central es determinar, de manera precisa, cuál es el significado y alcance del término «abusivo» y cómo diferenciarlo del resto de los elementos del tipo penal del art. 291 CP.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 68. Sobre la trascendencia de ponderar la *situación económica concreta* a la hora de valorar si una determinada conducta supuestamente delictiva es susceptible de subsumirse en el tipo penal del art. 291 CP, se pronuncian la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115; Audiencia Provincial de Madrid núm. 536/2002 (Sección 16), de 12 julio, Recurso de Apelación núm. 243/2002, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Carmen Lamela Díaz, ARP 2002\824; Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 286/2003 (Sección 1), de 16 mayo, Recurso de Apelación núm. 54/2003, Ponente: Ilmo. Sr. D. Rubén Blasco Obedé, JUR 2003\172006; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 22 junio 2006, Recurso de Apelación núm. 158/2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia, JUR 2007\56829.

⁷⁷ Por ejemplo, VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 551; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), 2005, p. 334; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1426; EL MISMO [IB], 1998, p. 114; EL MISMO [IA], 1998, p. 116. Otros autores, si bien se explayan de manera genérica sobre el tema, no aportan mayores precisiones a la discusión. Así, p. ej., LUZÓN CUESTA, JOSÉ M., 2000, ps. 175-176; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dir.), 2002, ps. 183 acápite 7.5.1; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 318; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, 1996, p. 548; EL MISMO, 2003, p. 522.

3.3.2. Antecedentes generales del abuso del Derecho

Hablar de abuso del Derecho implica necesariamente tener conocimiento del significado de un Derecho subjetivo a cuyo libre ejercicio se busca, precisamente, poner un límite.⁷⁸ Hay que ser conscientes que hablar del concepto de «Derechos subjetivos», noción fundamental del derecho privado,⁷⁹ implica conocer que tratamos con uno de los conceptos jurídicos más discutidos en la literatura jurídica y que, a pesar de los intensos esfuerzos desplegados, la discusión aún no ha logrado consenso.⁸⁰

Para hacer una mínima reseña del concepto de «Derecho subjetivo», hay que remontarse a fines del siglo XIX. En este momento, cobraba importancia el debate que se producía entre WINDSCHEID (pandectística alemana) e IHERING. Éste, dominado por el espíritu del naturalismo y de la industrialización, proclamó los valores económicos que era preciso proteger valiéndose del Derecho subjetivo. Así, consideró que el Derecho subjetivo encontraba su fundamento en la seguridad jurídica del disfrute y concluyó que los derechos eran *intereses protegidos jurídicamente*. Mientras que, para WINDSCHEID, el Derecho subjetivo era un *poder o dominio volitivo protegido por el orden jurídico*.⁸¹

⁷⁸ SALEILLES sostenía que «el abuso del derecho constituye el correctivo indispensable del derecho subjetivo, para conciliar los derechos del individuo con los de la comunidad». SALEILLES citado por CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, p. 2.

⁷⁹ VON TUHR, ANDREAS, 1998, p. 57. Para mayores precisiones sobre la evolución histórica del concepto de «Derecho subjetivo», en particular en relación al Derecho romano, la revolución francesa, el cambio de timón de un individualismo económico a un socialismo en sus múltiples facetas y de un individualismo jurídico privado se pasa a la socialización del derecho privado, se puede consultar, p. ej., CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 21-26, 32-33, 45, 47-49 y 51-54.

⁸⁰ ALEXY, ROBERT, 1993, p. 173 y nota 1. A su criterio, la discusión podría deberse a que, en conexión con el concepto de «Derecho subjetivo», se analizan otras cuestiones sumamente diferentes de naturaleza normativas (ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas), empíricas y analíticas (ps. 173-174).

⁸¹ HATTENHAUER, HANS, 1987, p. 119. WINDSCHEID, después del año 1871, basó su teoría en la idea *orden jurídico*. *Ibidem.*, ps. 119 y 204. También se refiere al tema ALEXY, ROBERT, 1993, p. 179 y nota 20; VON TUHR, ANDREAS, 1998, ps. 60 y ss. Este último autor se refiere a la teoría volitiva como *el señorío de la voluntad* (p. 60).

Por su parte, la corriente normativista definía al Derecho subjetivo como una *expectativa de pretensiones*.⁸²

En el ámbito anglosajón, la controversia entre estos autores (WINDSCHEID e IHERING) tiene su posible correlato en las posiciones de BENTHAM (teoría de los intereses) y AUSTIN (teoría de la voluntad). En época más reciente se ha vuelto a encender la polémica en cabeza de HART, por el lado de la teoría de la voluntad, y MACCORMICK y LYONS, por el lado de la postura de los intereses.⁸³

La STS del 14 de febrero de 1944⁸⁴ fue rotunda al expresar que lo cierto e innegable es que, a pesar de ciertas dudas y divergencias teóricas-positivas, no se podía borrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los Derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social.⁸⁵

El concepto de «Derecho subjetivo» se usa para designar el aspecto de una situación jurídica que es ventajosa para una persona. Las ventajas tienen que surgir como consecuencia de una regulación jurídica. Dado que la regulación jurídica siempre tiene un efecto restrictivo, el Derecho subjetivo es siempre el correlato de un deber, esto es, una restricción al prójimo. En suma, el ejercicio de un Derecho subjetivo no es absoluto o ilimitado sino que, por el

⁸² La pretensión era el poder concedido por el ordenamiento jurídico para poner en marcha los imperativos que ordena a ciertos órganos estatales la concesión de asistencia jurídica. MARTÍN BERNAL, JOSÉ M., 1982, ps. 49-51 y ss. Cfr. también sobre estas posiciones (interés-voluntad) a CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 5-10; BORDA, GUILLERMO, 1970, ps. 35-36; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, 1997, p. 467. Para ROSS la discusión que plantean las doctrinas de IHERING y WINDSCHEID no llevan a ninguna parte, ROSS, ALF, 1994, ps. 182-183. Según Kelsen, «el derecho subjetivo en sentido específico es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente», citado por ALEXY, ROBERT, 1993, p. 181.

⁸³ Así, ALEXY, ROBERT, 1993, p. 179 y nota 20

⁸⁴ Ponente JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS.

⁸⁵ VIGO considera que debe quedar claro que no es posible pensar los Derechos subjetivos en términos absolutos y que es importante y realista retomar el concepto de deber jurídico. VIGO, RODOLFO, 1998, p. 307.

contrario, se caracteriza por ser relativo, esto es, se debe ejercer dentro de ciertos límites y conforme a su espíritu.

Entre los antecedentes generales del abuso del Derecho, se puede decir brevemente que se ha discutido en la doctrina la existencia de algún antecedente que permitiera inferir el origen de este principio y para ello se acudió al análisis del concepto, alcance y límite del Derecho de propiedad en la antigua Roma. Asimismo, se sostuvo que nació como lógica restricción y excepción del clásico axioma *qui iure suo utitur neminem laedit*, proclamado en las fuentes romanas (Digesto, Libro 50, Título XVII, fragmentos 55, 151 y 155).

Además, se plasmó dentro de nuestro Derecho histórico en la regla *non fase tuerto a otro quien usa de su derecho* (Partida 7, Título 34, regla 14).

De igual modo, fue la figura medieval de los *actos de emulación* (actos *ad aemulationem*) la que habría constituido un posible precedente al ejercicio abusivo de un derecho ya que por esta vía se reprobaban los actos que, aun realizados en el ejercicio de un Derecho, se llevaban a cabo sin provecho propio y con la sola intención de perjudicar a otro. O, también, que tuvo su origen en la teoría de las *inmisiones*.⁸⁶

Una de las primeras y supuestas manifestaciones legales de este principio estaría dado por el *Landsrecht prusiano* del año 1794, que contenía varios artículos relativos a la colisión de derechos y al abuso del Derecho con respecto a la propiedad (por ejemplo, arts. 26 al 28 del Título 8º). También el art. 26 del Título 6º refiere a una noción del abuso del Derecho en su faceta subjetiva (intención de

⁸⁶ Al respecto, cfr. la STS del 14 febrero del año 1944; ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, ps. 106-135 y 217; CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 134-135; MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., 1998, ps. 21-44 y 233; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, ps. 33-34 y nota 1; MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1979, p. 455; EL MISMO, 1982, ps. 21-31; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, 1991, p. 58; Díez-PICAZO LUIS y GUILLÓN, ANTONIO, 1985;

perjudicar).⁸⁷ Estos preceptos del código prusiano de la época se habrían convertido en el punto de partida para la supuesta consagración de este principio en el art. 226 del CC alemán de 1896.⁸⁸

Pero, en realidad, el verdadero origen de este principio habría operado como consecuencia de algunas sentencias francesas de Juzgados de primera instancia, en la segunda mitad del siglo XIX.⁸⁹

Para ATIENZA y RUIZ MANERO, no es casual que el abuso del Derecho surgiera en la jurisprudencia francesa ya que el código de Napoleón suponía la consagración histórica más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso de Derecho estaba destinada a corregir: el *formalismo legal* y el *absolutismo de los derechos* y, en particular, del Derecho de propiedad que el art. 544 del código describía del siguiente modo: «el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta».⁹⁰

En especial, se menciona la sentencia del Tribunal de Colmar del 2 de mayo de 1855. Allí, se propugnó que al Derecho de propiedad se le imponía un límite especial e intrínseco a su ejercicio tendente a satisfacer intereses legítimos y serios. Asimismo, el fallo del

⁸⁷ CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 140-141. Allí se indicaba que se debía reparar el daño causado cuando resultara de las circunstancias que entre varios modos posibles de ejercicio del Derecho se ha optado por aquél que es dañoso para otro, con la intención de perjudicarlo. De este modo, ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, p. 113.

⁸⁸ Luego, fue legislado en distintos CC como, p. ej., el alemán de 1896, art. 226; el suizo de 1907, art. 2; el turco de 1926, art. 2; el chino de 1929; el ruso, art. 1; y el brasileño, art. 160. Así, ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, ps. 113-118. También CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 148-150; MARTÍN BERNAL, JOSÉ M., 1982, ps. 84-86.

⁸⁹ Así, ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, ps. 114 y 117; MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., 1998, p. 44; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, p. 34. En Francia, se esbozaron dos importantes teorías sobre el abuso del Derecho y los elementos esenciales que lo componían. Por un lado, la propiciada por JOSSERAND, y por el otro, la teoría elaborada por SALEILLES. Para mayores precisiones, JOSSERAND, LOUIS, 1950, ps. 153-155; CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 91-92 y 100-110.

⁹⁰ ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, p. 34.

Tribunal de Compiègne, en el caso conocido como *Clément Bayard*, se destacó por la doctrina como una contribución decisiva a la inserción de la idea del abuso del Derecho porque estableció que el titular de un Derecho no podía ejercerlo para un fin distinto de aquél para el que le ha sido reconocido por el legislador. En esta primera etapa de la evolución jurisprudencial, el criterio de naturaleza subjetiva que se utilizaba para precisar la noción de abuso de Derecho era la intención de dañar o la ausencia de interés legítimo en el agente.⁹¹

Es a partir de este momento, cuando se empiezan a plantear distintas cuestiones que derivan en la aplicación de este principio general. En especial, sentencias que declaraban abusivas las conductas de algunos propietarios que, actuando dentro de los linderos de sus fincas, generaban humo o extraían aguas subterráneas de manera desproporcionada, con la insana intención de causar daño al propietario colindante.⁹²

⁹¹ ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, ps. 114 y 117; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, ps. 34-35.

⁹² LASARTE CARLOS, 2007, p. 143; DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, 2010, p. 69. También destacan el origen francés de este principio general, MARTÍN BERNAL, JOSÉ M., 1979, p. 444; ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, p. 101 y 114. Con anterioridad, CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, p. 55. En este trabajo no es posible ni conveniente explayarse más sobre la evolución histórica y legislativa del abuso del Derecho, no obstante para quienes pretendan un mayor conocimiento y desarrollo de su evolución en Alemania § 226 *BGB* (*chikane-verbot*), en Suiza art. 2 Código Federal, en Italia si bien no está expresamente regulado en el CC italiano, pero se suele deducir de la prohibición de los actos emulativos (*divieto di atti emulativi*), esto es, aquellos que no tienen otro objeto que lesionar a otro (art. 833 CC) y de la buena fe (*buona fede*) como criterio de interpretación (arts. 1366 y 1375 CC), en Argentina art. 1071 del CC, en el sistema legal del *Common Law*, cfr. V.V.A.A., 1897, p. 61; ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR; WOLFF, MARTÍN, 1935, ps. 530-532 y nota 7; LARENZ, KARL, 1978, ps. 296-298; CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 148-149. MARTÍN BERNAL, JOSÉ M., 1982, ps. 80-86; BORDA, GUILLERMO, 1970, ps. 41-49. Para ver cita de fallos de la CSJN argentina p. 47 y notas 57 y 57 *bis*; EL MISMO, 1971, ps. 128-130; MOSSET ITURRASPE, JORGE, 1998, ps. 141 y 170; VIGO, RODOLFO, 1998, p. 316; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, 1991, ps. 57-58; BYERS, MICHAEL, 2002, ps. 7-9; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, p. 36.

En España, y en otros países, la elaboración del principio general del abuso del Derecho también fue consecuencia del trabajo de la jurisprudencia.⁹³ En especial la STS de 14 febrero de 1944,⁹⁴ referida al reclamo de una empresa propietaria de una central eléctrica, situada en San Adrián de Besós. Dicho pedido se formuló contra el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, debido a importantes desperfectos que sufrió como consecuencia de la extracción desproporcionada de arena del litoral catalán (para lo que contaba con una concesión administrativa que no detallaba límites de extracción), y que se llevó a cabo con medios mecánicos hasta dañar la central eléctrica de dicha empresa por remover las defensas naturales de sus cimientos. También son de interés para la materia, entre otras, las STS de fechas: 22 de septiembre de 1959; 24 de febrero de 1959; 25 de noviembre de 1960; 31 de enero de 1969; 5 de julio de 1972.

Legislativamente, en España, el abuso del Derecho tuvo su primer antecedente en el art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.⁹⁵

3.3.3. Regulación normativa, características principales y requisitos de su aplicación

⁹³ No obstante, la importante obra monográfica de CALVO SOTELO de 1917, entre otros.

⁹⁴ Ponente JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. Para MARTÍNEZ MUÑOZ se habría invocado incorrectamente la teoría del abuso del Derecho para no condenar a la Administración, a costa de que los daños fueran sufragados por quien no era el verdadero responsable. MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., 1998, p. 75.

⁹⁵ Para conocer la discusión relativa a la ubicación sistemática, esto es, sobre si el abuso del Derecho ingresa dentro del ámbito de lo lícito o si, por el contrario, debería considerarse dentro de lo que algunos juristas vienen denominando *juridicidad aparente o normal*, se puede consultar: STS del 14 febrero del año 1944, Ponente JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS; MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1982, ps. 137 y 139-141; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, ps. 14, 25-29, 38 y 45; CALVO SOTELO, JOSÉ, 1917, ps. 65-69, 80-88; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, 1998, p. 212.

La reforma del Título Preliminar del CC de 1974 consagró expresamente la regulación del abuso del Derecho en el art. 7.2. La STS del 22 de septiembre de 1959 consideró que el abuso del Derecho es un principio general del Derecho, entendiendo que los Derechos subjetivos se deben ejercer en función del fin para el que los reconoce el ordenamiento jurídico.⁹⁶

El art. 7.2. CC manda: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».⁹⁷

El propósito perseguido por este principio general sería la defensa de un interés patrimonial que no goza todavía de protección jurídica. En otras palabras, de un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.⁹⁸ Este interés objeto de protección

⁹⁶ Se refieren, también, al abuso del Derecho como un principio general del Derecho, entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, MARIA DEL CARMEN, 1992, p. 902; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, 1991, ps. 61 ss.; LASARTE CARLOS, 2007, p. 146; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; LÓPEZ MESA, MARCELO J., 1999, p. 488; hablan de mandato con base en la ética social elevado a principio jurídico: ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR; WOLFF, MARTÍN, 1935, p. 531. Se muestra en contra de considerarlo un principio general del Derecho MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., 1998, ps. 196-197, 218, 223-247.

⁹⁷ Para ATIENZA y RUIZ MANERO, el art. 7.2 CC contiene cuatro normas y de ellas la primera es la que presenta los problemas más interesantes, esto es, aquella norma de mandato referida al ejercicio de los derechos y que prohíbe toda acción que constituya un abuso en el ejercicio de los mismos. Según los autores, habría dos normas más que establecerían las consecuencias normativas que se siguen de la violación de la norma anterior y la última se trataría de una norma permisiva. ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, ps. 37-38.

⁹⁸ De este modo, la STS del 14 de febrero del año 1944. En la doctrina, p. ej., LASARTE, CARLOS, 2007, p. 147; MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1979, p. 447; EL MISMO, 1982, ps. 250 y 253; MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., 1998, p. 79; ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, p. 102.

requiere que, no obstante no se encuentre particularmente protegido, sea legítimo y digno de tutela por el ordenamiento jurídico. En síntesis, que dicho interés sea protegible.⁹⁹

Según el TS, «se trata de frustrar el éxito del ejercicio de derechos nominalmente reconocidos por el Ordenamiento, lesionadores de intereses no cubiertos por una estricta legalidad, pero sí por normas éticas o principios sociales».¹⁰⁰

Se ha destacado que el art. 7 CC sería el precepto más aplicado en la jurisprudencia civil española.

Se caracteriza por ser un principio de aplicación restrictiva, excepcional y de carácter subsidiario a cualquier otro remedio legal que pudiera ser de aplicación previa a este instituto.¹⁰¹ El abuso de Derecho debe probarse en cada caso concreto, no se presume su existencia porque la presunción - conforme a la regla de *qui sui iure utitur neminem laedit*- es, precisamente, la contraria.¹⁰²

No obstante, se critica, en primer lugar, que las prohibiciones genéricas contenidas en los dos incisos del art. 7 CC (buena fe y abuso del Derecho) no disponen de elementos de determinación suficientes para que los tribunales puedan subsumir el caso en la norma. En segundo lugar, que la doctrina no ha logrado construir adecuadamente un concepto genérico de abuso del Derecho. Y en tercer lugar, la divergencia de la jurisprudencia a la hora de cimentar el contenido y aplicación de dicho concepto. En esta línea,

⁹⁹ MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1979, p. 447.

¹⁰⁰ STS del 13 de octubre del año 1983.

¹⁰¹ MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1982, p. 235; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; LÓPEZ MESA, MARCELO J., 1999, p. 489; GETE·ALONSO Y CALERA, MARIA DEL CARMEN, 1992, p. 918; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, p. 42. En esta línea, p. ej., la STS de fecha 5 de febrero de 1959. En el Derecho penal, STORTONI, LUIGI, 1976, p. 13.

¹⁰² GETE·ALONSO Y CALERA, MARIA DEL CARMEN, 1992, p. 918.

se afirma la existencia de hasta 4 nociones distintas de abuso del Derecho, según la corriente que se siga.¹⁰³

Sintéticamente, se puede decir que mientras la concepción subjetiva resalta el elemento intencional extraído de la ausencia de un fin serio, legítimo y con la intención de dañar a otro, la concepción objetiva concreta el abuso principalmente en el ejercicio anormal, antisocial o contrario al destino económico o a la función económico-social de cada derecho. La posición intermedia o ecléctica es aquella que reúne características de ambas posturas. Por un lado, la ausencia de un fin serio, legítimo y la intención de dañar. Por el otro, el objeto, las circunstancias en que se realice el ejercicio y la extralimitación manifiesta del normal ejercicio de un derecho.

De acuerdo a la redacción del art. 7.2 CC, pareciera que el legislador habría acogido la denominada doctrina ecléctica.¹⁰⁴ Tanto la intención del autor (concepción subjetiva) como el objeto (finalidad) y las circunstancias (concepción objetiva), definen las notas características de este principio. La concurrencia de una o varias de estas notas conducen a la tacha de un ejercicio abusivo. La STS del 22 de septiembre de 1959 es clara al comentar que este principio se conforma por ambos elementos, esto es, tanto objetivos como subjetivos.

¹⁰³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coordinador); 2006, ps. 64-65. Sobre las distintas posiciones y sus respectivas críticas consultar, p. ej., GETE·ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, 1992, ps. 904 ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, 1991, ps. 58-59; MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., 1998, p. 103; ROVIRA VIÑAS, ANTONI, 1983, p. 127.

¹⁰⁴ En la misma línea, GETE·ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, 1992, p. 906; BOLDÓ RODA, CARMEN, 1996, p. 270. Para MOISSET DE ESPANÉS la mayor parte de los códigos modernos que han consagrado fórmulas represivas del abuso del Derecho incluyen en su texto una mención a los fines sociales o económicos, ya sea como único elemento caracterizador o unido a elementos subjetivos. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, 2004, p. 108.

Brevemente,¹⁰⁵ se estaría en presencia de un ejercicio anormal de un derecho cuando se reúnen los siguientes elementos:

- a. El uso de un derecho, objetivo o externamente legal. Se puede tratar tanto de un comportamiento activo como omisivo.
- b. Un daño (real o potencial) a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c. La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de un exceso o anormalidad manifiesta en el ejercicio del derecho). Cuando se habla de anormalidad manifiesta se entiende tanto en el sentido de que sea ostensible como en el de que sea ciertamente relevante.

El abuso del Derecho también ha tenido su impacto en el Derecho de sociedades. La protección de los intereses de la minoría (o mayoría) frente a posibles acuerdos sociales abusivos se ha canalizado en la aplicación de determinados institutos del derecho privado (p. ej., el art. 7.2 CC) que tienen por función señalar límites generales al ejercicio de los derechos y permitir así corregir los

¹⁰⁵ Al respecto, cfr. GETE·ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, 1992, ps. 903-927; MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1982, ps. 209-211, 233-252; EL MISMO, 1979, ps. 446-451; LASARTE CARLOS, 2007, p. 145; ALBÁCAR, JOSÉ LUIS Y MARTÍN GRANIZO, MARIANO, 1991, p. 121; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, 1991, p. 69; BOLDÓ RODA, CARMEN, 1996, p. 274; En la jurisprudencia, p. ej., la STS del 14 febrero del año 1944; STS del 24 febrero de 1959; STS del 30 octubre de 1963; STS 11 de abril 1967 y STS del 1 de marzo de 1968; STS nº 1169/2000, Sala Primera, de lo Civil, de 21 diciembre 2000, rec. 3293/1995, Ponente: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis, nº de Recurso: 3293/1995, *La Ley 3214/2001*; la STS nº 1158/2008, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 19 diciembre 2008, rec. 389/2004, Ponente: García Varela, Román, nº de Recurso: 389/2004, *La Ley 189387/2008* entre otras. Sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación del abuso del Derecho: MARTIN BERNAL, JOSÉ M., 1979, p. 454; EL MISMO, 1982, p. 269.

efectos negativos derivados de un excesivo automatismo en la aplicación de las normas jurídicas.¹⁰⁶

En el Derecho de sociedades cobra relevancia la obra de SERRICK, quien utilizó el abuso de la persona jurídica como criterio fundamental para llevar adelante el levantamiento del velo. El autor alemán, dividió en tres grandes categorías los supuestos que, a su criterio, eran los más frecuentes que podían revestir los casos de abuso de la persona jurídica, a saber: fraude de ley por medio de una persona jurídica, fraude o lesión del contrato y daños causados fraudulentamente o con deslealtad a terceros con el recurso de la persona jurídica. Asimismo, dentro de estas tres grandes categorías SERRICK analizó distintos grupos de casos.¹⁰⁷ El resultado fue la creación de la doctrina denominada *Disregard of Legal Entity*, encargada de establecer cuándo se podía alcanzar el substrato de la persona jurídica.¹⁰⁸

Pero a partir de la actual LSC por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se regula expresamente en el art. 204, dentro del régimen jurídico de impugnación social, la ampliación de la noción de interés social y, en consecuencia, cuándo se produce la lesión del mismo.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, 2000, p. 217. Sobre las distintas teorías propuestas con relación a la impugnación de los acuerdos mayoritarios abusivos que supongan un daño grave para ciertos intereses en la sociedad se puede consultar, LA MISMA, 2000, ps. 219-231. Sobre el tratamiento del abuso del Derecho en el Derecho de sociedades de distintos países como Alemania, España o Argentina, JUSTE MENCÍA, JAVIER, 1995, ps. 147 nota 211 y 251-252; ALEGRÍA, HÉCTOR, 1998, ps. 332, 356-357; BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, ps. 50-54; JUSTE MENCÍA, JAVIER, 1995, ps. 251-252; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, 2010, ps. 175-176.

¹⁰⁷ SERRICK, ROLF, 1958, ps. 44-81 y 101-124. También cfr. POLO, ANTONIO, 1958, p. 7. Crítica algunas ideas del primer autor, BOLDÓ RODA, CARMEN, 1996, ps. 286-288 y 440.

¹⁰⁸ Las expresiones más comunes en inglés eran «to disregard the corporate fiction», «to pierce and look behind the veil of personality», «to look to the man behind the mask». SERRICK, ROLF, 1958, ps. 82, 94 nota 24 y 96.

Así, en dicho artículo se ordena lo siguiente: «La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera *abusiva* por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

No obstante la redacción de este nuevo artículo, parece claro que aún no se establecen mayores precisiones a la hora de conocer cuándo efectivamente un acuerdo sería realmente abusivo o cuáles serían los criterios materiales que permitan su determinación ya que las ideas de irrazonable e injustificado, términos de por sí vagos y genéricos, no contribuyen en nada a una mayor concreción del concepto de «abuso».

Sobre el art. 291 CP en conexión con los criterios del abuso del Derecho, se ahondará en la segunda parte del texto, concretamente en el capítulo II referente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

3.3.4. Conflicto de intereses

Los conflictos de intereses entre uno o varios socios y la sociedad en la que intervienen es un aspecto a tener en cuenta en este trabajo.

Así, según lo expresan URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA el conflicto de intereses debe resultar de operaciones, actos o negocios jurídicos individuales y concretos en los que el accionista participe directa o indirectamente con interés o conveniencia personal distinto del interés que normalmente tendría como socio en la operación. Sólo entonces, al asumir el accionista frente a la sociedad en modo directo o indirecto la posición de contraparte, puede hablarse de un verdadero conflicto de intereses que vede al socio el ejercicio del derecho de voto. Según los autores, los supuestos en los que el accionista asume directamente la posición de parte contraria a la sociedad son fácilmente cognoscibles y no ofrecen dificultades.

Pero consideran que los peligrosos son aquellos en los que el accionista titular de intereses contrapuestos al de la sociedad no interviene directamente en el acto, contrato u operación en que se da la colisión de intereses. En estos casos, y en general, puede afirmarse la existencia de un conflicto de intereses siempre que el accionista obtenga un lucro o ventaja patrimonial, beneficiando a terceras personas contra el interés colectivo o indirectamente titular de un interés personal contrapuesto al de la sociedad. Entre los casos de colisión indirecta ingresarían los apoyos o beneficios a sociedades rivales o concurrentes en las que el accionista tenga participación, los negocios realizados por un testaferro por cuenta del accionista, las operaciones de terceros con la sociedad en las que el accionista lleve una comisión. En cambio, no habrá inconveniente en que el socio se vote a sí mismo para un cargo social, porque entonces no sólo su interés particular puede coincidir con el interés social, sino que en cualquier caso no se ve que pueda existir una verdadera colisión de intereses entre la sociedad y el accionista que pretende ser elegido para un cargo social.¹⁰⁹

Se debe tener presente que la LSC, en su art. 190, expresamente regula el conflicto de intereses en el ámbito de la junta general. Allí se establece una cláusula específica de prohibición de derecho de voto en los casos más graves de conflicto de interés.¹¹⁰

El conflicto de intereses también puede suscitarse entre un administrador y la sociedad que él mismo administra. Así, será presupuesto lógico de la existencia de un conflicto de intereses la presencia de un interés privado del administrador, distinto del interés social y contrapuesto a éste, así como la actuación del administrador que ponga de manifiesto, directa o indirectamente, una especial inclinación o preferencia personal o por cuenta ajena¹¹¹

¹⁰⁹ URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, 1992, ps. 167-168.

¹¹⁰ P. ej., cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: autorizar a transmitir acciones o participaciones sujetas a restricción legal o estatutaria, excluir de la sociedad, liberar de una obligación o conceder un derecho, facilitar cualquier tipo de asistencia financiera (incluida la prestación de garantías a su favor).

¹¹¹ Así, según SERRANO CAÑAS se podrá estar ante una relación de mandato, o una relación de débito, o de crédito entre el administrador y el tercero, de

para que, *v.gr.*, una determinada operación, un determinado contrato o una deliberación del consejo se resuelva en la dirección que él pretende. Un indicio importante a analizar puede ser aquél por el cual el administrador insiste y pretende la realización de una determinada operación comercial que pueda proporcionarle una utilidad o ventaja extra societaria, generalmente de naturaleza económica, cuantitativa o cualitativamente relevante.¹¹² Asimismo, es importante el actual deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés y la regulación de los distintos supuestos en lo que podría incurrir, según lo previsto en el art. 229 LSC.¹¹³

PASTOR MUÑOZ, al analizar el delito de acuerdos abusivos, se refiere expresamente a la idea de conflicto de intereses vinculado a la existencia de un deber de lealtad en cabeza de los socios mayoritarios. Concretamente, se debe tener en cuenta la colisión de intereses que puede existir con frecuencia entre la mayoría y la minoría. Podrían existir distintos supuestos de colisión de intereses. En primer lugar, en caso de colisión de intereses intrasocietarios de la mayoría e intereses intrasocietarios de la minoría, la mayoría podría favorecer los primeros ya que no configuraría un supuesto de deslealtad. En segundo lugar, una colisión entre los intereses extrasocietarios de la mayoría y los intereses intrasocietarios de la minoría. En estos supuestos, la mayoría actuaría deslealmente cuando da prioridad a sus intereses extrasocietarios sobre los intereses de la minoría. En tercer lugar, los conflictos entre los intereses intra o extrasocietarios de la mayoría y los intereses

parentesco por afinidad o por consanguinidad, o en los casos de ejercicio simultáneo del cargo de administrador en sociedades distintas. Incluso podría tratarse de una relación por la cual uno de los dos es garante del otro o, bien, la relación podría subsumirse a una gestión de negocios ajenos o en una promesa de hecho. SERRANO CAÑAS, JOSÉ M., 2008, ps. 69-70 y 73.

¹¹² SERRANO CAÑAS, JOSÉ M., 2008, ps. 56-57 y 68.

¹¹³ P. ej., la realización de transacciones con la sociedad, la utilización del nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador de la misma para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, el uso de los activos sociales, el desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva.

extrasocietarios de la minoría, no influyen en el alcance del deber de lealtad que se espera de la mayoría ya que estos conflictos no aumentarían la lealtad que se espera de la mayoría porque los intereses extrasocietarios de la minoría no son objeto de protección por el art. 291 CP. En síntesis, la mayoría podría legítimamente favorecer sus intereses intrasocietarios (sus intereses en cuanto mayoría) sobre los intereses de la minoría, pero, en cambio, no podría perjudicar a esta última a favor de sus intereses (los de la mayoría) extrasocietarios.¹¹⁴

Por ello, por una parte, serían abusivos los acuerdos de la mayoría que no le benefician en cuanto mayoría de esa sociedad, sino como titular de intereses ajenos a esta última, por ejemplo, en relación a los beneficios para otras sociedades en la que la mayoría tiene acciones. En cambio, no serían abusivos los acuerdos de la mayoría que le benefician en cuanto titular de intereses intrasocietarios o aquéllos que le benefician en cuanto titular de intereses extrasocietarios si también beneficia sus intereses intrasocietarios. Por consiguiente, según la autora, la mayoría puede definir lo que sea beneficioso para la sociedad, siempre que no haga un uso abusivo (desleal en los términos que se acaban de describir) de su poder de decisión. El tipo solamente concurre en los casos en que quienes ostentan una posición mayoritaria en el órgano de gobierno han puesto su poder al servicio de intereses extrasocietarios,¹¹⁵ de manera que han perdido su autoridad para definir el interés social. Por ello, y ante un acuerdo de estas características, ya se podría proceder a analizar si no beneficia a la sociedad y, con base a criterios de racionalidad económica, si es en perjuicio de los demás socios.¹¹⁶

¹¹⁴ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 8-9.

¹¹⁵ También PEDRAZZI se refirió a la idea de interés extrasocial, al decir que se daba por comprobada la tesis según la cual el abuso de poder de la mayoría afectará a la validez del voto, cuando la mayoría anteponga el interés propio extrasocial al interés común. Los órganos sociales, y no mandatarios de la mayoría de los administradores, estarían obligados a no ejecutar la decisión. PEDRAZZI, CESARE [IB], 2003, ps. 587-588.

¹¹⁶ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 8-9.

3.3.5. Abuso del Derecho en materia penal

En general, TIEDEMANN manifestó que la exigencia, repetidamente planteada, de elevar a la categoría de delito determinados comportamientos abusivos tiene también una clara connotación política, por lo que no puede servir de base a la incriminación de tales conductas. La solución contraria equivaldría a desconocer los límites impuestos por el propio Derecho (*Verrechtlichung*). Además de la falta de criterios legales expresos, es difícil precisar qué tipos de conductas son nocivos a largo plazo para determinado conglomerado social. Lo mismo se puede decir respecto del frecuente reproche de manipulación de las necesidades reales del ser humano por la alta industrialización del mundo capitalista. El término «delito» ha llegado a convertirse en una verdadera arma política, de la cual se hace un uso muchas veces abusivo.¹¹⁷

Como ya se expresó, las dificultades para definir el concepto de «abuso» no surgen sólo en su aplicación práctica, sino que se hacen presentes también en lo puramente teórico. Lo que caracteriza el abuso de poder, según el autor reseñado, es la circunstancia en la cual una persona o una empresa que ha alcanzado por vías absolutamente legales una situación jurídica o fáctica preponderante, utiliza esta posición en forma abusiva. El abuso de poder requiere una delimitación y ponderación jurídica de los intereses de la parte más poderosa y de la más débil en las relaciones económicas. Esta ponderación de intereses será necesariamente vaga mientras no sea determinada por el legislador.¹¹⁸

También se ha mostrado crítico STORTONI, quien destaca que el problema del abuso del Derecho constituye un tema de constante reflexión para el jurista que en él ve el aspecto negativo de las

¹¹⁷ TIEDEMANN, KLAUS, 1981, ps. 402-403.

¹¹⁸ *Ibidem.*, ps. 399-403. Aquí el autor pone como ejemplo el supuesto del aumento abusivo de precios. En las ps. 404-405, vuelve a poner de manifiesto las dificultades para precisar la noción de abuso.

propias construcciones. Ello sería inmanente a la noción de Derecho en cuanto revela la imposibilidad de definir con exactitud el concepto de Derecho utilizando únicamente determinaciones positivas. El problema se detecta en la misma creación del concepto de «Derecho». La individualización del abuso como dato paralelo a lo representado por el Derecho no sería el instrumento para intentar una mayor delimitación de ese concepto.¹¹⁹ Asimismo, PEDRAZZI, al examinar críticamente el delito de apropiación indebida italiano, analizó distintos preceptos normativos del ordenamiento jurídico francés que sancionaban el *abus de confiance* del administrador y extrajo algunas referencias para la conformación de un nuevo injusto de infidelidad patrimonial en el contexto italiano, concluyendo que el concepto de «abuso de poder» no es erróneo pero es sí es equívoco.¹²⁰

En el ámbito del Derecho penal español, la idea de «abuso» se manifiesta en innumerables disposiciones del CP tanto en la parte general como en la parte especial. Así, *v. gr.*, para agravar la responsabilidad penal del agente en situaciones de abuso de superioridad (art. 22, inc. 2º), en el obrar con abuso de confianza (art. 22, inc. 6º), abusando de su cargo (arts. 174 y 175), abuso sexual (arts. 181 incs. 1º y 2º y 183 incs. 1º y 2º), abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima (arts. 188 inc. 1º, 318 bis inc. 2º y 607 bis apart. 9, seg. párrafo), abusando de las circunstancias personales de la víctima (art. 235 inc. 4º), abusando de firma de otro (art. 250 inc. 2º), abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador (art. 250 inc. 6º), prácticas abusivas (art. 285 inc. 2º.1), acuerdos abusivos (art. 291), abuso de firma en blanco (art. 292), abusando de las funciones propias de su cargo o similares (arts. 438, 451 apart. 3.b y 465), abuso de situación de necesidad (arts. 311 inc. 1º y 315), entre otros.

¹¹⁹ STORTONI, LUIGI, 1976, p. 1.

¹²⁰ PEDRAZZI, CESARE [IB], 2003, p. 597.

Antes de seguir, cabe aludir brevemente al delito de administración fraudulenta, infiel o desleal (art. 252 CP), según los distintos términos con que suele aludirse a esta figura delictiva.

En general, y a pesar de que la realización de la acción típica requiere necesariamente de un abuso determinado de las funciones del cargo, la doctrina no ha profundizado demasiado en el contenido y alcance de dicha noción («abuso»). Sin ir más lejos, aunque MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ alude a la acertada novedad del legislador penal de introducir expresamente una referencia típica fundamental en la construcción del específico desvalor de acción y de concluir que se trataría de un delito de dominio, no se realiza ninguna aclaración concreta sobre el contenido y límite del término «abuso».¹²¹

¹²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., 2001, ps. 64-65; EL MISMO, 2011, ps. 451-452. Tampoco profundizan sobre la noción de «abuso», MAYO CALDERÓN, BELÉN, 2005, ps. 263-275, sin perjuicio de lo referido con relación al precepto alemán, NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 273-277. Se refiere sobre el tema, p. ej., BACIGALUPO, ENRIQUE, 2009, ps. 1242, 1244-1246 y 1248-1251. Para el autor, se trata de un tipo penal que neutraliza el efecto justificante del ejercicio de un Derecho (art. 20.7 CP). En Alemania, el § 266 StGB que regula el delito de la *Untreue* se caracteriza por una descripción más amplia y genérica del ámbito de punición atinente a la administración desleal del patrimonio ajeno y no únicamente circunscripto al contexto societario, como lo decidiera el legislador español del año 1995. La primera referencia típica (abusar de la facultad) atinente al tipo de abuso (*Missbrauchtatbestand*) es la que puede ser objeto de interés para el presente trabajo y estaría referida a la relación interna del sujeto activo para con el patrimonio ajeno. Ello sin desconocer que hay posturas doctrinales que rechazan la distinción entre esfera interna o externa de actuación. Para explicar el injusto contenido en el precepto alemán, se trabajó en base a dos teorías distintas a los fines de determinar el contenido del injusto. Una teoría es la denominada teoría del abuso (*Mißbrauchtheorie*) y la teoría de la ruptura de la confianza (*Treubruchtheorie*). Esta teoría se basa en el hecho de que, al concederse a un tercero la administración del patrimonio ajeno, se crea una especial relación de confianza que confiere al primero importantes y peligrosas posibilidades de menoscabar el patrimonio confiado. Así, NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 16. Sobre el contenido de dichas teorías ps. 15-29. En Argentina, el delito de administración desleal está previsto en el art. 173 inc. 7 CP. Para mayores precisiones, CARRERA, DANIEL P., 2002, ps. 103-104; NUÑEZ, RICARDO, 1989, p. 366.

En suma, hay al menos dos conclusiones que se pueden extraer en relación con el concepto de abuso en el Derecho penal. En primer lugar, existe una evidente dificultad de establecer el contenido y alcance del término «abuso». Y ello se debe a la alta cuota de vaguedad y generalidad de su concepto. En segundo lugar, la ausencia de un mayor desarrollo sobre el tema en aras a brindar mayor claridad sobre sus contornos.

3.4. Estructura del tipo penal

Con seguridad, otro de los problemas más incisivos del injusto de acuerdos abusivos es determinar si se trata de un tipo de peligro abstracto, concreto o de lesión.¹²²

Sobre este tema, se puede afirmar que se ha transitado por todos los caminos posibles, esto es, se ha considerado al art. 291 CP como un tipo de peligro abstracto, en algunos casos de peligro concreto y, en otros, de lesión. Y, en la actualidad, esta última opción sería la posición con más seguidores.

A continuación, haré una breve descripción del estado actual de la discusión.

a. Peligro abstracto

¹²² KUHLEN opina que hasta hace poco el punto de partida de la discusión se situaba en la extendida tripartición de los delitos según su grado de merecimiento de pena: delitos de lesión, peligro concreto o abstracto. A esta clasificación solía asociársele tres proposiciones: la lesión a un particular bien jurídico supone un injusto mayor que su concreta puesta en peligro y ésta, a su vez, sería más merecedora de pena que su puesta en peligro abstracto. De esta clasificación tripartita inicial se ha pasado a una clasificación claramente mayor conformada por los denominados delitos de aptitud, acumulación, preparación, y sin bien jurídico protegido o conducta, en la que, si bien los delitos de acumulación y preparación podrían entenderse como una ulterior diferenciación de la clasificación existente, los delitos sin bien jurídico indudablemente superan dicho marco. En esta línea, se considera que la categoría tripartita inicial no era concluyente. Así, KUHLEN, LOTHAR, 2012, ps. 225-226 y 231-232.

Esta sería la posición claramente minoritaria. La razón principal que se esgrime para considerarlo de peligro abstracto es que no sería necesaria la iniciación de la ejecución del acuerdo para que se considere consumado el injusto.¹²³

Según COSTA BIDEGARAY¹²⁴ adoptan la misma postura MORENO CÁNOVES-RUIZ MARCO, VALLE MUÑIZ y MATA MARTÍN. En lo personal, MORENO CÁNOVES-RUIZ MARCO¹²⁵ podrían considerarse inmersos dentro de esta posición. Mientras que VALLE MUÑIZ y MATA MARTÍN no lo estarían. Si bien COSTA BIDEGARAY tomó como fuente de análisis un artículo del año 1995, lo cierto y real es que en 1999 la opinión de MATA MARTÍN era claramente a favor de considerar al art. 291 CP como un tipo de *peligro concreto*.¹²⁶ VALLE MUÑIZ, en su obra *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, sostuvo, en un primer momento, que la «descripción típica no exige la presencia de un perjuicio efectivo, bastará su capacidad lesiva para ocasionarlo. La consumación deviene con la adopción del acuerdo capaz de lesionar el patrimonio de los demás socios. De esta forma, la incriminación penal respeta el ineludible principio de lesividad que debe arropar a todo comportamiento delictivo».¹²⁷ Si bien no lo dice expresamente su afirmación está más próxima a los delitos de aptitud o, eventualmente, a un tipo de peligro concreto. Pero luego, en un segundo momento, *modificó* su posición originaria al sostener que se trataría de un *tipo lesivo*.¹²⁸

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 65-66. Se dice que el carácter «abusivo» se tiene que entender en referencia a su idoneidad para causar perjuicios. Críticamente en contra de considerar al delito de acuerdos abusivos como un tipo de peligro abstracto se ha mostrado, p. ej., FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 222. La diferencia principal entre un tipo de peligro abstracto y otro de aptitud, estaría dada en que en éstos el juzgador ha de comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta, mientras que en los primeros, el juez puede afirmar la tipicidad sin efectuar un juicio propio de peligrosidad. KUHLEN, LOTHAR, 2012, ps. 226-227.

¹²⁴ COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, p. 317 nota 65.

¹²⁵ MORENO CÁNOVES, ANTONIO y RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 283. Estos autores, si bien sostienen que se trataría de un tipo penal de mera actividad, admiten la tentativa. *Ibidem.*, ps. 287-288.

¹²⁶ Cfr. MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, ps. 364-365.

¹²⁷ VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., 1999, p. 707.

¹²⁸ Cfr. VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, ps. 1480-1481.

b. Peligro concreto¹²⁹

Los argumentos principales que se han proporcionado para avalar que se trataría de un tipo de peligro concreto se expondrán sintéticamente a continuación.¹³⁰

a) El injusto se consuma en el momento en que se adopta el acuerdo abusivo sin que sea necesario ocasionar un perjuicio real y efectivo al patrimonio de los socios. Es suficiente que se genere una situación concreta de peligro para el bien jurídico penalmente

¹²⁹ Serían partidarios de esta posición, JUFRESA PATAU, FRANCESC P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 98, 99, 106 a 109; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 624-625; CALDERÓN CEREZO, ANGEL y CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ A., 1997, p. 63; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, p. 74; EL MISMO, en Id. vLex: VLEX, ps. 4 y 5; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1425 (*luego modifica su posición inicial y considera que se trata de un tipo de lesión. Vid. apartado dedicado al tipo de lesión*); SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, 1996, p. 549; EL MISMO, 2003, p. 523; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 434, 446, 447 y 448 (*luego modifica su posición inicial y considera que se trata de un tipo de lesión. Vid. apartado dedicado al tipo de lesión*); SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, ps. 839 y 840; EL MISMO, 1998, ps. 581 y 582; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, ps. 834-836; EL MISMO, 2004, p. 596; MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, ps. 363-365; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997, p. 143; EL MISMO, 2007, p. 525; EL MISMO, 2010, p. 542; RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, p. 118; SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., 2005, p. 204; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 166, 176 y 177; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., 1999, ps. 707 y 708 (*luego modifica su posición y considera que se trata de un tipo de lesión. Vid. apartado referido al tipo de lesión*); MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 1996, ps. 486 y 487 (*luego modifica su posición y considera que se trata de un tipo de lesión. Vid. apartado referido al tipo de lesión*); BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, p. 42; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 242-244; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.), 2009, p. 925. Críticos con esta posición, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2005, p. 413.

¹³⁰ Algunos autores se refieren, en forma genérica, a delitos de resultado sin aclarar si se trata de un delito de resultado lesivo o de resultado peligroso (concreto). En el caso de SERRANO GÓMEZ, si bien parece concluir que se trataría de un tipo de peligro, queda pendiente la duda de saber si se trata de un tipo de peligro abstracto o concreto. SERRANO GÓMEZ, A., 1996, p. 549; EL MISMO, 2003, p. 522. En los siguientes autores, se puede inferir por sus conclusiones que se trataría de un delito de resultado lesivo (tipo de lesión), SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M., 1996, ps. 128-129; BLANCO LOZANO, CARLOS, 2008, ps. 7-8; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. vLex: VLEX, p. 25. También realiza esta observación FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 447 nota 253.

protegido lo que, en términos probatorios, deberá implicar la acreditación de esa potencialidad lesiva debidamente evaluada. Por lo tanto, se trataría de un tipo de resultado que exige una cierta idoneidad para poner en peligro el bien jurídico.

b) La ejecución del acuerdo abusivo implica el agotamiento del delito y, en su caso, será tenido en cuenta a los fines de la pena y para determinar el alcance que deba tener la responsabilidad civil derivada del delito.

c) La expresión «en perjuicio de los demás socios» alude al ánimo de perjudicar como elemento subjetivo del injusto, pero no a la necesidad de obtener un resultado lesivo como elemento estructural del delito. Mientras que, por otro lado, algunos autores sostienen que el resultado sería, precisamente, el obrar en perjuicio de otros socios, en el sentido de la creación de un peligro concreto para el patrimonio de éstos. Si se adopta esta posición, la actuación en perjuicio de los demás socios se toma como tendencia objetiva del comportamiento típico que exige la idoneidad para producir tal perjuicio.

d) Se alega que se trata de un tipo de peligro concreto ya que lo contrario no guardaría coherencia sistemática con otros delitos similares en los que ha quedado clara la voluntad del legislador de exigir un resultado lesivo para el bien jurídico patrimonio y que se define de modo diferente (por ejemplo, el art. 252 CP).¹³¹

¹³¹ Amerita una mención especial las afirmaciones de SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, 2009, p. 546, quienes sostienen que el problema estaría dado por determinar si estamos en presencia de un delito de peligro o de resultado y se inclinan por la primera opción. Aquí cabe aclarar que, en primer lugar, no se distingue si se trataría de un tipo de peligro abstracto, concreto o de lesión. En segundo lugar, se confundiría lo que sería un tipo de peligro con uno de resultado cuando, en realidad, la clasificación dogmática ampliamente admitida indica que, por un lado, están los tipos de peligro abstracto, concreto o lesión (además de los tipos de peligro hipotético o de aptitud, si se admite su validez) y, por otro lado, los tipos de mera actividad y de resultado. En tercer lugar, no se tiene en consideración que, precisamente, los tipos de peligro concreto son tipos de resultado.

e) Se afirman, también, razones político-criminales que atentarían a la eficacia práctica del precepto, dado que en muchos supuestos el perjuicio patrimonial no se habrá materializado tras la ejecución de la acción típica, en virtud de la impugnación de los acuerdos sociales prevista por el Derecho mercantil.

f) Al considerarlo un tipo de peligro concreto se evitan, además, solapamientos con los mecanismos de impugnación de acuerdos sociales previstos por el Derecho mercantil, mecanismos que en la mayor parte de los casos evitarán la materialización del perjuicio patrimonial dado que la impugnación del acuerdo supone la suspensión de su ejecución.

g) En lo que respecta al argumento de la pena de multa se afirma que: (1) dicha pena de multa es alternativa, lo que permitiría perfectamente la imposición única de la pena privativa de libertad si no existe beneficio o si éste es de imposible determinación en el proceso. Lo mismo sucede para otros delitos en los que jurisprudencialmente se ha aceptado que, a pesar de la previsión legal, una pena alternativa pueda no imponerse, y (2) el parámetro que toma la pena de multa para su imposición es el del beneficio obtenido por los administradores -y eventualmente, incluso por terceros- que no tiene por qué corresponderse necesariamente con el del perjuicio irrogado ni a los socios ni, en su caso, a la empresa.

h) Se sostiene que la pena señalada y el hecho de que la multa vaya referida al beneficio obtenido, y no al perjuicio, evidencia que la producción del mismo no es precisa para la consumación, lo que configura al delito como de peligro concreto. Se considera que el recurso a la multa proporcional trata de no quedar limitado por la cuantía máxima que corresponde al sistema de días-multa, que puede ser insuficiente en este tipo de delitos, capaces de alcanzar cifras espectaculares.

i) Por su parte, en la STS se dijo que este delito configura un tipo penal de peligro concreto. Así, ha dicho que: «El delito ha sido

calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo».¹³² En la misma línea, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona y la Audiencia Provincial Gipuzkoa.¹³³

j) Finalmente, cabe destacar que resulta habitual que algunos autores afirmen que el art. 291 CP es un tipo de peligro y que, por ejemplo, se consuma con la adopción del acuerdo abusivo. Pero de esta forma no se logra distinguir con nitidez si estamos en presencia de un tipo de peligro abstracto o concreto ya que, según la doctrina, en ambos casos se consuma con la simple adopción del acuerdo y ambos son de peligro, con la importante salvedad, que dichos autores no aclaran que uno exige un resultado material y el otro no.¹³⁴

Un ejemplo de lo referido en el párrafo anterior, lo constituyen las afirmaciones de BARBERO SANTOS al decir que «En todo caso no se trata de delito de resultado...sino de resultado cortado, o mutilado de dos actos».¹³⁵ No hay duda alguna que una cosa es hablar de un delito de resultado o de mera actividad (tipo objetivo), y otra muy distinta, es referirse, desde el punto de vista de los elementos *subjetivos* del injusto (tipos con tendencia interna trascendente), a un tipo penal de resultado cortado o mutilado de dos actos.

¹³² STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323.

¹³³ Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783; Audiencia Provincial Gipuzkoa núm. 67/2007 (Sección 3), de 5 junio, Recurso de Apelación núm. 3047/2007, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Begoña Argal Lara, JUR 2007\349610.

¹³⁴ Entre ellos, se encontrarían, NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 304, si bien de sus afirmaciones pareciera que se trataría de un tipo de peligro concreto. Más difícil se torna concretar la posición de CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dir.), 2002, p. 183 acápites 7.7 y 7.7.1; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 145; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 318; EL MISMO, 1997, p. 293 (refiere a delito de *nueva actividad*); URRAZA ABAD, JESÚS, 1996, p. 2 y ss.; RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, 1996, p. 192; EL MISMO, 1996, p. 83.

¹³⁵ BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 633 y nota 34.

c. Lesión

En la actualidad, existe un número importante de autores que considera que el delito de acuerdos abusivos es un tipo de lesión.¹³⁶ De manera sintética, considero que los principales argumentos son los siguientes.

a) Se exige una efectiva lesión (perjuicio) para los intereses de los socios. Según este criterio, el resultado de la conducta típica sería que el sujeto activo cause un perjuicio efectivo a los demás socios.

b) No tendría sentido que en el ámbito mercantil se establezca una exigencia de lesividad efectiva para los intereses de la sociedad para

¹³⁶ Los autores que *modificaron* su postura inicial para sostener que ahora estamos en presencia de un tipo de lesión son, DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [IB], 1998, ps. 110-111; FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 207; LA MISMA, 2003, ps. 140-141; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1480; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 229-230; EL MISMO, 2005, p.413. Los autores que, desde un inicio, *mantuvieron* esta posición son: GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], 2001, ps. 210, 211 y 212; EL MISMO, [IA], 2001, ps. 601, 602 y 603; LAMARCA PÉREZ, CARMEN (Coord.) y VV.AA., 2001, p. 368; LANDECHO VELASCO, CARLOS M. y MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN, 1996, p. 266; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, p. 133-134; EL MISMO, 2010, ps. 139-140; LUZÓN CUESTA, JOSÉ M., 2000, p. 176; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), 2005, ps. 333-334; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, ps. 278-279; EL MISMO, 1996; VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 552, GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 2008, CD; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, ps. 69, 78- 80; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, ps. 421-423; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, ps. 20-21; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1999, ps. 496-497; EL MISMO, 1998, ps. 222-224; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, ps. 3022-3024; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, ps. 385-386; SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M., 1996, ps. 128-130; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, ps. 4-5; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, ps. 30, 31, 39 y 40; BLANCO LOZANO, CARLOS, 2008, ps. 7-8; STAMPA BRAUN, JOSÉ M^a, 1996, p. 106; NEILA NEILA, JOSÉ M^a.; en Id. vLex: VLEX, ps. 25, 26, 29 y 30; VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 438-439; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, ps. 153-154; COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, p. 317; MAGRO SERVET, VICENTE, 2005, p. 145; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p.164 nota 485; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 14-17; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M. y MORALES PRATS, FERMÍN, 2009, p. 904. Estos últimos autores hablan de «resultado material» para aludir, posiblemente, a la categoría de tipo de lesión.

poder calificar un acuerdo de abusivo y, sin embargo, que no se exija lo propio en el ámbito penal con referencia a los intereses de los socios.¹³⁷

c) La necesidad de que se produzca, como resultado típico, un perjuicio (económico) es algo que viene exigido por el hecho de que en el art. 291 CP la pena de multa se determina en función del beneficio obtenido por el infractor. Si en los delitos patrimoniales el enriquecimiento ilícito (beneficio) es la contrapartida del perjuicio, no tendría sentido determinar de esa manera la pena de multa si no es porque se está suponiendo que para la consumación del delito es necesaria la causación efectiva de dicho perjuicio.¹³⁸

d) El artículo 291 CP ofrece al juzgador, alternativamente, la posibilidad de imponer una pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Esto es, la opción por la pena de multa reclama la irrogación previa de un perjuicio a los demás socios del que trae causa el beneficio ilícito obtenido. De este modo, si no se exige en el precepto un resultado material de perjuicio económico efectivo, se cercena *contra legem* la posibilidad alternativa que la ley ofrece al juzgador para imponer la pena, quedando constreñido a la imposición de la pena de prisión en violación del principio de legalidad y del principio interpretativo de proporcionalidad.

e) Igualmente, desde un punto de vista sistemático, si la exigencia de perjuicio económico aparece como un requisito más explícito en el tipo del art. 292 CP, es lógico utilizar los mismos criterios interpretativos en el art. 291 CP, precepto con el que guarda tantas similitudes, *máxime* cuando ambos tienen identidad de penas y montos conminados en abstracto.¹³⁹

¹³⁷ Crítica con este argumento FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 218-219.

¹³⁸ Críticos con este argumento, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 243-244; FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 220; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 16-17.

¹³⁹ Crítica, FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 219 nota 296.

f) La necesidad de un perjuicio efectivo como elemento típico se acomoda mejor con las exigencias materiales del principio de intervención mínima y del carácter fragmentario del Derecho penal.

g) La cláusula «en perjuicio de los demás socios» ha de entenderse como expresión de una exigencia típica de carácter objetivo, la cual es la del real perjuicio para aquellos. Con esta frase, el legislador no está añadiendo un elemento subjetivo al tipo (intención de causar un perjuicio) sino precisando una característica objetiva del comportamiento reprochable. El daño real que, con la conducta prohibida, soporta el objeto material de protección. El resultado típico consiste, pues, en la lesión del patrimonio de los demás socios con obtención de un beneficio por el sujeto activo o un tercero. Se dice que no es una finalidad más y así lo prueba el examen de los antecedentes legislativos. El proyecto de CP de 1994 se refería, en su art. 293, a los acuerdos tomados «con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios». Por lo tanto, el texto del código ha variado, separando lo subjetivo (móvil de lucro) de lo objetivo (en perjuicio de).

h) Se acude a un argumento histórico cuando se sostiene que la no exigencia de perjuicio daría lugar a una evolución radical en el historial prelegislativo del precepto a la que parece difícil encontrar sentido, ya que la expresión que aparecía en los arts. 295 y 301 de los ACP y PCP 92 respectivamente exigían que el acuerdo causase un grave perjuicio económico a la compañía.¹⁴⁰

i) Las penas previstas en el precepto albergan una segunda función típica delimitadora de las conductas incriminadas, por cuanto la previsión alternativa de una pena de multa ejerce una función oclusiva a los efectos de imposibilitar la incriminación de las formas de imperfecta ejecución (tentativa) por las razones arriba

¹⁴⁰ Para FARALDO CABANA se podría contra argumentar que esa modificación en la redacción daría a entender que el pre legislador ha cambiado de idea y que era consciente de la importancia que revestía la forma de expresar la exigencia del perjuicio. *Ibidem.*, 2000, ps. 219-220.

esgrimidas, en tanto que para el castigo de la tentativa sólo estaría a disposición del juez la pena de prisión.

j) La consumación del delito dependerá lógicamente de la previa decisión adoptada en cuanto a la estructura del tipo. Así, el momento consumativo se producirá con la causación del resultado típico, integrado por el perjuicio patrimonial efectivo y por la obtención del beneficio. A su vez, tales resultados se verificarán en ocasiones después de adoptarse el acuerdo. Pero no tiene por qué suceder siempre así, dado que es perfectamente posible, y frecuente, que haya que esperar hasta el momento de la ejecución del acuerdo para que dichos resultados se produzcan. Así, el acuerdo abusivo debe tener un contenido patrimonial concreto y tiene, por lo general, que haber sido ejecutado.

k) La simple votación constituye un acto previo impune y habrá tentativa si el acuerdo es definitivamente adoptado, no produciéndose perjuicio patrimonial.

l) Para saber si el acuerdo reporta o no beneficios a la sociedad será necesaria la ejecución del mismo. El adelanto de la protección penal hasta el momento en que se produzca una simple puesta en peligro, normalmente no permitiría saber si al final habrá beneficios derivados del acuerdo, con lo que se está exigiendo la presencia de un resultado material.¹⁴¹

m) Existe un argumento político-criminal que, se entiende, debe decantar definitivamente la cuestión. Así, la exigencia de perjuicio es la única medida que permitirá una adecuada coordinación entre la disciplina penal y la mercantil. Se ha visto que determinados acuerdos pueden ser adoptados en perjuicio del interés social y, a la vez, de los socios minoritarios. En estos supuestos, al verse afectados esa dualidad de intereses, y si no se establecen ulteriores exigencias, tanto la normativa penal (art. 291 CP) como la mercantil (art. 204 LSC) resultarían aplicables. El art. 204 LSC, pese a lo que

¹⁴¹ Crítico, GALLEGU SOLER, JOSÉ I., 2006, p. 243 nota 97.

podiera deducirse de una interpretación estrictamente gramatical, no reclama un perjuicio efectivo, siendo suficiente un peligro potencial de que se produzca el daño para el interés social. Con ello se evita que la parte supuestamente perjudicada tenga que esperar a que la lesión sea irremediable para poder ejercitar la acción. Lo anterior permite que los acuerdos sean impugnados una vez adoptados y antes de su efectiva ejecución. Si situamos la normativa penal al mismo nivel, se dejaría el precepto mercantil sin efecto ya que lo normal sería recurrir directamente al art. 291 CP por su mayor contundencia y menores exigencias, convirtiendo al Derecho penal en *primera ratio*. Por el contrario, la exigencia del perjuicio efectivo permitiría limitar la entrada en acción de la normativa penal hasta que los acuerdos sean efectivamente ejecutados y se derive un perjuicio para los socios minoritarios.

n) Se afirma que la opción del legislador por un tipo penal de resultado debe juzgarse como acertada, habida cuenta de que la conformación de un tipo de peligro hubiese llevado muy probablemente a consecuencias insoportables desde el punto de vista del funcionamiento del sistema económico y de la propia seguridad del tráfico, en la medida en que el adelantamiento de la respuesta penal, típica de los delitos de peligro, hubiera provocado una intervención judicial de facto en el normal funcionamiento de los órganos de la sociedad, sin que de ello se derivase con claridad, al mismo tiempo, un *plus* de protección para los socios perjudicados.

ñ) La doctrina ha puesto de manifiesto también que, una interpretación conjunta de los artículos 291 y 292 CP, permitiría encontrar otro argumento que apoye esta conclusión. El acuerdo lesivo del que habla el art. 292 CP es el acuerdo abusivo del artículo anterior. Un acuerdo que ha sido impuesto por quienes gozan de situación mayoritaria en la junta o en el órgano de administración de la entidad, prevaleciendo de dicha condición con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los sujetos pasivos y que no ha producido

beneficios a la entidad. Si ambos acuerdos (art. 291 y 292 CP) son considerados iguales, se podrían utilizar como argumento para avalar la posibilidad de una lesión específica y no sólo de un peligro concreto.

Sólo a título introductorio, se puede decir que mi posición en relación a la estructura del tipo penal no es compatible con la sostenida por la mayoría de la doctrina. Para mayores precisiones, me remito a la segunda parte del texto, concretamente al capítulo II referente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

3.5. Tipo objetivo

Dentro del tipo objetivo del art. 291 CP se pueden destacar los siguientes problemas.

3.5.1. Acción típica

En el marco de la acción típica del art. 291 CP, esto es, de la acción de imponer acuerdos abusivos, existe un problema que divide las aguas y es el relativo a la posible comisión por omisión de este injusto.¹⁴²

Antes de describir la situación de este problema hay que destacar que «imponer», según el criterio más seguido por la doctrina, haría referencia a la adopción de un acuerdo supuestamente abusivo sin que se exija la ejecución del mismo. Así, la acción típica de «imponer» se referiría a la adopción del acuerdo con independencia de si ha sido trasladado a las actas, lo que sólo afectaría a su fuerza ejecutiva. Para algunos autores, esta interpretación permitiría diferenciar el comportamiento definido en el art. 291 CP con los

¹⁴² El verbo imponer proviene del latín *imponĕre* que, en la primera acepción del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: «1. tr. Poner una carga, una obligación u otra cosa». Así, en <http://www.buscon.rae.es>.

sancionados en el *ex art.* 295 CP (actual 252 CP).¹⁴³ También se afirma que la imposición del acuerdo implicaría que se obliga o se fuerza a aceptar el acuerdo, y a pasar por él y asumir las consecuencias a los socios disidentes mediante la utilización de los mecanismos legales que se ponen al servicio de los socios mayoritarios y que les confieren esa situación de superioridad o prevalencia frente a los socios minoritarios.¹⁴⁴

La acción típica requiere que su realización se lleve adelante a través de un prevalimiento de una situación mayoritaria.¹⁴⁵ No se sanciona cualquier imposición de un acuerdo abusivo sino que, por el contrario, sólo se penaliza el que se obtuvo mediante un prevalimiento de una situación mayoritaria previa y sin perjuicio del resto de elementos típicos que deben tenerse en consideración para un análisis integral. Sin ir más lejos, esta pretendida precisión de la conducta típica es uno de los elementos que permite establecer una diferencia clara con el tipo penal de acuerdos lesivos (art. 292 CP).

A la hora de interpretar la expresión *prevaliéndose*, contenida en el art. 291 CP, algunos autores¹⁴⁶ hacen hincapié, básicamente, en el aspecto objetivo de dicha expresión, entendiéndola de la siguiente manera: como una manipulación, un prevalimiento o un aprovechamiento, o como sinónimo de valerse o aprovecharse de

¹⁴³ BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, ps. 623-624; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 145.

¹⁴⁴ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, ps. 1426-1427, EL MISMO [IB], 1998, p. 114; EL MISMO [IA], 1998, p. 116. Al respecto cfr. en igual sentido GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, ps. 66-67; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 440; LA MISMA, 2000, ps. 209-210; la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115.

¹⁴⁵ El término «prevaler» proviene del latín *praevalēre*. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos ofrece dos acepciones: «1. verbo intransitivo: Prevalecer; 2. verbo pronominal: Valerse o servirse de algo para ventaja o provecho propio». Así, según <http://www.buscon.rae.es>

¹⁴⁶ FOFFANI alude a «lo sfruttamento di una “posizione maggioritaria”». FOFFANI, LUIGI, 1999, p. 74.

una situación de superioridad o servirse de esta.¹⁴⁷ Un segundo grupo de autores, además de exigir un elemento objetivo para la configuración del término «prevaliéndose», exigen uno subjetivo. Así, se sostiene que el prevalimiento comporta, en primer lugar, un abuso del poder mayoritario y, en segundo lugar, supone la finalidad del sujeto activo de utilizar las ventajas que le otorga su posición para ejecutar el delito.¹⁴⁸ Otros autores afirman que el prevalimiento de la situación mayoritaria consiste en una conculcación de las reglas de formación de la mayoría previstas en las leyes mercantiles,¹⁴⁹ o que el sujeto utiliza en su provecho una situación mayoritaria lícitamente ostentada, pero sin respetar los intereses de la sociedad y de los demás socios,¹⁵⁰ o que el autor se aprovecha de la mayoría contrariando los deberes de fidelidad y de lealtad, no bastando el mero aprovechamiento de la situación de superioridad para cometer el delito sino que, objetivamente, debe componer el quebranto de los deberes de lealtad tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia para su apreciación.¹⁵¹ Finalmente, se

¹⁴⁷ SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., 2005, ps. 200-201; VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 439; HERMOSILLA, RAMÓN, BUFETE DE ABOGADOS, 1996, p. 78; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 143; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 221; GARCIA DE ENTERRIA, JAVIER, 1996, p. 65; MORENO CÁNOVES, ANTONIO Y RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 280; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, p. 38.

¹⁴⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 440-441 y 444-445; LA MISMA, 2000, p. 210. En igual sentido, se explaya MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien además agrega que se trataría del modo en que el sujeto se vale o se sirve de su situación mayoritaria (situación de superioridad o prevalencia frente a los socios minoritarios). MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 223-224, similar EL MISMO, 2005, p. 408; LUZÓN CUESTA, JOSÉ M., 2000, ps. 175-176; MATA MARTÍN, RICARDO M., 1999, p. 359; SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., 2005, p. 201; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, p. 39; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, p. 834; SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3232. Posiblemente, se podría incluir en éste grupo a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., 1997, p. 3020.

¹⁴⁹ JUFRESA PATAU, FRANCESC P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 107.

¹⁵⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 839; EL MISMO, 1998, p. 581.

¹⁵¹ SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 167. Éste autor comparte la opinión de CONDE-PUMPIDO FERREIRO y agrega un supuesto quebranto de los deberes de lealtad y fidelidad. Por otra parte, no resulta especialmente claro BACIGALUPO al decir: «Problemático resulta saber si el prevalimiento de la mayoría es un elemento autónomo dentro del tipo contenido en el art. 291 Código Penal. En principio la mayoría tiene el derecho de decidir. ¿Se trata de un nuevo abuso del derecho de decisión que corresponde a la mayoría? O, por el contrario, cuando lo que se impone ya constituye un acuerdo abusivo se da también el prevalimiento. Este último punto de vista es el correcto. El prevalimiento se da en todo caso, en el cual el derecho de la mayoría de imponer sus decisiones se ejerce

puede destacar aquella posición que demanda la existencia ineludible de un pacto previo, tácito o expreso, entre aquellas personas que habrían contribuido a conformar la situación mayoritaria.¹⁵²

Llegado a este punto, y como bien se adelantó al comienzo de este capítulo, parece pertinente tomar postura aquí sobre el problema planteado y de esa manera evitar una nueva reproducción del mismo.

En mi opinión, la solución más adecuada sería exigir tanto un elemento objetivo cuanto uno subjetivo a la hora de determinar el alcance y sentido de la expresión «prevaliéndose». El primero de ellos estaría dado por la existencia de una situación mayoritaria concreta y necesaria para poder adoptar un acuerdo social legítimo. Mientras que el elemento subjetivo estaría conformado por la utilización, aprovechamiento o explotación consciente y voluntaria por parte de los autores de aquella mayoría para facilitar la adopción del acuerdo supuestamente abusivo. El prevalimiento debe ser efectivo y real, esto es, un aprovechamiento o explotación material de la situación mayoritaria preexistente, no la simple y formal ostentación de la situación mayoritaria en el caso concreto. Asimismo, no sería necesario que se requiera la concertación de ningún tipo de pacto previo ya que, a la dificultad probatoria y habitual de acreditar la existencia del dolo y de los elementos distintos al mismo, se sumaría otra dificultad añadida derivada de acreditar la existencia -o no- de dicho pacto en el caso concreto. De igual modo, tampoco se desprende del tenor literal la exigencia de un pacto previo y, por último, dicho pacto se formula con anterioridad al comienzo de ejecución del hecho.

para imponer un acuerdo abusivo en el sentido antes descrito» BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, p. 19; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 422.

¹⁵² FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 210; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 220-221; VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 439.

Una vez superado el primer obstáculo, corresponde ingresar al análisis del primer problema reseñado. Esto es, determinar si es posible la comisión por omisión -o no- del delito de acuerdos abusivos.¹⁵³

El estado de la cuestión indica que, por un lado, no sería posible atribuir responsabilidad penal en comisión por omisión en los casos en que una persona se oponga expresamente, se abstenga de votar o vote en blanco.¹⁵⁴

En contraposición, se afirma que eventualmente se podría responder por un delito de acuerdos abusivos en comisión por omisión en la medida que se tendría encomendado un especial deber de vigilancia

¹⁵³ Sabido es que el legislador español decidió la introducción de una cláusula general de equiparación de la no evitación de un resultado a su realización mediante un comportamiento activo por medio del art. 11 del CP. El StGB la previó en su § 13. Sin embargo, en otros países se ha discutido la necesidad de introducir una cláusula de equivalencia similar a las reseñadas previamente. Así, a modo de ejemplo, Argentina no tiene previsto ningún precepto normativo que permita asimilar un comportamiento activo a uno pasivo. Por el contrario, uno de los más recientes anteproyectos de reforma integral del CP argentino no preveía, en su parte general, una cláusula de equiparación o equivalencia. Cfr. Anteproyecto de reforma y actualización integral del CP argentino del año 2006, comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. n° 303/04 y n° 136/05). Para una visión crítica, JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, p. 555; ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA ALEJANDRO; SLOKAR ALEJANDRO, 2002, p. 581; NUÑEZ, RICARDO, 1987, p. 240; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2006, ps. 455-456; el voto del Dr. ERBETTA en disidencia parcial, Corte Suprema de Santa Fe, 2009/12/15 en *Doctrina Judicial*, Año XXVI, n° 26, del 30 de junio del 2010, p. 1797.

¹⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 66; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS 2002, ps. 167-169. En el caso de este último autor ,pareciera que los casos de *votación en contra* de un acuerdo, voto en *blanco* o *abstención* se descarta la posible imputación objetiva del resultado. Mientras que en el caso del miembro del órgano colegiado que *no solicita la anulación de una votación* en la que concurre un defecto invalidante, sí sería pasible de incurrir en el delito de omisión impropia pero sólo a título de partícipe. Para MEINI, si se cumplen los requisitos de la comisión por omisión, no habría problema alguno en afirmar la responsabilidad penal de quien corresponda. MEINI, IVÁN, 2003, p. 238. Ahora bien, este autor se refiere a los supuestos en los que intervenga el órgano de administración pero no alude a los casos en los que votación se realice en la junta de accionistas y cómo, en tal supuesto, se fundamentaría la posición de garante de aquellos.

con relación a los consejeros delegados y al comité ejecutivo.¹⁵⁵ MEINI admite un deber de garante en cabeza del administrador derivado de los antiguos arts. 127 y 133 de la LSA. En este sentido, el miembro del órgano colegiado ostentaría un deber de garante en virtud del cual se encuentra en la obligación de intentar impedir la ejecución de un acuerdo delictivo de contenido patrimonial lesivo. Cuando se trata de un acuerdo antijurídico que lesiona o pone el peligro bienes jurídicos de otras personas (no de los socios o de la sociedad) el autor recurre, para fundar la posible posición de garante e imputar responsabilidad penal, a la idea del actuar precedente que regula el art. 11.b CP.¹⁵⁶

Ya aquí cabe precisar que, desde mi punto de vista, el delito de acuerdos abusivos es un delito de comisión activa en atención a que el injusto no exige la preexistencia de un específico compromiso de protección de parte de los socios. Asimismo, parece forzado coordinar la supuesta comisión por omisión de este tipo penal con la acción típica de imponer mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria. Esto es, ni el verbo típico imponer parece compatible con el supuesto de ausencia, voto en blanco, voto en contra o abstención del voto, ni parece lógico interpretar que quien no está presente, vota en contra o se abstiene de votar, se está prevaliendo de su situación mayoritaria.¹⁵⁷

¹⁵⁵ SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M., 1996, p. 69; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, MCMLXXXIV, p. 688; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1470. También sigue esta postura, DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 111. Pareciera ser de esta idea MUÑOZ CONDE al decir: «así, por ejemplo, cabe que no responda el que estando presente en la reunión del órgano colegiado salve su voto y que responda el que no está presente en la misma, porque con su ausencia haga posible la comisión del delito» MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2007, ps. 521-522; EL MISMO, 1997, p.139.

¹⁵⁶ MEINI, IVÁN, 2003, ps. 234-235.

¹⁵⁷ Solución que podría extenderse también al supuesto del administrador, no obstante su conducta pueda ser analizada desde el punto de vista de otra figura penal. Por otro lado, y si bien *a priori* sería posible establecer un deber especial de cuidado en relación al administrador, no parece razonable ni proporcional negar el supuesto de comisión por omisión en el caso de los socios y aceptarlo en relación a los administradores. Por lo tanto, se propugna una interpretación

Al respecto cabe preguntarse: ¿cómo es posible que un socio se esté prevaliendo de “su” situación mayoritaria si ni siquiera ha votado a favor de la adopción del acuerdo, *máxime* cuando por sí mismo sólo tiene una participación social minoritaria? Por otra parte, ¿cuál sería el deber que funda, en cabeza del socio, su eventual posición de garante y cuyo eventual incumplimiento podría acarrear su responsabilidad penal en comisión por omisión? Se puede decir que, en base a las disposiciones de la LSC, no recae sobre el socio ningún deber general ni, mucho menos, ningún deber especial de fidelidad, lealtad o diligencia que pudieran eventualmente exigirle que impida, p. ej., la celebración de un acuerdo social o que el resto de socios vote de una determinada manera. Motivo por el cual, no se comparte la opción que admite que el delito de acuerdos abusivos se pueda producir mediando una intervención en comisión por omisión.

Los casos de ausencia, voto en contra o abstención no están prohibidos por la ley societaria sino que, por el contrario, sus posibles consecuencias jurídicas están previstas expresamente. Sin ir más lejos, y a modo de ejemplo, el principal mecanismo expresamente regulado en la LSC para la adopción de acuerdos sociales es el uso del principio mayoritario que, evidentemente, no requiere la presencia obligatoria de todos los socios u accionistas sino que, por el contrario, sólo el número requerido y suficiente de ellos para considerar, en cada caso concreto, que la adopción del acuerdo ha respetado la mayoría exigida (v. gr., art. 159 LSC). También, se prevé como una facultad y no como una obligación el derecho de asistencia de los socios u accionistas a la junta general (arts. 179 LSC). El art. 346 LSC estipula las causales legales de separación de los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, en aquellos casos en los que opere una sustitución del objeto social, la prórroga de la sociedad, la reactivación de la sociedad o la creación modificada o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.

homogénea para ambos supuestos en respeto del principio de igualdad, más allá que la conducta omisiva de los administradores pueda subsumirse en otro delito (p. ej., art. 252 CP).

3.5.2. Principio mayoritario

A continuación, corresponde indagar sobre uno de los elementos típicos previsto en el art. 291 CP y del cual la doctrina no se ha hecho mucho eco, este es, el principio mayoritario. Atendiendo a que el prevalimiento exigido consiste en el aprovechamiento de una situación mayoritaria, previamente revestida por el sujeto activo del delito, lícita y formalmente obtenida, resulta de sumo interés estudiar, entre otros aspectos, qué se entiende por principio mayoritario y cómo se vincula con el delito de acuerdos abusivos.¹⁵⁸

Dejando de lado los posibles fundamentos filosóficos, el real nacimiento del principio de la mayoría en el Derecho privado se debería, por un lado, a la imposibilidad práctica de lograr el consenso unánime entre los miembros de los cada vez más complejos órganos colegiados.¹⁵⁹ Y, por el otro, al efecto paralizante de la vitalidad orgánica al que conduciría la insistencia del principio de unanimidad.¹⁶⁰ Sería casi imposible poder configurar de manera permanente, aun en circunstancias de armonía interna, una sociedad mercantil en donde todas y cada una de las decisiones societarias deban ser adoptadas mediante el principio de unanimidad. Mucho menos en los supuestos habituales de la

¹⁵⁸ Para conocer la discusión sobre su evolución histórica, esto es, la opinión de ARISTÓTELES, el Derecho romano, la asamblea germánica en la Edad Media, los *post* glosadores del *Corpus Iuris Civilis* con su distinción entre *omnes ut universi* y *omnes ut singuli*, los canonistas, los filósofos iusnaturalistas, el principio mayoritario en Italia, Alemania y su primera regulación legal en el Código de Comercio francés del año 1807, cfr., MADINA, FERNANDO, 2004, ps. 253-254, notas 1 y 5; SÁNCHEZ LINDE, MARIO, 2009, ps. 39-50 y nota 25.

¹⁵⁹ Para URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA, la adopción del principio mayoritario no obedecería tanto a la convicción de que la *major pars sea la melior pars*, como a razones de carácter práctico ante la imposibilidad de conseguir la formación de la voluntad social por el camino de la unanimidad. URÍA, RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO, y OLIVENCIA, MANUEL, 1992, p. 26.

¹⁶⁰ MADINA, FERNANDO, 2004, p. 254. NIETO MARTÍN considera que la adopción de acuerdos por unanimidad haría imposible la gestión societaria, de ahí el rechazo de este principio en el marco de las sociedades capitalistas. NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 297. Cfr. también SÁNCHEZ LINDE, MARIO, 2009, ps. 38 y 45-46.

realidad moderna, en donde la conformación de sociedades cada vez más complejas -por ejemplo, sociedades que cotizan en bolsa- con grandes números de socios, divergencias internas, enfrentamientos personales y conflictos de intereses entre los distintos socios y/o administradores, tornarían la vigencia de la sociedad en una mera y simple utopía.

Por consiguiente, la regla de la mayoría se presenta como una excepción en el marco del Derecho privado, donde la norma general de la autonomía de la voluntad suele implicar la exigencia habitual de unanimidad para vincular voluntades; como una herramienta que brinda mayor facilidad u operatividad a la adopción de acuerdos y evita el lento y costoso funcionamiento que el principio de unanimidad supone; como un instrumento funcional de organización corporativa en donde la voluntad mayor se impone como voluntad del órgano y de la persona jurídica por encima de las voluntades menores, que deben someterse democrática y obligatoriamente a la opinión que prevalezca; como un medio de optimización económica; como un método decisorio que unifica las diferentes opiniones en una sola, esto es, la opinión oficial de la sociedad (efecto homogeneizante). También, se afirma, aunque con ciertas críticas, que se trataría de una manifestación del principio democrático, imperante desde la influencia en la economía del liberalismo capitalista desarrollado en el siglo XIX.¹⁶¹

No es menos cierto que el principio de la mayoría trae aparejada la pérdida de las ventajas del consentimiento como mecanismo contractual típico que garantiza la protección de cada uno de los

¹⁶¹ Sobre estos argumentos, y para mayores precisiones, cfr., SÁNCHEZ LINDE, MARIO, 2009, ps. 35-36, 38, 59, 61-62 y 81; MADINA, FERNANDO, 2004, ps. 254-255 y nota 15; MARTÍNEZ NADAL, APOL-LÓNIA, 2008, p. 28; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 159. ALEGRÍA, HÉCTOR, 1998, p. 337, critica este último argumento al decir que la asimilación de la asamblea de accionistas con un gobierno democrático no es correcta, comenzando porque en la sociedad anónima el cómputo de los votos no se realiza por cabeza sino por cantidad de acciones, esto es, en base al poder económico de cada accionista, lo que dista de elementales principios de democracia política.

socios. Realizada en el momento fundacional conlleva otro tipo de problemas y consecuencias como el relativo a la protección de las minorías, esto es, la indefensión de los socios minoritarios ante el resto de miembros que supongan o conformen mayoría numérica.¹⁶²

La mayoría decide sobre el uso de todos los bienes sociales y, en la medida que decide en parte sobre bienes ajenos, no existe garantía de que las decisiones sean conformes con lo que todos los titulares hubieran decidido oportunamente.¹⁶³

Sin embargo, el fundamento de la aplicación del principio de la mayoría en el seno de las sociedades de capital, podría también buscarse en el hecho de que es la mayoría quien asume el mayor riesgo en el negocio social. Pero, en la actualidad y sobre todo en las grandes sociedades, tal afirmación no es posible sostenerla de manera general debido a que, la distinta posición entre mayorías y minorías, ya no responde proporcionalmente a un mayor capital social detentado por la primera. Como consecuencia del ausentismo accionarial, las llamadas mayorías dirigentes representan muchas veces porcentajes mínimos del verdadero capital social.¹⁶⁴

Asimismo, resulta pertinente destacar la frecuente formación de grupos de poder en el seno de la sociedad. Es sabido que las empresas de grandes dimensiones se caracterizan por una peculiar distribución del poder. Se trata de la clásica división entre propiedad y control, por la que se forman grupos de control organizados que, en muchas ocasiones, a pesar de ostentar tan sólo una pequeña parte del capital, dominan totalmente la gestión de la sociedad (minoría mayoritaria). En efecto, en muchas ocasiones, aquel conjunto de accionistas y administradores que controlan la sociedad serán minoritarios si se toma como referencia el capital social, pero

¹⁶² FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 425; SÁNCHEZ LINDE, MARIO, 2009, p. 38.

¹⁶³ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 425; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 297.

¹⁶⁴ MADINA, FERNANDO, 2004, p. 256. Al respecto, también FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 438; LA MISMA, 2000, ps. 226-227. En igual sentido y citando a FARALDO, SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 158.

mayoritarios a efectos prácticos, por controlar el poder de decisión de la compañía.¹⁶⁵

Por último, y para poder estudiar debidamente el principio mayoritario, es necesario examinar el concepto y la naturaleza de los acuerdos sociales.

3.5.2.1. Acuerdos sociales

Según la doctrina, el concepto y la naturaleza de los acuerdos sociales tienen un origen ajeno al Derecho mercantil. Así, se considera que la teoría del acuerdo fue elaborada por los canonistas medievales con la finalidad de ocultar los votos disidentes en las elecciones papales.¹⁶⁶

El acuerdo social supone una declaración de voluntad formada por los votos de la mayoría o, en algún caso, de la totalidad de los miembros del órgano colegiado correspondiente. Pero ello no implica identidad entre voto y acuerdo. El acuerdo precisa, por regla general, una pluralidad de votos. Y una vez emitidos, el acuerdo adquiere entidad propia.¹⁶⁷

Ahora bien, a la noción de acuerdo social habría que contraponerle la del término «decisiones» que utiliza, p. ej., la LSC cuando se refiere a los actos derivados del socio único en ejercicio de las competencias de la junta general (art. 15 LSC). Por lo tanto, y de lo expresado hasta el momento, habría que distinguir dos supuestos: el de las sociedades con pluralidad de socios (por lo menos, más de

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 219-220. Con mayores precisiones, VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 137; SÁNCHEZ CALERO FERNANDO, 2002, p. 361; MADINA, FERNANDO, 2004, p. 256.

¹⁶⁶ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 89 y nota 235.

¹⁶⁷ Cfr. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, ps. 90-94. Afirma el autor que el TS en la sentencia de 12 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8821) expresó que «tales acuerdos constituyen la formación de la voluntad de la citada sociedad anónima por su órgano de representación colectivo, el Consejo de Administración» p. 90 nota 237. También, ver SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, 2007, p. 668.

uno) y el de la sociedad unipersonal. En el primer caso, los órganos colegiados de la sociedad adoptan sus resoluciones por medio de *acuerdos* sociales. Mientras que en el segundo, el socio único adopta *decisiones* sociales. Cabe preguntarse si, *v. gr.*, el administrador único o el administrador solidario o individual, ¿deciden o adoptan un acuerdo social? y, en su caso, ¿cómo impacta esta situación en el delito de acuerdos abusivos?

La LSC alude a acuerdos sociales cuando al consejo de administración se refiere (art. 248), pero no dice expresamente que es lo que adopta un administrador único o solidario. En base a los argumentos brindados previamente, con el objetivo de dejar zanjado este asunto y evitar una nueva reproducción de argumentos, se podría defender que, al no haber una pluralidad de votos (pluralidad de declaraciones de voluntad), no estaríamos ante un acuerdo social, *ergo, sí* ante una simple decisión. Motivo por el cual se podría llegar a sostener que tanto el socio único¹⁶⁸ cuanto el administrador único y el administrador solidario o individual deciden, pero no adoptan acuerdos sociales. La relevancia penal, en lo atinente al art. 291 CP, de optar por una u otra posibilidad es evidente si lo ponderamos en relación con el principio de legalidad penal, en tanto que el enunciado normativo del delito de acuerdos abusivos hace referencia expresa a acuerdos abusivos y no a decisiones sociales.

Por otra parte, se podría defender una interpretación más amplia por medio de la cual se pueda considerar que el socio único, el administrador único o solidario también adoptan un acuerdo social, en términos generales. Se debe reconocer que, a favor de esta interpretación, se encuentra el significado que el diccionario de la RAE le otorga a los vocablos decisión y acuerdo. Con relación al primero de ellos, en su primera acepción, se dice que es la «Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa

¹⁶⁸ Para GARRIGUES, «No se puede hablar de acuerdo cuando hay una sola voluntad, como en el caso del accionista único, aunque éste ceda parte de sus acciones a los testaferros» GARRIGUES citado por DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 90 nota 238.

dudosa». ¹⁶⁹ El diccionario no es muy concluyente en lo que respecta al término *acuerdo*, debido a que en su segunda acepción lo define de la siguiente manera: «Resolución premeditada de una sola persona o de varias», mientras que, en su tercera acepción, ¹⁷⁰ «Convenio entre dos o más partes». ¹⁷¹ En contra de esta posible interpretación, se podría argüir, entre otros argumentos, la expresa diferencia establecida por el legislador mercantil al distinguir entre acuerdos sociales y decisiones. Asimismo, la definición que la doctrina y la jurisprudencia (según se ha podido comprobar previamente) suele otorgarle al vocablo acuerdo social como derivado de una pluralidad de votos, esto es, consecuencia de una pluralidad de manifestaciones de voluntad emitidas por los socios mediante el ejercicio legítimo del derecho de voto.

En síntesis, sería posible que se plantee un problema en la siguiente hipótesis: un socio holgadamente mayoritario (90 % del capital social) concurre a una junta general y el resto de socios -minoritarios- no lo hacen. Aquí se deberá preguntar si el socio mayoritario presente en la junta general, ¿adopta un acuerdo social? Al igual que los casos anteriores, ¿se puede hablar de acuerdo social con la sola manifestación de voluntad de una persona? El caso también podría plantearse a la inversa, esto es, el socio holgadamente mayoritario no concurre a la celebración de la junta general pero sí lo hace un socio minoritario, por ejemplo, en segunda convocatoria. ¿Se incurre en el delito de acuerdos abusivos?

En principio, no se darían -según parte de la doctrina- las condiciones necesarias para catalogar dicha situación como un

¹⁶⁹ Proviene del latín *decisio*, *-ōnis*. <http://www.buscon.rae.es>

¹⁷⁰ <http://www.buscon.rae.es>

¹⁷¹ Pareciera usar de manera indistinta el término «decidir» y «acordar» FARALDO CABANA al afirmar que, «En las juntas de las sociedades capitalistas se decide o acuerda por mayoría de capital, entendiéndose que las decisiones así adoptadas expresan la voluntad social, mientras que en las personalistas predomina el principio de mayoría de personas, que inspira su funcionamiento» FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps., 437-438; LA MISMA, 2000, p. 226.

acuerdo social por la falta de una pluralidad de votos. En este sentido, se ha pronunciado DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO citando una STS que dice lo siguiente: «Así, la sentencia del TS de 19 de abril de 1960 (RJ 1960, 1682) considera que “sin la asistencia de un número plural de socios...no es admisible que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante que no es precisamente un acuerdo”».¹⁷²

Ciertamente, en los casos que se acaban de analizar no coexiste una pluralidad de votos. Esto podría inducir a avalar una opinión negativa con respecto a la supuesta adopción de un acuerdo social y, por lo tanto, a negarles tipicidad penal a estos supuestos prácticos. Sin embargo, no es menos cierto que el hecho de no reconocer la existencia de un acuerdo social en tales supuestos es lo mismo que otorgarle una especie de derecho de veto tácito a los socios, quienes ante una situación similar a la prevista en el trabajo y con sólo no asistir a la votación obstaculizarían el normal desarrollo y la toma de decisiones de la sociedad.¹⁷³

A mi juicio, y a los fines de evitar las posibles consecuencias perniciosas que un ausentismo especulativo podría ocasionar en la celebración de la junta general, en el normal desarrollo y funcionamiento de la sociedad y dado que el tenor literal del término «acuerdo» (segunda acepción de la RAE) avala la posibilidad de que sea adoptado por una sola persona, consideraré de manera indistinta los términos «acuerdo» y «decisión» en el ámbito de las sociedades mercantiles. De tal forma, las decisiones del socio único, del administrador único o solidario también configurarían la adopción de un acuerdo social y esto tendría

¹⁷² DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 138 y nota 392.

¹⁷³ A favor de considerar que el administrador único o el socio único adoptan acuerdos sociales, se expresan MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 282. Se puede observar que, en relación al vocablo acuerdo, los autores adoptan la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española. En igual modo, SÁNCHEZ CALERO FERNANDO, 2002, ps. 371-372.

relevancia penal a la hora de interpretar el delito de acuerdos abusivos.

3.5.2.2. Junta de accionistas y órgano de administración

La junta general se caracteriza por tratarse de un órgano colegiado que adopta sus acuerdos sociales, necesariamente y por expreso imperio de la ley, por medio del principio mayoritario (arts. 159, 198 a 201 de la LSC).¹⁷⁴

Ahora bien, tal afirmación, si bien es válida en relación a la junta general, no puede ser categórica con respecto al órgano de administración. Efectivamente, el órgano de administración no tiene que ser necesariamente un órgano colegiado para poder funcionar en una sociedad mercantil, pudiendo asumir distintas estructuras administrativas no colegiales. De tal forma, el art. 124 del Reglamento del Registro Mercantil¹⁷⁵ de 1996 ya establecía, en una clasificación de *numerus clausus*, las posibles estructuras que dicho órgano podía asumir. Entre ellas, se reconocían las siguientes: administrador único, varios administradores que actúen individualmente (administración solidaria), dos administradores que actúen conjuntamente (administración mancomunada o de común acuerdo) y un consejo de administración, integrado por un mínimo de tres miembros.¹⁷⁶ El legislador mercantil ha previsto de manera expresa la misma clasificación en el art. 210 LSC.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Así, SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, 2007, ps. 435 y 624. Según el art. 201.1 LSC las decisiones se adoptan por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado.

¹⁷⁵ En adelante RRM.

¹⁷⁶ No hay dudas de que el consejo de administración es un órgano colegiado. En esta línea, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, ps. 222 y 223 nota 667.

¹⁷⁷ En la antigua redacción de la LSA, se remitía expresamente a las disposiciones del RRM a la hora de determinar la posible conformación de la administración

De esta manera, atendiendo a la expresión contenida en el art. 291 CP «Junta de accionistas o el órgano de administración», se podría llegar a la posible interpretación de que el legislador penal estaría haciendo alusión tanto a los órganos colegiados (*v. gr.*, junta de accionistas, consejo de administración) como a los órganos no colegiados (*v.gr.*, administrador único, administradores solidarios o mancomunados).

Es importante destacar que ni en la anterior redacción de la LSA-LSRL ni en la redacción actual de la LSC se insinúa el principio mayoritario en relación con ninguna estructura social que no sea un órgano colegiado, esto es, no hay referencia alguna al principio mayoritario en caso de socio único, administrador único, solidario o mancomunado. Evidentemente ello es así, por cuanto el socio y administrador único deciden por su propia cuenta, esto es, de manera unilateral, ante la inexistencia de más personas. Los administradores solidarios, si bien pueden ser varios, deciden de manera individual sin ninguna necesidad de formar un acuerdo común entre todos. Y los administradores mancomunados deben necesariamente actuar por medio de un acuerdo común de voluntades, esto es, por unanimidad, no por mayoría. Distintos, son los casos del consejo de administración (art. 248 LSC) y de la junta general (arts. 159, 198 a 201 LSC) que son efectivamente órganos colegiados que adoptan los acuerdos sociales regidos por el principio mayoritario.

3.5.2.3. Principio mayoritario y su relación con el órgano colegiado

La regla de la mayoría se presenta como un instrumento funcional de organización corporativa, donde la voluntad mayor se impone

social (antiguo art. 9. h.), mientras que la antigua LSRL, en su art. 57, establecía por sí misma y sin ninguna remisión al RRM, la clasificación descrita previamente.

como voluntad del órgano y de la persona jurídica, por encima de las voluntades menores que deben someterse democrática y obligatoriamente a la opinión que prevalezca.¹⁷⁸

La colegialidad es el método por el cual se busca transformar en una única manifestación de voluntad una pluralidad de declaraciones individuales. De este modo, el acuerdo surge como una declaración de voluntad del órgano, ulterior a los votos que concurren para su formación. En efecto, existe una voluntad propia de la colectividad frente a la individual de cada miembro.

En esta línea, tanto la junta general como el consejo de administración son órganos claramente colegiados caracterizados porque en su seno se adoptan los acuerdos por mayoría.¹⁷⁹ En general, se afirma que la colegialidad es un método o sistema de organización colectiva que se estructura con base en una concepción igualitaria de sus miembros. Se suele entender que un órgano se estructura en un colegio o colegiadamente cuando está compuesto de miembros regidos por un mismo estatuto o normativa, con unidad de acción, con estrictos procedimientos y garantías tanto formales como materiales (p. ej., derecho de impugnar los acuerdos contrarios a su voluntad o de defensa de sus intereses) que aseguren

¹⁷⁸ MADINA, FERNANDO, 2004, ps. 254-255. Según SÁNCHEZ CALERO, los miembros del consejo tienen confiada de forma conjunta la administración de la sociedad, pero la voluntad de esos miembros, mediante la adopción por mayoría de acuerdos, ha de crear una única voluntad del órgano de forma que por medio de tales acuerdos se alcanza una *reductio ad unum*. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, 2007, p. 642. Al respecto se puede consultar, p. ej., la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2), de 31 enero 2000, Recurso de Apelación núm. 221/1999, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco, JUR 2001\34583; la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115; URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO; OLIVENCIA, MANUEL, 1992, p. 30; MESTRE DELGADO, ESTEBAN, 2001, p. 368.

¹⁷⁹ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, ps. 222 y 223 nota 667. En opinión de SÁNCHEZ CALERO, «La conjunción de los votos de los consejeros da lugar a un acuerdo social, que constituye, como dice la STS de 12 de diciembre de 1989, “la formación de la voluntad de la sociedad anónima por su órgano de representación colectivo”» SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, 2007, p. 668.

la deliberación y la formación y/o adopción del acuerdo por todos los participantes.¹⁸⁰

Como precedente paradigmático de organización colegiada se suele reconocer e identificar a los colegios de artesanos y profesionales fundados en Roma por el rey Numa Pompilio en el siglo VII antes de Cristo. Pero habría sido en el siglo XVI cuando se comenzaron a plantear los principios que asociaban la organización colegiada a una decisión colectiva realizada por mayoría. Un claro exponente de lo expresado previamente, se habría configurado en el estudio y reestructuración medieval del *Corpus iuris civilis*, en el que se distinguió entre *omnes ut universi* y *omnes ut singuli*.¹⁸¹

Otra característica que describe al órgano colegiado es que, cuando el legislador impone el uso del principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales, el órgano se organiza *ex lege* conforme a los elementos característicos del sistema colegial. Esto es, *quórum* de constitución, deliberación, votación, escrutinio, proclamación de resultados, lista de asistentes, soporte documental en actas. Con esto se pone de manifiesto cómo el legislador suele considerar necesario organizar un colegio e introducir aquellos elementos en la organización y funcionamiento del órgano, cuando la decisión exige ser adoptada por mayoría y, *sensu contrario*, (esta idea se vería reforzada) cuando el legislador mercantil no ha organizado colegiadamente al órgano de administración, p. ej., en una organización única, mancomunada o solidaria.¹⁸²

¹⁸⁰ SÁNCHEZ LINDE, MARIO, 2009, ps. 50-51 notas 68 y 52.

¹⁸¹ *Ibidem.*, ps. 50-51 notas 68 y 52.

¹⁸² SÁNCHEZ LINDE, MARIO, 2009, ps. 57 y 66. En igual modo, puede ser de utilidad tener en cuenta el debate originado en la doctrina mercantilista sobre si, por ejemplo, en el consejo de administración (que opera por medio del principio mayoritario y admite, en casos concretos, una mayoría reforzada) es posible *exigir* el voto unánime de todos los consejeros. Al respecto, considera inadmisibles esta posibilidad DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, ps. 155-156 y nota 453. A igual conclusión llega SÁNCHEZ CALERO, F., 2007, p. 535. Por su parte, admitirían la unanimidad en la doctrina mercantilista, pero con ciertos matices, por ejemplo, BERGAMO, GARRIGUES, URÍA, ESTEBAN VELASCO,

Por lo demás, el que sea una opinión mayoritaria el rechazo de la posible exigencia de la unanimidad a la hora de adoptar un acuerdo social en un consejo de administración, no debe confundirse, desde ningún punto de vista, con el hecho real y cotidiano de que en la práctica societaria tales acuerdos se suelen adoptar por medio de la aquiescencia de todos los consejeros. Debe quedar bien en claro lo siguiente: una cosa es el resultado de la votación y otra bien distinta es *exigir* la unanimidad para la validez del acuerdo.¹⁸³

Desde otro punto de vista, se debe señalar el distinto funcionamiento del principio mayoritario según el arquetipo de sociedad mercantil en el que opere. Así, se indica que la variedad de la tipología empresarial incide directamente sobre el concepto de situación mayoritaria. En las juntas de las sociedades capitalistas se decide o acuerda por mayoría de capital, mientras que en las personalistas predomina el principio de mayoría de personas, que inspira su funcionamiento.¹⁸⁴

Asimismo, y para lo que sigue, no se debe perder de vista el amplio consenso existente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional sobre la naturaleza antitética del principio mayoritario en relación con el principio de unanimidad.

IGLESIAS PRADA, FERRÁNDIZ, GIMENO-BAYON, ROJO y SELELLES CLIMENT, todos ellos citados por DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 155 nota 452.

¹⁸³ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, haciendo referencia a las palabras de URQUIJO y CRESPO, sostenía que «un estudio estadístico de esta cuestión demuestra que casi siempre hay unanimidad a la hora de votar» DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 156 nota 455.

¹⁸⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps., 437-438; LA MISMA, 2000, p. 226. De igual manera, GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 67; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 168-169; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3020; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 1996, p. 484. Un claro ejemplo de sociedad de carácter esencialmente personalista es la sociedad colectiva. En menor medida es, también, de carácter personalista la sociedad en comandita o comanditaria. Por su parte, son ejemplos de sociedades de índole capitalistas la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. La sociedad de responsabilidad limitada es considerada un tipo intermedio entre las sociedades personalistas y las capitalistas, si bien se afirma que, «tiene más de sociedad capitalista despersonalizada que de sociedad personalista» URÍA, RODRÍGO, 1994, p. 476.

No hay duda de que el estudio y debate del principio mayoritario, en lo referente al art. 291 CP, resulta ser menos controvertido en la jurisdicción penal que en el ámbito mercantil. Posiblemente ello se deba a la polémica redacción general del delito de acuerdos abusivos, lo que condujo a la doctrina penal a focalizarse más en otros aspectos del injusto (*v. gr.*, si es un delito de lesión o de peligro, si el perjuicio debe ser económico o admite los perjuicios de ciertos derechos sociales, si el tipo penal sólo se restringe a la sociedades de capital o también debe extenderse al resto de entidades previstas en el art. 297 CP, la supuesta contrariedad del precepto normativo al principio de intervención mínima del Derecho penal).¹⁸⁵

En conclusión, y teniendo en consideración la evolución histórica del principio mayoritario, se puede afirmar que este principio se encuentra directamente conectado con el funcionamiento de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles¹⁸⁶ a la hora de adoptar los respectivos acuerdos sociales, con lo cual no es posible admitir una supuesta vigencia del mismo en estructuras no colegiales tales como los casos del socio único, administrador único, administradores solidarios o mancomunados. Como se verá oportunamente al analizar algunos supuestos concretos en la segunda parte de este trabajo, esto tiene directa incidencia en el análisis del art. 291 CP.

¹⁸⁵ Para conocer el debate producido sobre el contenido de la anterior LSA (actualmente LSC), se puede consultar URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO; OLIVENCIA, MANUEL, 1992, p. 26; URÍA, RODRIGO, 1993, p. 327; SÁNCHEZ CALERO FERNANDO, 2002, p. 375; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 161-162; MADINA, FERNANDO, 2004, p. 267 y nota 59. FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps., 437-438; LA MISMA, 2000, p. 226, al igual que la doctrina mayoritaria mercantilista, considera que rige la mayoría absoluta. Asimismo, expresa que no habría inconveniente en admitir que los estatutos exijan mayorías reforzadas para tomar determinados acuerdos. También SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 164; NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. vLex: VLEX, p. 27.

¹⁸⁶ Para mayores precisiones, GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ L., 1998, p. 86 nota 52.

Los argumentos que, a mi juicio, avalan esta posición son:

En primer lugar, que dicha interpretación sería la más respetuosa del tenor literal del texto, ya que se puede concluir sin problemas que la expresión junta de accionistas u órgano de administración prevista en el art. 291 CP se refiere únicamente a la estructura colegial conformada p. ej., por la junta de accionistas, el consejo de administración o en su caso, la comisión ejecutiva.

En segundo lugar, sería respetuosa de una interpretación integral-sistemática del art. 291 CP, ya que del análisis conjunto de los términos «acuerdos sociales», «situación mayoritaria», la idea de «órgano colegiado», el «prevalimiento» exigido por el tipo penal y las disposiciones normativas de la LSC se infiere que la solución más adecuada apuntaría a que la imposición de los acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de la situación mayoritaria se puede originar exclusivamente en aquellos órganos de naturaleza colegial.

En tercer lugar, sería respetuosa de una interpretación histórica, ya que es posible afirmar que la supuesta *voluntas legislatoris* estaba dirigida a la adopción de acuerdos sociales mediante el principio mayoritario en un órgano colegiado. En tal sentido el senador del Grupo Parlamentario Socialista, senador MARÍN RITE, manifestó en clara alusión a los órganos colegiados que: «Como no podía ser menos, no se trata de desconocer que la regla de la mayoría es aquella por la que se sale de los desacuerdos en los órganos colegiados. Cuando en un órgano colegiado no hay acuerdo hay que utilizar la regla de la mayoría. Esa es la forma -repito- por la que se sale del desacuerdo».¹⁸⁷

Y en cuarto lugar, sería respetuosa de una interpretación teleológica de naturaleza restrictiva que armonice con el resto de elementos del tipo penal, con el principio de legalidad penal y con los principios

¹⁸⁷ DSS nº 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia p. 45.

políticos criminales de intervención mínima del Derecho penal, subsidiariedad y última *ratio*.

3.5.3. Elemento negativo del tipo

El art. 291 CP establece, dentro de los elementos típicos tendentes a fundamentar el injusto, que los acuerdos abusivos no reporten beneficios a la misma, esto es, no reporten beneficios a la sociedad de que se trate.

En relación con el origen histórico de este enunciado, cabe recordar que el ex senador MARÍN RITE sostuvo que cuando hay beneficio social no hay delito ya que, en ese supuesto, no se estará ante la misma figura delictiva. Sostuvo que se trataba de penalizar la forma más grave de abuso de la mayoría, esto es, aquella que castigaba la persecución del beneficio propio en perjuicio de la sociedad. En definitiva, y según sus palabras, se buscaba proteger a la sociedad mercantil.¹⁸⁸

Aún cuando las palabras precedentes parecieran no generar ninguna duda a la hora de interpretar y aplicar correctamente este elemento típico, lo cierto y real es que la doctrina y la jurisprudencia han sido, en general, muy críticos al respecto.¹⁸⁹ Del estudio integral del art. 291 CP es posible vislumbrar una serie de problemas derivados de la interpretación y aplicación práctica del mismo, que serán desarrollados en las siguientes líneas.

¹⁸⁸ DSS n° 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, p. 45.

¹⁸⁹ Se pueden destacar, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 65; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 225; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 78; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, ps. 151-152. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, p. 279. Este último autor es partidario de que cuando los beneficios sociales son *mínimos* en comparación con el perjuicio que se pueda causar a los demás socios, la conducta debería ser típica. Resaltando la utilidad de este elemento, FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 445. Tampoco considera superflua la incorporación del elemento negativo en el tipo penal, MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 228. Lo considera un elemento clave, NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 302-303.

Lo más importante es destacar que, entre los supuestos claros de tipicidad (ausencia total de beneficios para la sociedad) y los casos también claros de atipicidad (relevantes beneficios para la sociedad), existe una constelación de casos cuya calificación debe ser resuelta en forma razonable, atendiendo a los fines del Derecho penal y en coherencia con el resto de la legislación. Por ejemplo, si la adopción de un acuerdo neutro o inocuo (en cuanto a su posibilidad de producir beneficios sociales) permitiría -o no- subsumir dicha conducta en el tipo penal de acuerdos abusivos, la indeterminación de un porcentaje concreto del beneficio social que se necesita para incluir o excluir una conducta del tipo penal o supuestos de escasos beneficios para la sociedad y relevantes perjuicios para los socios.

Para ello, y como primera medida, es pertinente conocer cuál sería la naturaleza jurídica de este elemento. En este punto, si bien no tendría que traer aparejado muchos inconvenientes, se han generado algunas opiniones minoritarias y divergentes. La cuestión pasa por determinar si se trata de un elemento negativo del tipo, una causa de justificación o una condición objetiva de punibilidad.¹⁹⁰

Como una primera opinión minoritaria, se destaca que, en realidad, estaríamos en presencia de una causa de justificación, más concretamente de un estado de necesidad justificante.¹⁹¹ Ello por

¹⁹⁰ Algunos casos de interés en la Audiencia Provincial de Lugo núm. 51/2000, de 29 enero, Ponente: Ilmo. Sr. D. Xoan Carlos Montes Somoza, -ARP 2000\426-, luego confirmada por la STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323; Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª), Auto núm. 720/2008 de 15 diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Hernández, JUR 2009\131321.

¹⁹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 225; EL MISMO, 1999, p. 496. Este autor se plantea la siguiente duda, «no está del todo claro que se trate de una causa de exclusión de la tipicidad; esto es, que estemos ante un elemento negativo del tipo. La dificultad se deriva de que, en el fondo, en el tipo subyace un conflicto más propio del estado de necesidad». Para mayores precisiones, URRAZA ABAD, JESÚS, 1996, ps. 7 y 10 nota 13; VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 438; COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, p. 317; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 225.

cuanto se daría un conflicto entre el interés patrimonial de los socios y el de la propia sociedad, lo cual admitiría el sacrificio de los intereses minoritarios para beneficiar al ente social. Una segunda opinión minoritaria considera, sin dar mayores explicaciones dogmáticas de por qué se llega a esta decisión, que se trataría de una condición objetiva de punibilidad.¹⁹²

A pesar de lo dicho, hay un cierto acuerdo en la doctrina¹⁹³ y en la jurisprudencia¹⁹⁴ en pensar que se trataría de un elemento negativo del tipo y que, como tal, excluye la tipicidad de la conducta sospechada. Esta es la posición que se sigue en este trabajo.

3.5.3.1. Problema: indeterminación de un porcentaje concreto del beneficio social que se necesita para incluir o excluir una conducta del tipo penal

¹⁹² SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3232. Cfr. también MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 284 nota 461.

¹⁹³ Algunos partidarios de esta posición son FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 439 y 445; LA MISMA, 2000, p. 209; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 228; EL MISMO, 2011, p. 400; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 67; LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001. ps. 368-369; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, ps. 318-319; EL MISMO, 1997; VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 552; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 839; EL MISMO, 1998, p. 581; CALDERÓN CEREZO, ANGEL, 2001, p. 324; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 245-246; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 146.

¹⁹⁴ Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783; la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 5 Dic. 2005, Rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005; la Audiencia Provincial de Gipuzkoa núm. 67/2007 (Sección 3), de 5 junio, Recurso de Apelación núm. 3047/2007, Ponente: Ilma. Sra. Dª. Begoña Argal Lara, JUR 2007\349610; la Audiencia Provincial Lleida núm. 260/2008 (Sección 1), de 22 mayo, Recurso de Apelación núm. 173/2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Robledo Villar, JUR 2008\204614; la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), de 2 de octubre de 2001.

Acto seguido, se hará referencia a uno de los problemas o casos límites¹⁹⁵ que presenta el análisis de este elemento negativo del tipo. Aquél no es otro que la falta de precisión, por parte del legislador, a la hora de establecer cuál sería el porcentaje de beneficio social que se necesita para incluir o excluir una conducta del tipo penal. Del tenor literal del enunciado normativo «sin que reporten beneficios a la misma» pareciera que cualquier beneficio social obtenido con la celebración de un acuerdo, aún cuando se trate de utilidades mínimas, permitiría excluir la configuración del tipo penal. No obstante, esta problemática se convierte en un tema espinoso que requiere de un estudio minucioso.

Una opinión generalizada¹⁹⁶ aboga por la atipicidad del comportamiento en aquellos supuestos en los que se haya generado un beneficio a favor de la sociedad y, también, en los casos en donde aquél sea exiguo.¹⁹⁷ Pareciera seguir este criterio la Audiencia Provincial de Madrid al decir: «Si el acuerdo beneficia,

¹⁹⁵ Así, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 65. También destaca la complejidad del asunto BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423.

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 65; ORTS BERENGUER, ENRIQUE; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., 2004, p. 616; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 67; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 439; LA MISMA, 2000, p. 209; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dir.), 2002, p. 183 acápite 7.5.2; LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001. ps. 368-369; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, ps. 318-319; EL MISMO, 1997; VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 552; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 108; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 224-225; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 839; EL MISMO, 1998, p. 581; SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., 2005, ps. 200-201; CALDERÓN CEREZO, ANGEL, 2001, p. 324; NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. vLex: VLEX, p. 30; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997, p. 143; VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 438; RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, 1996, p. 91; COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, 1999, p. 317; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 245-246.

¹⁹⁷ En esta posición, se destacan tanto aquellos autores que se pronuncian de manera genérica sobre la existencia de un beneficio social excluyente del tipo penal (sin especificar si se trata o no de beneficio *mínimo*) como los que brindan una opinión personal sobre este tema.

en general, a los intereses societarios, escaparía de la órbita del precepto y resultaría atípico».¹⁹⁸

Desde otro ángulo, se considera que, cuando los beneficios sociales sean mínimos en comparación con el perjuicio que se pueda causar a los demás socios, la conducta debería ser típica.¹⁹⁹ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ se muestra algo dubitativo a la hora de dar una solución específica. Afirma, por un lado, que probablemente haya que reputar delictivo el acuerdo que so capa de unos beneficios sociales mínimos, perjudique abusivamente a los socios minoritarios. Pero, por el otro, expresa que también un beneficio insignificante para la sociedad podrá surtir efectos excluyentes de la tipicidad, aunque el acuerdo haya resultado perjudicial para alguno de los socios si, por estar encaminado éste a salvaguardar los intereses sociales, no es posible invocar razones de prevención general ni especial para el castigo penal.²⁰⁰

¹⁹⁸ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 5 Dic. 2005, Rec. 13/2005. Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005. También, la Audiencia Provincial Lleida núm. 260/2008 (Sección 1), de 22 mayo, Recurso de Apelación núm. 173/2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Robledo Villar, JUR 2008\204614; la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), de 2 de octubre de 2001. En esta perspectiva, SILVA SÁNCHEZ expresa correctamente que la sanción penal por la sola obtención de un *beneficio social mínimo* extendería el tipo penal de manera analógica *in malam partem*. El autor propugna la utilización de criterios objetivos y pone de manifiesto la utilización de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito económico. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, ps. 66 y 68. Son de interés las afirmaciones de CARRERA, DANIEL P., 2002. p. 128 y, también, NEILA NEILA, JOSÉ Mª., en Id. vLex: VLEX, p. 30.

¹⁹⁹ Así, TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, p. 279; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1427; EL MISMO [IB], 1998, ps. 114-115; EL MISMO [IA], 1998, ps. 116-117; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3022; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 284. Parecieran seguir esta postura, CALDERÓN CEREZO, ANGEL; CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ A., 2004, p. 627; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 180. En la jurisprudencia, sigue esta postura la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115.

²⁰⁰ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 228-229; EL MISMO, 2011, p. 401. Para el autor la inclusión del elemento negativo del tipo introduciría explícitamente el denominado principio de la ponderación de intereses, por medio del cual el carácter abusivo del acuerdo debe ser el fruto de una valoración (no

A mi juicio, y según la redacción actual del delito, la prueba de que se lograron beneficios a favor de la sociedad, por mínimos que sean, permitiría excluir el tipo penal. Interpretar este elemento negativo del tipo de manera contraria podría implicar exceder el marco del tenor literal del art. 291 CP y, en consecuencia, extendería el tipo penal de manera analógica *in malam partem*.

3.5.3.2. Acuerdos neutros o inocuos

Otra cuestión controvertida es si la adopción de un acuerdo neutro o inocuo, en cuanto a su posibilidad de producir beneficios sociales, permitiría subsumir dicha conducta en el tipo penal de acuerdos abusivos. GÓMEZ BENÍTEZ ha sido crítico con la incorporación de este elemento negativo. En su opinión, el art. 291 CP sólo dice que la conducta debe realizarse sin que reporte beneficios a la sociedad, esto es, algo parecido al limbo neutro de lo que no beneficia, pero tampoco perjudica.²⁰¹

Los defensores de la tipicidad de este tipo de situaciones, afirman que en la expresión «sin que reporten beneficios a la sociedad» hay que englobar tanto las hipótesis en que se origine un perjuicio para la sociedad como aquellos otros en que exista un coste cero para la misma.²⁰²

estrictamente cuantitativa) que tenga como criterio rector la idea de que el interés social preponderante (la existencia de beneficios para la sociedad) destipificaría penalmente el acuerdo perjudicial para los intereses individuales de algunos de los socios. MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 228-229; EL MISMO, 2011, ps. 400-401. Adhieren a esta idea, FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 445; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dir.), 2002, p. 183 acápite 7.5.2; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 245-246; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3022. *En la jurisprudencia*, sigue esta dirección la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115.

²⁰¹ GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], 2001, p. 211; EL MISMO [IA], 2001, p. 603.

²⁰² MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 228-229; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, ps. 834-835. En la misma línea pero más resumido EL MISMO, 2004, p. 596; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 150. En esta dirección, la Audiencia

Es importante destacar que el beneficio no tendría que juzgarse estrictamente sobre la base de los efectos económicos inmediatos del acuerdo sobre el patrimonio social, sino con criterios de racionalidad económica que van más allá de dichos efectos. Esto se debe a que existen decisiones que no generan un aumento patrimonial inmediato y, sin embargo, podrían considerarse beneficiosas a largo plazo (*v.gr.*, por motivos estratégicos), de manera que un acuerdo que genere pérdidas o simplemente no produzca crecimiento económico inmediato en la sociedad no tiene por qué considerarse necesariamente no beneficioso. Caso contrario, mediante el art. 291 CP se prohibiría la adopción de decisiones que son habituales en el tráfico de las sociedades y pertenecen a su modo normal de funcionamiento.²⁰³ Y viceversa, esto es, que un acuerdo que genere una ventaja económica inmediata para la sociedad no tiene por qué significar necesariamente que deba calificarse de beneficioso, ya que puede tratarse de una situación fugaz que deba valorarse como perjudicial a largo plazo para los intereses de la sociedad.²⁰⁴

Desde mi punto de vista, siguiendo la línea de la conclusión anterior (y en base a la necesidad de interpretar restrictivamente el tipo penal por los argumentos que serán desarrollados en la segunda parte de este trabajo), la solución más adecuada sería aquella que descarte la posible tipicidad penal de los supuestos en los que el acuerdo es inocuo para la sociedad. Por lo tanto, dentro de la locución «sin que reporten beneficios a la sociedad» habría que comprender

Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115.

²⁰³ Al respecto cabe destacar el nuevo art. 226.1 LSC sobre protección de la discrecionalidad empresarial, el cual ordena que, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

²⁰⁴ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 9-10.

únicamente aquellas hipótesis en que se origine un perjuicio para aquella. Está claro que un acuerdo inocuo para la sociedad no significa la no obtención de beneficios para la misma. Precisamente, ni obtiene beneficios ni se le produce un perjuicio y, en consecuencia, ante un supuesto de acuerdo inocuo para la sociedad se debería excluir la tipicidad ya que no se puede demostrar la existencia de un perjuicio en su contra.

3.5.4. Consumación y tentativa

Ya se dijo oportunamente que la acción típica del art. 291 CP consistía en la imposición de un acuerdo abusivo. A continuación, se definirá en qué momento se consuma dicha imposición, esto es, se indagará cuál es el *iter criminis* del delito de acuerdos abusivos.

En este sentido, habría una tendencia clara en considerar que el delito de acuerdos abusivos se consuma con la producción de un perjuicio económico y que habría tentativa cuando, habiéndose adoptado un acuerdo abusivo, el perjuicio todavía no ha llegado a producirse por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo. No obstante ello, y a pesar de que algunos autores defienden que se trataría de un tipo de lesión, es posible encontrar opiniones que consideran que el injusto no se consumaría con la producción del perjuicio o, bien, que no es posible la tentativa. Entre ellos, se puede destacar a los siguientes: LANDECHO VELASCO-MOLINA BLÁZQUEZ, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-SÁNCHEZ ÁLVAREZ,²⁰⁵ VALLE MUÑIZ-MORALES PRATS.²⁰⁶

Para los primeros autores,²⁰⁷ la consumación operaría en el momento en el que se adopta el acuerdo social por la junta de

²⁰⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 5.

²⁰⁶ VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2009, p. 904.

²⁰⁷ LANDECHO VELASCO, CARLOS M.; MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN, 1996, p. 266. También consideran que la consumación del injusto opera con la simple

accionistas o por el órgano de administración. En este sentido, la producción del perjuicio pertenecería al agotamiento del delito. Considero que, si los autores definen al art. 291 CP como un tipo de lesión y exigen expresamente la existencia de un perjuicio económico efectivo (resultado lesivo), la producción efectiva del perjuicio no debería pertenecer al agotamiento sino a la misma consumación del injusto. VÁZQUEZ IRUZUBIETA sólo admite la tentativa en el caso de que, pedida una segunda votación, desistieran algunos socios en cantidad suficiente como para privar de la mayoría a los que quieren imponer la decisión del ilícito contenido. Considera que se consuma en el momento en que se vota obteniendo la mayoría precisa para que el acuerdo quede firme.²⁰⁸ Si al delito se lo considera de lesión (perjuicio patrimonial efectivo), la tentativa no operaría, en la mayoría de los casos, en el supuesto que dice el autor (segunda votación). Tampoco, se consumaría el injusto al momento de la votación sino, precisamente, cuando se produce el perjuicio económico y que, en muchos casos, procederá con la ejecución del acuerdo.

Asimismo, se encuentran discrepancias en relación a la admisión o no de la tentativa. Entre los autores que no admiten la tentativa del injusto del art. 291 CP se encuentran, *v.gr.*, BAJO-BACIGALUPO y GALLEGO SOLER.

En el caso de BAJO-BACIGALUPO, si bien no admiten como regla general la tentativa, consideran la existencia de un supuesto excepcional, a saber: «No caben formas imperfectas, *salvo* cuando se exijan condiciones especiales para la adopción de acuerdos como ocurre con el art. 100 del Reglamento de Registro mercantil si los votos se emiten por correspondencia u otro medio que acredite su autenticidad».²⁰⁹ Si no la interpreta mal, esta posición llevaría a sostener que para determinados casos (la generalidad de ellos) no se admitiría la tentativa y para otros sí (excepción). Esta especie de incertidumbre en relación al comienzo de ejecución del hecho

adopción del acuerdo abusivo, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.) 2009, p. 925; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, 2009, p. 547.

²⁰⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, ps. 438-439. Por su parte, HERMOSILLA también se muestra crítico con la opinión del autor. HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 80.

²⁰⁹ BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, ps. 624-625.

delictivo colisionaría con el principio de seguridad jurídica. Por su parte, GALLEGO SOLER considera que «es correcto afirmar la impunidad de la tentativa pero por otros motivos de mayor calado dogmático y político criminal: si bien parece posible aceptar estructuralmente la tentativa en un delito de peligro, se niega, por consideraciones político-criminales, su punibilidad a partir de una argumentación del siguiente tenor: si los delitos de peligro ya suponen un adelantamiento de las barreras de protección a una fase anterior a la lesión, no parece legítimo ni justificado aceptar la punibilidad de la tentativa».²¹⁰ Al respecto, el argumento crítico de la inadmisibilidad de la tentativa podría ser discutido con relación a los delitos de peligro abstracto pero no ante los de peligro concreto (postura que sigue el autor) en donde, si bien se produce un verdadero adelantamiento de las barreras de protección, se sigue respetando el postulado derivado del principio de lesividad. Asimismo, por tratarse de delitos de resultado se admite, de manera general en la doctrina, la posibilidad de punir la tentativa.

Por el contrario, defienden la posibilidad de las formas imperfectas de ejecución, entre otros: FARALDO CABANA, SUÁREZ GONZÁLEZ,²¹¹ MATA MARTÍN y MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ.

De acuerdo a FARALDO CABANA la tentativa operaría cuando, pese a haber sido impuesto un acuerdo abusivo por los sujetos activos (con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios y prevaliéndose de su situación mayoritaria), no se produce el resultado de peligro concreto para el patrimonio. La autora da el siguiente ejemplo: cuando el acuerdo no llegue a ser ejecutado, debido a que ha sido impugnado ante la jurisdicción civil o, bien, porque se ha interpuesto una denuncia para proceder contra los delitos societarios. Agrega que la razón por la que es impune votar a favor de un acuerdo abusivo cuando no llega a adoptarse es porque se trataría de un acto preparatorio impune por no haber sido objeto de incriminación expresa.²¹² Para MATA MARTÍN la

²¹⁰ GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, p. 244. Audiencia Provincial de Soria núm. 174/2004 (Sección 1), de 1 julio, Recurso de Apelación núm. 48/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno, ARP 2004\603.

²¹¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 840; EL MISMO, 1998, p. 582.

²¹² FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 448-449 y nota 355. Posición que luego modificaría al considerar que el delito de acuerdos abusivos es un tipo de *lesión* y que exige un resultado perjudicial efectivo.

consumación exigiría la situación concreta y verificable de riesgo para el patrimonio de los socios, que puede no llegar a producirse, aún después de la aprobación del acuerdo abusivo. Y en los casos, en que aprobado el acuerdo abusivo no se llega a actualizar el peligro para el bien protegido, se estaría en presencia de un hecho tentado punible.²¹³ Según MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, en teoría nada obstaría a la apreciación de las formas imperfectas, pero entiende que lo que debe hacer el legislador cuando en la realidad empírica la ejecución permanece por regla general en su versión imperfecta es adelantar la línea de intervención penal al momento del peligro para el bien jurídico.²¹⁴

Por último, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ formula algunas precisiones de interés tendentes a poner cierto límite entre lo que podría ser una hipótesis de tentativa o un acto preparatorio impune.

Concretamente, se explaya en el caso en el que el sujeto activo sólo participa en la votación del posible acuerdo abusivo. El autor opina que no puede sostenerse de manera general y absoluta que la mera intervención en la votación pueda considerarse ya una tentativa de la correspondiente figura delictiva. Entonces sería siempre punible tanto la conducta de quien ha intervenido en el inicio de una votación que se interrumpe como la de quien ha votado a favor de adoptar un determinado acuerdo antijurídico que al final no se adopta por resultar mayoritaria la tesis contraria. En este sentido, afirma que ello no parece correcto en la medida en que la voluntad general del órgano colegiado se forma en el instante de la votación y que es, en ese momento, cuando ha de entenderse que comienza la ejecución del delito. Por lo tanto, todas las acciones que se lleven a cabo antes de dicho instante pertenecerán a la fase preparatoria, y, desde luego, el voto a favor del acuerdo antijurídico que finalmente no contribuye a formar la mayoría del órgano colegiado debe ser también una conducta impune.²¹⁵

²¹³ MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, ps. 364-365.

²¹⁴ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 1996, p. 486.

²¹⁵ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 171.

En definitiva, para el autor la sola adopción del acuerdo podrá ser constitutiva de un delito en grado de tentativa (no consumado) y, en casos anteriores, un puro acto preparatorio impune.²¹⁶

Sobre esta problemática me pronunciaré en la segunda parte del trabajo, en el capítulo II referente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

3.5.5. Tipo subjetivo

En el ámbito del tipo subjetivo la discusión se circunscribe a determinar si hay un sólo elemento subjetivo del injusto (ánimo de lucro) o si, por el contrario, son dos (ánimo de lucro y en perjuicio). Otra controversia común es si, sólo puede concurrir dolo directo en el sujeto activo o, si también, es posible cometer el delito de acuerdos abusivos mediando dolo eventual.

Ante todo, se debe dejar en claro que el delito de acuerdos abusivos no prevé el tipo penal imprudente. Como es sabido, rige en el CP el sistema de incriminación cerrada y excepcional de los tipos imprudentes, esto es, el sistema *numerus clausus*. Por lo tanto, los tipos imprudentes deben encontrarse expresamente escritos en la ley, de lo contrario, son atípicos en todos aquellos supuestos que no estén tipificados. Esta técnica suele considerarse más adecuada a los principios de legalidad y de *ultima ratio* del Derecho penal.²¹⁷ Ahora bien, y como ya se adelantó, el nudo gordiano en este compartimento del tipo penal pasa por saber cuántos elementos subjetivos del injusto describió el legislador y cuál o cuáles serían los mismos.²¹⁸

²¹⁶ No hay que perder de vista a la hora de valorar, en su justa medida, las palabras de MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ que, en su opinión actual, el injusto de acuerdos abusivo es un tipo penal de *lesión* que exige la producción de un perjuicio para que opere la consumación del mismo.

²¹⁷ MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, ps. 280-281.

²¹⁸ En palabras de JESCHECK, los elementos subjetivos del injusto consisten «en señalar con mayor precisión la voluntad de acción del autor dirigida a la lesión

Hay un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial en cuanto a que la expresión «con ánimo de lucro propio o ajeno» configuraría un elemento subjetivo del injusto. Muy distinto es el caso del término «en perjuicio de los demás socios». Por ello, y a los fines de tener una comprensión acabada del tema, resulta conveniente hacer un repaso de las distintas posturas que se han desarrollado sobre el particular.

Con la frase «en perjuicio de los demás socios» las aguas se dividen. Existen aquellos que opinan que se trataría de un elemento subjetivo del injusto y, por lo tanto, el tipo penal tendría un doble elemento subjetivo. Aquellos que consideran que se debe interpretar únicamente en clave objetiva y, en consecuencia, el tipo penal sólo tendría un solo elemento subjetivo. Y aquel autor que considera la existencia de tres elementos subjetivos del injusto (ánimo de lucro, en perjuicio y prevalerse o servirse de la situación mayoritaria).

Para la primera posición,²¹⁹ el elemento subjetivo es doble por cuanto la conducta ha de ejecutarse con ánimo de lucro y en

del bien jurídico, y proporcionar así a la descripción externa del injusto, contenida en el tipo delictivo, el acento interno del desvalor». JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, p. 217. Para MIR PUIG serían todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización. MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, p. 275. Como bien sostiene ROXIN, el problema de estos elementos subjetivos ya no consiste en su existencia, sino en su delimitación de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad. ROXIN, CLAUS [IC], 2007, p. 311.

²¹⁹ Son partidarios de esta idea, p. ej., NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 304, 306 y 307; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, ps. 65-66; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 624; LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001, ps. 369 y 373; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 319; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 79; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 145-146; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, ps. 1427-1428; EL MISMO [IB], 1998, p. 117; EL MISMO [IA], 1998, p. 118; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2007, p. 525; EL MISMO, 2010, p. 542; EL MISMO, 1997, ps. 140 y 143; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, p. 43; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 284-285; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, p. 245. Pareciera seguir esta posición, VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, p. 439. En la jurisprudencia, Audiencia Provincial de Madrid núm. 536/2002 (Sección 16), de 12 julio, Recurso de Apelación núm. 243/2002, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Carmen Lamela Díaz, ARP 2002\824. *Críticos* con la exigencia de ánimo de lucro se han mostrado

perjuicio de los demás socios. Con respecto al primer elemento subjetivo, se afirma generalmente que se le debería dar el sentido que habitualmente se le otorga en los delitos contra la propiedad (en especial, los delitos de apoderamiento y defraudación). Esto es, la intención de obtener una ventaja o provecho económico derivado de la incorporación de la cosa ajena al propio patrimonio.²²⁰ Según la jurisprudencia del TS, el ánimo de lucro ha de entenderse como un elemento subjetivo del injusto que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial.²²¹ Además, expresó que puede consistir en cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su conducta antijurídica.²²² Con posterioridad, resolvió que no hacía falta que se pretenda la obtención de lucro propio, pues bastaba con que el sujeto activo de la infracción se propusiera con su conducta injusta beneficiar a un tercero.²²³

Una consideración práctica que exige el análisis de este elemento subjetivo, consiste en el uso frecuente por parte de la jurisprudencia de dicho elemento para *excluir* la tipicidad de determinadas conductas que son objeto de juzgamiento, ya sea por inexistencia de dicho elemento o por falta de prueba suficiente para acreditarlo.²²⁴

BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1999, p. 497; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 181-182; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 307; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1999, p. 497. Para FOFFANI, el medio con el que se pretende caracterizar el abuso responde en realidad a la fisiología de la vida empresarial, así como el fin de lucro pertenece a la causa del contrato social. FOFFANI, LUIGI, 1999, p. 74; similar EL MISMO, 1997, p. 338, nota 171.

²²⁰ NIETO MARTÍN reflexiona que la expresión ánimo de lucro resulta acertada para limitar la responsabilidad en aquellos casos en que el acuerdo adoptado suponga la realización de una serie de negocios arriesgados. NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 306-307.

²²¹ STS de fecha 2 de abril de 1993.

²²² STS de fecha 20 de julio de 1992. También, la Audiencia Provincial de Madrid núm. 555/2004 (Sección 3), de 23 diciembre, Recurso de Apelación núm. 402/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Pelayo García Llamas, ARP 2005\744.

²²³ STS de fecha 31 de enero de 1996.

²²⁴ Sin perjuicio de alegar otros argumentos desincriminantes, se fundan en la falta de ánimo de lucro, p. ej., la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª),

Con relación a la expresión «en perjuicio» se la interpreta, en general, como una intención de perjudicar, con ánimo de perjudicar o para perjudicar, sin que sea necesario que se produzca el perjuicio efectivamente.²²⁵ No obstante, me parece pertinente destacar que se podría considerar que la expresión «en perjuicio de los demás socios», como un elemento subjetivo del tipo, no se ajustaría de la mejor manera con aquellos supuestos en los que el acuerdo abusivo es adoptado por *administradores no socios*. En estas hipótesis, no ingresaría en la finalidad particular del sujeto activo la de perjudicar

Auto núm. 720/2008 de 15 diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Hernández, JUR 2009\131321; Audiencia Provincial de Lugo núm. 51/2000, de 29 enero, Ponente: Ilmo. Sr. D. Xoan Carlos Montes Somoza, ARP 2000\426; la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª), Sentencia núm. 382/2009 de 3 junio, ARP 2009\1085, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Carlos Iglesias Martín; la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª), Auto núm. 615/2010 de 15 febrero, Ponente: Ilma. Sra. Paz Redondo Gil, JUR 2010\133893; Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2), de 31 enero 2000, Recurso de Apelación núm. 221/1999, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco, JUR 2001\34583. *También excluyen la tipicidad subjetiva de la conducta*: la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115; la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 5 Dic. 2005, Rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005; la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 22 junio 2006, Recurso de Apelación núm. 158/2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia, JUR 2007\56829; la Audiencia Provincial de Bizkaia núm. 281/2007 (Sección 1), de 14 junio, Recurso de Apelación núm. 20/2007, Ponente: Ilma. Sra. Dª. Ana Belén Iracheta Undagoitia, JUR 2007\349278; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 22 junio 2006, Recurso de Apelación núm. 158/2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia, JUR 2007\56829; Audiencia Provincial de Lleida núm. 260/2008 (Sección 1), de 22 mayo, Recurso de Apelación núm. 173/2008, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Robledo Villar, JUR 2008\204614. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), en el Auto núm. 364/2010 de 18 mayo, JUR 2010\298549, Ponente: Ilma. Sra. Elena Guinduláin Oliveras, hace referencia a la existencia de un ánimo compatible con un resultado beneficioso para los intereses sociales.

²²⁵ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2010, p. 542. Pareciera seguir la misma dirección la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783. Críticos con este elemento FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 450-451; LA MISMA, 2000, ps. 217, 228 y 230; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 147; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 231; EL MISMO, 2005, p. 414.

a «otros» socios debido a que, precisamente, el administrador no sería uno de ellos.

Para la segunda posición, sólo se ha previsto un elemento subjetivo del injusto (ánimo de lucro).²²⁶ Mientras que la frase «en perjuicio» debería ser interpretada en clave objetiva.²²⁷

Entre otros argumentos, se ha sostenido que sería superabundante este elemento al existir ya el mencionado ánimo de lucro²²⁸ que expresaría incorrectamente la realidad psicológica ya que el autor de estos comportamientos perseguiría directamente conseguir un lucro y no perjudicar por perjudicar,²²⁹ que serviría para precisar

²²⁶ Son partidarios de este pensamiento, *v.gr.*, TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, ps. 278-279; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, p. 75-76; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 447, 449-452; LA MISMA, 2000, ps. 217-218, 228, 229-231; GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, p. 834; EL MISMO, 2004, p. 596; MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, p. 364; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 386; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, ps. 39-40 nota 28; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 231; EL MISMO, 2005, ps. 414-415; NEILA NEILA, JOSÉ M^a; en Id. vLex: VLEX, p. 31; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, ps. 147, 166 y 166 nota 96. Parecieran adoptar esta línea: LUZÓN CUESTA, JOSÉ M., 2000, p. 176; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 103 y 109; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 69; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1480; LOS MISMOS, 2009, p. 903. En el ámbito de la jurisprudencia adhieren a esta posición, p. ej., la Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115 y la Audiencia Provincial de Gipuzkoa núm. 67/2007 (Sección 3), de 5 junio, Recurso de Apelación núm. 3047/2007, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Begoña Argal Lara, JUR 2007\349610. Pareciera seguir esta postura la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23^a, de 5 Dic. 2005, rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005, al decir: «Por último en cuanto al tipo subjetivo está integrado por el dolo y el ánimo de lucro propio y ajeno».

²²⁷ Para un correcto entendimiento de dicha expresión en perjuicio, se propone sustituirla por las palabras *con perjuicio*, constituyendo así, con mayor claridad, el elemento objetivo defendido por algunos autores. LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, ps. 39-40 nota 28. Interesante es resaltar el intercambio de opiniones sobre el alcance de la partícula *en* entre NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 306 y MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2005, p. 412.

²²⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 447.

²²⁹ FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 217 y 228 y MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2005, p. 412.

una característica del comportamiento;²³⁰ que se desprendería así de los antecedentes legislativos ya que el proyecto del CP del año 1994 se refería, en su art. 293, a los acuerdos tomados con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios; que el texto del CP ha variado, separando lo subjetivo (móvil de lucro) de lo objetivo (en perjuicio de).²³¹ Se afirma que el autor ha de ser consciente de que perjudica a los demás socios, pero no es necesario que ésa haya sido concretamente su finalidad.²³² Finalmente, hay que destacar la particular afirmación de EIRANOVA ENCINAS al sostener que debe existir un «ánimo de lucro propio o ajeno» y «adoptarse el acuerdo en perjuicio de la sociedad». En realidad, hay que precisar que el precepto no refiere un perjuicio para la sociedad sino para los demás socios.²³³

Para la tercera posición, claramente minoritaria, se defiende la existencia de tres elementos subjetivos del injusto en el tipo penal de acuerdos abusivos, a saber: el prevalerse o servirse de la situación mayoritaria, el ánimo de lucro propio o ajeno y la expresión «en perjuicio».

En palabras de BARBERO SANTOS: «El tipo incluye un elemento negativo: que no se reporte beneficios a la sociedad, y tres elementos subjetivos».²³⁴

Por último, existe un amplio sector doctrinario que a la hora de referirse sobre los distintos elementos típicos del delito de acuerdos abusivos omiten pronunciarse en forma expresa sobre si, la expresión «en perjuicio», es un elemento subjetivo del injusto -o no-

²³⁰ TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, ps. 278-279.

²³¹ *Ibidem.*, ps. 278-279.

²³² FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 450-451.

²³³ EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 147.

²³⁴ BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 633. En mi opinión, el prevalerse de una situación mayoritaria no configura un elemento subjetivo sino que, por el contrario, es el medio por el cual el autor lleva adelante la acción típica.

. Sin perjuicio de ello, pareciera que muchos de ellos consideran que se trataría de un elemento objetivo del tipo.²³⁵

Antes de cerrar este apartado parece oportuno tomar postura al respecto ya que, si bien se trata de un problema de interés, no será reproducido en los próximos capítulos. De este modo, considero que el término «ánimo de lucro» configura un elemento subjetivo del injusto. Por el contrario, el término «en perjuicio de los demás socios» tiene que ser interpretado en clave objetiva. Por cuanto este elemento sirve para precisar el tipo objetivo y, fundamentalmente, la exigencia de que la acción resulte idónea para generar un riesgo serio, concreto y no permitido del derecho patrimonial de la participación social del socio minoritario tras la adopción del acuerdo. En síntesis, el tipo penal exige en forma expresa la idoneidad de la conducta abusiva para producir perjuicios al bien jurídico penalmente protegido y, en consecuencia, se deberá probar judicialmente la peligrosidad de dicha conducta y que el riesgo creado y jurídicamente no permitido es el que se produce en el resultado.

3.5.5.1. El delito de acuerdos abusivos ¿sólo admite dolo directo?

²³⁵ Por el contrario, sí se pronuncian específicamente en relación al término «ánimo de lucro»: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), 2005, p. 334; VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 551; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 2008, CD; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, p. 21; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, 1996, p. 549; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 226; EL MISMO, 1999, p. 497; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 839; EL MISMO, 1998, p. 582; RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, p. 119; SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., 2005, ps. 204-205, quien sigue el contenido de los autos de la Audiencia Provincial de Lugo de 29 de enero de 2000 y de la STS de 17 de abril de 2002, entre otras; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 181-182; URRAZA ABAD, JESÚS, 1996, p. 6; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 5; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, en Id. vLex: VLEX, ps. 4-5; RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, 1996, p. 91; SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3232.

Un segundo foco de problemas es si el delito de acuerdos abusivos sólo admite dolo directo o, también, dolo eventual. Aquí, nuevamente, se dividen las opiniones. Un grupo de autores considera, limitando su interpretación y campo de aplicación práctica, que sólo se podría punir esta conducta a título de dolo directo.²³⁶ Mientras que otro grupo de autores extiende la posible aplicación del art. 291 CP defendiendo que, además, se podría exigir que el sujeto activo haya intervenido mediando dolo eventual.²³⁷

Sobre el tema, existiría un cierto consenso a favor de considerar que el delito de acuerdos abusivos sólo puede cometerse mediando dolo directo.

Ya SILVA SÁNCHEZ advirtió de las posibles consecuencias derivadas de los denominados negocios de riesgo en los cuales puede faltar el propio dolo eventual en relación con el acuerdo abusivo, lo que haría excluir la propia tipicidad de la figura penal en aquellos casos en los que se haya podido constatar, igualmente, un especial ánimo de lucro para los socios o terceros.²³⁸

3.5.6. Sujeto pasivo

²³⁶ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1428; EL MISMO [IB], 1998, p. 117; EL MISMO [IA], 1998, p. 118; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 284-285; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 109; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 451-452; LA MISMA, 2000, p. 231; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, 1996, p. 549; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, 2009, p. 547; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 227; RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, p. 119; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 181; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 5.

²³⁷ BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 423; BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, p. 21; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 166; SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3232; Audiencia Provincial de Murcia núm. 99/2002 (Sección 1), de 25 noviembre, Recurso de Apelación núm. 85/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, ARP 2003\115.

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 68. Si bien el autor se refiere al acuerdo lesivo del art. 292 CP, creo que su opinión sería perfectamente aplicable para el delito de acuerdos abusivos.

En lo referente al sujeto pasivo del delito de acuerdos abusivos, el estado de la cuestión permite inferir la existencia de distintas opiniones sobre un tema que, *a priori*, no parecía generar mayores controversias. Las posturas en cuestión son las siguientes.

Una primera posición señala que el sujeto pasivo del delito (ofendido penal) serían el o los socios minoritarios cuyos intereses patrimoniales se verían en peligro o efectivamente lesionados por el acuerdo abusivo de la mayoría. Mientras que la sociedad, en consecuencia, sería sólo la perjudicada o damnificada por el delito pero no el sujeto pasivo del mismo.²³⁹

En opinión de RUBIO LARA, el sujeto pasivo de este delito «estará constituido por los socios, incluidos los pertenecientes a las compañías mercantiles y de los grupos de sociedades, además de aquellos socios que no hayan realizado la conducta de prevalimiento prevista en el tipo penal». De esta última afirmación,

²³⁹ Así, p. ej., MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 1996, ps. 480-481; EL MISMO, 2002, p. 220; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, p. 74; EL MISMO; en *Id. vLex: VLEX*, p. 4; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 446; GALLEGO DÍAZ, MANUEL, 2000, ps. 41-42; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1479; LOS MISMOS, 2009, ps. 900 y 902; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2010, ps. 138 y 140; BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 633; ORTS BERENGUER, ENRIQUE; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L, 2004, p. 616; HERMOSILLA, RAMÓN, *Bufete de Abogados*, 1996, p. 78; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3020; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 142; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1999, ps. 496-497; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 66; LANDECHO VELASCO, CARLOS M.; MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN, 1996, p. 266; MATA MARTIN, RICARDO M., 1999, p. 357; NEILA NEILA, JOSÉ M^a, en *Id. vLex: VLEX*, p. 28; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1425; EL MISMO [IB], 1998, p. 115; EL MISMO [IA], 1998, ps. 112-113; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 158-166; STAMPA BRAUN, JOSÉ M^a, 1996, p. 107. Parecieran seguir esta dirección, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 234 y 240; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], 2001, p. 212; EL MISMO [IA], 2001, p. 603. Si bien GONZÁLEZ RUS, en su obra del año 1996, pareciera avalar la posibilidad excepcional de incluir en el ámbito de los sujetos pasivos a aquellos integrantes de la mayoría que, actuando de buena fe, hubieran apoyado la aprobación del acuerdo supuestamente mayoritario, en el texto posterior del año 2004 nada dice al respecto. Así, GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, p. 835; EL MISMO, 2004, p. 596; LUZÓN CUESTA, JOSÉ M., 2000, p. 175. En la *jurisprudencia*, se destaca la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23^a, de 5 Dic. 2005, Rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005.

no resulta posible descifrar si el autor está haciendo referencia sólo a los socios minoritarios que resulten o pudieran resultar perjudicados o también, a los socios mayoritarios que no realizaron la conducta de prevalimiento o a los socios que habiendo votado a favor del acuerdo, no formasen parte, a su vez, del grupo de control que se ha prevalecido de su situación.²⁴⁰

Una segunda posición pone de manifiesto la posibilidad de que, si bien se reconoce que el sujeto pasivo indiscutido sería el socio minoritario desfavorecido por la decisión mayoritaria, también puedan serlo aquellos socios que habiendo votado a favor del acuerdo, no formen parte del grupo de control que se ha prevalecido de su situación.²⁴¹

FARALDO CABANA, en su obra del año 2000, agregó que también podrían ser sujetos pasivos los socios que sin formar parte del grupo de control que se ha prevalido de su situación mayoritaria contribuyen con su voto a la formación de la mayoría, si su patrimonio ha sido perjudicado.²⁴² En lo personal, no comparto la idea de que un socio que vota expresamente a favor de un acuerdo social abusivo y que, luego, resulta ser perjudicial a sus propios intereses, sea considerado sujeto pasivo del art. 291 CP. Así, y en primer lugar, se tendrá que analizar y descartar que con su intervención, no haya contribuido a la producción del resultado ni haya satisfecho el resto de elementos típicos. Y aún cuando se descartara la concurrencia de los elementos típicos en cabeza de este socio, se trataría de una eventual autolesión obviamente consentida y contraria a la máxima *venire contra factum proprium non valet* que podría justificar la exclusión de su calidad de ofendido penal.²⁴³

²⁴⁰ RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, p. 118.

²⁴¹ Parecieran seguir esta línea, SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 164-165; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., 1996, p. 135; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 226; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 103-104.

²⁴² FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 207.

²⁴³ «Claro que esta conclusión no se altera por el resultado adverso del proceso respecto de la enjuiciada, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus

Una tercera posición, considera como sujeto pasivo a la misma sociedad. Se parte de la idea de que tanto la titularidad del valor protegido, fidelidad y lealtad de los órganos sociales, como el interés patrimonial en juego le corresponden a ella. Por el contrario, quienes revistan la calidad de socios, administradores y terceros serían considerados como perjudicados o damnificados.²⁴⁴

Una cuarta posición, considera como sujetos pasivos tanto a la minoría de los socios supuestamente perjudicados como a la propia sociedad.²⁴⁵

La Audiencia Provincial Barcelona expresó que «el perjudicado por este delito es la sociedad cuando el acuerdo deje de reportar beneficios a la misma o cuando se cause un perjuicio a los socios, lo cual en modo alguno consta probado sino todo lo contrario».²⁴⁶ Es posible destacar que el tribunal utilizó el término «perjudicado», según el cual es habitual referirse al damnificado del supuesto

propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. Fallos: 307:1227 y 1602 y sus citas; 314:1459; 323:3765, entre otros), máxime cuando ellos fueron producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad (conf. Fallos: 324:3632, considerando 7º de la disidencia de los doctores Petracchi, Boggiano y Bossert, ya citado)». Del dictamen de la Procuradora Fiscal que los magistrados Petracchi y Maqueda hicieron suyos en su voto, CSJN Argentina de fecha: 27/05/2009, Partes: Isabel Cardozo c. Galeno Argentina S.A., Publicado en: RC y S 2009-VII, 98 - DJ 22/07/2009, 1995, Cita Fallos Corte: 332:1163, Cita Online: AR/JUR/13155/2009. También el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina) al decir que la «teoría de los actos propios plasmada en la máxima *venire contra factum proprium non valet*, conforme a su recepción en la fórmula acuñada por la CSJN, en prieta síntesis, consiste en que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada y jurídicamente eficaz» (TSJ, Sala Penal Córdoba (Argentina), 19/02/10, Auto nº 37, Bossio, Claudia Rita p.s.a. lesiones – Recurso de Casación).

²⁴⁴ MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 279.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.), 2009, p. 924; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 384.

²⁴⁶ Audiencia Provincial de Barcelona núm. 1090/2002 (Sección 8), de 12 noviembre, Recurso de Apelación núm. 459/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Orti Ponte, JUR 2003\120606.

hecho delictivo y no al sujeto pasivo u ofendido penal del mismo. No obstante ello, parece que, en el caso concreto, se estaría haciendo referencia al sujeto pasivo del injusto penal de acuerdos abusivos y, en consonancia con ello, este tribunal asumiría la posición en la que, tanto la sociedad como los socios perjudicados por el accionar delictivo, podrían ser los posibles sujetos pasivos del art. 291 CP.

Una quinta posición, sigue una línea de pensamiento un poco más amplia que la anterior y considera sujetos pasivos tanto a la minoría de los socios supuestamente perjudicados como a la propia sociedad e incluso los socios mayoritarios que no pertenezcan al grupo de control. Estos últimos, siempre que su patrimonio se hubiese afectado.²⁴⁷

Finalmente, y quizás porque sólo se analizan los supuestos derivados de la actuación del consejo de administración, se considera como sujeto pasivo del delito sólo al administrador individual.²⁴⁸

Tomando postura al respecto, considero que el ofendido penal por el delito de acuerdos abusivos sería únicamente el socio minoritario cuyos intereses patrimoniales se pusieron en peligro o fueron lesionados por el acuerdo abusivo de la mayoría. Y se deberá analizar la posibilidad de que también sean sujetos pasivos los socios mayoritarios que no participaron de la votación y, por ende, del acuerdo abusivo. Por su parte, la sociedad sólo asumiría el papel de perjudicada o damnificada por el delito, pero no de sujeto pasivo del mismo.

3.5.7. Intervención delictiva

A los problemas no escasos que se presentan en el ámbito de la criminalidad de empresa y en la empresa, se deben adicionar los que

²⁴⁷ EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 156.

²⁴⁸ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 164 nota 485.

se originan en el contexto de la teoría de la participación delictiva por la distinción entre interacción vertical e interacción horizontal de los distintos sujetos que desarrollan sus funciones en el ámbito de una sociedad mercantil.

Por ejemplo, en la criminalidad de empresa se presentan problemas particulares de imputación, sobre todo por la escisión (típica en la empresa) de responsabilidad y acción, en tanto y en cuanto la acción delictiva es realizada por una persona física, que no es -en el fondo- el verdadero responsable o, cuando menos, no es el único y exclusivo responsable del obrar delictivo; y problemas con los elementos de prueba que puedan acreditar los extremos objetivos y subjetivos del tipo penal que se analice, en contra de aquellas personas que ocupan los cargos jerárquicos más importantes de una corporación (p. ej., director, presidente, vicepresidente, gerentes). Estas dificultades probatorias tienen su vertiente en el hecho de que toda persona física actúa para una empresa económica, esto es, para una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí. Por otro lado, los daños causados por los colaboradores de la empresa a la misma o a otros de sus colaboradores (criminalidad en la empresa) pueden someterse sin problemas a las reglas de la dogmática jurídico-penal, porque desde el ámbito político-criminal y criminológico plantean cuestiones muy distintas a las que esboza la criminalidad *de* empresa en sentido estricto. También, en éste marco contextual, será un obstáculo importante, entre otros, la dificultad probatoria de los elementos típicos de la figura delictiva que se pretenda atribuir.²⁴⁹

En la interacción horizontal se entiende que la configuración de la sociedad sobre la base de la división del trabajo no sólo provoca nuevos fenómenos de interacción en el nivel vertical sino que, también, comporta que se multipliquen los fenómenos asociativos de distintos sujetos que actúan en un mismo nivel. Cobra especial

²⁴⁹ Al respecto *vid.* SCHÜNEMANN, BERND, 2004, ps. 17-19.

importancia cuándo puede afirmarse la existencia de ámbitos de responsabilidad asociados.²⁵⁰

Desde otro punto de vista, la interacción vertical opera cuando la conducta de los sujetos se inserta en niveles de actuación con distinta relevancia en el seno de una misma estructura organizada jerárquicamente (reparto de competencias). Aquí, existen serias dificultades para concretar los criterios y títulos de imputación a los sujetos que intervienen en la organización de la actividad, sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico y del medio ambiente. Así, se plantean problemas tales como la determinación de la responsabilidad en supuestos de delegación de funciones y de adopción colectiva de acuerdos.²⁵¹

Especialmente importante es la llamada interacción o relación vertical en el estudio del delito de acuerdos abusivos, por cuanto se pueden plantear significativos problemas de autoría y participación en la adopción de acuerdos sociales emanados de los órganos colegiados de una sociedad mercantil (*v.gr.*, junta general, consejo de administración, comisión ejecutiva).

3.5.7.1. El delito de acuerdos abusivos ¿es un tipo común o especial?

Con respecto a este primer interrogante, y si bien el precepto normativo se inicia con las palabras «los que», lo cual nos llevaría a pensar que se trataría de un tipo común,²⁵² es ampliamente defendida la idea por la doctrina²⁵³ y la jurisprudencia²⁵⁴ de que se

²⁵⁰ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, ps. 29-30.

²⁵¹ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, ps. 27-29. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1997, p. 14 y ss., distingue entre *relaciones verticales* y *relaciones horizontales*.

²⁵² El tipo común es aquél que, atendiendo a la redacción del tipo penal, cualquiera puede ser autor. Así, JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, ps. 240-241. No se exige ninguna cualidad especial en el supuesto sujeto activo del delito.

²⁵³ LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001, ps. 368 y 373; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, ps. 132-133; MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., 1996, p. 305; SUÁREZ-

trata de un tipo especial propio²⁵⁵ y solamente podrán prevalecerse de su posición mayoritaria quienes integren la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación.

Antes de seguir, cabe referirse brevemente a las siguientes afirmaciones de NEILA NEILA. Así, se expresó que «el delito que se incluye en este precepto es también de los que pueden clasificarse como *especiales*, o como les denomina parte de la doctrina de *propia mano*. Puesto que sólo ostentando determinadas cualificaciones pueden ser sujetos activos del delito unas determinadas personas físicas. En el caso, los socios o los miembros del órgano de administración. Si no se ostenta alguna de esas cualidades, no se puede producir este tipo de delito».²⁵⁶ En

MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), 2005, ps. 333-334; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, ps. 265-266; VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, ps. 547-548 y 552; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 2008, CD; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, p. 99; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA., 2001, p. 622; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 140; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 419; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 65; MORENO CHAMARRO, ISMAEL, 2005, ps. 74-75; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1426, EL MISMO [IB], 1998, ps. 112-113; EL MISMO [IA], 1998, ps. 114-115; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 436; LA MISMA, 2000, ps. 221-222; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 216; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 153; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, ps. 3017-3018; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1479; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 384; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 220; GONZÁLEZ VIZCAYA, EDUARDO, 1997, p. 237; STAMPA BRAUN, JOSÉ M^a, 1996, p. 106; RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, 1996, p. 90; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IA], 2001, ps. 578-579; SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, ps. 3230-3231; BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 633; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 275-276; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 300; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 1996, p. 90; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.), 2009, p. 925; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M. y MORALES PRATS, FERMÍN, 2009, p. 902.

²⁵⁴ STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323; Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004), Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, - ARP 2004\783-.

²⁵⁵ En el tipo especial propio sólo «se incluyen en el tipo, como autores, algunas personas especialmente caracterizadas» JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, ps. 240-241.

²⁵⁶ *Cursiva me pertenece*. NEILA NEILA, JOSÉ M^a, en Id. vLex: VLEX, p. 25.

realidad, el autor incurre en un error al asimilar las características dogmáticas de un tipo penal especial con las de un tipo penal de propia mano. Claramente, a diferencia de lo manifestado por él, la doctrina distingue, en general, entre el tipo penal especial y el tipo penal de propia mano. De hecho, JESCHECK diferencia explícitamente entre los delitos comunes, especiales y delitos de propia mano. Este último es aquél que «presupone un acto de ejecución corporal o, al menos, personal, que debe realizar el propio autor, porque en otro caso faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito».²⁵⁷ Al tipo penal de propia mano le pertenecen, p. ej., los delitos de bigamia, prevaricación e injuria.

Como se verá a continuación, en este trabajo se afirma que el delito de acuerdos abusivos es un delito de posición.²⁵⁸

3.5.7.2. El delito de acuerdos abusivos ¿es un delito de infracción de un deber especial, de dominio, de posición o mixto?²⁵⁹

Como ya se adelantó, la doctrina en general considera que el art. 291 CP es un tipo especial propio. Ahora bien, con esta afirmación aún no se ha dicho nada sobre si este delito es de infracción de un

²⁵⁷ JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, ps. 240-241. También realiza esta distinción, MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, ps. 225-226.

²⁵⁸ La terminología fue implantada en la doctrina por ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, p. 238.

²⁵⁹ A criterio de SILVA SÁNCHEZ, el delito de defraudación tributaria, caracterizado de modo ampliamente dominante como un delito de infracción de un deber, sería un *tipo penal mixto*, esto es, un delito especial en el que concurren tanto la dimensión de posición como la de infracción de deber. El tipo penal se constituye, a su juicio, por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes tributarios y la producción de perjuicio. En ese sentido sería uno de los delitos especiales en los que, a la organización, se le suma efectivamente la infracción de un deber institucional. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2005, p. 71.

deber (*Pflichtdelikt*), de dominio (*Herrschaftsdelikt*),²⁶⁰ de posición o mixto.

Al respecto, debe quedar claro desde un principio que cuando se habla de delitos especiales y de delitos de infracción de un deber no se está refiriendo a lo mismo. Así, en los primeros existe una mera restricción del círculo de posibles autores sin más y la forma de intervención se determinará mediante el criterio del dominio del hecho, con la particularidad de que no todo el mundo puede encontrarse en posesión de ese dominio del hecho. Mientras que en los segundos (infracción de un deber) el legislador ha establecido la restricción del círculo de posibles autores precisamente por la existencia de una institución especial en su trasfondo. En este último caso, es fundamental determinar si existe un deber específico que garantice una relación ya existente entre obligado y bien jurídico.²⁶¹

A mi juicio, y como se anticipó en líneas anteriores, el delito de acuerdos abusivos es un delito de posición.²⁶² Esto es, bastará para su configuración que el socio o administrador se encuentre en la

²⁶⁰ Sobre los delitos de infracción de un deber y de dominio, y al margen del resto de la bibliografía citada *infra*, ver ROXIN, CLAUS [IE], 2000, ps. 385-434, 387, 419 y 742 y ss.; JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 4 y ss; GARCÍA CAVERO, PERCY, 1999, ps. 38 y ss. Por su parte, MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2011, p. 395 y GARCÍA CAVERO, PERCY, 1999, p. 224, son partidarios de considerar el delito de acuerdos abusivos como un delito de dominio. Por otro lado, y para ser coherentes, cabría entender que, quienes han defendido que el bien jurídico protegido por el art. 291 CP sería una especie de *deber genérico de comportamiento conforme a la buena fe*, con un correlativo derecho de las minorías a recibir un *trato fiel y leal* por parte de las mayorías, se inclinarían por considerar que se trataría de un delito de infracción de un deber. Podría ser el caso de p. ej., GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ L., 1998, ps. 87 y 88 nota 61.

²⁶¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, 2002, ps. 44-46.

²⁶² Debo aclarar que utilizo la distinción entre los delitos de posición y de infracción de un deber especial sólo como criterios de determinación de la autoría y la participación. A diferencia de, p. ej., JAKOBS, para quien la diferencia entre delitos de organización y de infracción de un deber sirven de fundamento al injusto penal. Así, claramente cuando el autor dice que el *fundamento* de la responsabilidad es la vinculación institucional con el bien, esta vinculación es siempre directa, o sea, que su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor. JAKOBS, GÜNTHER, 1997, p. 1028. Asimismo, y en relación al art. 290 CP, GONZÁLEZ GUERRA, CARLOS M., 2006, ps. 33 y ss.

posición especial descrita por el art. 291 CP y que, desde allí, se genere el riesgo penalmente prohibido por la norma. Cabe aclarar que la mera presencia de la posición especial no establecerá *per se* la autoría del sujeto que formalmente la ostenta, aunque normalmente será autor quien la posea.²⁶³

La diferencia principal entre los delitos de posición y los delitos de infracción de un deber, es que en los primeros existe una clara restricción del círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión y no se establecen limitaciones a las formas de conducta, de manera que rigen las reglas generales de la autoría y la participación. Ello es relevante, toda vez que habilita la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por autoría mediata. En el caso del art. 291 CP, el *extraneus* podría ser alcanzado en carácter de autor mediato y, en consecuencia, no sería pasible de la atenuación prevista en el art. 65.3 CP. En los segundos, se establecen limitaciones en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. Aquí la decisión de cuáles son las normas de conducta que deben infringirse está específicamente tomada por el legislador. Asimismo, en los delitos de infracción de un deber el obligado por el deber especial es siempre autor individual y no cabe coautoría, autoría mediata, inducción o participación (necesaria o no) cuando varios sujetos especialmente obligados incumplen su deber: son siempre autores (accesorios). Esto es, este tipo de delitos sólo puede dar lugar a la autoría (pero no autoría mediata) y nunca a participación (necesaria, no necesaria o inductor). Motivo por el cual, al *extraneus* que interviene se le debe excluir su punibilidad, salvo que se haya tipificado un delito concreto que lo pueda abarcar, debido a la incomunicabilidad de los elementos que fundamentan la responsabilidad del sujeto cualificado, por poseer éstos un carácter exclusivamente personal. Por tanto, el *extraneus* no puede intervenir en la lesión de ese deber especial, sino a lo sumo cometer un delito distinto.²⁶⁴

²⁶³ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2007, p. 12.

²⁶⁴ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, ps. 238 y 241-242; EL MISMO, 2007, ps. 34, 123 y ss.; EL MISMO; RIGGI, EDUARDO J., 2008, ps. 11 y ss. y nota 32. Según estos últimos autores, los delitos societarios serían delitos de posición (p. 12). Por el contrario, BACIGALUPO refiere que, según la jurisprudencia, los delitos societarios son delitos de infracción de un deber. Más adelante, precisa un poco más su referencia genérica de los delitos societarios al decir que, en el ámbito de la

3.5.7.3. El delito de acuerdos abusivos ¿es un tipo unisubjetivo o plurisubjetivo?²⁶⁵ Si es plurisubjetivo, ¿sería de conducta unilateral -convergencia-²⁶⁶ o bilateral -encuentro-?²⁶⁷

En lo que respecta a este interrogante, y como bien lo pone de manifiesto MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, no ha sido un acierto haber recurrido al empleo del género plural («Los que») para definir al posible sujeto activo. Esto podría inducir a pensar que se está ante un delito pluripersonal de conducta unilateral (o de convergencia), en el sentido de que el tipo requiere necesariamente la intervención de varios sujetos, sin que sea posible su realización por uno solo. Sin embargo, se dice correctamente que esta conclusión sería absurda desde el momento en que dejaría al margen del precepto penal -sin razón lógica o teleológica que lo justificase- los casos en los que un solo socio se prevalga de su situación mayoritaria. El autor concluye que habrá que interpretar que el legislador se vio invadido aquí por el contagio morfológico.²⁶⁸

3.5.7.4. Problemas derivados de los términos «Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier

empresa y de los negocios son numerosos los delitos que presentan la estructura de delitos de infracción de deber: delitos societarios (administración desleal, falsedad en las cuentas anuales), delitos contra la hacienda pública, delito de insolvencias, etc. BACIGALUPO, SILVINA, 2007, ps. 13-14.

²⁶⁵ Requiere la intervención de varios sujetos activos.

²⁶⁶ Cuando se requiere la intervención de varios sujetos activos y estas conductas se dirigen al mismo objetivo típico. Así, BALCARCE, FABIÁN, 2009, p. 62.

²⁶⁷ Cuando las conductas de los sujetos, aunque complementarias, persiguen un objetivo distinto y tienen también distinto sentido. BALCARCE, FABIÁN, 2009, p. 62.

²⁶⁸ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 222-223. Sigue a este autor, SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3231.

sociedad constituida o en formación» y «de los demás socios»

Uno de los principales problemas que se genera al estudiar quién o quiénes podrían ser los sujetos activos en este tipo penal, es la supuesta limitación que habría establecido –intencionadamente, por error o ignorancia- el legislador.²⁶⁹ Esta supuesta limitación está dada por la frase «junta de accionistas» o «el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación», así como con el término «en perjuicio de los demás socios».

Un primer problema que genera el art. 291 CP, se relaciona con el órgano de administración. Aquí cabe preguntarse si, ¿sólo se refiere al órgano de administración de las sociedades cuyo capital social esté dividido en acciones o si, por el contrario, se admite indistintamente al órgano de administración comprendido en cualquiera de las sociedades enunciadas en el art. 297 CP? Con respecto a este problema, se admite, en general, cualquier órgano de administración de los comprendidos en el art. 297 CP.²⁷⁰

Un segundo problema que se desprende del art. 291 CP es que, *v. gr.*, una SRL, una fundación, una mutua y una caja de ahorros *no* se encuentran integradas por accionistas. Por el contrario, y según el Derecho mercantil, sólo las SA y las comanditarias por acciones están integradas por accionistas. Por ello, cuando el tipo penal de acuerdos abusivos alude a la junta de accionistas cabe preguntarse si, sólo se está abarcando a las sociedades cuyo capital esté dividido

²⁶⁹ El «texto definitivo del CP de 1995, si bien mantiene estos requisitos, añade ulteriores especificaciones que introducen una notable oscuridad en la lectura de la norma, la cual se halla redactada de forma gramaticalmente incorrecta, se mire como se mire» MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 220. También críticos, JUFRESA PATAU, FRANCESC P. y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 100-101; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 622.

²⁷⁰ MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 278; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IA], 2001, ps. 578-579. FARALDO CABANA sostiene que la expresión «cualquier sociedad constituida o en formación» puede entenderse ligada exclusivamente a órgano de administración. FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 223.

en acciones (p. ej., sociedad anónima o comandita por acciones) o si, por el contrario, se debería realizar una interpretación amplia y, por lo tanto, extensiva de cualquier tipo de persona jurídica.

En la doctrina parece haber una postura clara que defiende una interpretación amplia y extensiva del término «junta de accionistas».²⁷¹ Un exponente de esta corriente es MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, quien propugna una interpretación *no* técnico mercantil sino específicamente jurídico-penal que permita abarcar todos los supuestos de juntas de decisión u órganos asamblearios deliberantes no permanentes en los diversos tipos de sociedades, aun cuando en ellas no exista accionista alguno.²⁷² Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ considera necesario formular una interpretación sistemática y congruente con el art. 297 CP que equipare la sociedad a toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquiera otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe permanentemente en el mercado. A su vez, y en relación con el término «socio», BAJO FERNÁNDEZ opina que tiene que ser equivalente a toda persona que se asocie para el

²⁷¹ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996 ps. 436-437 (ver cambio de opinión); DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, 1996, p. 1426; EL MISMO [IB], 1998, p. 113; EL MISMO [IA], 1998, p. 115; LAMARCA PÉREZ, CARMEN y VV.AA., 2001, ps. 368 y 373; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, ps. 132-133; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), 2005, ps. 333-334; VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, ps. 547-548 y 552; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, ps. 622-623; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 77; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 140 y 146; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 1997, p. 65; MATA MARTÍN RICARDO M., 1999, ps. 356-357; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 154; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3019; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 384; GONZÁLEZ VIZCAYA, EDUARDO, 1997, p. 237; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 167; SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, ps. 3230-3231. Pareciera, también, asumir esta postura: JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 100-101.

²⁷² MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2011, p. 397.

cumplimiento de algún fin y no a socio desde el punto de vista estricto mercantil.²⁷³

Más concretamente sostiene que la junta de accionista debe interpretarse como un «órgano determinante de la voluntad social, y por lo tanto, también es junta de accionistas en sentido amplio la asamblea general de las cajas de ahorros, que me parece que tienen una asamblea general -o una comisión, no recuerdo exactamente-, que decide la voluntad de la persona jurídica, y por lo tanto, junta de accionistas, también ha de entenderse como las juntas deliberantes y determinantes de la voluntad social, de la sociedad de responsabilidad limitada, las juntas deliberantes de las cooperativas...Junta de accionistas por imperativo del art. 297 es una expresión que no tiene un sentido técnico derivado de la Ley de Sociedades Anónimas, porque es absurdo limitar el art. 291 y no los demás a las sociedades anónimas, y que por lo tanto, vuelvo a repetir, debe equipararse a cualquier órgano determinante de la voluntad social de las entidades a que se refiere el art. 297».²⁷⁴

a. Interpretación amplia

A modo de síntesis, voy a precisar los argumentos a favor de una interpretación amplia del tipo penal.

- a) La restricción en la aplicación del tipo penal podría acarrear ciertas lagunas de punibilidad.
- b) La realización de una interpretación sistemática²⁷⁵ del art. 291 CP conjuntamente con lo dispuesto en el art. 297 CP.²⁷⁶

No obstante, QUINTERO OLIVARES realiza una aclaración de interés al afirmar que «cuando el artículo 297 C.P. decide dar un concepto

²⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, ps. 40-41. En similar sentido, BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 622.

²⁷⁴ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, p. 41.

²⁷⁵ Mediante el método sistemático el sentido de la ley se infiere de la posición que en el conjunto del sistema ocupe el precepto que se ha de interpretar. JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, p. 138.

²⁷⁶ BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 622.

de sociedad a los efectos del capítulo de los delitos societarios ofrece una descripción que resulta inaplicable en relación con algunos de los delitos. Por ejemplo, las Cajas de Ahorro no tienen ni socios ni Consejo de Administración, ni accionistas, pues son otros sus órganos colegiados e individuales, con lo cual será difícil aplicar unos tipos en los que la esfera de autores o los órganos en que se producen las actuaciones ilícitas, o la personalidad de los perjudicados, vienen señalados con palabras o conceptos que no tienen cabida en relación con esas realidades, y, por supuesto, no será posible resolver la cuestión acudiendo a la analogía».²⁷⁷

c) En la posible vulneración del principio de igualdad, ya que para el supuesto en el que intervenga una junta de accionistas, el campo de aplicación se reduciría sólo a las que tengan su capital social dividido en acciones. Mientras que en el supuesto de órgano de administración, por el contrario, se incluirían a todas las sociedades descritas en el art. 297 CP.

d) Una interpretación amplia y extensiva en clave jurídico-penal, no técnico mercantil. Siguiendo esta línea de pensamiento, se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid al considerar que podrían ser posibles autores del delito de acuerdos abusivos los miembros de los órganos directivos de las fundaciones.²⁷⁸

A mi modo de ver, se confundiría RUBIO LARA al afirmar lo siguiente: «Sujeto activo del delito lo serán los socios que tengan una situación mayoritaria en la junta de accionistas o en el órgano de Administración de la sociedad, esto es, los accionistas, administradores (tanto de hecho como de derecho), fundadores o promotores de la sociedad. El término «accionistas» no debe entenderse en el sentido jurídico-mercantil, sino en un sentido estrictamente penal, lo que supondrá -sin duda alguna- *restringir* el ámbito de sujetos activos del delito a las sociedades por acciones, esto es, a las sociedades anónimas y comanditarias por acciones».²⁷⁹

²⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 1996, p. 174.

²⁷⁸ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23^a, de 5 Dic. 2005, Rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005.

²⁷⁹ La cursiva me pertenece. RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, p. 118.

La confusión del autor pasa por considerar que la interpretación en sentido jurídico penal supone restringir el ámbito de los posibles sujetos activos cuando, en realidad, con dicha interpretación se está ampliando dicho sector.

b. Interpretación restrictiva

Considero que los principales argumentos que permiten avalar esta posición son los siguientes.

a) Desde el punto de vista de una interpretación restrictiva del tipo penal,²⁸⁰ se alega, sobre la base del criterio de interpretación literal-gramatical,²⁸¹ que por junta de accionistas sólo podría considerarse a las sociedades cuyo capital social está dividido en acciones.

b) También se sostiene que, indagando la supuesta voluntad del legislador (interpretación histórica),²⁸² se podría concluir que su intención habría sido reducir el ámbito de aplicación de esta figura penal.

²⁸⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 216-218; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 838; EL MISMO, 1998, p. 580; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 278; AREÁN LALÍN, MANUEL, 1998, p. 24; GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IA], 2001, ps. 578-579; GALLEGO DÍAZ, MANUEL, 2000, ps. 40-41; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 2; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1479; TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, p. 277; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 99, 101-102; RUBIO LARA, PEDRO A., 2006, p. 118; CALDERÓN CEREZO, ANGEL, 2001, p. 325. Cambio de postura: FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 223-224.

²⁸¹ La interpretación gramatical significa «que se busca encontrar el significado de la ley gracias a su sentido lingüístico. Aquí la primera dificultad radica en que ha de dilucidarse previamente si lo determinante será la acepción literal jurídica o la que corresponda al uso general idiomático». JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, p. 138.

²⁸² La «interpretación **histórica** acude para determinar el sentido legal al contexto histórico general en el que la ley se enmarca, así como la particular historia de su génesis, sobre la que proporcionan especial información los materiales legales (Proyectos, fundamentaciones, y actas de las comisiones y del Parlamento)...La interpretación histórica suele llevar a la cuestión de qué se pretendía con la ley». Resultado original. JESCHECK, HANS-HEINRICH, 1993, p. 138.

Así, se afirmó que no «parece prudente presumir que el desconocimiento del legislador de la configuración societaria llega hasta tal extremo de no saber que la Junta de accionistas es algo propio de las sociedades cuyo capital está dividido en acciones, ya que entonces habría que desconfiar por completo de toda la regulación, lo que no parece prudente. Además, la existencia de tal “descuido” parece poder descartarse al examinar el historial prelegislativo en los distintos proyectos».²⁸³

c) Si se ampliara la aplicación del tipo penal a otras sociedades descritas en el art. 297 CP, ello podría implicar la vulneración del principio de legalidad y taxatividad penal y se trataría de una interpretación analógica *contra reo*, prohibida en el Derecho penal.

d) Si se atiende al principio de intervención mínima, que obligaría a una interpretación restrictiva de este precepto (art. 4.1 CP), se podría interpretar la expresión «junta de accionistas» en sentido estricto por cuanto se trataría de un precepto de dudosa necesidad político criminal y ampliamente criticado por la doctrina y la jurisprudencia especializada.

e) La enumeración del art. 297 CP, si bien establece una descripción amplia de lo que debería entenderse por el término «sociedad», no impide que cada tipo penal concreto realice ulteriores precisiones teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del delito y, por lo tanto, establezca un ámbito de actuación más restringido.

Una vez descrito los distintos argumentos que avalan una interpretación u otra, y con el objetivo de evitar reiteraciones futuras, parece oportuno tomar posición aquí sobre este punto de discusión.

En mi opinión, la interpretación restrictiva del término «junta de accionistas» es la posición que mejor se adapta al art. 291 CP y, fundamentalmente, al principio de legalidad penal.²⁸⁴ Lo contrario,

²⁸³ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 217-218.

²⁸⁴ PASTOR MUÑOZ, 2008, ps. 19-20, considera analogía *in malam partem* adoptar un concepto amplio de junta de accionistas.

desbordaría el campo del tenor literal del precepto. Esta solución se condice con el *telos* de la interpretación *de lege lata* y restrictiva que aquí se defiende, según se observará en la segunda parte de este trabajo. Sin ir más lejos, aún quienes sostienen una interpretación amplia reconocen expresamente (v.gr., MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ), que esta exégesis es siempre *discutible* desde el respeto al principio de legalidad, cuando la locución de que se trata no posee un significado alternativo inequívoco en el lenguaje vulgar.²⁸⁵

Por su parte, PASTOR MUÑOZ defiende una propuesta según la cual el término «junta de accionistas» debe interpretarse en el sentido del Derecho mercantil, esto es, en sentido restrictivo. Según la autora, hay un argumento que sustenta esta solución: el tenor literal, que en el caso del término «junta de accionistas» lo define el Derecho mercantil, es un criterio que delimita el ámbito en el que el intérprete puede moverse y emplear otros criterios interpretativos. El intérprete puede efectuar restricciones con base, p. ej., en criterios teleológicos, pero no puede rebasar generosamente el tenor literal hasta construir una analogía, aunque parta, para ello, de esos mismos criterios teleológicos.²⁸⁶

Un tercer problema se configura cuando el art. 291 CP refiere al órgano de administración y, luego, se completa el tipo penal con la frase «en perjuicio de los demás socios». La pregunta pendiente es la siguiente. En base a esta redacción del tipo penal, ¿se está indicando que sólo podrían ser sujetos activos del delito de acuerdos abusivos los administradores que sean al mismo tiempo socios o si, por el contrario, podrían serlo los que únicamente revistan la calidad de administrador y no sean simultáneamente socios del ente social?²⁸⁷

²⁸⁵ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2011, p. 397.

²⁸⁶ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 19-20.

²⁸⁷ BAJO FERNÁNDEZ destaca que el legislador parece ignorar que puede haber administradores que no sean socios. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, ps. 41-42. También crítico FERNÁNDEZ TERUELO al decir que «Nos encontramos, por tanto, ante una contradicción intrasistemática, de la que parecería derivarse que el

Ante esta pregunta, la respuesta que más adeptos tiene en la doctrina es la que considera que el sujeto activo del delito puede ser tanto el administrador-socio como el administrador no socio.²⁸⁸

DÍAZ ECHEGARAY opina que reducir la aplicación del tipo penal sólo a los administradores que simultáneamente reúnen la calidad de socios, quedando fuera del ámbito de esta figura delictiva los administradores no socios, implica una interpretación que resultaría contraria a la lógica y a los fines perseguidos por la norma que, según él, no son otros que castigar al administrador que abusa de la mayoría y perjudica a los socios, sea o no accionista. Asimismo, considera que otra interpretación resultaría contraria al principio de igualdad ya que se daría el supuesto de que por una misma actuación unos administradores, los que fueran socios, incurrirían en este delito y otros no, por el mero hecho de no formar parte del capital social. Y por último, opina que esta interpretación resultaría aun más negativa si se tiene en cuenta que actualmente la tendencia mayoritaria en las grandes sociedades, es que la condición de administrador suele disociarse de la condición de socio.²⁸⁹

En contra, se puede destacar la opinión de QUERALT JIMÉNEZ. Para él, sólo podría ser sujeto activo del delito de acuerdos abusivos el administrador que reúna, *a la vez*, la calidad de socio. No obstante,

administrador no socio no puede considerarse sujeto activo de este delito» FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 216

²⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, 1998, ps. 41-42; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 141-142; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 216; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996 ps. 436-437. Alega la conveniencia de realizar una interpretación teleológica del texto para llegar a dicha conclusión CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3018. Pareciera seguir esta posición, SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, ps. 3230-3231.

²⁸⁹ DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 141-142. Para FERNÁNDEZ TERUELO, «Indudablemente tal posibilidad debe descartarse; en primer lugar, por la expresa mención del administrador como sujeto activo y en segundo lugar, por carecer de todo sentido un privilegio de tal naturaleza» FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 216.

el administrador no socio podría ser, si interviene, un partícipe que podría responder a título de inductor o de cooperador necesario.²⁹⁰

Desde mi punto de vista, se debe reconocer, en primer lugar, el esmero del legislador penal para redactar un precepto normativo tan oscuro, indeterminado y proclive a la confusión. Esta situación no sólo se pone de manifiesto al interpretar, entre otros tantos temas, el término «junta de accionistas» sino, también, la referencia a los «demás socios». En segundo lugar, no se puede pasar por alto la necesidad de que este precepto sea interpretado en clave restrictiva, según será demostrado en la segunda parte de este trabajo, en el capítulo referido a la legitimación de este delito. Y, por lo tanto, no se considera que el art. 291 CP tenga demasiado margen para realizar interpretaciones amplias de términos que claramente tienen un sentido unívoco. Asimismo, parece ingenuo pensar que, al igual que sucediera con el término «junta de accionistas», el legislador no conocía el significado de dichos términos ni sus consecuencias fácticas y jurídicas, *máxime* al tratarse de expresiones comunes y de mucha tradición en la materia.

Por el contrario, parece razonable pensar que, si el legislador hubiera querido ampliar el campo de actuación a los administradores no socios, hubiera redactado el precepto de manera que dijera «en perjuicio de los socios» y no «de los demás socios». Además, llama la atención que, ya conocidos todos estos defectos desde hace más de 19 años desde la reforma del año 1995, el legislador no haya retocado este precepto precisando los distintos componentes típicos que tantas dudas siguen generando al día de hoy. Por ello, a mi juicio y sin perjuicio de una futura reforma del precepto que tienda a poner orden a su contenido e interpretación, sólo podrían ser sujetos activos en calidad de autores los administradores que, asimismo, reúnan la calidad de socios porque

²⁹⁰ QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 384. VAZQUEZ IRUZUBIETA, con una postura muy particular y sin dar mayores explicaciones al respecto, considera que la «complicidad no parece posible». VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, ps. 438-439.

sólo ellos cumplen con la posición especial que le otorga idoneidad o relevancia típica al hecho. No obstante, los administradores no socios podrían responder por la comisión de otros delitos como, p. ej., el delito de administración desleal (art. 252 CP).

3.5.8. Problemas de imputación penal a título individual

En general, y en los últimos tiempos, se ha incrementado la opinión sobre la necesidad de atribuir la principal responsabilidad penal a aquellas personas que realmente deciden la realización de los hechos delictivos, aunque no intervengan en la ejecución de los mismos. No sólo se trataría de una cuestión puramente técnica o dogmática sino que, además, sería una necesidad político-criminal sentida y que, al mismo tiempo, tendría una función preventiva importante al dirigir la intervención del Derecho penal a los centros en los que efectivamente se estarían decidiendo la realización de delitos que tienen actualmente una enorme repercusión en la sociedad. Por ello, y desde el punto de vista de la responsabilidad penal, lo que se intentaría fundamentar es el cómo y el por qué se puede considerar como principales autores y responsables de los delitos, no ya sólo (o también) a los que los ejecutan directamente sino a los que, desde la lejanía temporal o física, deciden, organizan y controlan su ejecución.²⁹¹

En efecto, el interrogante a resolver sería cómo imputar a quienes, en el seno de un órgano colegiado de un ente empresarial, deciden la realización de uno o varios hechos delictivos sin intervenir posteriormente en su ejecución.²⁹² Es posible que esta supuesta necesidad haya sido el motor o, por lo menos, uno de los factores que habría llevado al legislador a penalizar determinadas conductas que se realizan en el seno de un ente social y, fundamentalmente, al

²⁹¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2001, ps. 212, 214 y 256

²⁹² *Ibidem.*, ps. 212, 214 y 256.

momento de la toma de decisiones societarias (adopción de un acuerdo social).

3.5.8.1. Responsabilidad colegial

Es común que, en las sociedades mercantiles, la adopción de los acuerdos se realice mediante la intervención de una pluralidad de personas, ya que los órganos más frecuentes en la toma de decisiones son la asamblea general y el consejo de administración.²⁹³ Por lo tanto, es habitual que las decisiones sociales sean adoptadas en forma colectiva y bajo la vigencia del principio mayoritario.

De esta manera, y en el caso del consejo de administración, se pretende facilitar la toma de decisiones y, al mismo tiempo, se asegura una gestión más coordinada, eficiente y consecuente con el principio de responsabilidad solidaria.²⁹⁴ Las reglas sobre la responsabilidad civil de los administradores se desprenden, en estos supuestos, de la responsabilidad solidaria de todos los componentes del órgano de administración que adoptó el acuerdo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (arts. 236 y 237 LSC).²⁹⁵ La responsabilidad del administrador, en el ámbito del Derecho mercantil, es por regla solidaria (salvo excepciones) y colegial.

3.5.8.2. Origen de la responsabilidad colegial

²⁹³ Éste último, conformado por un presidente y algunos consejeros, cuyo número final varía según el tamaño de la sociedad.

²⁹⁴ MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, p. 103.

²⁹⁵ DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 107.

Como ya bien lo pusiera de manifiesto FRISCH, la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa y de los directivos por delitos que son cometidos en el ámbito de la actividad empresarial ocupa, en buena medida y desde hace tiempo, a la dogmática penal²⁹⁶ y preocupa a los distintos operadores jurídicos que deben resolver a diario los problemas que se suscitan en la práctica.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE, entre otros, también hicieron referencia al problema que suponen, en la esfera de la responsabilidad por el producto, los presupuestos de la imputación individual a una pluralidad de personas. Según ellos, este problema se debe a los objetos cuya producción y distribución presuponen un proceso complejo y escalonado de realización. Las medidas que signifiquen o impidan futuras lesiones normalmente sólo pueden ser adoptadas, dada la estructura de estas organizaciones, por varias personas conjuntamente (p. ej., directivos de la empresa o la propia junta directiva). En base a ello, concluyen que la responsabilidad penal se derivará de estas decisiones.²⁹⁷

En lo que se refiere al delito colegial (*reato collegiale*), sus orígenes se remontan a la construcción doctrinaria del autor italiano RENDE, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo CC italiano, concretamente, del art. 2392. En este contexto, el autor analizó al sujeto activo de un delito cometido en un colegio de personas y aclaró que la noción del delito colegial se refería a cualquier actividad de cualquier órgano colegiado, compatible, se entiende, con la naturaleza de su función.²⁹⁸

²⁹⁶ FRISCH, WOLFGANG, 1996, p. 99.

²⁹⁷ HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1995, ps. 170-171.

²⁹⁸ RENDE, DOMENICO, 1948, p. 3, nota I. Sin perjuicio de esta obra, la primera expresión y desarrollo del delito colegial lo llevó adelante el autor, 5 años antes, en RENDE, DOMENICO, «Saggio di una teoria del reato collegiale» en *Il Pensiero Giuridico Penale*, del año 1943. Según ANTOLISEI, RENDE acudía a esta *categoría autónoma de delito* para resolver los problemas suscitados con motivo de los ilícitos penales cometidos por administradores, liquidadores y síndicos de una

Según el autor italiano, el *reato collegiale* no era el cometido por personas que se unían a fin de cometer uno o más delitos sino por aquellas ya constituidas por la ley en colegio como órgano de una persona jurídica, pública o privada, para realizar actos jurídicos lícitos de naturaleza administrativa, judicial o de Derecho privado y que, en el ejercicio de sus funciones, cometían uno o más delitos. En esta estructura, era importante el número de sujetos como elemento constitutivo del delito colegial a diferencia de los delitos de concurso eventual que hacía referencia la doctrina italiana.²⁹⁹ No obstante, ANTOLISEI aclaró que en esta categoría no entraría en juego ni el delito ajeno a las funciones de las citadas personas ni lo que, para ser aplicado, no exige la función del colegio en modo previsto por la ley, como, por ejemplo, el delito de abandono colectivo de oficinas públicas.³⁰⁰

En Italia, GRISPIGNI sería uno de los pocos autores que habría adherido a la posición de RENDE. De hecho, se advierten ciertas similitudes en la argumentación de RENDE (en su obra de 1947) con la de GRISPIGNI del mismo año.³⁰¹ Particular es el caso de PEDRAZZI porque, sin ser demasiado claro al tomar una postura, habría admitido, en cierta forma, la posibilidad de que sí se pueda configurar un delito colegial o, por lo menos, no se desprende en forma expresa una crítica y negación categórica a la construcción de RENDE. En esta línea, y al margen de las dudas planteadas, PEDRAZZI sostuvo que de la existencia de un acto colegial no podría absolutamente prescindirse del caso de que el supuesto delictivo se dirigiera a una deliberación y, por lo tanto, a una manifestación

sociedad reunida en colegio. ANTOLISEI, FRANCESCO, 1990, p. 329. Según MEINI, los antecedentes se remontan al artículo 149 del código de comercio italiano de 1882. El contenido de este precepto «es similar al art. 2392 del CC italiano aplicable a los administradores y al art. 2407, concordado con el art. 2424 del mismo cuerpo normativo, aplicable a los auditores». MEINI, IVÁN, 2003, ps. 219 y 329.

²⁹⁹ RENDE, DOMENICO, 1948, ps. 4 y 7.

³⁰⁰ ANTOLISEI, FRANCESCO, 1990, ps. 329-330. En igual sentido, CONTI, LUIGI, 1990, ps. 253-254; MEINI, IVÁN, 2003, ps. 219-220; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, MCMLXXXIV, p. 687; EL MISMO, 1998, ps. 233-234; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997, p. 139

³⁰¹ GRISPIGNI, FILIPPO, 1947, ps. 233, nota 40.

necesariamente colegial. Suponiendo que la conducta típica consistiera en una deliberación, para integrar el delito no podría bastar la actividad desplegada de cada uno de los administradores: debería concurrir ese mínimo de requisitos procesales que condiciona la constitución de los agentes en colegio y la formación de una voluntad colegial. En definitiva, en PEDRAZZI se advierte una posición más bien dubitativa. Pero, si se lee entre líneas, pareciera estar más a favor (con ciertas aclaraciones y críticas) que en contra del *reato collegiale*.³⁰²

Para RENDE se producía una pluralidad de conductas, esto es, la suma de las conductas de cada uno de los miembros del colegio, el enlace de ellas y la dirección hacia un único objetivo. Siguiendo las ideas de GRISPIGNI, es un delito-acuerdo de actividad convergente con conductas homogéneas, en cuanto los coautores pretenden, con su acto solidario, alcanzar un objetivo común. Aunque sea por motivos personales diferentes no tiene, sin embargo, importancia porque no se tomarán por la ley en especial consideración a los efectos de la constitución o de la magnitud del delito. Sí pueden ser tomados en cuenta por el juez sólo en la aplicación en concreto de la pena a aplicarles a los acusados, en cuanto constituyen circunstancias subjetivas.³⁰³

RENDE se preguntó: ¿cuál es la responsabilidad penal de los distintos miembros de un colegio? Y, según él, la regla del Derecho penal italiano decía que la responsabilidad penal era siempre individual y que cada uno respondía por su conducta, aunque todos aquellos que operaran en el colegio fueran coautores. Sin embargo, el autor resaltaba que había en el CC italiano disposiciones normativas de las cuales el miembro del colegio que no hubiera

³⁰² PEDRAZZI, CESARE [IA], 2003, ps. 703-710.

³⁰³ RENDE, DOMENICO, 1948, ps. 7-8. GRISPIGNI analizó la conducta del sujeto activo de un delito y se refirió a lo que él denominaba delito plurisubjetivo (*reato plurisoggettivo*), cfr. GRISPIGNI, FILIPPO, 1947, ps. 221-233. Precisamente, el *reati accordo* es el que hizo referencia RENDE en su obra. Para GRISPIGNI el *reati-accordo* se caracterizaba porque las conductas de los agentes consistían en una manifestación de voluntad idéntica y concordante, que tenía por objeto el compromiso de cooperar juntos.

hecho anotar en el acta de deliberación o de otra manera su desacuerdo, respondía del delito conjunto con los otros. Y ponía como ejemplo al art. 2392, segundo párrafo del CC italiano, que disponía que los administradores, los cuales tuvieran conocimiento de actos perjudiciales, deberían hacer lo que pudieran para impedir el cumplimiento o eliminar o paliar las consecuencias perjudiciales, y debían velar por la general evolución de la sociedad, de lo contrario eran responsables solidariamente con los otros administradores. También se refiere al art. 2403 del CC italiano con respecto a la posible responsabilidad penal de los síndicos. Claro está, RENDE sostenía que la conducta podía llevarse adelante tanto activa como omisivamente.³⁰⁴

Según RENDE, el momento consumativo del delito colegial era único para todos sus responsables y su explicación era porque, sencillamente, el acto colegial era único. Ahora bien, si se trataba de un acto que llevara una fecha, sería ésta la que marcará el tiempo de la comisión del delito, incluso si la firma de los distintos miembros del colegio hubiese sido puesta en distintos días. Si luego el documento, que debía contener el acto colegial y habría contenido el delito, hubiera sido firmado por algunos en número insuficiente para constituirse legalmente en colegio, mientras que otros, por alguna razón no la hayan firmado, el delito no se habría consumado, pero sí tentado por todos, siempre por la razón de la unidad del delito colegial.³⁰⁵

³⁰⁴ RENDE, DOMENICO, 1948, ps. 7-8 y 13-14. La misma solución también fue defendida por GRISPIGNI, FILIPPO, 1947, p. 233, nota 40.

³⁰⁵ RENDE, DOMENICO, 1948, p. 14. Más adelante el autor agregó que si alguien, después de haber tomado parte de la deliberación, se arrepintiera y no firmara el acto, de manera que este no fuera válido por insuficiencia de número, se le aplicarían las disposiciones de los dos últimos párrafos del art. 56 del CP. Mientras que para los otros que hubieran firmado se le aplicarían los dos primeros párrafos del mismo precepto, al tratarse de la tentativa del delito por haber cometido actos idóneos y directos de manera no equívoca para cometer el ilícito (p. 15).

En general, y salvo las particularidades de la figura delictiva que se analice, considero que esta afirmación final del autor no sería sostenible ya que, partiendo siempre como fundamento de la punición de la supuesta unidad del acto colegial, lo que hacía el autor era «meter a todas las personas en la misma bolsa» sin atender a las circunstancias específicas de cada uno, incluidos a los que no habrían firmado el acta, prescindiendo de la necesaria determinación del comienzo de ejecución del hecho, del momento consumativo, de la existencia de elementos probatorios que permitan acreditar que el individuo intervino o no en la deliberación y toma de decisión así como del principio de responsabilidad individual por el hecho. Por otro lado, no queda claro en el argumento del autor si también serían parte integrante de aquella solución las personas que ni siquiera habrían intervenido en la toma de decisión supuestamente delictiva porque, de ser así, la conclusión sería aún más llamativa. De este modo, parece que por el sólo hecho *formal* de ser parte de un órgano colegial, sin siquiera indagar si las personas intervinieron en la toma de decisión -o no- y, en su caso, de qué forma lo hicieron, se les atribuiría responsabilidad penal por lo menos en grado de tentativa.

En síntesis, se colige que la construcción de esta categoría tenía como objetivo eliminar los problemas de prueba y extraer la hipótesis de delito colegial de las reglas generales que disciplinaban la autoría y la participación, llegándose incluso a afirmar, por el propio RENDE, que la responsabilidad penal subsistiría aún para el miembro disidente cuando no haya hecho constar formalmente en acta su oposición al acto.³⁰⁶

³⁰⁶ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2011, p. 354. RODRÍGUEZ MOURULLO puso de manifiesto la importante discusión doctrinal que se suscitó en Alemania con el problema de la individualización de la responsabilidad penal de los miembros del consejo de administración de una sociedad, a propósito de la sentencia del Tribunal Federal alemán de 6 de julio de 1990, dictada en el conocido caso «*Ledersprayfall*» (caso del spray para prendas de piel), RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, 1998, p. 234. También cfr. HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1995, ps. 172-186.

Ahora bien, esta teoría del delito colegial ha sido ampliamente criticada tanto en Italia³⁰⁷ como en España y Alemania.³⁰⁸ Así, ANTOLISEI es contundente al decir que la «configurazione del reato collegiale ha incontrato forte opposizione nella dottrina».³⁰⁹

ANTOLISEI concluye críticamente y refiere que la configuración del llamado delito colegial carece de consistencia. Ello sería el fruto de la confusión de conceptos. Esta sería una de las más típicas manifestaciones de la actual tendencia de la doctrina penalista a la estéril abstracción y a la multiplicación de las figuras jurídicas y, como tal, a su juicio, queda sin vacilación relegada al desván. Por último, expresó que la responsabilidad penal colectiva constituye una blasfemia jurídica y que la responsabilidad penal, por su carácter estrictamente personal, existe sólo en aquellos supuestos que con su conducta, positiva o negativa, han contribuido a la realización del hecho delictivo y han actuado culpablemente (con dolo o culpa) según lo exigido por la ley para la punibilidad del hecho mismo.³¹⁰ En España, el delito colegial también es ampliamente rechazado por la doctrina.³¹¹ El argumento central, en la misma línea al desarrollado por ANTOLISEI, sería que la responsabilidad penal es personal, en contraposición a la responsabilidad civil-mercantil que se caracteriza por ser solidaria. Esto es, el operador jurídico tiene la obligación de discriminar la aportación individual de cada persona interviniente en el hecho investigado y establecer, concretamente, a quién o quiénes va a alcanzar la responsabilidad penal en cada supuesto concreto, siempre que la decisión colegial constituya delito. De lo contrario, la admisión del delito colegial implicaría una extensión de la responsabilidad penal. En suma, y para solucionar este tipo de hipótesis (intervención de varias personas en un órgano colegiado),

³⁰⁷ MUSCO, ENZO, 1999, ps. 36-37; AMBROSETTI, ENRICO M.; MEZZETTI, ENRICO; RONCO, MAURO, 2009, p. 73; DI AMATO, ASTOLFO, 2011, p. 366; CONTI, LUIGI, 1990, ps. 255-256.

³⁰⁸ HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1995, p. 180.

³⁰⁹ ANTOLISEI, FRANCESCO, 1990, p. 330.

³¹⁰ Para mayores precisiones, ANTOLISEI, FRANCESCO, 1990, ps. 330-332 y 338.

³¹¹ Como bien aclara MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, lo que se acaba de indicar «no comporta descartar la posibilidad de que surja una ejecución conjunta que de lugar a una auténtica coautoría de todos o de alguno de los miembros del órgano colegiado; más ello habrá de ser acreditado por el Juez» MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 166.

considero que se debería acudir a los principios generales en materia de autoría y participación.³¹²

En definitiva, en este trabajo se comparten los comentarios referidos previamente y se considera que el delito colegial no debería ser de recibo en nuestra materia.

Por último, se detectan algunos problemas cuando se atribuye responsabilidad penal a título individual cuando se analizan determinadas hipótesis como, p.ej., el supuesto de una votación nominal no secreta. A su vez, dentro de ella habría que diferenciar los supuestos de votación simultánea y los de votación no simultánea, así como el caso de una votación nominal secreta. Otro supuesto controvertido se plantea cuando la ausencia de un consejero configura el acto necesario sin el cual no se hubiera ejecutado el delito porque, *v.gr.*, con su presencia y la información necesaria podría haber cambiado el sentido del voto de otros miembros del órgano y haber impedido la adopción del acuerdo abusivo. También son hipótesis con soluciones contradictorias los casos de omisión de votar, oposición expresa, voto en blanco, adhesión posterior y quienes hayan votado a favor de un acuerdo.

De igual modo, se debate sobre cuál sería el alcance y posible contenido de la obligación de los participantes minoritarios ante la adopción de un acuerdo social abusivo. En el presente trabajo, el

³¹² En general, se expiden de esta manera TERRADILLOS BASOCO, JUAN M^a, 1996, p. 198; EL MISMO, 1997, p. 267; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, MCMLXXXIV, p. 687; EL MISMO, 1998, ps. 233-234; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 165; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 595; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997, p.139; EL MISMO, 2007, p. 521; MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, 2007, ps. 102-104; HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 77; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 108; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, ps. 1469-1470; SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M., 1996, p. 65; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, p. 28; QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 1996, p. 176; DE ALFONSO LASO, DANIEL, 2005; BARBERO SANTOS, MARINO, 1997, p. 629; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 302; MEINI, IVÁN, 2003, p. 221.

centro de la discusión se circunscribe a determinar si, ante la adopción de un acuerdo social abusivo, los participantes minoritarios tienen la obligación de activar todas las medidas internas que sólo prevé y regula el Derecho mercantil o si deben, además, poner en conocimiento de la justicia penal la supuesta comisión de un hecho delictivo a los fines de que se inicie la correspondiente investigación para establecer la posible existencia del hecho y, en su caso, quién o quiénes podrían ser los posibles responsables del mismo y se articulen las medidas procesales necesarias, útiles y pertinentes a tal fin. Asimismo, se tiene que precisar si corresponde -o no- exigirles la renuncia al cargo que detentaban.

Todos estos aspectos serán desarrollados en la segunda parte del trabajo, concretamente en el capítulo 3 atinente a la intervención delictiva y problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados.

3.5.9. Injusto penal y mercantil

El ex senador MARÍN RITE, en la Comisión de Justicia del Senado, expresó: «No pretendemos, en modo alguno, establecer ningún tipo de limitación ni desdibujar la diferencia que sin duda existe entre el ilícito civil, el ilícito mercantil y el ilícito penal. No se trata de penalizar cualquier tipo de abuso de mayoría, sino solamente el abuso de mayoría que se utiliza en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad». Y a colación de esta afirmación cabe preguntarse: ¿se ha desdibujado el límite existente entre el ilícito civil, mercantil y el penal? O, si por el contrario y como pareciera sostener el ex senador RITE, ¿aquella diferencia se mantiene incólume a la fecha?

La supuesta “diferencia” destacada previamente no se caracteriza justamente por ser ni muy clara ni evidente. Por el contrario, no es fácil encontrar criterios determinantes a la hora de separar nítidamente ambos ámbitos de actuación. Por ello, y a falta de

criterios claros de distinción, es habitual observar en la jurisprudencia penal cómo se hace uso de los principios político-criminales de intervención mínima, del carácter subsidiario o *ultima ratio* y fragmentario del Derecho penal a la hora de excluir determinadas conductas de su ámbito de aplicación.³¹³

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995 del CP, de 23 noviembre, se sostuvo que la razón de ser de los delitos societarios era la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, entre ellas, merecían destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico.

Ahora bien, ¿en verdad se ha logrado, con la formulación del tipo penal del art. 291 CP, una armonía teórico-práctica entre el principio de intervención mínima del Derecho penal y la supuesta y creciente tutela de una sociedad cada vez más compleja? Tanto los resultados derivados del estudio de los precedentes judiciales, la opinión generalizada de la literatura especializada y el análisis de la legitimación penal del art. 291 CP que se realiza en este trabajo, permiten sostener que tal armonía está lejos de haberse concretado en la realidad de los hechos.

3.5.9.1. Estado de la cuestión

En forma sucinta, puedo afirmar que los argumentos brindados por la doctrina y la jurisprudencia serían los siguientes.

a) Si el acuerdo mercantil es lesivo de los intereses de la sociedad no podría pretenderse que cuando es simplemente peligroso adquiera la condición de delictivo.³¹⁴

³¹³ Sobre dichos principios, cfr. ROXIN, CLAUS, 1976, ps. 21-22; MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, ps. 122-124.

³¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 1997, p. 279.

b) A diferencia de lo anterior, se afirma que los acuerdos abusivos en el ámbito mercantil no exigen un perjuicio efectivo siendo suficiente un peligro potencial de que el daño, para el interés social, se produzca. Y a los fines de poder trazar la diferencia entre el injusto mercantil y penal se propone que, en este último caso, se exija un perjuicio efectivo para los socios minoritarios porque si se sitúa la normativa penal al mismo nivel se dejaría el precepto mercantil sin efecto, ya que lo normal será recurrir directamente al art. 291 CP por su mayor contundencia y menores exigencias, convirtiendo al Derecho penal en *prima ratio*. Por el contrario, la exigencia del perjuicio efectivo permitiría limitar la entrada en acción de la normativa penal hasta que los acuerdos sean efectivamente ejecutados y de dicha ejecución se derive un perjuicio real y constatable para los socios minoritarios.³¹⁵

c) Se establece una diferencia entre los distintos intereses inmediatamente protegidos. En este sentido, se afirma que en los acuerdos impugnables se perseguía la protección de los intereses sociales, mientras que en el art. 291 CP se trataría de proteger los intereses patrimoniales de los socios individualmente considerados, quedando excluidos de responsabilidad penal aquellos acuerdos que, siendo perjudiciales para los socios e incluso beneficiosos para la mayoría adoptante, hayan sido tomados en búsqueda del beneficio societario.³¹⁶

d) También se alegó que, en una primera aproximación, el antiguo art. 115 LSA (actual art. 204 LSC) se orientaba a obtener la nulidad o anulabilidad del acuerdo en cuestión, mientras que los artículos

³¹⁵ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 439-440; LA MISMA, 2000, p. 209; LA MISMA, 2003, ps. 140-141; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, p. 224. En la misma línea, SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M., 1996, ps. 124-125 y 128-129; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, ps. 152-153.

³¹⁶ SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 147. También cfr., DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p.164 nota 485; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 622; Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783.

291 y 292 CP pretenderían sancionar al que lo ha impuesto y, además, se ha beneficiado o ha permitido que un tercero se beneficie.³¹⁷ En igual modo, se sostiene que el delito de acuerdos abusivos sería un tipo de resultado en donde la especificidad de la norma penal estaría dada por el perjuicio para los socios ya que para la protección del interés de la sociedad existe el procedimiento del art. 204 LSC.³¹⁸

e) En relación a lo dicho previamente, parece claro que, en el caso de los acuerdos impugnables, el perjuicio potencial o efectivo que se exige es con relación al interés social, mientras que en el delito de acuerdos abusivos el perjuicio que se exige es con respecto a los socios minoritarios pero siempre que no reporten beneficios a la sociedad o, lo que sería prácticamente lo mismo, en perjuicio de la sociedad. Motivo por el cual, siempre que opere un perjuicio de los socios minoritarios y, a su vez, se produzca un perjuicio al interés social se estará tanto en el ámbito de los acuerdos impugnables como en de los acuerdos abusivos del art. 291 CP.

Ahora bien, si no se produce un perjuicio para los socios minoritarios o si sólo se produce un perjuicio para el interés social (cuestión que de seguro se proyectará en los socios), ambos supuestos serían penalmente atípicos. El problema aquí es que, si bien los acuerdos impugnables no exigirían necesariamente la producción de un perjuicio efectivo del interés social, ello no significa que haya supuestos en los que dicho perjuicio sí se produzca y, en consecuencia, la supuesta diferencia que se podría esgrimir entre perjuicio potencial o efectivo o entre vulneración del interés social o de los socios minoritarios, prácticamente se extinguiría. Por ello, en los casos restantes, aun se debe establecer una frontera más nítida entre el delito de acuerdos abusivos y los acuerdos impugnables en sede civil.

³¹⁷ SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M., 1996, ps. 124-125.

³¹⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4.

f) De igual modo, se ha dicho que la normativa societaria no establece ningún elemento subjetivo que denote una intencionalidad determinada de quien incurre en la causal de impugnación. Mientras que el art. 291 CP exige expresamente la concurrencia de ánimo de lucro propio o ajeno.³¹⁹

g) Se ha dicho que la interdicción del abuso sanciona aquellos actos que sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, por su intención, objeto o circunstancias (art. 7.2 CC). Ello, sumado al resto de elementos típicos definidos en el precepto normativo, incluido el ánimo de lucro, deberían ser los parámetros necesarios para distinguir el injusto mercantil del penal.³²⁰

En base a lo reseñado previamente, y a título de anticipo, debo reconocer que existe un criterio de delimitación indiscutible derivado de la existencia de un elemento subjetivo del injusto -ánimo de lucro- en el caso del art. 291 CP. Sin perjuicio de ello, también se debe reconocer que se trata de una diferencia que, en términos probatorios, dificulta manifiestamente su determinación.

Además de ello, se puede establecer una distinción de corte objetivo y concerniente al contenido de los acuerdos sociales en sede

³¹⁹ De igual modo, NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 313; BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 74; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 275. Cfr., Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2), de 31 enero 2000, Recurso de Apelación núm. 221/1999, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco, JUR 2001\34583; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 22 junio 2006, Recurso de Apelación núm. 158/2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia, JUR 2007\56829; Audiencia Provincial de Bizkaia núm. 281/2007 (Sección 1), de 14 junio, Recurso de Apelación núm. 20/2007, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ana Belén Iracheta Undagoitia, JUR 2007\349278.

³²⁰ STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323 y STS núm. 796/2006 (Sala de lo Penal), de 14 julio, Recurso de Casación, Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo, RJ 2006\6088. Sigue esta línea, HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, ps. 69-70. También destacan este argumento a los fines de caracterizar la nota abusiva de un acuerdo BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, ps. 421-422; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 624; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 145.

mercantil y penal, esto es, si sólo se admiten acuerdos en los que se discuten aspectos de naturaleza económica o si, por el contrario, se admiten aquellos en los que, en igual modo, se discuten derechos de otra naturaleza, tales como políticos, sociales o profesionales. Al respecto, existe una tendencia de la jurisprudencia mercantil a brindar una protección integral o global de los intereses de los socios. Mientras que, en sede penal y según la postura que se adopta en este trabajo, el objeto de protección del art. 291 CP se refiere únicamente a los derechos patrimoniales de naturaleza individual de los socios minoritarios y no a la defensa de sus derechos políticos, sociales y/o profesionales que tendrían protección suficiente en el fuero mercantil.

Sobre estos temas se profundizará en la segunda parte de este texto, en particular en el capítulo 2 atinente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

3.5.9.2. Breves consideraciones en material procesal

La determinación de una frontera precisa entre el delito de acuerdos abusivos y los acuerdos impugnables en sede civil, también tiene importantes consecuencias jurídicas desde un punto de vista procesal.

No obstante reconocer que se trata de un tema discutible, sería factible que el juez penal que consideró delictivo un determinado acuerdo social, a tenor de las previsiones del art. 291 CP y en base a los distintos elementos probatorios de la causa, resuelva en igual modo la nulidad absoluta de aquél por tratarse de un acuerdo contrario al orden público y sin necesidad de que, con posterioridad, se deba iniciar una demanda de impugnación del acuerdo social.

Esta decisión, a mi juicio, sería la más recomendable en base al principio de economía procesal y, fundamentalmente, sería más adecuada en aras a garantizar una mayor seguridad jurídica. Con el primero, se busca evitar un doble desgaste jurisdiccional con todo lo

que ello conlleva en, p. ej., tiempos procesales, gastos judiciales, contratación de profesionales. Con el segundo, se pretende evitar posibles sentencias contradictorias en distintos fueros (civil y penal).³²¹

Desde otro punto de vista, no sería razonable que al juez penal se lo habilite para pronunciarse sobre lo más amplio y gravoso de un determinado tema como, *v.gr.*, considerar un acuerdo social abusivo e imponer una pena de prisión o una multa a sus responsables y, por el contrario, no pueda hacerlo con relación a lo menos, esto es, suspender cautelarmente la ejecución de un acuerdo social en el supuesto que ello fuera aún posible y, una vez juzgado como abusivo, impuesta una pena de prisión o multa a sus responsables penales y firme la sentencia condenatoria, ordenar y ejecutar la invalidez de dicho acuerdo (nulidad absoluta).

Asimismo, considero como argumentos en defensa de una mayor injerencia del juez penal: *a)* Que el orden civil y penal persigan fines distintos no impide que en el segundo se solventen las cuestiones civiles directamente vinculadas a la comisión de un delito ya que el principio de concentración de la acción civil y penal es el tradicional en el Derecho español. *b)* Que los terceros y socios pueden intervenir en el proceso penal a través de las correspondientes acciones civiles o penales. Concretamente, para los terceros, la declaración de nulidad del acuerdo en sede penal es irrelevante cuando a consecuencia del mismo se haya adquirido algún derecho y se trate de terceros de buena fe. Se afirma que no avalar esta posibilidad podría implicar un resultado jurídico sorprendente y cabe preguntarse: ¿qué sucede si dictada una sentencia penal condenatoria y, por tanto, existiendo una

³²¹ A favor del principio de economía procesal, NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 310-312. Asimismo, el autor considera que, al tratarse de un acuerdo contrario al orden público (ley penal), no existirá plazo alguno para ejercer la acción de impugnación en el ámbito societario y se ampliaría el número de sujetos que podría poseer legitimación activa para impugnar. En contra, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, ps. 2-4. Asimismo, pareciera estar en contra SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL, 1996, ps. 125 y ss. El actual art. 205 LSC expresamente regula que la acción de impugnación de los acuerdos sociales contrarios al orden público no caducan ni prescriben.

declaración implícita de que el acuerdo no sólo es nulo sino que es contrario al orden público, después ningún legitimado activo lo impugna en sede mercantil? *c)* Que se llegaría a resultados intolerables si no se adoptara esta posición: el delito se renueva cada vez que se ejecute el acuerdo. *d)* Que no sería un obstáculo insuperable el tradicional entendimiento del contenido de la responsabilidad civil como meramente reparadora a través de la indemnización económica por cuanto dentro de aquél contenido de reparar el daño debe entenderse comprendida la eliminación de la fuente del daño, sin lo cual no existe verdadera y propia reparación. *e)* Que la declaración penal de un acuerdo como abusivo no vincularía a la jurisdicción civil porque el juez civil no tiene más que hacer que ordenar la nulidad del acuerdo y ninguna otra valoración podría efectuar.³²²

En resumen, y en relación con los distintos problemas planteados a lo largo de este capítulo, se observa que muchos de ellos constituyen, por una parte, un problema de interpretación, y por la otra, de sistematización, a partir del cual resulta necesario desentrañar el sentido y alcance de varios de los términos utilizados por el legislador (*v. gr.*, «acuerdo abusivo») y establecer el límite entre en el enunciado normativo previsto en el art. 291 CP y las herramientas alternativas previstas por el legislador en materia de sociedades (*p. ej.* impugnación de acuerdos sociales).

Asimismo, y referido a la legitimación del delito de acuerdos abusivos, se introduce un problema de naturaleza axiológica. Este problema se produce, principalmente y según se verá más adelante, al analizar el principio de proporcionalidad en sentido estricto.³²³ Cuestión que se desarrollará en profundidad en la segunda parte del trabajo, en el capítulo 1 referido a la legitimación penal del art. 291 CP y el bien jurídico penalmente protegido.

³²² NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 311-312 y nota 51 *bis*, siguiendo los argumentos brindados por TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA.

³²³ Sobre las cuatro clases de problemas de una investigación científica, los empíricos, los de interpretación, los de sistematización o lógicos y los axiológicos, *cfr.* ALCHOURRON, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, 1993, ps. 111 a 144.

CAPÍTULO III: ADOPCIÓN, IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES E INTERÉS SOCIAL

En este capítulo se harán algunas consideraciones sobre determinados conceptos que se desprenden del Derecho mercantil y tienen influencia directa en el delito de acuerdos abusivos o bien sirven para establecer el contexto de análisis en el que este ilícito se desenvuelve. Así, se ahondará en la adopción de acuerdos sociales, en su impugnación, en la noción de interés social y en la distinción entre teoría institucionalista y contractualista. Esto último tiene consecuencias de interés para este trabajo en relación al concepto de perjuicio que se utilice y al criterio de ponderación del mismo, ya que sostener una tesis contractualista implicaría que el interés social, determinado por la decisión de la mayoría (racionalidad económica de la mayoría), sería el criterio más importante para definir la producción de un perjuicio. Mientras que, si se sigue una tesis institucionalista, el perjuicio estaría definido en base a criterios externos a la propia sociedad, esto es, por criterios de racionalidad económica de mercado.³²⁴

1. Adopción de acuerdos sociales

Brevemente, y tomando en consideración a título de ejemplo la estructura de una SA, se puede afirmar que la junta general válidamente constituida manifiesta su voluntad mediante el voto de la mayoría, que da lugar a un acuerdo social.³²⁵ La voluntad de los socios, emitida a través del voto, se transforma en la voluntad de la

³²⁴ Al respecto cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 102-103.

³²⁵ DAVILA MILLAN, ENCARNACIÓN, 1992, ps. 1074 y ss. GALGANO refiere sobre la *mayoría* que el CC italiano otorgaba al grupo de mando de la sociedad el poder exclusivo de determinar a su arbitrio la política económica de la sociedad cfr., GALGANO, FRANCESCO, 1988, p. 60.

sociedad, quedando los primeros sometidos a ella, a pesar de que no hayan concurrido a la junta o hayan votado en contra.

Los acuerdos sociales son declaraciones de voluntad colectiva de la sociedad dirigidas a producir efectos jurídicos. Como operación previa a la toma de acuerdos, los accionistas deliberan sobre los asuntos que constan en el orden del día, sobre los que los accionistas tienen derecho de información, derecho de carácter irrenunciable y que puede ejercitarse antes de la reunión o durante la misma. Luego, se delibera. Esto implica discutir, debatir o cambiar impresiones acerca de los asuntos que deben decidirse. El accionista goza de plena libertad al emitir su voto, aunque estará siempre limitado por el respeto al interés social, a las disposiciones contenidas en el estatuto social y la ley, a la moral y al orden público. Si existe conflicto de intereses entre la sociedad y el socio, el socio debería abstenerse ya que el acuerdo podría ser objeto de impugnación.³²⁶ Los acuerdos sociales se harán constar en un acta, documento importante para la prueba de los hechos que habrían ocurrido durante la celebración de la junta general. El acta, una vez aprobada, tendrá fuerza ejecutiva.³²⁷ Si algún socio está disconforme con la votación podrá, siempre que se cumplan con los requisitos previstos en la ley, impugnar judicialmente dicho acuerdo.

2. Impugnación de acuerdos

La impugnación de los acuerdos sociales se encuentra regulada en el Título V, capítulo IX de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada en el mes de julio de 2010, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, publicado en el Boletín Oficial del

³²⁶ Según el art. 190.1 LSC, el socio no podría ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones en los supuestos graves de conflicto de intereses y expresamente allí regulados. Cfr. también el art. 190.3 LSC.

³²⁷ DAVILA MILLAN, ENCARNACIÓN, 1992, ps. 1074 y ss.

Estado (BOE) número 161, de 3 de julio de 2010.³²⁸ La entrada en vigor de la LSC operó a partir del 1 de septiembre de 2010, a excepción del artículo 515 que entró en vigor a partir del 1 de julio de 2011.

Asimismo, es importante destacar que se aprobaron recientemente distintas modificaciones de interés para este trabajo por medio de la ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE 4 diciembre 2014).³²⁹

En lo que es materia de interés, se puede decir que la impugnación de acuerdos sociales de la junta general constituye un derecho inherente a la condición jurídica de socio (según el art. 93 inc. c, Título IV, capítulo II LSC). Bajo este contexto normativo, las acciones de impugnación constituyen funcionalmente un instrumento de protección de los accionistas minoritarios y, excepcionalmente, de otros intereses frente a las decisiones adoptadas por la mayoría en la junta general.

³²⁸ Allí se incorporó el contenido de la sección 4ª del título I del libro II del CCom. de 1885, relativa a las Sociedades Comanditarias por Acciones, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante SA), la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante SRL) y el contenido del título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a las Sociedades Anónimas Cotizadas. Asimismo, se derogaron distintas disposiciones.

³²⁹ Según FARRANDO MIGUEL, IGNACIO, 2015, ps. 6-7, la última reforma de la LSC podría provocar dudas en diversos extremos sobre la norma aplicable a la impugnación de acuerdos que, habiendo sido adoptados antes de la entrada en vigor de la reforma de la LSC, se impugna una vez que ésta ya ha entrado en vigor (24 de diciembre de 2014). El autor concluye que, en lo que es materia de interés, los acuerdos de junta adoptados abusivamente por la mayoría antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014 podrán impugnarse, como permite la nueva normativa (nuevo art. 204.1 II LSC), como contrarios al interés social aunque no causaren ningún daño al patrimonio social. Su fundamento se encuentra en que esta nueva regla conforma un «nuevo» derecho (impugnación de acuerdos con abuso de mayoría) al que, por lo tanto, resultaría aplicable la segunda regla de la disp. trans. 1.ª CC.

SÁEZ LACAVE distingue cuándo sería más eficiente aplicar la regla del voto mayoritario de la minoría y cuando sería más aconsejable el control jurisdiccional de la transacción. Así, destaca dos supuestos distintos de control: una regla *ex ante* y a una regla *ex post*. La primera se diseña como una regla de propiedad: se previene cualquier transacción interesada que no esté respaldada por el consentimiento de la mayoría, entre la minoría. Como los minoritarios son quienes tienen la llave, se obliga al socio de control a repartir con los minoritarios el excedente de la transacción, según criterios de valoración subjetiva. En consecuencia, sería una regla muy eficaz para bloquear transacciones ineficientes, pero, como contrapartida, también frena otras operaciones eficientes. La segunda (regla *ex post*) se suele delinear como una regla de responsabilidad: el socio de control puede realizar la transacción interesada siempre que se compense a los minoritarios, según criterios de mercado. Esta regla facilitaría las transacciones eficientes, pero no previene siempre las ineficientes. Con respecto a la impugnación de acuerdos sociales, y en atención a las sociedades de capital concentrado, la autora considera que se articula como una regla de propiedad, y no como una regla de responsabilidad. Sirve como una regla para anular o enmendar las decisiones sociales ilegales y desleales y, al tratarse de una regla de propiedad, operaría en favor de los socios minoritarios ya que éstos tienen el poder de anular la decisión mayoritaria si consideran que vulnera el reparto pactado.³³⁰

Se considera que los fundamentos sobre los que se apoya el derecho de impugnar un acuerdo social serían los siguientes: impedir que la mayoría utilice abusivamente su poder en perjuicio de la sociedad, ya que a través de la tutela de la minoría puede llegarse a proteger a la sociedad misma³³¹ y tratar de mantener la estabilidad de los

³³⁰ SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, ps. 33-34 y 49-51. La autora también propone algunos criterios orientadores a la hora de seleccionar una regla u otra. Asimismo, agrega que sería sensato que la vía impugnatoria se mantenga abierta para cualquier socio. Sin embargo, considera que se apunta una tendencia en favor de desarticular el mecanismo impugnatorio como regla de propiedad y de transformarla en un tipo de regla de responsabilidad. La idea que parece tener más partidarios sería la de convertir el derecho de impugnación en un derecho de minoría.

³³¹ BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, p. 26. En similar sentido, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, DANIEL, 1994, p. 27

acuerdos societarios.³³² También, sobre la importancia de este régimen de impugnación, se ha dicho que es esencial para la correcta configuración del gobierno de las sociedades y que su regulación es, por un lado, instrumento básico para preservar el interés social y la protección de las minorías y, por otro, aspecto esencial para la seguridad del tráfico jurídico y la eficiencia empresarial.³³³

El objeto litigioso del procedimiento de impugnación lo conforman los acuerdos sociales, previamente sometidos a deliberación y posterior votación, adoptados por los órganos deliberantes y de gobierno de una sociedad, y que no hayan sido convalidados.³³⁴

Una característica relevante del mecanismo de impugnación de acuerdos sociales es que su aplicación y declaración judicial debe ser restrictiva³³⁵ y según la actual redacción del art. 204 LSC³³⁶ son cuatro las causas de impugnación de un acuerdo social: los acuerdos contrarios a la ley, los que se opongan a los estatutos, los que se

³³² BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, p. 26; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ L., 2005, p. 209. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO considera que, desde la perspectiva del órgano colegiado de administración (ya no desde la junta general), la función que cumple esta causal de impugnación «no es estrictamente la de proteger a las minorías, al menos de forma inmediata, ya que no es en este órgano donde mejor se ejerce esta tutela. Esta causa de impugnación ha de ser entendida en consonancia con la finalidad que hemos reconocido a la impugnación de los acuerdos de este órgano, ser un medio de control sobre el cumplimiento de la legalidad vigente en las actuaciones del órgano de gestión social», DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, ps. 268-269. Por su parte, SERRANO CAÑAS opina que la impugnación de los acuerdos del consejo de administración por razón de conflicto de intereses entre administrador y sociedad persigue la finalidad de proteger en todo momento el interés social, SERRANO CAÑAS, JOSÉ M., 2008, p. 104.

³³³ Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

³³⁴ CALAZA LÓPEZ, MARÍA S., 2003, p. 36.

³³⁵ En esta línea, la STS nº 377/2007, Sala Primera, de lo Civil, de 29 Mar. 2007, Rec. 2364/2000, Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio; nº de Recurso: 2364/2000; Jurisdicción: civil, La Ley 11183/2007. Cfr., DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ L., 2005, ps. 207-208.

³³⁶ La impugnación de acuerdos sociales del consejo de administración se regula en los arts. 251 y ss. LSC.

opongan al reglamento de la junta de la sociedad y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Asimismo, y con relación a esta última causa de impugnación, se amplía el concepto de interés social al expresar la ley lo siguiente: «La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».³³⁷ Sobre lo último, se profundizará en el apartado siguiente.

Como bien se pone de manifiesto en el Preámbulo de la ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la actualidad se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles (arts. 204 y 205 LSC). En el caso de las sociedades cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses para que la eficacia y agilidad especialmente requeridas en la gestión de estas sociedades no se vean afectadas.

³³⁷ La actual redacción del art. 204 LSC ha pretendido, en relación al régimen de impugnación de acuerdos sociales y según lo puso de manifiesto la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por un lado, ampliar la tutela del interés social y de la protección de los derechos de las minorías, y de restringir, por otro lado, aquellos aspectos formales o procesales que se prestan al abuso del derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico y la eficiencia de la organización societaria. En definitiva, la Comisión de expertos entendió que era precisa una reforma que simplificara el tratamiento de la impugnación con vistas a alcanzar esos dos objetivos de maximizar la protección material de los accionistas minoritarios y de minimizar los riesgos de uso oportunista o táctico del derecho de impugnación. Asimismo, en el Preámbulo de la ley 31/2014, de 3 de diciembre, se sostuvo que se habían ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. Y que, en consecuencia, se adoptaban ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación para evitar los abusos que en la práctica podían producirse.

En lo que respecta a la legitimación, solo están legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría del 1 por ciento para las sociedades no cotizadas (art. 206 LSC) y del 0,1 por ciento para las cotizadas. No obstante, la ley permite que los estatutos sociales reduzcan estos umbrales.

A los fines gráficos y comparativos, la redacción anterior del art. 204 LSC distinguía entre los acuerdos nulos y los anulables.³³⁸ La misma LSC, en su art. 204 inc. 2º, refería a los primeros como aquellos que resultaban contrarios a la ley. Y describía a los acuerdos anulables como los que se oponían a los estatutos o los que lesionaban, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.³³⁹

Una de las principales diferencias entre ambos tipos de acuerdos se producía al momento de fijar los plazos de caducidad de la acción de impugnación y en la legitimación activa para ejercitarla (antiguos arts. 205 y 206 LSC).

3. Elementos requeridos para configurar la impugnabilidad de acuerdos lesivos

³³⁸ Sobre las características y alcance de un acuerdo nulo y anulable, el significado y alcance del término «ley», para ver algunos ejemplos de acuerdos declarados nulos por la jurisprudencia ver los arts. 204-206 de la LSC y cfr., BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, ps. 25, 33 y ss; BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, ps. 59, 63-64; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ L., 2005, ps. 209-212; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 257; también la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, de 25 Mar. 2009, Rec. 71/2007, Ponente: Delgado Cruces, Jesús Santiago, nº de Sentencia: 52/2009, jurisdicción: civil, La Ley 96257/2009, con remisión a las STS del 7 de febrero de 1984 RJ 1984/580 y sentencias de 27 febrero 1984 y 27 febrero 1986 RJ 1986/1018. Para BORRÁS DE QUADRAS el *abuso del derecho* configura una causal de nulidad. Se comparte la opinión de NIETO MARTÍN en lo que es materia de interés para este trabajo. Esto es, todo acuerdo social delictivo debe ser considerado contrario al orden público y, por ende, debe ser nulo. NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 310.

³³⁹ De esta manera, p. ej., la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, de 25 Mar. 2009, Rec. 71/2007, Ponente: Delgado Cruces, Jesús Santiago; nº de Sentencia: 52/2009, nº de, jurisdicción: civil, La Ley 96257/2009, pero en relación al antiguo art. 115 de la LSA.

La impugnabilidad de acuerdos lesivos requiere tres elementos concretos para ser operativa, cuya presencia ha de ser probada por quien impugna el acuerdo. En primer lugar, el perjuicio (efectivo o potencial) del interés social derivado de un abuso de poder de la mayoría; en segundo lugar, el beneficio de uno o varios socios o terceros, y por último, la relación de causalidad entre la lesión del interés social y aquél beneficio.³⁴⁰

Con respecto al primer requisito, no existe un concepto determinado de lesión de un interés social. Por el contrario, se afirma que deberán ser los tribunales quienes especifiquen si, en el caso concreto, se ha producido o no un acuerdo lesivo. En definitiva, se lo considera un concepto jurídico indeterminado.³⁴¹ Sin ir más lejos, el TS expresó que «La presencia de la lesión se ha de apreciar, en consecuencia, de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales; sin perjuicio, claro está, de la facultad de los tribunales de controlar y corregir la extralimitación de la actuación de éstos que lesiona los intereses de la sociedad».³⁴²

Si bien la doctrina de forma general habla de acuerdos lesivos, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO afirma que no sería necesaria la producción actual del daño al interés social.³⁴³ De este modo, se ha precisado por la doctrina y la jurisprudencia que no hay ningún precepto en la ley que exija que el acuerdo produzca el resultado lesivo de forma directa e inmediata, sino que puede tratarse de una decisión que deba producir sus efectos con posterioridad (daño

³⁴⁰ Cfr. BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, ps. 66-69; CALAZA LÓPEZ, MARÍA S., 2003, p. 46; BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 74.

³⁴¹ BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 76.

³⁴² STS del 2007. Un ejemplo de esta causal lo configura la STS, de 5 de marzo del 2004, que entendió que existía lesión del interés social en beneficio de un accionista mayoritario cuando se acordó fijarle un sueldo, como administrador, cuya cantidad era desorbitada y no acorde con las exigencias y el tiempo del trabajo a realizar. Así, en DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ L., 2005, ps. 213.

³⁴³ Así, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 276.

potencial o previsiblemente dañoso).³⁴⁴ Esta posición parece reforzada con la actual redacción del art. 204 LSC en la que se amplía el concepto de lesión de interés social y expresamente se manifiesta que se producirá dicha lesión cuando el acuerdo, *aun no causando daño al patrimonio social*, se impone de manera abusiva por la mayoría.

En relación a la idea de beneficio, la doctrina refiere que se considera como equivalente a enriquecimiento, esto es, «cuando del acuerdo social resulta cualquier ganancia, ventaja, mejora, provecho o utilidad, tanto de naturaleza patrimonial como apreciable en dinero, aunque no sea estrictamente patrimonial...podrá afirmarse que se ha producido ese beneficio, tanto si se produce un incremento del activo como una disminución del pasivo del beneficiario, y también cuando se aproveche de bienes de la sociedad, o de servicios prestados a esta o por esta».³⁴⁵ Asimismo, es importante tener en cuenta que el art. 204 LSC no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo que denote una intencionalidad determinada,³⁴⁶ que se exige una relación de causalidad entre el perjuicio ocasionado y el beneficio obtenido,³⁴⁷ que los acuerdos sociales adoptados son vinculantes hasta tanto no se declare judicialmente su invalidez, esto es, la declaración judicial produce sólo efectos *ex nunc* (no retroactivos), pudiendo ser convalidados o confirmados por un nuevo acuerdo válido y saneada su invalidez con el transcurso del tiempo,³⁴⁸ que este motivo de

³⁴⁴ BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 75. Siguen esta dirección, las STS de fecha 11 de noviembre de 2005, RA 7769/2005, y la de fecha 9 de octubre del 2000, RA 9903.

³⁴⁵ BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, ps. 76-77.

³⁴⁶ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 275; BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, ps. 66-69.

³⁴⁷ BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, ps. 66-69; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 274; BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 74.

³⁴⁸ BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, p. 65.

impugnación es autónomo y no requiere de una simultánea infracción de las leyes o de los estatutos sociales.³⁴⁹

Otra de las particularidades que destaca la doctrina, es el hecho de que no serviría como fundamento normativo para la impugnación de acuerdos sociales el que, sin implicar un daño al interés social, se lesionaran directamente los intereses de la minoría. Esto es, necesariamente se exigiría que se produzca una lesión del interés social.³⁵⁰ A mi juicio y en base a la actual redacción del art. 204 LSC, esta afirmación ya no tiene validez ya que, como se adelantó *supra*, el legislador ha previsto la posibilidad de lesión del interés social en aquellos casos en los que el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. De este modo, ya no sólo se podría recurrir al régimen jurídico de impugnación de acuerdos sociales cuando se haya lesionado únicamente el interés social, como generalmente lo interpretó la doctrina y jurisprudencia especializada, sino también en aquellos casos en donde, si bien no se le produce ningún daño al patrimonio de la sociedad, sí se le ocasiona un perjuicio injustificado a los socios minoritarios e irrazonable desde el punto de vista de las necesidades de la sociedad.

La doctrina también discute cuál tendría que ser el contenido de un acuerdo impugnabile, esto es, si sólo se admiten acuerdos de naturaleza económica (tesis estricta) o si, por el contrario, se admiten aquellos en los que se discute derechos de otra naturaleza, tales como, políticos, sociales o profesionales (tesis amplia). A criterio de DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, el propio art. 115 de la LSA (actual 204 LSC) no establecía limitación alguna por lo que podía incluirse, junto con los beneficios estrictamente económicos, los de contenido político, social o profesional que pudieran resultar

³⁴⁹ BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 73.

³⁵⁰ Así, SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, 2000, ps. 213-214. Contundente al respecto, el TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 29 Mar. 2007, rec. 2364/2000; ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio; nº de Sentencia: 377/2007; nº de Recurso: 2364/2000; Jurisdicción: civil; La Ley 11183/2007.

afectados por el acuerdo del órgano colegiado de administración. Y, según el autor, la jurisprudencia ha confirmado que el beneficio que resulte del acuerdo lesivo no tiene que limitarse al contenido patrimonial estricto.³⁵¹

Ya en este momento, y sin perjuicio de mayores precisiones, se puede adelantar que la delimitación entre el régimen jurídico de impugnación de acuerdos sociales y el delito de acuerdos abusivos es fundamental para este trabajo porque el primero es considerado, desde el punto de vista mercantil, esencial para la correcta configuración del gobierno de las sociedades y así proteger, por un lado, el interés social y la protección de las minorías y, por otro, la seguridad del tráfico jurídico y la eficiencia empresarial.³⁵² Esto es, es indiscutible la importancia teórica y práctica de este mecanismo al que, luego, se le sumó una especie de refuerzo penal mediante la sanción del art. 291 CP.

En definitiva, el motivo de realizar un breve estudio sobre la adopción de los acuerdos sociales y su impugnación se funda en que, indudablemente, estos conceptos tienen relación directa con el contenido y alcance del delito de acuerdos abusivos. Precisamente, debe quedar claro que uno de los principales problemas del delito de acuerdos abusivos es su dudosa articulación y delimitación con el mecanismo de impugnación de los acuerdos sociales por vía civil ya que, si todos los ilícitos gravitan en mayor o menor medida sobre la base de dicho mecanismo, se torna relevante buscar el modo más coherente y sistemático de articularlo con la vía penal (art. 291 CP). Sobre estas cuestiones se reflexionará en la segunda parte del texto, específicamente en el capítulo II referido a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

³⁵¹ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, p. 274.

³⁵² Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

4. Interés social

Es posible que referirse al interés social sea uno de los temas de mayor debate en la ciencia jurídica que estudia el Derecho de sociedades en el Derecho continental.³⁵³ Ello permite inferir que el análisis del interés social no estará exento de discusión. No es menos cierto que su estudio se encuentra inmerso en posiciones doctrinales profundas, muchas veces discordantes y en realidades fácticas, ideológicas y culturales cambiantes. Por lo tanto, a continuación se pretende describir sintéticamente un determinado panorama y, en la medida de las posibilidades, establecer posiciones de equilibrio que se orienten básicamente a la equidad y al funcionamiento del sistema jurídico en su conjunto, esto es, no sólo atendiendo al significado de interés social en el ámbito del Derecho mercantil, sino también trasladándolo al examen del delito de acuerdos abusivos.

A título introductorio, precisaré tres características iniciales con relación al interés social.³⁵⁴

En primer lugar, se advierte en la definición del «interés social» el problema fundamental de la sociedad por acciones.

En segundo lugar, resulta especialmente difícil aplicar criterios de evaluación unitarios a enfoques que parten de puntos de vista muy distintos y que proponen, asimismo, fines muy diferentes. Ciertamente, y con respecto a esta segunda característica, la doctrina prevalente identifica dos posiciones con relación al interés social, inspiradas en principios diametralmente opuestos y

³⁵³ ALEGRÍA, HÉCTOR, 1998, p. 325. Según SERRANO CAÑAS, «constituye una de las discusiones más apasionadas del Derecho societario, formulándose el seno de una tensión dialéctica de carácter más político-jurídico que propiamente técnico jurídico». SERRANO CAÑAS, JOSÉ M., 2008, p. 57.

³⁵⁴ Estas tres características iniciales se pueden extraer de las obras de JAEGER, PIER G., 1964, ps. 1-2 y BIGLIAZZI GERI, LINA, 1967, ps. 300-301. Crítico con respecto a la indeterminación del término «interés social» BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, p. 76. Según PAZ ARES, CÁNDIDO, 2014, ps. 23-24, el interés social es un concepto contestable, más aun, esencialmente contestable en alusión a una forma de indeterminación distinta de la ambigüedad y de la vaguedad.

supuestamente irreconciliables: la concepción institucionalista, representada especialmente por la doctrina alemana, con una importante difusión en Francia,³⁵⁵ y la concepción contractualista, predominante en Italia y con gran difusión en, p. ej., España y Argentina.³⁵⁶ Esta situación ha llevado a sostener que la doctrina del Derecho mercantil se encuentra, desde siempre, en posiciones consideradas sustancialmente antagónicas.³⁵⁷

En tercer lugar, contribuye a agravar las dificultades del problema la extrema incertidumbre que caracteriza el estado de la doctrina en orden a la definición del concepto de «interés social». Se pone de manifiesto una falta de acuerdo preliminar sobre el significado de la noción de interés, que la mayoría de los autores parece dar por presupuesta. Pero, en realidad, se trata de un concepto que está muy lejos de asumir, en el lenguaje común y en el de los juristas, un sentido unívoco y suficientemente determinado.

4.1. Teoría institucionalista y contractualista

³⁵⁵ Para una perspectiva del interés social en Francia cfr. COSSU, MÓNICA, 2006. Según la autora, la doctrina francesa demostraba que contractualismo e institucionalismo convivían, atribuyendo una ligera mixtura a la concepción de la sociedad y de su interés. El institucionalismo reinó la cultura jurídica francesa durante un tiempo (ps. 43-44).

³⁵⁶ En Argentina, se afirmó que la teoría *institucionalista* había provocado un rechazo constante por sus connotaciones totalitaristas y la preponderancia del Estado sobre los individuos. No obstante, se ha propuesto la necesidad de revisar esta concepción en su versión pura buscando encontrar un punto de contacto para establecer la existencia formal de un interés social propio del ente, distinto del de sus socios y llamado a primar sobre los mismos (una teoría intermedia). ALEGRÍA, HÉCTOR, 1998, p. 327.

³⁵⁷ BIGLIAZZI GERI, LINA, 1967, p. 301. En opinión de GALGANO, no son sólo teorías sino que son igualmente verdaderas *filosofías* de la sociedad anónima, que se proponen también solicitar una transformación del Derecho vigente y se dirigen, por ello, también al legislador además que al intérprete del Derecho positivo. GALGANO, FRANCESCO, 1988, p. 61.

En relación a la teoría institucionalista se suele considerar a RATHENAU³⁵⁸ como fundador de la misma, quien fue un hombre de Estado y de la industria, filósofo y sociólogo.³⁵⁹

A continuación resumiré, tomando como punto de partida las consideraciones realizadas por JAEGER y GALGANO,³⁶⁰ las principales características de la teoría de RATHENAU.

Existe un acentuado enfoque político de los problemas de la sociedad anónima, vista como la forma jurídica típica de la gran empresa, la cual invierte, en la complejidad e importancia de la propia estructura y actividades, intereses de distinto tipo. Entre ellos, tanto los intereses de los accionistas como los intereses de los trabajadores, empleados, consumidores y el interés colectivo en el desarrollo de la economía nacional. La sociedad es un engranaje de la economía colectiva a favor del interés general relativo a una producción más eficiente.

RATHENAU le atribuye un reconocimiento a la empresa de un interés propio, identificable en la mayor eficiencia productiva de la empresa misma y, por lo tanto, se justifica la autofinanciación como

³⁵⁸ JAEGER, PIER G., 1964, ps. 14 y 17. A diferencia de todo el desarrollo que realizó RATHENAU, BIGLIAZZI GERI definió la teoría institucionalista de manera más sencilla al decir que se considera titular del interés social a la sociedad, como persona jurídica y, precisamente por esto, sujeto de derechos distinto de los socios. BIGLIAZZI GERI, LINA, 1967, ps. 302-303.

³⁵⁹ Para una descripción de las principales ideas del autor como, p. ej., su crítica a la empresa familiar, en general, controlada por los socios (*Familien-und Sozienunternehmung*) y su propuesta de una *sustitución del contenido* que debía abarcar toda la estructura formal organizativa y administrativa de la gran empresa en referencia a la gran empresa anónima con su idea de que la empresa se extiende, para alcanzar sus fines, a la gran sociedad por acciones que se asocia en otras y pasa así a conformar un grupo (*Konzern*) y sobre sus críticas a los pequeños poseedores accionarios, cfr., RATHENAU, WALTHER, 1960, p. 912-935.

³⁶⁰ En lo siguiente JAEGER, PIER G., 1964, ps. 21-23 y GALGANO, FRANCESCO, 1988, ps. 61-62. Según JAEGER, el 19 de septiembre del año 1931 el presidente del *Reich* emitió una *Notverordnung*, en materia de sociedades por acciones, que constituyó el primer ejemplo de penetración de la teoría en el sistema del Derecho positivo alemán. Luego, esta teoría, se vio decididamente favorecida por la asunción al poder del nazismo (*ibidem.*, ps. 40-41). El autor describe las principales críticas a esta teoría en la ps. 24-31.

medio para llegar a este resultado. El interés de los socios se coloca en una posición subordinada y marginal.

Hay una tendencia a sustraerle a los socios, dominados por los egoístas fines de naturaleza personal, el control de la propia empresa para asignarle dicha función a una estable administración e independiente de las cambiantes mayorías y accionistas. A este fin, la doctrina de la *Unternehmen an sich*³⁶¹ favorece la práctica existente en algunas grandes empresas de emitir acciones a voto polivalente o de reservar el derecho de voto a un número relativamente pequeño de acciones en poder del *Vorstand*.³⁶²

El autor promueve la limitación de todos los derechos de los accionistas, supeditado al superior interés de la empresa, ya que tendrían una obligación de fidelidad hacia ella. Por lo tanto, se establece una subordinación a dicho interés del derecho a la información, del derecho al recurso de impugnación de las deliberaciones asamblearias y del derecho a la obtención de beneficios.³⁶³

³⁶¹ Una traducción aproximada sería las empresas en sí mismas.

³⁶² Junta directiva.

³⁶³ En la doctrina alemana se puede identificar una segunda corriente institucionalista de gran interés que tomó como idea preponderante, en vez del concepto de empresa, el de *persona jurídica* y, recordando la concepción de OTTO VON GIERKE sobre la realidad de la personalidad jurídica propia, propugnó en la sociedad por acciones un *interés propio, no coincidente con los de los socios y superior a ellos*. Una tercera corriente institucionalista que puede remontarse hasta HAUSSMANN, negaría que se pueda atribuir un interés a otro que no sea a personas físicas y, en consecuencia, critica la tesis de los seguidores de RATHENAU que consideran la empresa como titular de intereses. Se produciría una fusión de sujetos distintos (accionistas, los miembros de la *Verwaltung* – Consejo- y de la *Aufsichtsrat* –Administración-, los acreedores y los empleados), todos titulares de un interés común. Este interés resulta de la suma de los intereses individuales de todos ellos, vinculados en la empresa que, en el marco de ésta, coordinará sus respectivos fines. Así, JAEGER, PIER G., 1964, ps. 31-35. Según este autor, al principio de la personalidad jurídica real se ha hecho recurso también en algunas decisiones del *Reichsgericht* para proteger a las minorías accionarias contra abusos por parte de los accionistas que controlaban la sociedad, imponiendo a éstos no votar si no es en interés de la sociedad. Cfr. también GALGANO, FRANCESCO, 1988, ps. 62-63.

En síntesis, y bajo la óptica de esta teoría, se afirma que el interés social es independiente de la voluntad social expresada por la mayoría y se debe definir con base a criterios de racionalidad económica externos a la sociedad.³⁶⁴

Desde otro punto de vista, la teoría contractualista define el «interés social» como el interés común o colectivo de los socios. También se hace referencia al interés típico del socio, al interés del socio medio o al interés común de los accionistas *uti socii*.³⁶⁵

En la doctrina italiana, posterior al año 1942, había un cierto consenso en tomar posición contra las tendencias institucionalistas y se propugnaba particularmente la teoría contractualista.³⁶⁶

Una parte de la doctrina, con el fin de distinguir el interés social de otros intereses colectivos de los accionistas, añadió a la anterior definición una mayor concreción y sostuvo que este interés es común a los accionistas en cuanto tales, mientras que todos los otros intereses, ya sean colectivos o individuales, siguen siendo intereses ajenos a la sociedad o extrasocietarios. El interés social, según esta posición, sería un interés típico y necesariamente común a todos los accionistas, vinculado a su calidad de accionistas de una determinada sociedad.³⁶⁷

³⁶⁴ Así, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, p. 100.

³⁶⁵ Cfr. JAEGER, PIER G., 1964, p. 88; GALGANO, FRANCESCO, 1988, ps. 63-64; BIGLIAZZI GERI, LINA, 1967, ps. 302-303; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, p. 7; LA MISMA, 2013, ps. 100-103. En el Derecho penal italiano se muestran a favor de la teoría contractualista, p. ej., PEDRAZZI, CESARE [IB], 2003, p. 551 y NAPOLEONI, VALERIO, 1992, p. 37. De hecho, PEDRAZZI sostiene que es cierto que, en las relaciones sociales, el interés individual del socio se impone al respeto de los demás sólo en lo que se encuentre en coincidencia con el interés común de la totalidad de los socios como tales. Supremo valor regulado y objeto de protección es, por lo tanto, el *interés común*: interés que prohíbe distraer los bienes sociales de su destino porque no se ha frustrado el logro del objetivo común, interés, por otro lado, que viene de ordinario interpretado por la mayoría de los socios, al cual solo la unanimidad puede deliberadamente renunciar.

³⁶⁶ Así y para mayores precisiones, JAEGER, PIER G., 1964, ps. 80 y 87; GALGANO, FRANCESCO, 1988, ps. 63-64.

³⁶⁷ JAEGER, PIER G., 1964, p. 88.

Se afirma que el interés social debe tener en cuenta la variabilidad de los socios en el tiempo y todo interés no actual de los socios vigentes. En otras palabras, se identifica un interés de los socios como típico, esto es, como característicamente vinculado a su calidad de socio de una determinada sociedad, cuyo objeto y finalidad son indicados en el acta constitutiva. No sería posible distinguir el interés de los socios existentes en un momento determinado por el interés de aquellos que eventualmente podrían entrar a formar parte de la sociedad. En contraposición a esta postura, se excluye a los socios futuros o posibles y sólo deben considerarse titulares a los accionistas actuales.³⁶⁸

Por último, se hace alusión a un interés social que se configura como un término variable con el cambiar de las necesidades de los socios en distintos momentos de la vida de las sociedades. Sería el caso de los autores que, con el fin de identificar el interés típicamente común a todos los miembros del grupo social, no ponen el acento exclusivamente sobre el interés instrumental sino que, además, tiene en cuenta los intereses finales de los accionistas.³⁶⁹

En síntesis, en la tesis contractualista, el interés social se identifica con el interés común de los socios y éste se define mediante los mecanismos de adopción de decisiones del órgano de gobierno de las sociedades.³⁷⁰

4.2. Breves consideraciones sobre el interés social en Italia y España

³⁶⁸ JAEGER, PIER G., 1964, ps. 88-89 y 91. También, GALGANO, FRANCESCO, 1988, ps. 64-65.

³⁶⁹ JAEGER, PIER G., 1964, ps. 92-93. Otras posiciones sobre el tema y críticas a cada una en ps. 93-96.

³⁷⁰ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, p. 100. A criterio de PAZ ARES, CÁNDIDO, 2014, p. 21, el “verdadero” interés social, desde una perspectiva contractualista, generalmente es definido como la creación de valor a largo plazo.

En Italia el desarrollo de este tema es intenso y detenerse en profundidad excedería el marco de este trabajo.³⁷¹ No obstante, y como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, el balance y la línea de tendencia de la sociedad por acciones podría ser la siguiente: la teoría contractualista, si bien no explica todas las situaciones jurídicas de este tipo de sociedad, aún da la razón de la situación interna de la asamblea, cuyas deliberaciones deben inspirarse en el interés común de los accionistas.³⁷²

Por un lado, se afirma una tendencia al (neo) contractualismo de las sociedades abiertas, en el sentido que cada vez más la autonomía estatutaria, con su significado propulsor de la evolución del contrato social, se sitúa en el centro del sistema o, más precisamente, de esa zona del sistema que se confía a la negociación. Se pone de manifiesto, correlativamente, una creciente y marcada propensión al cambio de las cláusulas contractuales.³⁷³ Por otro lado, se propugna, en cambio, darle mayor valor a la teoría institucionalista para comprender las situaciones jurídicas de los otros órganos sociales y, en particular, de los administrativos. La legislación de nuestro tiempo les ha emancipando del poder de la directiva de la asamblea de socios y les ha investido de una exclusiva competencia para gestionar la empresa social. Luego, y en una medida que varía de país en país, les ha nombrado tutores de otros intereses además de los comunes de los socios, hasta llegar a la visión de un interés de la

³⁷¹ Para mayores precisiones y referencias, se puede consultar JAEGER, PIER G., 1964, p. 132; BIGLIAZZI GERI, LINA, 1967, ps. 307-308; GALGANO, FRANCESCO, 1988, ps. 57-58 y 65. Este último autor, además explica que el examen de la noción de *contrato social* muestra cómo se puede identificar una *pluralidad de intereses* entre ellos coordinados, definibles todos como interés social. Expone que hay 3 *intereses* a tener en cuenta. En primer lugar, un interés social previo. El interés de que el patrimonio social, formado con las aportaciones de los socios, sea utilizado para el ejercicio de la específica actividad productiva que forma parte del objeto de la sociedad. En segundo lugar, hay un interés social intermedio. El interés en que la actividad productiva sea a la vez la realización de los beneficios. En tercer lugar, hay un interés social final. El interés en que los beneficios sean divididos entre los socios.

³⁷² GALGANO, FRANCESCO, 1988, p. 70.

³⁷³ COSSU, MÓNICA, 2006, ps. 290-291.

empresa social que los administradores deben aplicar como, p. ej., el interés de los trabajadores de la sociedad.³⁷⁴

En España, y si bien es verdad que la LSC se refiere a la noción de «interés social» en otras partes de su texto (v.gr., arts. 196.2, 204.1, 232.1, 239.1, 373.1, 379.3, 492.3), sólo se encontraba en la redacción *anterior* del art. 226 LSC³⁷⁵ una referencia concreta al interés social entendido a secas como interés de la sociedad, sin mayores explicaciones ni correlaciones con otros dispositivos de la ley. Esto pone de manifiesto claramente que, en la actualidad, el legislador no ha querido tomar partido en la discusión reseñada *supra* y plasmar en la ley un concepto concreto de «interés social». Seguramente, y a modo de conjetura personal, ello se deba a las notables dificultades que se presentan sobre su concepto y eventual determinación.

De igual modo, y con relación al art. 204 LSC, cabe destacar las palabras de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, al expresar que se buscaba la *ampliación del concepto de interés social* ya que con frecuencia, la doctrina y la jurisprudencia, a la vista del tenor literal de la norma reguladora de las causas de impugnación, se había resistido a incluir dentro de las infracciones del patrimonio social aquellos casos en que los acuerdos, aún cuando no afectaran negativamente al interés social, resultaran injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios.

³⁷⁴ GALGANO, FRANCESCO, 1988, p. 70.

³⁷⁵ Título VI, capítulo III, art. 226: Deber de lealtad del administrador: «Los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como *interés de la sociedad*, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos». Mientras que el actual art. 227 LSC ordena lo siguiente: «1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador».

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que las organizaciones societarias son en sí mismas expresión de la autonomía privada y el grado de reconocimiento de dicha autonomía por parte del ordenamiento en relación con un determinado modelo organizativo, no constituye una consecuencia ni tampoco un indicio concluyente de cómo es dicho tipo desde el punto de vista organizativo o estructural.³⁷⁶ Se argumenta que la postura mayoritaria, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina especializada, se inclinaría por la tesis contractualista al identificar el interés social con el interés común de los socios actuales.³⁷⁷ No obstante, la doctrina también describe la importancia que tiene en la sociedad mercantil el interés social tanto en su faz contractual como en la institucional.³⁷⁸

Para JAEGER, a la genérica partición entre teoría institucionalista y contractualista sólo se le puede atribuir un valor relativo.³⁷⁹ En esta

³⁷⁶ URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO; OLIVENCIA, MANUEL, 2007, p. 42.

³⁷⁷ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, 1999, ps. 270-272 y nota 837. Cfr. también, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 6-7, se refiere a perspectiva *dominante*. Por su parte, NIETO MARTÍN expresó, en forma categórica, que lo cierto es que el concepto institucional de interés social no sería el recogido por el vigente Derecho de sociedades, por lo que la doctrina mercantil española seguiría manteniéndose fiel, al menos de *lege lata*, a un concepto contractualista que se identifica con el interés común de los socios, quedando el resto de intereses (trabajadores, ahorradores, interés general) subordinados a éste. NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 261-262.

³⁷⁸ Cfr. URÍA, RODRIGO, 2001, ps. 168-170; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, 2010, ps. 298-299. También, PAZ-ARES, CÁNDIDO, 1997, ps. 163-192-193. Sobre la idea de este último autor de paradigma institucional y sus características principales *ibidem.*, ps. 164-166 y 169-170. Para el autor, y sobre la base de su metáfora de la máquina jurídica, la autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje (*ibidem.*, p. 166). No obstante que PAZ-ARES se mostró partidario de lo que él denominó paradigma institucional, hay que destacar que presagió que en la raíz del enfoque institucional hay una insuficiente consideración de la naturaleza económica del fenómeno societario, que este *déficit* podía ser *convenientemente* subsanado y articulando en un enfoque *contractual*, y que en el centro del nuevo enfoque *vuelve a situarse la autonomía privada (ibidem.*, p. 201). Según el autor, y dentro de este marco contractual, surge un modo de entender y de hacer el Derecho de sociedades sustancialmente distinto al que él describió en su trabajo. En las ps. 203 y ss. el autor describe cuáles serían las características del nuevo modelo.

³⁷⁹ JAEGER, PIER G., 1964, p. 116. Crítico con ambas teorías, BIGLIAZZI GERI, LINA, 1967, ps. 308-309; GALGANO, FRANCESCO, 1988, p. 66.

línea, sería adecuado tomar distancia del contractualismo e institucionalismo ortodoxos, por cuanto la reconstrucción del interés social en las sociedades abiertas descende posible e ineludiblemente por un recorrido transversal, que toma elementos tanto de uno como de otro grupo de teorías, pero sin agotarse en ninguna de ellas.³⁸⁰

URÍA afirma que en el contrato estaría el origen de la sociedad, pero una vez constituida ésta por los trámites que la ley establece, estaríamos en presencia de un ente jurídico nuevo y distinto de los socios que la integran, dotado de vida propia y de órganos especialmente adecuados para su actuación en el mundo exterior. Por eso, si el aspecto contractual habrá de ser tenido muy presente siempre que se trate de la vida interna de la sociedad (relaciones de los socios entre sí o con la sociedad), el aspecto institucional cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, esto es, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad constitutiva de la empresa que desarrolla o explota.³⁸¹

Como ya se anticipó en la introducción de este capítulo, la distinción entre la teoría contractualista e institucionalista es importante y tiene consecuencias de interés para este trabajo con relación al concepto de perjuicio patrimonial que se utilice y al criterio de ponderación del mismo.³⁸²

En definitiva, parece razonable sostener que, en la actualidad, las sociedades contengan tanto elementos contractualistas como institucionalistas. Si ello es así, esta situación llevaría a pensar que

³⁸⁰ COSSU, MÓNICA, 2006, p. 282.

³⁸¹ URÍA, RODRIGO, 2001, p. 170. Similar, SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, 2010, ps. 298-299. Estos últimos autores refieren al *empresario social* cuyo origen sería, precisamente, el contrato que tiende a crear una organización de personas a la que, por regla general, el Derecho positivo le reconoce personalidad jurídica. Luego, esta persona jurídica adquiere la condición de empresario distinto a la calidad de los socios, en cuanto tales.

³⁸² Al respecto cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 102-103.

la definición de perjuicio patrimonial que se analiza en este trabajo tendría que estar definida por ambos criterios. Por un lado, la decisión económica y racional de la mayoría cuyo núcleo esencial está dado por el contrato social y su objeto y, por el otro, los criterios de racionalidad económica de mercado. Sin duda, el hecho de que ambos criterios deban ser analizados conjuntamente enriquece el análisis y contribuye posiblemente a brindar un mayor equilibrio a la definición de interés social.

Para una mayor precisión de los criterios reseñados previamente en conexión con la noción de perjuicio patrimonial exigido por el art. 291 CP, cabe remitirse a la segunda parte de este trabajo, concretamente al capítulo II referente a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante.

SEGUNDA PARTE

LEGITIMACIÓN, BIEN JURÍDICO, NATURALEZA DEL DELITO Y ESTRUCTURA DEL TIPO

CAPÍTULO I: LEGITIMACIÓN PENAL DEL ART. 291 CP Y BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

Como es sabido, los delitos societarios no son legitimables en cualquier caso, sino sólo bajo determinadas condiciones. Entre ellas, que el precepto normativo bajo estudio supere el tamiz del principio de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, que se logre determinar que la intervención del Derecho penal en un determinado contexto económico sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

El art. 291 CP se enmarca en el contexto del Derecho penal en las sociedades mercantiles. Esto significa que es parte del Derecho penal económico y, en concreto, se trata de un supuesto de criminalidad *en* la empresa.

Antes de ingresar al análisis interpretativo del art. 291 CP, resulta necesario determinar si, en primer lugar, el delito en cuestión es legítimo -o no-, esto es, si está debidamente justificada la intervención punitiva del Derecho penal en la órbita del injusto que se pretende sancionar. Sólo a partir de aquí, se tendrá el punto de partida preciso para saber si el delito está plenamente legitimado o si, por el contrario, no lo está y corresponde pronunciarse por su inmediata derogación. Lo primero es importante a los fines de decidir si se realizará, luego, una propuesta *de lege lata* y si se usarán criterios teleológicos de interpretación restrictiva y, en su caso, en qué medida. Lo segundo lo es para llevar adelante una propuesta *de lege ferenda* que, seguramente, abogaría por la derogación del precepto y, en su caso, con la propuesta de su reemplazo por otro más adecuado.

Por lo tanto, en este capítulo se tratará de responder a la siguiente pregunta. ¿El delito de acuerdos abusivos es penalmente legítimo?

1. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es, ante todo, una construcción metodológica de origen jurisprudencial y doctrinal. Se trata de un principio que se abrió paso en la jurisprudencia constitucional de los países europeos como una herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que suponían un sacrificio inidóneo, innecesario o desproporcionado de los mismos.³⁸³

Es un principio que se ha ido precisando en los últimos años y que, actualmente, rige en el Derecho como un criterio diferenciado y útil en la práctica para determinar los límites de la intervención sancionadora en un Estado de Derecho³⁸⁴ y evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública. Está considerado el control jurídico más antiguo y general de la intervención estatal.³⁸⁵

El principal artífice del auge del principio de proporcionalidad en España ha sido el Tribunal Constitucional (TC) que, al igual que ocurriera con el *BVerfG* en Alemania, se ha pronunciado sobre la formulación, contenido y consagración de dicho principio en

³⁸³ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 27 y 100.

³⁸⁴ HASSEMER, WINFRIED, 2012, ps. 193-194.

³⁸⁵ BARNES, JAVIER, 1998, p. 23. Para mayores precisiones en relación a la evolución histórica del principio de proporcionalidad, su desarrollo en Alemania, en el *common law* (p. ej., *balancig test*) y en el contexto comunitario cfr., LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 31-37, 42-43 y 47; HASSEMER, WINFRIED, 2012, ps. 193-194; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN A., 1998, p. 179; NEUMANN, ULFRID, 2012, ps. 201-203; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2012, ps. 15-16; BARNES, JAVIER, 1998, ps. 22-23; AGUADO CORREA, TERESA, 1999, ps. 55-59, 64-65 y nota 26; DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, ps. 24-26; GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, 2003, p. 15; NAVARRO FRÍAS, IRENE, 2010, p. 9 y nota 19; CLÉRICO, LAURA, 2009, ps. 25-26; KLUTH, WINFRIED, 1998, ps. 222 y 237; BASTRESS, ROBERT M., 1998, ps. 241 y 253; HIMSWORTH, C.M.G., 1998, ps. 285-286; GALETTA, DIANA-URANIA [IA], 1998, ps. 76-78 y 80-85 ss.; GALETTA, DIANA-URANIA [IB], 1998, ps. 299 y ss.; FASSBENDER, BARDO, 1998, ps. 52-55 y 71; ARROYO ZAPATERO, LUIS, 1998, ps. 1-15; TIEDEMANN, KLAUS, 1993, ps. 151-153.

distintas sentencias relacionadas con la CE del año 1978.³⁸⁶ Así, se afirma que la primera sentencia del TC que reconoció la vigencia del principio de proporcionalidad fue la 62/1982, de 15 de octubre. Con el tiempo se fueron desarrollando y concretando los tres componentes que integran el denominado *test* de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), siempre teniendo en cuenta su finalidad. Estos requisitos se fueron plasmando, entre otros, a partir de las STC 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo, 207/1996, de 16 de diciembre, 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio.³⁸⁷

La STC 136/1999 ha tenido una relevancia notable entre los distintos precedentes destacados previamente y ha sido fuente de análisis repetida por parte de la doctrina nacional. Indudablemente, esta relevancia se debe a que fue la primera sentencia que declaró la inconstitucionalidad de un precepto penal. La sentencia se ocupó del recurso de amparo suscitado contra la condena penal pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1997, contra los dirigentes de la agrupación política Herri Batasuna. Finalmente, se otorgó el amparo porque la ley aplicada por el TS vulneraba el derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 de la CE, esto es, la lesión de este derecho procedió originariamente de la ley, de modo que la resolución judicial se hizo merecedora de la anulación sólo porque había aplicado dicha ley. Como es lógico ello determinó la innecesaridad de retrotraer las actuaciones y la inmediata puesta en libertad de los condenados. Lo particular de esta sentencia fue que examinó y enjuició no sólo la STS sino, además, la norma penal aplicada por ésta. La STC 136/1999 concedió el amparo a los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por entender que la norma aplicada al caso, el antiguo art. 174 bis.a CP, era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Llegó a esta conclusión después de examinar el

³⁸⁶ AGUADO CORREA, TERESA, 1999, p. 25; DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, ps. 29 y 283; GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, 2003, p. 29.

³⁸⁷ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, ps. 32, 39-52 y 284.

precepto penal desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, interpretándolo en clave constitucional.³⁸⁸

En España, y al igual que en la Ley Fundamental alemana, el principio de proporcionalidad no se deriva de manera expresa de la Constitución. Sólo se puede derivar de algunos de sus preceptos. Sin embargo, tuvo entrada en la doctrina del TC y se consagró como un principio con raíces constitucionales.³⁸⁹ Hasta aquí, se trata de un principio que se reconoce sin discusión en la doctrina.³⁹⁰ El problema se produce a la hora de precisar cuáles son los artículos de la Constitución que contienen implícitamente al principio de proporcionalidad.³⁹¹

Hasta el momento, queda claro que uno de los modos para analizar la legitimación tanto de la norma de conducta como de la norma de sanción, de perspectiva constitucional, es el derivado de la aplicación del denominado principio de prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) o principio de proporcionalidad en sentido amplio (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). Ello, porque parece ser el cauce adecuado para fundamentar y controlar materialmente la constitucionalidad de la intervención penal del Estado³⁹² que trae aparejada una eventual afectación de derechos fundamentales. No obstante ello, también se analizará otra de las alternativas propuesta

³⁸⁸ CUERDA RIEZU, ANTONIO, 2002, ps. 237-238 y 243; DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, p. 32; MIR PUIG, SANTIAGO, 2009, p. 1377; GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, 2003, p. 60;

³⁸⁹ CUERDA RIEZU, ANTONIO, 2002, ps. 244-245

³⁹⁰ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, ps. 18 y 289. Según NEUMANN, este principio contaría con reconocimiento unánime en la doctrina. NEUMANN, ULFRID, 2012, p. 202.

³⁹¹ Por ejemplo cfr., AGUADO CORREA, TERESA, 1999, ps. 40, 49, 134 y 276-277. Sobre la discusión referida a la ubicación del principio de proporcionalidad en la CE, ver *ibidem.*, ps. 120-137; CUERDA RIEZU, ANTONIO, 2002, ps. 245-246; MEDINA GUERRERO, MANUEL, 1998, ps. 120-121. También se refieren a esta problemática, entre otros: DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, ps. 72-83; LAMARCA PÉREZ, CARMEN, 2011, ps. 31 y ss.; BARNES, JAVIER, 1998, ps. 19-20; LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 72-75.

³⁹² MIR PUIG, SANTIAGO, 2009, ps. 1361-1362 y 1370.

por ROBLES PLANAS, encaminadas a poner límites y a evaluar la legitimación de la intervención penal.

Como se adelantó, el principio de proporcionalidad configura un modelo argumentativo que permite al juez constitucional determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales y, a la vez, estructurar la fundamentación externa de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad en los casos difíciles de Derecho fundamental.³⁹³

El principio de proporcionalidad en sentido amplio está dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales. Se divide en tres subprincipios y, siempre en relación con la medida legislada, se analiza (1) su *idoneidad*, esto es, que la medida limitadora sea un medio apto para alcanzar un fin legítimo, (2) su *necesidad*, esto es, si la medida bajo examen es la más benigna con el derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención, (3) su *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, si la medida genera más beneficios que perjuicios atendiendo al conjunto de derechos, bienes o intereses en juego, lo que supone realizar un juicio de ponderación entre la intensidad del sacrificio de los derechos y la importancia que reviste en el caso concreto la finalidad que se busca satisfacer con su limitación.³⁹⁴

Es oportuno señalar, como bien lo puso de manifiesto KLUTH y para evitar confusiones terminológicas, que el *BVerfG* y buena parte de la doctrina alemana llaman a este principio normalmente como principio de prohibición de exceso y muy raramente se le denomina principio de proporcionalidad. Ello se debe a que, de manera general, se entiende que el principio de la prohibición de exceso tiene un contenido más amplio del que formaría parte el

³⁹³ Así, LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 44 y 69.

³⁹⁴ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 27-28.

principio de proporcionalidad.³⁹⁵ Sin perjuicio de que el uso de la denominación principio de prohibición de exceso se encuentre más arraigado en la tradición jurídica germana, en España se utiliza, en mayor medida, la denominación del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* que se diferencia de uno de los subprincipios que lo componen. A saber, la proporcionalidad *en sentido estricto*. En consecuencia, en este trabajo se utilizará la segunda designación. En adelante, se lo llamará sólo principio de proporcionalidad.

A continuación, se podrían desarrollar distintos aspectos de interés con relación al principio de proporcionalidad como p. ej., su naturaleza jurídica; cuál es el tipo de juicio (empírico y/o normativo) que se lleva adelante en los tres subprincipios, la vinculación habitual que se realiza de distintos principios políticos criminales, así como las ideas de merecimiento y necesidad de pena como parte integrante del principio de proporcionalidad, la perspectiva (*ex ante* o *ex post*) según la cual se tendría que realizar el juicio de los tres subprincipios que lo integran, las personas que se encuentran bajo su órbita, cuál es el alcance o intensidad del control de constitucionalidad por parte del TC. Pero un análisis de estos aspectos implicaría un apartamiento momentáneo del núcleo del presente trabajo y hasta quizás tedioso para el lector familiarizado con estos temas. Razón por la cual, y a continuación, sólo se harán unas breves consideraciones a la posición que se sigue en este trabajo para, luego, dar paso a la concreción de dicho principio en el delito de acuerdos abusivos.³⁹⁶

³⁹⁵ KLUTH, WINFRIED, 1998, ps. 219-220 nota 1.

³⁹⁶ Para profundizar en los temas reseñados, y para mayores referencias bibliográficas, cfr., BARNES, JAVIER, 1998, ps. 16, 20-22, 29 y 44-45; GALETTA, DIANA-URANIA [IA], 1998, ps. 85 y 109; DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, ps. 24-26, 56-58, 157-163 y 283-295; AGUADO CORREA, TERESA, 1999, ps. 57, 114, 140, 147-148, 165, 193, 217-220, 232, 239-241 y 307; MIR PUIG, SANTIAGO, 2009, ps. 1361-1363, 1370-1373 y 1378; EL MISMO, 2011, p. 127; GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, 2003, ps. 15, 71-77, 80, 100, 106-107, 118-127 y 142; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN A., 1998, ps. 160-162 y nota 3, 175-178, 180-188; NEUMANN, ULFRID, ps. 204-205 y 211; LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 44, 50, 69, 238-241, 436, 553-558, 584-589 y nota 87, 561-578, 593-605; KLUTH,

Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, ante la colisión de dos principios y a los fines de llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión de ALEXY. Se lleva a cabo un juicio de naturaleza normativa. En cambio, en los subprincipios de idoneidad y de necesidad se siguen con relación a las posibilidades fácticas.³⁹⁷ Así, son esencialmente empíricos pero no absolutamente empíricos. En otras palabras, si bien es indudable que las bases de estos juicios están conformados por premisas empíricas, no se considera posible despojarlas de un mínimo de normativismo como sucede, *v.gr.*, en el juicio de necesidad en el que se debe tomar una decisión (juicio de valor) acerca de si los medios alternativos son igualmente idóneos a los medios legislados o si los primeros son menos lesivos -o no- que los segundos.

Considero adecuado vincular en forma directa distintos principios político criminales (exclusiva protección de bienes jurídico-penales, lesividad, intervención mínima: subsidiariedad o *última ratio* y fragmentariedad, principios de necesidad de pena) con el principio de proporcionalidad ya que esta conexión les brinda a los primeros una cobertura legal más sólida de la que anteriormente carecían. En otras palabras, aquellos principios político criminales ganarían así una base jurídico-positiva de naturaleza constitucional.

A mi juicio, se tendría que abordar el análisis del principio de proporcionalidad y sus correspondientes subprincipios no sólo desde una perspectiva *ex ante* sino, también, *ex post* y de naturaleza objetiva. Y para sostener esta afirmación parto de la siguiente idea: cuanto más intensa sea la intervención legislativa en un derecho

WINFRIED, 1998, ps. 223-231; CLÉRICO, LAURA, 2009, ps. 40, 43, 65, 107, 148-149 y notas 147, ps. 150-151 y nota 156 y 164; HASSEMER, WINFRIED, 2012, ps. 193-196; LAMARCA PÉREZ, CARMEN, 2011, ps. 35-36, 61-62, 69, 78, 93-95; ALEXY, ROBERT, 1993, ps. 112-113 y 527-529; SCHÜNEMANN, BERND, 2012, ps. 67-68; SEHER, GERHARD, 2012, p. 130; MEDINA GUERRERO, MANUEL, 1998, ps. 133-141; FASSBENDER, BARDO, 1998, p. 71; CUERDA RIEZU, ANTONIO, 2002, p. 248; BASTRESS, ROBERT M., 1998, ps. 253.

³⁹⁷ ALEXY, ROBERT, 1993, ps. 112-113.

fundamental (*máxime* cuando está en juego la libertad de un ciudadano), tanto más intenso tendría que ser su control por parte del TC. Esta idea obedece a la sencilla razón de considerar la naturaleza especialmente aflictiva y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal que reclaman la utilización de un *test* de constitucionalidad más exigente³⁹⁸ en lo que a la perspectiva de análisis se refiere.

De este modo, el TC podría incorporar los estudios empíricos sobre la eficacia de la medida o sobre eventuales repercusiones negativas de la misma. Esta información sería necesaria para establecer eventuales discrepancias con el pronóstico efectuado por el legislador y los efectos reales de su intervención, así como la posible existencia de medios alternativos para ponderar el grado de certeza de las premisas empíricas que se alegan en respaldo de la intervención legislativa.³⁹⁹

Caso contrario, ¿sería justo conservar una medida (por ejemplo, privativa de libertad) que, con el transcurso del tiempo y los conocimientos disponibles del momento, se demuestre ineficaz, innecesaria (menos idónea que otros medios alternativos y más perjudicial) y/o cuyos costes sean mayores que sus beneficios? En mi opinión, si alguno de estos elementos se llegara a demostrar suficientemente, no tendría que haber ningún obstáculo para que el TC declarara, haciendo uso de los conocimientos actuales, dicha medida inconstitucional por ser desproporcionada.

Con respecto a las personas que estarían bajo la órbita del principio de proporcionalidad, hay un amplio consenso en la doctrina en el sentido de que este principio se irradia tanto al poder ejecutivo como legislativo y judicial, esto es, a todos los poderes del Estado. De igual modo, se afirma que el principio de proporcionalidad no sólo tendría aplicación en relación al Derecho penal y procesal penal sino que sus efectos se trasladan a cualquier intervención

³⁹⁸ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 553-554.

³⁹⁹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 587-589 y nota 87.

jurídica del Estado, con independencia de la rama del ordenamiento que se trate.

Si bien comparto la opinión inicial de que la vía por la que se puede intentar poner un contrapunto de racionalidad es mediante un control de constitucionalidad de las leyes penales articulado por el principio de proporcionalidad, a diferencia de la jurisprudencia del TC y de la doctrina quizás mayoritaria, propongo un control que vaya más allá del umbral mínimo de evidencia.⁴⁰⁰

De igual modo, comparto la idea de que, dadas las particularidades innatas del Derecho penal y las graves consecuencias que su aplicación acarrea a los ciudadanos, se tendría que aplicar un control de constitucionalidad de las leyes penales más exigente que el actual. En esta línea, se sigue a LOPERA MESA pero con algunas diferencias personales de fondo.

Efectivamente, la diferencia sustancial es que, en vez de exigir un control material intensivo como el propuesto por la autora sobre la base de premisas demostradas con suficiente grado de probabilidad, aquí se propone un control intermedio, esto es, un control de justificabilidad o defendibilidad. Ello, porque considero que exigirle seguridad o aún probabilidad al legislador, si bien sería lo ideal para resguardar cualquier tipo de vulneración de derechos fundamentales, implicaría la casi anulación de la libre y efectiva tarea legislativa o, cuanto menos, la imposición de serios obstáculos a su labor ya que correría el riesgo de burocratizarse en exceso la toma de decisión sobre aspectos relevantes que, según las circunstancias del caso, podrían exigir un procedimiento más expeditivo y menos rígido.

Así las cosas, y atendiendo a un control intermedio de constitucionalidad, se tendría que indagar si la decisión del legislador se fundó en una apreciación objetiva y basada en la información derivada de las distintas fuentes de conocimiento

⁴⁰⁰ *Ibidem.*, p. 571.

disponibles a los fines de prever, dentro de las mejores condiciones posibles, la idoneidad de la medida adoptada, su necesidad y los beneficios con relación al fin propuesto y evitar así cualquier vulneración ilegítima de un derecho fundamental.

En definitiva, estimo necesario que se exija la diligencia del legislador penal en el estudio de las fuentes de conocimiento sobre la materia de cuya regulación se trata y en la implementación de todas aquellas diligencias previas que fueran útiles y pertinentes para adquirir un mayor conocimiento sobre aquel campo, salvo que la implementación de dichas diligencias acarree un gasto exorbitado o excesivo para el Estado. Este criterio tiene, a mi juicio, un importante precedente en distintas sentencias del *BverfG* y podría ser perfectamente aplicable por el TC.

Es conveniente precisar lo siguiente. No se pretende el mero cumplimiento de una diligencia formal por parte del legislador sino, por el contrario, de una diligencia de naturaleza material. Para ello, y entre otras condiciones, se deberá exigir la distribución de las cargas de argumentación y de la prueba tanto en cabeza del impugnante como del propio legislador, la perspectiva de análisis *ex post* del principio (además de la perspectiva *ex ante*), la exigencia de respaldo probatorio de las premisas empíricas en los juicios de idoneidad y necesidad a partir del conocimiento científico disponible y la posibilidad de aportar las pruebas que fueran de utilidad durante el procedimiento de inconstitucionalidad.

A continuación, y fundamentalmente desde la concepción sostenida por la doctrina mayoritaria, se analizará el delito de acuerdos abusivos a la luz del principio de proporcionalidad.

2. Concreción en el art. 291 CP

El modelo de aplicación del principio de proporcionalidad al control de constitucionalidad de las leyes penales que se sigue en este trabajo es, con las diferencias destacadas previamente, el propuesto

por LOPERA MESA,⁴⁰¹ apoyado en la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY,⁴⁰² la que le sirve de fundamento.⁴⁰³

El uso de un modelo de estas características obedece a la necesidad de utilizar una herramienta dogmática más refinada que, en principio, sea lo más completa posible para analizar una situación tan delicada como lo es la decisión acerca de la legitimidad de un precepto penal. No obstante el grado de complejidad del mismo, su uso permite brindar una explicación racional de la razón por la cual se determina que un precepto debe ser considerado legítimo o

⁴⁰¹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006.

⁴⁰² ALEXY, ROBERT, 1993, ps. 25, 35, 39 y 81- 89 y nota 32, 91-103; 11-113; 130 y ss., 159-161, 166-167, 550; EL MISMO, 2002, ps. 13, 26-47 y nota 79, 40-43, 54-56 y nota 100, 64-65; EL MISMO, 2007, ps. 46-47 y 56-64. Como se conoce, la teoría jurídica general de ALEXY se refiere a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana. Precisamente, ALEXY brinda una descripción breve de la gran importancia que han adquirido los derechos fundamentales en Alemania, al decir que la historia de los derechos constitucionales, en ese país y en la segunda mitad del siglo XX, es la historia de su expansión. Uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales es la distinción que se realiza entre *principios* y *reglas*. Y los fundamentos de la teoría de los principios sostenida por el autor, y de gran importancia para este trabajo, son la denominada *ley de colisión*, ley de ponderación y fórmula del peso que le sirve de complemento a las primeras dos. Con respecto a la ley de la ponderación, ALEXY propone atender a distintas variables: el peso de la intensidad de la afectación de un principio en concreto, el peso de la importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger (justificar) en concreto, el peso en abstracto de cada una de estas variables y, finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención.

⁴⁰³ Varios autores han destacado la importancia de la teoría de ALEXY en el análisis de la legitimidad en el Derecho penal y, específicamente, en el TC. Así, p. ej., LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 101. La autora describe en su trabajo la teoría de ALEXY, principalmente, en las ps. 91 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, 2009, p. 1376; GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, 2003, ps. 82 y 106-107; GARCÍA MANRIQUE, RICARDO, 2007, ps. 18-19; DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., 2007, p. 288; LAMARCA PÉREZ, CARMEN, 2011, p. 35. En Argentina, se hace expresa mención y aplicación a la teoría de ALEXY por parte de la Cámara de Acusación de Córdoba en la sentencia n° 49, de fecha 29 de octubre del 2010, actuaciones caratuladas «Bondone, Benjamín Pablo y otros p.ss.aa. Administración fraudulenta calificada», expediente B-20/08, voto del magistrado Pérez Barberá. En igual sentido, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en especial el caso «Aguirre Domínguez», sentencia n° 76, del 11 de diciembre de 1997.

ilegítimo y, por lo tanto, se reduce en mayor medida el margen de discrecionalidad del operador jurídico. Por otra parte, hay que destacar que la literatura jurídica hace referencia a los supuestos criterios que se tendrían que utilizar para valorar, p. ej., el principio de proporcionalidad en sentido estricto pero difícilmente establece cómo debe llevarse adelante su vinculación o conexión para resolver la ponderación que en este nivel se realiza. Por el contrario, creo que el modelo de LOPERA MESA, sobre las enseñanzas de ALEXY y con las diferencias aquí establecidas, permitiría dar un paso más en esta labor ya que pretende establecer dicha conexión de manera más racional y adecuadamente fundada.

El presupuesto de partida para la aplicación del principio de proporcionalidad en este trabajo es la vigencia del art. 291 CP que define una conducta como prohibida (imposición de acuerdos abusivos) y a la que se le asigna una determinada sanción (prisión de 6 meses a 3 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido), donde se produciría una colisión entre aquellas razones que están en contra y a favor de la intervención penal en este particular contexto económico.

2.1.A. Razones *prima facie* en contra de la intervención penal

2.1.A.1. Razones *prima facie* en contra de la intervención penal en el ámbito de la norma de conducta

En primer lugar, se verificará si la norma se opone a lo dispuesto en un precepto constitucional, esto es, si se puede catalogar como una intervención en algún derecho fundamental, en tanto podría incidir

negativamente sobre posiciones que *prima facie* se adscriben a una disposición de derecho fundamental.⁴⁰⁴

En esta línea, sería plausible afirmar que la conducta prohibida por el art. 291 CP afectaría *prima facie* la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE, ya que limitaría la libertad de actuación de los socios mayoritarios de una sociedad mercantil, quienes intervienen en este contexto en ejercicio de un derecho y por medio de un mecanismo legal y expresamente previsto por la ley como lo es el principio democrático de la mayoría. Esta afectación se produciría al impedirse u obstaculizarse la adopción y/o ejecución de determinadas decisiones sociales que podrían ser beneficiosas para el desenvolvimiento de la empresa y, en consecuencia, para los socios en general.

2.1.A.2. Razones *prima facie* en contra de la intervención penal en el ámbito de la norma de sanción

Seguramente, la colisión más visible entre derechos fundamentales y ley penal se produce en relación con las penas que se conminan en abstracto, ya que éstas representan una intervención directa en aquellos bienes cuya privación define el tipo de pena en cuestión como, *v. gr.*, la libertad en el caso de la pena de prisión o la propiedad en el caso de la pena de multa. Además, algunas penas, en concreto la de prisión, comportan una afectación necesaria de otros derechos como consecuencia del régimen jurídico que disciplina su ejecución o representan una amenaza para otros derechos en razón de su excesiva duración o de las condiciones reales en que se lleva a cabo dicha ejecución. Finalmente, todas las penas comportan un juicio de reproche ético-social que se proyecta sobre el condenado y que se traduce, desde un punto de vista iusfundamental, en una intervención directa y singularmente grave en su derecho al honor, así como en la amenaza de otras posiciones

⁴⁰⁴ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 264.

iusfundamentales que pueden verse afectadas por el efecto estigmatizador de la pena.⁴⁰⁵

En relación a las penas previstas en el art. 291 CP (prisión y multa), la pena de prisión conlleva la restricción de la libertad ambulatoria del condenado y representa una intervención directa en una posición iusfundamental especialmente significativa que se adscribe al art. 17.1 CE, pues priva de un bien que es condición necesaria para la mayoría de las esferas de libertad de actuación.

Pero además del bien libertad ambulatoria se añaden otros muchos elementos de aflicción física y psicológica que son, en buena medida, insuprimibles y, asimismo, la intervención sobre otros derechos fundamentales (por ejemplo, intimidad personal y familiar, derecho de propiedad, secreto de las comunicaciones postales, etc.) cuyo ejercicio se ve impedido o dificultado debido a la obligada permanencia del individuo en una institución total en la que está sometido a una severa vigilancia, a múltiples privaciones y a una disciplina especialmente estricta.⁴⁰⁶

Debido a que la limitación de estos derechos también constituye un elemento que se incorpora al contenido aflictivo de la pena de prisión, tal circunstancia habría de ser tomada en cuenta al momento de examinar la justificación constitucional de una decisión legislativa y, de este modo, determinar con mayor precisión los costes que comporta el recurso del legislador a esta clase de sanción.⁴⁰⁷

Para LOPERA MESA, las amenazas a derechos fundamentales sólo habrán de ser consideradas intervenciones siempre que exista una razonable probabilidad de que se desencadene el efecto que constituye la amenaza y, como resultado del mismo, se produzca la afectación del respectivo derecho. Aquí, destaca el problema

⁴⁰⁵ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 297 y 299.

⁴⁰⁶ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 300-305.

⁴⁰⁷ *Ibidem.*, ps. 300-305.

relativo a si este tipo de intervenciones pueden ser tenidas en cuenta en el juicio abstracto de constitucionalidad de la ley penal. Se afirma que el *BVerfG* parece haber admitido dicha posibilidad en el fallo Kalkar. Ahora bien, existen importantes dificultades para concretar este tipo de intervenciones y, por ello, también se dice que el juicio abstracto de constitucionalidad no sería idónea para determinar dichas consecuencias, salvo en aquellos casos en los que la amenaza al derecho fundamental alcance un considerable grado de generalidad y se disponga de conocimientos científicos que acrediten la probabilidad de que se produzca la afectación del derecho. Tal podría ser el caso de las secuelas en la salud síquica y, con ello, en la integridad personal del penado, coste que debería ser incluido en la columna de las razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad de las normas legales que establecen penas privativas de libertad de larga duración.⁴⁰⁸

En el caso de la pena de multa, se configura una intervención en el derecho de propiedad regulado en el art. 33.1 CE, el cual representa una garantía integral del patrimonio frente al poder público.

Por último, la pena implica un claro reproche ético-social y una importante carga estigmatizante sobre el condenado. El estigma representa un elemento profundamente desacreditador para el socio mayoritario que dificulta su aceptación social y, por tanto, incide negativamente en todos sus ámbitos. Afecta su reputación, la cual forma parte del ámbito protegido por el derecho al honor, a la vez constituye uno de los cimientos sobre los que se apoya el respeto propio. Así, la intervención en el derecho al honor que resulta de la carga estigmatizante del castigo viene a sumarse a las demás posiciones iusfundamentales que se ven afectadas por el tipo de sanción a través de la cual se manifiesta el reproche penal.⁴⁰⁹

En el caso del art. 291 CP se debe analizar una circunstancia particular consistente en que el legislador, a diferencia de otros preceptos penales en lo que sólo se establece un tipo de pena o

⁴⁰⁸ *Ibidem.*, ps. 306-308.

⁴⁰⁹ *Ibidem.*, 2006, ps. 316-322.

varias penas en forma acumulativa, decidió conminar en abstracto y de modo alternativo las penas de prisión o multa.

Si la opción del legislador hubiera sido regular penas acumulativas, sería lógico pensar que se tendrían que tener en cuenta todas las posiciones de derecho fundamental que se vieran afectadas por cada una de las penas previstas por el legislador. Pero éste no es el caso del delito de acuerdos abusivos. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad tendría que abordarse por separado respecto de cada uno de los tipos de pena previstos por el legislador. Luego de realizar la correspondiente adscripción *prima facie* de las posiciones iusfundamentales afectadas por cada tipo de pena, habría que examinar por separado la constitucionalidad de cada una de las previsiones sancionatorias. Si ambas superan el *test* de proporcionalidad, ambas serán ratificadas y el juez podrá elegir una u otra. Si una de ellas no lo hace, se deberá declarar inconstitucional, quedando en pie sólo la sanción alternativa. Si ninguna supera el *test*, se deberá declarar la inconstitucionalidad de la norma penal enjuiciada.⁴¹⁰

Hasta aquí queda claro que, en relación al art. 291 CP, se tendrá que atender, por un lado, a la restricción en la libertad de actuación para el socio mayoritario derivada de la prohibición normativa contenida en el delito de acuerdos abusivos y protegida por el art. 38 CE (libertad de empresa) y, por el otro, a la restricción del derecho de libertad ambulatoria protegida por el art. 17.1 CE o a una vulneración al derecho de propiedad protegida por el art. 33.1 CE. Éstas últimas, como consecuencia de la conminación de las sanciones contenidas en el precepto penal.

2.1.B.1. Razones *prima facie* a favor de la constitucionalidad de la intervención penal

⁴¹⁰ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 324-325.

Acto seguido, se tratará de determinar cuál es el fin (o fines) de la intervención penal y si estos cuentan con un mínimo peso que los avale y les permita situarse al otro lado de la balanza a efectos de plantear una colisión entre razones *prima facie* de signo contrario.⁴¹¹

Antes de seguir, es conveniente destacar que no se puede soslayar que, en los últimos veinte años, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, no ha dejado de acentuar su crisis. Se afirma que dicha crisis surgió, en realidad, tan pronto como la doctrina del bien jurídico hubo de afrontar la realidad de los nuevos procesos de criminalización para los que no estaba preparada.⁴¹² No obstante, y sin perjuicio de las innumerables críticas que se han perfilado en contra de la teoría del bien jurídico, no parece aún posible, debido al estado actual de la discusión, prescindir de la noción de bien jurídico. Sin ir más lejos, el mismo TC se refiere a la determinación previa del bien jurídico como un *prius* lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en exceso (STC 111/1993).⁴¹³ También en la exposición de motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se hizo referencia a la idea de bien jurídico.

Desde otra perspectiva, el TC sostuvo en la sentencia 55/1996 que aquellos supuestos bienes que estuvieran referidos a fines constitucionalmente proscritos estaban expresamente excluidos (*v.gr.*, un precepto que prevea la pena de muerte) o fueran socialmente irrelevantes.

En esta línea, y atendiendo al art. 291 CP, el bien jurídico es de carácter individual y referido al patrimonio de los socios minoritarios y dicho bien no se encuentra ni proscrito por la CE ni, *a priori*, puede ser catalogado de socialmente irrelevante porque

⁴¹¹ *Ibidem.*, ps. 326-327.

⁴¹² SILVA SÁNCHEZ JESÚS M., 2010, ps. 501-502.

⁴¹³ AGUADO CORREA, TERESA, 1999, p. 141.

pretende proteger un derecho fundamental consagrado en el art. 33.1 CE. Por ello, no parece posible sostener que, en una primera aproximación, éste sea un fin ilegítimo.

En definitiva, los términos de la colisión entre las razones que *prima facie* operan tanto en contra como a favor de la constitucionalidad de la intervención legislativa serían los siguientes. Por un lado, y *en contra*, (1) la restricción a la libertad de empresa tutelada por el art. 38 CE, (2) la restricción al derecho de libertad ambulatoria protegida por el art. 17.1 CE o una vulneración al derecho de propiedad protegida por el art. 33.1 CE. Por el otro lado, y *a favor* de la intervención penal, (3) la protección del derecho de propiedad protegido por el art. 33.1 CE.⁴¹⁴

2.2. Subprincipios del principio de proporcionalidad

Una vez definidos los términos de la colisión entre las razones *prima facie* que operan tanto en contra como a favor de la constitucionalidad de la intervención legislativa, es posible aplicar los tres subprincipios que conforman la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴¹⁵

2.2.1. Idoneidad

En este apartado lo que se intenta establecer es si el medio legislado es idóneo para contribuir al logro del fin que se pretende. En este subprincipio es preciso destacar la importancia que tienen las premisas empíricas, esto es, el carácter empírico de la relación de causalidad que debe existir entre la norma objeto de control y su

⁴¹⁴ Indudablemente, el resultado sería otro si las variables que se adoptaran fueran distintas a las que se eligieron en este trabajo.

⁴¹⁵ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 387.

finalidad. Para ello, habrá que determinar cuál sería la idoneidad tanto de la norma de conducta como de la norma de sanción.

En el caso de la norma de conducta, se pretende establecer si la conducta definida en el tipo penal tiene la virtualidad de afectar al bien jurídico que opera como fundamento de la intervención penal.⁴¹⁶ Con respecto al art. 291 CP, es posible concluir que la imposición de un acuerdo abusivo prevaleciendo de una situación mayoritaria podría efectivamente lesionar el patrimonio de los socios minoritarios.

Mientras que, en el caso de la norma de sanción, se pretende precisar si la amenaza de pena es idónea para, fundamentalmente, disuadir la realización de la conducta prohibida⁴¹⁷ que tiende a proteger el patrimonio de los socios minoritarios y estabilizar a la sociedad por la comisión de este tipo de delitos. En este ámbito de estudio, se producen indudables problemas empíricos para recabar la información pertinente a los fines de poder evaluar adecuadamente si se cumplió -o no-, después de más de 19 años desde su entrada en vigor, con la finalidad de disuasión de la conducta prohibida por el delito de acuerdos abusivos. En realidad, más allá de la creencia común y generalizada de la mayor eficacia del Derecho penal, existe una dificultad clara que prácticamente impide verificar mediante investigación empírica la eficacia preventiva que despliegan las sanciones penales.⁴¹⁸ Ello implica reconocer que la decisión del legislador, muy probablemente, partió de premisas inseguras aunque no del todo carentes de cierto sustento racional.

A partir de una perspectiva de análisis *ex post*,⁴¹⁹ y debido a la falta de tiempo material, recursos económicos, humanos y de conocimientos en otras áreas científicas, no es posible evaluar

⁴¹⁶ *Ibidem.*, ps. 392-393.

⁴¹⁷ *Ibidem.*, ps. 409-410.

⁴¹⁸ *Ibidem.*, p. 420.

⁴¹⁹ Como la que aquí se sigue, conjuntamente con la perspectiva *ex ante*.

empíricamente si, transcurridos más de 19 años desde su vigencia, la prohibición de la conducta de imposición de acuerdos abusivos, según la posición mayoritaria, es idónea para prevenir la comisión de este tipo de delitos. Pero sí considero posible afirmar que, teniendo en cuenta la carencia de información empírica y sobre la base del termómetro de la opinión pública y de medios de comunicación, el delito de acuerdos abusivos no requiere *a priori* de una estabilización social. Sin ir más lejos, en la actualidad, los delitos que más repercusión social tienen están alejados de la esfera del art. 291 CP. En esta línea, además de los injustos clásicos del Derecho penal nuclear (por ejemplo, homicidios, delitos sexuales, hurtos, robos), es común leer o escuchar en distintos medios de comunicación la repercusión social de determinados delitos, p. ej., contra la administración pública y la hacienda pública en los cuales están involucrados funcionarios públicos, políticos y/o artistas, entre otros.

Desde una perspectiva *ex ante* y partiendo del control intermedio de constitucionalidad propuesto en este trabajo (justificabilidad o defendibilidad), debe exigirse una diligencia material por parte del legislador a la hora de decidir la adopción del medio de control fundado en una apreciación objetiva, en la información derivada de las distintas fuentes de conocimiento disponibles en aquél momento y en la implementación de todas aquellas diligencias previas que fueran útiles y pertinentes para adquirir un mayor conocimiento sobre aquél campo, salvo que la implementación de dichas diligencias acarreen un gasto exorbitado o excesivo para el Estado.

Desde esta perspectiva, no se advierte ni en la exposición de motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, ni en el anteproyecto a la misma ni en los debates legislativos que se hubieran adoptado las medidas necesarias para prever, en las mejores condiciones posibles, si la norma del art. 291 CP sería idónea para la satisfacción del fin pretendido.⁴²⁰ Esto es, no se

⁴²⁰ Así, cfr. DSS n° 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, ps. 45-46.

esgrimieron argumentos en dicha exposición de motivos ni se hizo una remisión a estudios empíricos previos. Esta situación, *prima facie* poco diligente del legislador, brindaría argumentos en contra de la supuesta idoneidad de la medida al momento de su adopción y podría allanar el camino para considerar que el art. 291 CP se podría haber sancionado exclusivamente con una orientación a la producción de meros efectos simbólicos y no en cumplimiento de la diligencia debida para estos casos, sobre la base de estudios científicos de factibilidad que debieron acompañar todo proyecto de ley.

Tomando como base lo expuesto, siempre que se creyera correcto lo dicho previamente y llevándolo hasta sus últimas consecuencias, alguien podría pensar que, en el plano descriptivo, una de las posibles consecuencias previstas por el legislador penal al momento de crear el delito de acuerdos abusivos haya sido, por lo menos en parte, la de generar, en la colectividad o en una porción importante de la misma, una ética societaria hasta entonces inexistente. Se trataría de lo que, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, podría catalogarse de la teóricamente denostada, pero drásticamente bien recibida desde el poder, función promocional del Derecho penal.⁴²¹ En esta línea, el art. 291 CP podría correr el riesgo de desempeñar en el futuro una función meramente simbólica⁴²² y, en conexión con ello, haber cumplido en un momento histórico determinado una función de satisfacción de necesidades de psicología social.⁴²³

En definitiva, al hablar de la idoneidad del art. 291 CP cabe preguntarse lo siguiente. ¿El medio elegido por el legislador es objetivamente inadecuado para promover el fin perseguido?⁴²⁴ En

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2002, ps. 298-303.

⁴²² SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2002, ps. 304 y ss. Función simbólica que es rechazable pues, a corto plazo, cumple funciones educativas/promocionales/ de integración, y, a largo plazo, redundando incluso en una pérdida de fiabilidad del ordenamiento en su conjunto, bloqueando las funciones instrumentales del mismo. *Ídem.*, p. 307.

⁴²³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2002, ps. 307 y 308.

⁴²⁴ Posiblemente una información que podría ser de utilidad, pero que no es posible contar en este trabajo, sería un estudio estadístico que pudiera evaluar el

mi opinión, no es posible afirmar que, tanto con los conocimientos existentes al momento de la adopción de la medida legislativa como con los actuales, la prohibición contenida en el delito de acuerdos abusivos sea inadecuada o inidónea para proteger el patrimonio de los socios minoritarios. Tampoco es posible concluir, a falta de información empírica suficiente, si dicho medio puede contribuir al resultado deseado.

Para finalizar, si bien se advierte una posible falta de diligencia en el legislador a la hora de agotar la información científica en este campo y de desplegar las medidas necesarias para recabar dicha información al momento de adoptar la medida enjuiciada, no sería posible concluir que empíricamente el recurso al Derecho penal en el delito de acuerdos abusivos sea inidóneo.⁴²⁵ Esta conclusión implica que se tendrá que proseguir con el *test* de proporcionalidad y avanzar hacia el siguiente subprincipio (necesidad).

2.2.2. Necesidad

Mediante el subprincipio de necesidad lo que se busca establecer es si la medida penal bajo examen es la más benigna con respecto al derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención. En otras palabras, se realiza una comparación entre la medida juzgada y otras medidas alternativas atendiendo a dos parámetros: su idoneidad con relación al fin legislativo y su menor

número de demandas civiles por impugnación de acuerdos sociales con anterioridad a la vigencia del art. 291 CP y con posterioridad a la misma, así como la evolución cuantitativa de las denuncias penales y casos juzgados desde el año 1995 en adelante a los fines de demostrar si la prohibición normativa contenida en el delito de acuerdos abusivos implicó o no un descenso de la conducta que se pretendía evitar. A este tipo de evaluaciones contribuye, precisamente, un análisis *ex post* del problema.

⁴²⁵ A mi juicio, y al margen de las dudas que se pudieran plantear a partir de la implementación de un control intermedio de constitucionalidad como el aquí propuesto, la situación analizada en relación al art. 291 CP sí aprobaría un control débil o de mínimos.

lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. En primer lugar, se tendrá que realizar una búsqueda de los distintos medios alternativos a la medida penal. En segundo lugar, se tendrá que comparar los medios alternativos con la medida penal bajo la óptica de su mayor idoneidad y menor lesividad. Por último, se tendrá que establecer cuál resultaría más eficiente de todas ellas.⁴²⁶

Al igual que se hiciera con el subprincipio de idoneidad, se requiere no sólo de una perspectiva de análisis *ex ante* sino, también, de una evaluación *ex post* que permita utilizar todos los medios de conocimiento disponibles al momento actual. Asimismo, será preciso realizar el análisis de este subprincipio distinguiendo la norma de conducta de la norma de sanción.

Las preguntas que aquí se tendrán que responder son las siguientes. ¿El mecanismo de impugnación civil de acuerdos sociales era o es igual o más eficiente que la medida penal prevista en el art. 291 CP?⁴²⁷ ¿El mecanismo de impugnación civil de acuerdos sociales era o es menos lesivo que la medida penal prevista en el art. 291 CP?

2.2.2.1. Norma de conducta

En el ámbito de la norma de conducta, la doctrina menciona la idea de fragmentariedad del Derecho penal en referencia a la búsqueda de alternativas de tipificación que restrinjan el ámbito de lo prohibido sólo a aquellas conductas que más gravemente lesionen o representen un mayor peligro para el bien jurídico, con el fin de limitar la disminución de libertad que comporta la tipificación penal de una conducta sólo al mínimo necesario para cumplir con la

⁴²⁶ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 27-28 y 433-434. BACIGALUPO reconoció que naturalmente era posible *discutir sobre la necesidad de esta penalización*. BACIGALUPO, ENRIQUE, 2009, p. 1244.

⁴²⁷ El distinto uso de los tiempos verbales (era/es) denotan la perspectiva de análisis que se utiliza (*ex ante/ex post*).

finalidad de tutela. Ello implica, por un lado, que no todos los bienes jurídicos deben ser bienes jurídicos penales, y, por el otro, que no todas las modalidades de agresión a un bien jurídico deben ser penalmente relevantes.⁴²⁸

En este momento, se trata de establecer si la protección del bien jurídico requiere introducir la regulación de la conducta establecida por el legislador o si la misma finalidad puede alcanzarse a través de una plena liberalización de la actividad objeto de prohibición.⁴²⁹ Desde mi punto de vista, no es viable una plena liberalización de la actividad societaria sino que, por el contrario, se requiere un mecanismo de control determinado en el seno de las sociedades mercantiles. Por eso, cabe preguntarse si existe un mecanismo de control y si, en consecuencia, era o es necesario contar con una prohibición penal en dicho contexto económico.

La selección del medio alternativo a la medida penal adoptada por el legislador se realiza aquí partiendo del que se considera, *a priori*, uno de los medios más relevantes de control en este campo, el mecanismo de impugnación civil de acuerdos sociales (arts. 204 y ss. LSC).⁴³⁰

No obstante, otro medio de control sería por vía de la demanda civil por abuso del Derecho (art. 7.2 CC). El motivo por el cual muchos autores preferían plantear la cuestión como abuso del Derecho, en lugar de hacerlo como de lesión de intereses sociales, radicaba en que esta última constituía, con la normativa anterior, un supuesto de anulabilidad del acuerdo y el ejercicio del derecho de impugnación

⁴²⁸ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 450-451. SILVA SÁNCHEZ también considera que el principio de fragmentariedad puede concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad. SILVA SÁNCHEZ JESÚS M., 1992, p. 267.

⁴²⁹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 452.

⁴³⁰ El régimen de impugnación es considerado *esencial* para la correcta configuración del gobierno de las sociedades por parte de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

estaba sujeto al perentorio término de caducidad de cuarenta días. Por el contrario, el abuso del Derecho constituye una infracción legal y el plazo de caducidad aplicable a la acción de impugnación era notablemente mayor, un año. Por lo menos, esto fue así hasta la sanción de la ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Con la nueva redacción, se eliminó la distinción entre acuerdos nulos y anulables y se amplió el plazo temporal para poder impugnar los acuerdos contrarios a los estatutos y al interés social (un año), con la única excepción de los acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido sean contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles.

Paradójicamente, se trata de un medio alternativo que ya estaba en pleno uso y vigencia a la sanción de la LO 10/1995 que reguló el delito de acuerdos abusivos. Con esto se intenta destacar que, desde una perspectiva *ex ante*, le era posible al legislador una actuación diligente a los fines de evaluar las distintas vías de conocimiento científico. Y requerir, para intervenir con la máxima cautela debido a la existencia de un instrumento específico de protección, las medidas que se consideraran útiles y pertinentes para lograr el mayor conocimiento posible de la situación actual de aquél remedio y, así, poder tomar una decisión fundada y evitar cualquier tipo de injerencia en un derecho fundamental.

Con respecto al primer interrogante, y debido a las dificultades empíricas que se plantean en su análisis, se debe adelantar que no se cuenta aquí con los medios ni los recursos precisos para poder concluir si la vía de impugnación civil de acuerdos sociales era igual o más eficiente que la medida legislativa. Ello exigiría contar con estudios científicos en distintas áreas tales como, por ejemplo, sociológicos, criminológicos, estadísticos. No obstante, y desde una perspectiva *ex ante* y atendiendo a un control intermedio de constitucionalidad, sí considero reprochable al legislador el hecho de que no se adoptaran mayores medidas tendentes a obtener la mayor cantidad de conocimiento posible sobre el estado de la

cuestión al momento de tomar la decisión sobre la sanción del art. 291 CP.

Mayores medidas en el sentido de que ya existía un mecanismo de control alternativo al Derecho penal y que, por lo tanto, la decisión que podría traer aparejada la lesión a un derecho fundamental como la libertad requería, bajo estas circunstancias, una mayor justificación por parte del legislador. Por ello, y al igual que sucediera con el subprincipio de idoneidad, no se advierte en la exposición de motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, ni en el anteproyecto a la misma ni en los debates legislativos que se hubieran adoptado las medidas mínimas para prever, en las mejores condiciones posibles, si el mecanismo de impugnación civil de acuerdos sociales era suficientemente idóneo para la satisfacción del fin pretendido.⁴³¹ Tampoco se encontraron razones concluyentes por las que se decidió implementar el art. 291 CP, aún a pesar de la preexistencia de un mecanismo de control alternativo. En síntesis, no se esgrimieron los argumentos correspondientes ni se realizaron ni evaluaron estudios empíricos previos que avalaran la decisión de sancionar el delito de acuerdos abusivos.

Con respecto a una perspectiva *ex post*, se podría considerar un argumento a favor del legislador penal el hecho de que la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, sostuviera que el régimen de impugnación de acuerdos sociales estaba desactualizado ya que las

⁴³¹ Sin ir más lejos, el senador MARÍN RITE no utilizó ninguna evidencia empírica o estudio científico para tratar de responder o refutar a las enmiendas formuladas en contra del art. 291 CP (en el Anteproyecto art. 294) durante el debate parlamentario previo a la sanción del CP del año 1995. Así, cfr. DSS n° 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, ps. 45-46. Para BACIGALUPO, y desde el punto de vista económico-mercantil, «no es incorrecto, ni mucho menos, establecer una determinada protección para las minorías en la gestión de una sociedad. Sin duda cabría discutir si tal protección debe tener lugar en ámbito del Derecho penal. Pero no ha existido una discusión profunda al respecto y la falta de una verdadera exposición de motivos del Código Penal de 1995 no esclarece este aspecto del problema». BACIGALUPO, ENRIQUE, 2009, p. 1242.

normas que regulaban la materia eran sustancialmente iguales a las de la ley de 1951 y que, según había mostrado la práctica de más de sesenta años, adolecían de notables insuficiencias que la hacían pecar tanto por defecto como por exceso. Concretamente, la comisión de expertos puso de manifiesto que era necesario ampliar la tutela del interés social y de la protección de los derechos de las minorías. Esto es, que uno de los objetivos buscados por la actual redacción de la LSC era maximizar la protección material de los accionistas minoritarios. Para mayores precisiones sobre este argumento cabe remitirse a la primera parte de este trabajo, concretamente al capítulo III referido a la adopción, impugnación de acuerdos sociales e interés social, apartado nº 4.

Como un argumento en contra de la medida penal, se debe destacar la existencia de innumerables opiniones y críticas en la literatura jurídica especializada que subrayan la falta de necesidad (o lo ponen seriamente en duda) del art. 291 CP debido a la preexistencia del mecanismo de protección civil, al supuesto solapamiento de ambos remedios legales o, a la inversa, destacan el buen funcionamiento que, en términos generales, tenía y tiene la impugnación civil de acuerdos sociales para el fin que se pretendía proteger.⁴³²

Si bien se destacó como un posible argumento a favor del legislador penal la advertencia de la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo de que se debía ampliar la protección de los derechos minoritarios, sería un argumento en su contra la actual redacción del art. 204 LSC, en la que se regula que un acuerdo social es lesivo del interés social y, por lo tanto, puede ser objeto de impugnación en aquellos casos en los que, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría en perjuicio de los demás socios. De este modo, y con el objetivo de

⁴³² Se encuentra un ejemplo preciso de lo dicho previamente, en la opinión de MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2011, p. 394. Según él, en la doctrina penalista, se ha proclamado explícitamente la falta de legitimidad de la intervención penal para sancionar la conducta que puede ser ya eficazmente combatida con los medios que dispone el Derecho privado.

maximizar la protección material de los socios minoritarios, la frontera entre ambos medios de protección (penal y mercantil) podría ser todavía más difusa e indeterminada y, por lo tanto, resultaría aún más discutible que la protección penal fuera más eficiente que la mercantil, ya que la última amplía el marco de protección de los socios minoritarios.

No menos importante es recordar que la sanción del art. 291 CP vino precedida por dos enmiendas que propugnaron lisa y llanamente la supresión del delito de acuerdos abusivos. Éstas fueron presentadas por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (nº 74) y por el Grupo Parlamentario Popular (nº 610).

El senador ZUBÍA ATXAERANDIO expresó: «Nosotros entendemos que a través de este artículo se está penalizando algo que no debe ser objeto de penalización. No es un injusto penal la conducta de prevalerse de una situación mayoritaria en una sociedad para imponer acuerdos abusivos a los demás socios con la finalidad de lucrarse. Esos acuerdos siempre y en todo momento podrán ser objeto de impugnación por los procedimientos previstos. Por lo tanto, tipificar tal conducta como delito, sin duda puede provocar -y lo provocaría- graves situaciones en la propia vida ordinaria de las sociedades, favoreciendo...el fomento de querellas societarias entre socios mal avenidos, que no suelen ser pocos, y con fines, en todo caso, siempre espurios a lo que es el propio proceso penal. En consecuencia, estamos -y termino, señor Presidente- ante una conducta que, por supuesto, debe tener consideración, pero que ya la tiene, sin necesidad de incorporarla al Código Penal como tipo delictivo».⁴³³ Por su parte, el senador MOYA SANABRIA apuntó: «En común con el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos en su enmienda 74, pedimos la supresión del artículo 294. Es una enmienda absolutamente clara. Según el Grupo Parlamentario Socialista se pretende proteger a las minorías contra las mayorías. Pero, en cuanto a la protección de la actividad de las sociedades según los acuerdos de las mismas, las minorías están perfectamente protegidas con la legislación correspondiente y no hay por qué buscar una mayor protección. Al buscar esa mayor

⁴³³ DSS nº 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, ps. 41-42.

protección lo que resulta es que el acuerdo de mayorías, adoptado de buena fe y que puede estar sujeto al fracaso, como en el mercado es factible, puede motivar continuas acciones penales. ¿Quién en este país se va a atrever a tomar una decisión por mayoría cuando este artículo esté vigente, a expensas de verse enjuiciado penalmente como autor de un delito? Y, además, insisto, la verdadera pretensión de este artículo queda perfectamente reflejada en el artículo siguiente, el artículo 295, y es cuando esos acuerdos de mayoría se adopten de forma incorrecta, de forma legalmente no permitida. Pero, cuando legalmente está permitida, nada más que hay un trámite, el de impugnación del acuerdo que la legislación correspondiente admite contra el acuerdo del consejo de administración o la junta general».⁴³⁴

En otro sentido, si bien se reconoce que el patrimonio es uno de los bienes jurídicos que adquiere una considerable relevancia para el Derecho penal y así lo demuestran las distintas disposiciones del Derecho penal nuclear (p. ej., hurto, robo, estafas) como del Derecho penal económico (p. ej., retención indebida, administración fraudulenta, imposición de acuerdos lesivos), no se advierte que esté debidamente acreditado que, con el art. 291 CP, se esté protegiendo el modo de ataque más grave para el bien jurídico penalmente protegido: patrimonio de los socios minoritarios (merecimiento de pena) como sí sucede con relación al art. 292 CP.

De igual modo, es importante poner de manifiesto los posibles efectos secundarios lesivos (necesidad de pena) que podría desencadenar tanto el medio alternativo como el recurso penal. Con respecto al mecanismo de control alternativo (impugnación civil de acuerdos), se puede afirmar que no acarrea *per se* consecuencias secundarias perniciosas más allá de la posible duda empírica que pudiera existir sobre si la misma es suficientemente idónea para controlar las conductas irregulares que se producen en una sociedad mercantil. Se trata del mecanismo de control por excelencia en el contexto de las sociedades mercantiles, expresamente previsto para

⁴³⁴ DSS n° 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, p. 44.

este tipo de problemas y con operadores jurídicos más especializados en la materia que los propios jueces penales.

Por el contrario, sí supone una consecuencia secundaria perniciosa el hecho de que, probada *prima facie* la igual idoneidad del medio alternativo, se articulen dos procedimientos (civil y penal) en forma simultánea tendentes a un mismo fin. La práctica indica que, no obstante estudios empíricos y estadísticos que digan lo contrario, resulta habitual que ante un conflicto societario se articulen ambas vías de protección, esto es, se demande civilmente y se denuncie penalmente. Todo lo cual, genera un doble desgaste del poder judicial, mayores recursos humanos y económicos y, sobre todo, una mayor congestión del aparato de protección penal. Ello iría en contra de la idea que ordenaría economizar los recursos públicos del Estado. En el mismo sentido, la vía penal genera mayores consecuencias secundarias lesivas en terceras personas vinculadas al imputado o condenado, *máxime* si éste fuera eventualmente privado de su libertad debido, *v.gr.*, a la carga estigmatizante del proceso penal, del reproche ético-social que no sólo se dirige contra el autor del hecho sino, también y en menor medida, sobre los familiares del mismo, como la pérdida o disminución del contacto familiar.

Asimismo, se deben destacar las denominadas situaciones de abuso del Derecho de los socios minoritarios. Situaciones que ya han sido estudiadas por la doctrina mercantil en relación a la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales y que se vería agravada con la posibilidad de acudir no sólo a la vía civil sino también a la penal.

La doctrina describe brevemente las conductas de la minoría referidas al bloqueo de determinadas decisiones sociales convenientes para el interés social o incluso necesarias para la subsistencia de la sociedad, a actitudes de hostigamiento, de chantaje o también de desinteligencia profunda, la desestabilización del poder, impugnar un acuerdo social con la intención de obtener una ventaja o beneficio extrasocietario o con la pretensión de forzar una negociación con la sociedad para obtener una compensación

patrimonial. En el ámbito de las sociedades cotizadas, la impugnación introduce un elemento de incertidumbre que afecta a su funcionamiento interno y externo pero también y de forma significativa al valor de cotización de sus acciones y obligaciones y, por consiguiente, a los accionistas inversores y al propio mercado de capitales.⁴³⁵

Sin duda, a pesar de la vigencia del art. 291 CP y no obstante que el legislador no lo modificó en la última reforma penal LO 5/2010, no se puede concluir que se haya verificado en la *praxis* la solidez de la decisión que resolvió crear este delito, esto es, la decisión de penalizar este tipo de conductas. Por el contrario, se pone de manifiesto un efecto nocivo derivado del uso abusivo, desmedido y disfuncional del art. 291 CP por parte de los socios minoritarios que, en cierto punto, podrían perjudicar y obstaculizar el normal desenvolvimiento de la sociedad mercantil.

En lo referente a la dimensión positiva o integradora de la pena y con respecto a la circunstancia de pretender reclamar que el medio alternativo tenga exactamente la misma idoneidad que la medida enjuiciada, llevaría a admitir como alternativas a la sanción penal sólo otras medidas que tuviesen una connotación estigmatizante igual a esta última. En otras palabras, equivaldría a concebir que las únicas alternativas posibles a las penas serían las propias penas.⁴³⁶ Y considero que esto sería inadmisibile.

Al respecto, LOPERA MESA sostuvo que, si la eficacia que interesa al Derecho penal es ante todo una eficacia instrumental, vista en términos de capacidad preventiva, y que los efectos simbólicos sólo cuentan en tanto sirvan a la protección real de los bienes jurídicos, allí donde se logre acreditar sobre la base de premisas dotadas de respaldo empírico o donde razonablemente pueda afirmarse que una

⁴³⁵ Así, p. ej., SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, 2000, ps. 126-127 nota 135; ALCALÁ DÍAZ, MARÍA Á., 2006, ps. 110-111; SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, ps. 44-49; BOIZARD citado por ALEGRÍA, HÉCTOR, 1998, p. 376.

⁴³⁶ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 482-483.

sanción extrapenal desempeña similares efectos preventivos a los de la medida enjuiciada, no cabe fundamentar la necesidad de esta última tan sólo apelando a argumentos que señalen que la importancia del bien tutelado sufriría menoscabo si su protección se arbitra a través de mecanismos no penales, o que debe mantenerse la sanción penal para expresar repudio frente a una conducta especialmente nociva. En estas y otras justificaciones de raíz similar se trasluce una utilización puramente simbólica del Derecho penal.⁴³⁷

Por último, los argumentos plasmados previamente serían razones *prima facie* en contra de la legitimidad del delito de acuerdos abusivos. No obstante lo cual, y siempre que al finalizar este análisis se considerara que el art. 291 CP fuera legítimo, estos argumentos serían razones a favor de una interpretación restrictiva del mismo. Interpretación que se fortalece si además se tiene en cuenta que la intervención del Derecho penal implica un mayor grado de lesividad a la libertad de actuación de los ciudadanos, *máxime* cuando empíricamente se presentan serias dudas sobre su efectiva necesidad. Por lo tanto, y según se expondrá en el capítulo II referido a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante, sólo se deberá acudir al art. 291 CP en las situaciones de evidente y manifiesto abuso por parte de la mayoría.

2.2.2.2. Norma de sanción

Con respecto a la necesidad de la norma de sanción, ésta se vincularía con el denominado principio de subsidiariedad del Derecho penal en sus vertientes externa e interna. Así, desde un punto de vista externo (Derecho penal como *ultima ratio*) y siguiendo con la línea de lo desarrollado al evaluar la necesidad de la norma de conducta, se advierte la existencia de un claro mecanismo de control alternativo al Derecho penal configurado por la normativa que regula la impugnación civil de acuerdos sociales.

⁴³⁷ *Ibidem.*, p. 483.

Así, en este contexto, no se le podría reprochar al legislador haber acudido al Derecho penal como *prima ratio*.

En relación con el segundo interrogante planteado,⁴³⁸ tanto desde una perspectiva *ex ante* como *ex post*, el mecanismo de control alternativo de impugnación civil de acuerdos sociales es menos lesivo que el art. 291 CP, en lo que a la pena de prisión se refiere. De igual modo, es menos lesivo el mecanismo alternativo con relación a un eventual reproche ético-social del imputado o condenado y también menor la carga estigmatizante que se deriva del proceso penal. Y, por último, también pareciera ser menos lesivo el medio alternativo de control en cuanto a la pena de multa prevista en el art. 291 CP, ya que ésta incide de manera directa en el patrimonio del socio mayoritario. Mientras que el mecanismo de impugnación no implica necesariamente que se le pueda imponer una indemnización al socio mayoritario sino que las consecuencias jurídicas, si bien de cierta relevancia, apuntarían en otra dirección (por ejemplo, anulación del acuerdo social, suspensión de su ejecución).

No menos importante es afirmar que en el campo de la impugnación de acuerdos sociales que se tramita por vía civil y por medio de un juicio ordinario con pleno respeto a la intervención amplia de las partes y con los mismos derechos para cada uno de ellos durante el trámite del proceso (cuestión muy distinta cuando se plantea el problema entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo), no se advierte ningún desequilibrio manifiesto que amerite una mayor intervención del Derecho penal por encima del Derecho civil como, *v. gr.*, podría suceder si en el proceso penal se respetaran en mayor medida las garantías y derechos del imputado y

⁴³⁸¿El mecanismo de impugnación de acuerdos sociales *era* o *es* menos lesivo que la medida penal prevista en el art. 291 CP?

en sede civil, no.⁴³⁹ Esto es, la intervención civil no implica una pérdida de derechos ni garantías procesales para las partes.

Una situación relevante es la posibilidad real de que los socios u administradores, una vez adoptado un determinado acuerdo social, pudieran dejarlo sin efecto o sustituirlo válidamente por otro (*v.gr.*, art. 204 LSC) o que, una vez iniciado el correspondiente reclamo judicial -impugnación- y siempre que fuera posible eliminar la causa de dicha impugnación, el juez pueda, a solicitud de la sociedad demandada, otorgar un plazo razonable para que aquélla causa pueda ser subsanada (*v.gr.*, art. 207 LSC).

No cabe ninguna duda de que el fondo del problema planteado será resuelto por un juez civil objetivo e imparcial y no por la autoridad administrativa competente.

La consecuencia jurídica que se pudiera imponer en sede civil es indudablemente más leve que la pena de prisión que prevé el art. 291 CP, sin perjuicio de que el legislador haya fijado la pena alternativa de multa.

Es posible solicitar civilmente la imposición de medidas cautelares para evitar la producción de determinados perjuicios o el cese de los mismos. Asimismo, se produce una mayor flexibilidad en relación con las rígidas formas y estructuras de imputación que son propias del Derecho penal. De este modo, la carencia de tipicidad y taxatividad del ilícito civil, la posibilidad de prescindir de la culpabilidad para establecer formas de responsabilidad objetiva y solidaria, así como la inversión de la carga de la prueba son algunas de las principales manifestaciones de la mayor ductilidad del modelo civilista, las cuales aumentan la probabilidad de imposición de sanciones en el ámbito civil con respecto al penal.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Si bien las garantías en sede penal son mayores que en el fuero civil, ello no significa que las partes que litigan en un mismo procedimiento civil no gocen de los mismos derechos y garantías.

⁴⁴⁰ Siguiendo a BRICOLA, LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 471.

Es preciso destacar los amplios plazos de caducidad de la acción de impugnación de un acuerdo (un año), salvo cuando la causal de impugnación sea contraria al orden público en cuyo caso la acción no caduca ni prescribe.

Además, la existencia de esta doble protección podría servir para refutar la presunción de mayor efectividad que beneficia al Derecho penal en relación con otros mecanismos de tutela civil. Al respecto se podría argumentar que la vía civil, si bien es un asunto que se deberá acreditar empíricamente, podría ser más eficaz que la vía penal debido a que existe una mayor dificultad de que el juez penal llegue a imponer una condena por el delito de acuerdos abusivos en relación con la mayor probabilidad de que un juez civil condene por los mismos hechos. Ello, por motivo de los distintos elementos del tipo penal (p. ej., acreditación del dolo y del elemento subjetivo distinto del dolo), el mayor grado convictivo requerido para una condena penal (certeza positiva) y la reticencia de los jueces penales para imponer penas privativas de libertad y de cumplimiento efectivo por este tipo de delito.⁴⁴¹

Sin ir más lejos, y en este sentido, es común en la jurisprudencia penal el uso frecuente de los principios político-criminales de intervención mínima referidos al carácter subsidiario o *ultima ratio* y fragmentario del Derecho penal a la hora de excluir determinadas conductas del ámbito de lo punible penalmente. Ya el propio TS había sugerido que «El alcance del precepto debe fijarse también desde la perspectiva del principio de intervención mínima del Derecho penal que hay que deducir que el Legislador ha tenido en cuenta cuando ha criminalizado conductas como la descrita».⁴⁴²

⁴⁴¹ Similar, LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 469.

⁴⁴² STS núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323. Siguiendo esta línea, encontramos también el auto de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 69/2003 (Sección 2), de 17 marzo, Recurso de Apelación núm. 79/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Catany Mut, JUR 2003\198639; la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 11 Abr. 2005, rec. 124/2005, Ponente: Mora Sanchez, Juan Miguel, LA LEY 79090/2005; y la Audiencia Provincial de

Desde otro punto de vista, se podría afirmar que el proceso civil limitaría una mayor litigiosidad ya que, de perderse la acción intentada en sede judicial, el actor (socio minoritario sin razón o perdedor de la contienda judicial) deberá pagar las costas del proceso y los gastos de sus abogados. Mientras que, penalmente, denunciar no implica ningún costo ya que no es necesario que intervenga un abogado en representación del denunciante porque una vez instada la acción penal y removidos los obstáculos procesales (p. ej., art. 296.1 CP) los órganos del Estado tienen la obligación de avanzar en la investigación penal preparatoria. Esta situación, y el hecho de que el mecanismo de protección penal se suele considerar como un método de mayor presión para el denunciado, incidirían negativamente ya que, ante un problema derivado de la imposición de un acuerdo social, el socio minoritario podría acudir directamente a la vía penal sin agotar la vía civil o, en su caso, articular simultáneamente ambas vías.⁴⁴³

Uno de los pocos supuestos en los que la comprobación empírica podría suministrar una base fiable para descartar la necesidad de una intervención penal del legislador tiene lugar cuando, tras evaluar los resultados de una reforma que introduce una sanción penal como adición a una sanción extra penal ya existente, no se aprecia una reducción significativa del número de infracciones

Gipuzkoa núm. 67/2007 (Sección 3), de 5 junio, Recurso de Apelación núm. 3047/2007, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Begoña Argal Lara, JUR 2007\349610; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 22 junio 2006, Recurso de Apelación núm. 158/2006, Ponente: Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia, JUR 2007\56829; se expide en forma amplia sobre el tema, citando precedentes del TS, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23^a, de 5 Dic. 2005, rec. 13/2005, Ponente: Brobia Varona, Rosa, LA LEY 236313/2005.

⁴⁴³ Son buenos ejemplos de lo dicho previamente los siguientes casos de la jurisprudencia, la Audiencia Provincial Sevilla núm. 435/2004 (Sección 7), de 11 noviembre, Recurso de Apelación núm. 4797/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier González Fernández, JUR 2005\69205; el Auto de la Audiencia Provincial de Soria núm. 174/2004 (Sección 1), de 1 julio, Recurso de Apelación núm. 48/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno, ARP 2004\603. Sigue esta dirección MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 171.

cometidas. En tal caso, cabría concluir que la penalización del comportamiento no ha significado un aumento de la eficacia preventiva y que, para obtener los mismos resultados, bastaba con la vía civil ya existente.⁴⁴⁴

En base a todo lo manifestado, parece razonable sostener que no se tendría que limitar el juicio de necesidad a dar por cierta la habitual presunción de mayor eficacia del Derecho penal y, con base a ella, reafirmar la necesidad del recurso a la pena ante la supuesta menor efectividad de otras sanciones menos graves. Además, corresponde al legislador la carga de justificar por qué, ante la existencia de un medio alternativo de control (impugnación civil de acuerdos sociales), decidió ampliar el campo de prohibición al Derecho penal.⁴⁴⁵

Desde el punto de vista de las penas alternativas más leves pero con el mismo efecto, se debería analizar si a las penas previstas por el legislador en el art. 291 CP (prisión o multa), se le puede aplicar una pena de menor cantidad a la prevista (p. ej., reducción de la pena de prisión) o, en el caso de penas alternativas, sólo se debería aplicar una de ellas o bien, si correspondería imponer una pena distinta a la prevista pero con el mismo efecto.⁴⁴⁶ En el caso del art. 291 CP, lo que se tendrá que evaluar son el primero y segundo aspecto, esto es, si corresponde una pena con una menor cantidad a la prevista y si, de las penas alternativas, se tendrán que conservar ambas o sólo una de ellas.

Empezando por esta última opción de análisis, el art. 291 CP contiene al menos una nota que torna discutible la determinación de

⁴⁴⁴ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 481-482. Al respecto, sostuvo FERRAJOLI, LUIGI, 1995, p. 473, que está «claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad de tutelar bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de “valores morales”, opuesta a la función protectora del derecho penal».

⁴⁴⁵ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 484.

⁴⁴⁶ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 485-486.

las penas por parte del legislador. Esta nota se refiere a que el legislador estableció una pena alternativa de prisión o multa. No obstante ello, se tiene que reconocer que, para bien o para mal, hay otros preceptos en el CP que gozan de la misma suerte como, por ejemplo, los arts. 292 y 294. Aquí, se podría discutir si para el legislador tienen el mismo efecto la pena de prisión y la pena de multa. De lo contrario, no se termina de comprender por qué se regularon como penas alternativas, como si fuera lo mismo imponer una u otra. Una respuesta que parece plausible y se desprende del mismo texto del CP (arts. 33.3.a y 33.3.j) es el hecho de que para el legislador tanto la pena de prisión de tres meses hasta cinco años como la pena de multa proporcional serían, en cuanto a su intensidad, penas de naturaleza menos graves. Esto es, ambas penas (iguales a las previstas para el art. 291 CP en forma alternativa) tienen, a criterio del legislador, la misma intensidad y posiblemente, a su juicio, la misma idoneidad.

En mi opinión, y en sentido contrario a lo expuesto, ambas penas no tienen el mismo efecto disuasivo e, indudablemente, no tienen el mismo efecto y consecuencias prácticas en el ciudadano que las sufre.

Por otra parte, se afectan distintos principios iusfundamentales (libertad/patrimonio) y, asimismo, el grado de intensidad, debido a la cantidad de posiciones de derecho fundamental que están amenazadas por la pena de prisión, es claramente superior al de la pena de multa. Por lo tanto, no se considera asimilable la privación de la libertad al pago de una multa. Desde este punto de vista, y partiendo de la idea de que para el legislador la pena de multa ya sería igualmente idónea que la pena de prisión y supuestamente para él tendría también el mismo efecto, se podría plantear que la pena de prisión no sería necesaria para el fin perseguido y que sería suficiente con la pena de multa. A ello habría que agregarle que la pena de multa es claramente menos lesiva que la pena de prisión. Por esta razón, y si esta situación se llevara hasta las últimas

consecuencias, se podría llegar al planteamiento de requerir una declaración de inconstitucionalidad parcial de la pena de prisión prevista en el art. 291 CP, conservando la pena de multa,⁴⁴⁷ ya que se lograría supuestamente el mismo efecto pero con una pena menos lesiva.

Con respecto a si corresponde una pena de menor cantidad en el caso del art. 291 CP, parece razonable sostener que no corresponde que la pena de prisión de este precepto sea la misma que la prevista para los injustos del art. 292 y 249 CP. Asimismo, la pena de multa no sólo en los dos primeros supuestos es de carácter alternativa sino que paradójicamente tiene la misma importancia.

Con relación a lo primero, no comparto la idea del legislador de que el injusto de acuerdos abusivos tenga la misma pena de prisión que el delito de acuerdos lesivos (art. 292 CP). Ninguna duda debería haber de que se tratan de injustos con un contenido completamente distinto y que el delito de acuerdos lesivos, por los medios empleados, tiene un mayor desvalor que el delito del art. 291 CP. Esto es, no parece asimilable (en cuanto gravedad del hecho) generar una mayoría ficticia mediante el abuso de firma en blanco (art. 292 CP) que la utilización de una mayoría legal y en ejercicio de un derecho expresamente previsto en la normativa vigente pero en forma supuestamente abusiva (art. 291 CP). Del mismo modo, es reprochable que la pena de prisión del delito de administración desleal (art. 252 CP en función del art. 249 CP y con la excepción del 250 CP), ilícito con mayor contenido de injusto y que exigiría la producción de un perjuicio patrimonial efectivo, coincida en el mínimo y el máximo con el de acuerdos abusivos (sólo difiere en el supuesto del art. 250 CP).

⁴⁴⁷ Similar, LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 490-491. Para AGUADO CORREA, en los casos de penas alternativas de prisión o multa, se afectaría tanto el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al equiparse una pena de prisión a una pena pecuniaria, como al principio de certeza, al delegarse al juez decisiones que competen al legislador. AGUADO CORREA, TERESA, 1999, p. 305.

Pero, lo realmente llamativo es que se imponga, en los arts. 291 y 292 CP la misma cantidad en la pena de multa. Esta situación implicaría afirmar que para el legislador los dos ilícitos tienen la misma carga de injusto y, por lo tanto, no ha considerado necesario establecer diferencias en el contenido de la pena de multa prevista en tanto al triplo del beneficio obtenido, *máxime* cuando en todos los casos la pena de multa ha sido prevista en forma alternativa. En definitiva, considero que la pena de prisión del art. 291 CP tendría que ser distinta. Debería tener una menor entidad a la pena de prisión prevista para el delito de acuerdos lesivos (art. 292 CP) y también diferenciada del delito de administración desleal (art. 252 CP). Asimismo, la pena de multa del art. 291 CP también tendría que ser distinta en cantidad a la prevista para el art. 292 CP. Ello, en base al mayor desvalor y contenido de injusto de este ilícito con relación al delito de acuerdos abusivos.

Resulta imprescindible poder contar con más herramientas técnicas-científicas y de naturaleza empírica con el objetivo de llegar a conclusiones más precisas sobre la igual o mayor idoneidad del medio alternativo al Derecho penal (impugnación civil de acuerdos sociales). A pesar de ello, sí se considera plausible afirmar la menor lesividad del mecanismo civil de impugnación de los acuerdos sociales. En esta dirección, si dos medios revisten la misma idoneidad para contribuir al logro de un determinado fin pero uno de estos medios restringe en mayor grado que el otro un derecho fundamental, la elección del medio menos lesivo se impone por el mandato de optimización que se deriva del derecho fundamental, debido a que éste puede ser satisfecho en mayor medida si se elige el medio menos lesivo.

Por otra parte, parece útil que, en lugar de excluir de antemano aquellos medios que no revistan una igual idoneidad, se examinen igualmente desde el prisma de su menor lesividad para, una vez establecidas las diferencias entre el medio legislativo y los medios alternativos, se lleve adelante una comparación global entre ambos

a fin de establecer cuál de ellos sería el más eficiente (criterio de compensación).⁴⁴⁸

En definitiva, el estudio de este segundo subprincipio lleva a sostener una muy discutible y dudosa necesidad del delito de acuerdos abusivos. No obstante lo cual, y a falta de una premisa empírica más consistente que avale esta conclusión, parece conveniente avanzar hacia el examen del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto con el objetivo de agotar el *test* de proporcionalidad y arribar a una conclusión más sólida y definitiva.

2.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Llegados a este punto, hay que aclarar que la supuesta comprobación de la idoneidad y la necesidad de la medida legislativa es sólo condición necesaria, pero no suficiente, para afirmar su validez constitucional. Aún es preciso establecer si la afectación de derechos fundamentales que tiene lugar a través de la definición de una conducta como delito y de su correspondiente pena alcanza a justificarse por la importancia que reviste la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención penal del legislador. Ciertamente, a responder esta pregunta se dirige la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁴⁹

El tercer subprincipio en la cadena del *test* de proporcionalidad, reviste la forma de un juicio de ponderación, tendente a resolver conflictos normativos cuando no es posible utilizar los criterios

⁴⁴⁸ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 439- 441.

⁴⁴⁹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 497. En contraposición, NAVARRO FRÍAS es partidaria de que este subprincipio debe ser entendido como un juicio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. Y desde la perspectiva del legislador, como juicio interno valorativo sobre la estructura del precepto jurídico-penal y sobre el necesario equilibrio que debe existir entre sus elementos. NAVARRO FRÍAS, IRENE, 2010, p. 27.

tradicionales al uso (jerárquico, cronológico y de especialidad), como sucede cuando se enfrentan dos o más principios constitucionales en donde se requiere de un método que permita resolver el conflicto sin sacrificar la validez de los principios enfrentados.⁴⁵⁰

El juicio de ponderación conduce a resolver la colisión entre principios mediante el establecimiento de una relación de precedencia condicionada, en la cual se otorga el triunfo al principio que cuenta con más peso relativo en el caso concreto y, por ende, lo resuelve aplicando la solución normativa prevista en él, sin que tal solución suponga que el principio derrotado sea expulsado del ordenamiento o pase a ocupar una jerarquía inferior en la escala de fuentes del Derecho.⁴⁵¹

Este subprincipio requiere efectuar una ponderación entre los principios que operan en contra y a favor de la constitucionalidad de la ley penal, esto es, por un lado y *en contra*, (1) restricción a la libertad de empresa, art. 38 CE, (2) restricción al derecho de libertad ambulatoria protegida por el art. 17.1 CE o una vulneración al derecho de propiedad protegida por el art. 33.1 CE. Por otra parte y *a favor* de la intervención penal, (3) la protección del derecho de propiedad protegido por el art. 33.1 CE. En adelante, los principios nº 1 y 2 serán denominados principios iusfundamentales y se denotará con las iniciales *Pi*. El principio nº 3 será denominado principio justificante y se denotará con las iniciales *Pj*.

A continuación, el examen del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se efectuará en las siguientes etapas: primero, se hará la correspondiente atribución de peso a cada uno de los principios en colisión, segundo, se realizará la comparación entre ambas magnitudes a fin de establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, y, por último, la

⁴⁵⁰ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 497-499 y 545.

⁴⁵¹ *Ibidem.*, ps. 497-499 y 545.

formulación de una regla de decisión que exprese el resultado de la ponderación.⁴⁵²

2.2.3.1. Atribución de peso a los principios que intervienen en la ponderación

Aquí entran en juego diversas variables: el peso de la intensidad de la afectación de un principio iusfundamental en concreto, el peso de la importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger (justificar) en concreto, peso en abstracto de cada una de estas variables y, finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención. A cada uno de los criterios que se utilicen para determinar dichas variables se le asignará un valor conforme a una escala compuesta de tres niveles: leve (*l*), medio (*m*) y grave (*g*) y *l* se corresponderá con el valor 1, *m* con el valor 2 y *g* con el valor 4.

2.2.3.2. Intensidad de la afectación de un principio iusfundamental en concreto: criterios de determinación

Con respecto a la primera variable se utilizará P_i y, entonces, la intensidad de la intervención en P_i se denotará como IP_i (intervención en el principio iusfundamental). Se agregará la letra *C* para expresar las circunstancias relevantes del caso para la decisión. A fin de hacer explícita esta relación, se utilizará IP_iC para denotar la intensidad de la intervención en el principio infundamental en el caso concreto.

Los criterios que se describen para determinar el grado de intensidad de la intervención en el principio infundamental en el caso concreto (IP_iC) son los siguientes: (1) alcance de la

⁴⁵² *Ibidem.*, p. 499.

intervención, (2) probabilidad de que se produzca la intervención, (3) duración de la intervención en el derecho fundamental, (4) consideración de los efectos secundarios lesivos que puede desencadenar la penalización de una conducta, y (5) comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza.⁴⁵³

1. *Alcance de la intervención.* El derecho será mayor cuantas más sean las posiciones adscritas al mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena. Así, cuanto más imprecisa y genérica sea la descripción de la conducta prohibida, tanto más intensa será la intervención en la libertad, pues mayor será el espectro de acciones concretas susceptibles de ser subsumidas dentro del tipo penal.⁴⁵⁴

Según la norma de conducta y en relación con el art. 291 CP, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 38 CE y referido a la libertad de empresa sería, en principio, de carácter *medio (m)*, esto es, un valor equivalente a 2. Ahora bien, la adscripción de este valor requiere algunas precisiones.

No cabe duda que la acción típica del delito previsto en el art. 291 CP (imposición de acuerdos abusivos) ha generado distintas interpretaciones en la doctrina y ya se ha demostrado que adolece de un relevante grado de generalidad y ello plantea ciertos problemas a la hora de evaluar, p. ej., si se trata de un tipo de lesión, peligro concreto o abstracto, si requiere la producción de un determinado resultado, o, bien, para determinar el momento de su consumación y tentativa. Ante esta situación, y si bien aquí se interpretará como un tipo de aptitud, es posible limitar dicha generalidad siempre y cuando se interprete el delito restrictivamente, esto es, que sólo se sancionen las conductas más graves que supongan un riesgo considerable e idóneo para el patrimonio de los socios minoritarios y resulten manifiestamente abusivas. Si esto es así, la conducta descrita en el tipo penal gozará de un menor grado de generalidad y,

⁴⁵³ *Ibidem.*, ps. 504-510.

⁴⁵⁴ *Ibidem.*, ps. 505 y nota 288.

por lo tanto, se produciría una intervención de menor intensidad en el ejercicio de la libertad de empresa, pues menor será el espectro de acciones concretas susceptibles de ser subsumidas dentro del tipo penal. *Ergo*, considero razonable afirmar que la intensidad de su afectación sería media. Si no se llevara adelante una interpretación restrictiva y se permitiera que todas las conductas pudieran subsumirse en el tipo penal habría que concluir que el grado de intensidad de su afectación, debido al mayor espectro de acciones que podrían ser subsumidas en el tipo penal, sería de carácter grave.

Según la norma de sanción, y siempre que esté en juego una pena privativa de libertad, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 17.1 CE y referido a la libertad ambulatoria sería de carácter grave (*g*), esto es, un valor equivalente a 4.

Se le atribuye una intensidad grave porque la intervención en derechos fundamentales a través de la definición de la pena aplicable será mayor cuantas más sean las posiciones de derecho fundamental que se vean afectadas por el tipo de sanción establecida. De este modo, parece razonable afirmar que la pena de prisión supone una afectación a la libertad más intensa de la que representa, por ejemplo, el arresto domiciliario, la localización permanente⁴⁵⁵ o la multa. Es cierto que una opción concreta para llevar adelante la evaluación de la mayor o menor intensidad de las penas sería atenerse a lo previsto por el art. 33 CP que expresamente distingue entre penas graves, menos graves y leves. A pesar de ello, es importante precisar lo siguiente, independientemente de que se considere acertado -o no- el catálogo de intensidad previsto por el art. 33 CP, no resulta razonable sostener en este apartado que la pena de prisión de un máximo de tres años tiene la misma intensidad que una pena de multa proporcional. En primer lugar y en síntesis, porque se afectan distintos principios (libertad/patrimonio) y, en segundo lugar, porque el grado de intensidad debido a la cantidad de posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas o amenazadas por la pena de prisión son claramente superiores a las de la pena de multa.

⁴⁵⁵ Similar, LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 505 y nota 288.

Siguiendo con la norma de sanción, y siempre que esté en juego una pena de multa, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 33.1 CE y referido al derecho a la propiedad sería de carácter medio (*m*), esto es, un valor equivalente a 2.

Está claro que no es tarea sencilla atribuir una intensidad concreta a esta pena, a diferencia de lo que podría suceder con la pena de prisión. A pesar de ello, y si uno compara la pena de multa prevista en el art. 291 CP con otros tipos de penas previstas en el art. 33 CP como p. ej., la prohibición de comunicarse o aproximarse con la víctima o con algún familiar, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, se podría llegar a sostener que éstas serían posiblemente algunas de las penas más leves previstas en el ordenamiento jurídico. A pesar de que se trate de una cuestión discutible, parece razonable sostener que la multa proporcional podría tener una intensidad intermedia. Aquí, se produciría una suerte de coincidencia con lo resuelto por el legislador en relación al art. 33.3.j CP.

2. Probabilidad de que se produzca la intervención. La probabilidad será mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa (norma de conducta), que en el caso de las que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental (norma de sanción), salvo que la pena se evalúe en el contexto de su ejecución. En éste último, la intensidad será superior.

Aunque ambas normas tienen carácter imperativo, en el caso de la norma de conducta la intervención tiene un carácter inmediato debido a la restricción de posiciones de libertad que se produce como consecuencia directa de la prohibición penal, mientras que en el caso de la norma de sanción la intervención tiene un carácter mediato (dejando de lado la fase de ejecución), en tanto la afectación de los derechos a través de la pena requiere la

intervención de un juez que dicte una sentencia condenatoria y de los órganos de ejecución que la hagan efectiva.⁴⁵⁶

Según la norma de conducta, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 38 CE y referido a la libertad de empresa sería de carácter grave (*g*), esto es, un valor equivalente a 4 porque afectaría de manera directa e inmediata el ámbito de libertad de los socios mayoritarios. Mientras que, según la norma de sanción, y siempre que esté en juego una pena privativa de libertad, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 17.1 CE y referido a la libertad ambulatoria sería de carácter leve (*l*), esto es, un valor equivalente a 1 por cuanto al analizar la norma en abstracto la imposición de una determinada pena es tan sólo una amenaza potencial. La misma intensidad cabría con respecto a la pena de multa, esto es, leve (*l*) igual a 1.

3. Duración de la intervención en el derecho fundamental. Una intervención que tenga lugar durante un mayor intervalo de tiempo será necesariamente más gravosa que otra menos prolongada. En el caso de la cuantía de la pena, cuanto mayor sea la duración de la sanción establecida por el legislador, mayor será la intensidad de la intervención en los derechos que se ven suspendidos o limitados por la misma.⁴⁵⁷

Según la norma de conducta, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 38 CE y referido a la libertad de empresa sería de carácter grave (*g*), esto es, un valor equivalente a 4 ya que la restricción de la libertad se produce de manera permanente mientras la norma esté en vigor en el ordenamiento jurídico. Según la norma de sanción, y siempre que esté en juego una pena privativa de libertad, la intensidad de la afectación del principio iusfundamental derivado del art. 17.1 CE y referido a la libertad ambulatoria sería de carácter leve (*l*), esto es,

⁴⁵⁶ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 506.

⁴⁵⁷ *Ibidem.*, p. 506.

un valor equivalente a 1 ya que el monto de pena máxima de tres años que prevé el art. 291 CP no se caracteriza por ser particularmente la más elevada (veinte años) ni intermedia (posiblemente a partir de los cinco o diez años) que prevé el ordenamiento jurídico (art 36 CP). La misma intensidad cabría con respecto a la pena de multa, esto es, leve (*l*) igual a 1.

4. *Consideración de los efectos secundarios lesivos que puede desencadenar la penalización de una conducta.* Entre estos cabe destacar el efecto desaliento que la prohibición penal y su sanción pueden generar sobre el ejercicio legítimo de ciertas libertades.⁴⁵⁸

Con relación al art. 291 CP, la sanción de la conducta allí definida podría inhibir de modo natural el ejercicio de las actividades empresariales de una sociedad mercantil, necesarias para el funcionamiento interno y/o externo de la misma. Por lo tanto, la intensidad de afectación, en el ámbito de la norma de conducta, será de carácter media (*m*), esto es, un valor equivalente a 2. En relación con la norma de sanción restrictiva de la libertad ambulatoria, será de carácter medio (*m*) igual a 2. Y, en el supuesto de la pena de multa, será leve (*l*) igual a 1.

Al utilizarse un instrumento intimidatorio que se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye un ejercicio legítimo de un derecho (adopción de un acuerdo mediante el uso de la mayoría), si bien supuestamente abusivo, podría producir un efecto desaliento que limite indebidamente el libre desenvolvimiento de la sociedad mercantil. Este tipo de situaciones se podrían dar, por ejemplo, en el ámbito de los negocios de riesgo en los que, debido al riesgo de una denuncia penal por parte de los socios minoritarios y ante el temor de un eventual inicio de un proceso penal y de una sanción por una norma prohibitiva cuyo alcance es incierto, aquellos puedan verse reducidos y que, con ello, se produzca no sólo una limitación y/o perjuicio en los socios mayoritarios sino, también, en la sociedad en su conjunto al verse

⁴⁵⁸ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 507-508. Sobre el efecto desaliento, también cfr. NAVARRO FRÍAS, IRENE, 2010, ps. 21-25.

impedida de poder realizar determinados negocios que se podrían hacer, asimismo, en beneficio de ella. Si los efectos secundarios se extendieran a terceros, como podría ser el caso de otros socios integrantes de la sociedad mercantil y hasta de la misma empresa, sería razonable que la intensidad de afectación, tanto en el ámbito de la norma de conducta como de la norma de sanción, sea de carácter medio (*m*). Aquí operaría una suerte de contrapeso entre, por un lado, el grado de incertidumbre del negocio que se podría realizar, y, por el otro, la eventual afectación al resto de socios o a la misma sociedad mercantil que se verían privados de poder realizar ciertos negocios que podrían ser redituables a sus intereses.

5. Comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza. Dicha afectación habrá de considerarse especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito o en el Derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad.⁴⁵⁹ En esta dirección, sólo se evaluará la norma de sanción.

En síntesis, la pena de prisión prevista para el delito de acuerdos abusivos tendría una intensidad especialmente grave (*g*), esto es, un valor equivalente a 4 ya que el legislador previó la misma pena de prisión que un delito con mayor contenido de injusto (art. 292 CP). En el supuesto de la pena de multa, si bien sucede lo mismo, la intensidad de afectación será considerada media (*m*) e igual al valor 2 por cuanto su intensidad general es menor a la pena de prisión.

En conclusión, y una vez analizadas las distintas variables, se obtienen los siguientes valores referidos tanto a la norma de conducta que afectaría el principio de la libertad de empresa como a la norma de sanción que afectaría la libertad ambulatoria (pena de prisión) o la propiedad (pena de multa). Si se suman todos los puntajes atribuidos a cada uno de los criterios de determinación, según las intensidades evaluadas, tendremos los siguientes valores:

⁴⁵⁹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 509-510.

1. Norma de conducta (2 + 4 + 4 + 2), cuya prohibición afectaría *prima facie* al principio de libertad de empresa, tendría un total de *IpiC1*: 12.
2. Norma de sanción (4 + 1 + 1 + 2 + 4), cuya amenaza afectaría *prima facie* al principio de libertad ambulatoria, tendría un total de *IpiC2*: 12.
3. Norma de sanción (2 + 1 + 1 + 1 + 2), cuya amenaza afectaría *prima facie* al principio de propiedad, tendría un total de *IpiC3*: 7.

2.2.3.3. Importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger (justificar) en concreto: criterios de determinación

Con respecto a la segunda variable se utilizará *Pj* y, entonces, la importancia de la satisfacción en *Pj* se denotará como *IPj* (importancia de la satisfacción del principio justificante). Se agregará la letra *C* para expresar las circunstancias del caso relevantes para la decisión. A fin de hacer explícita esta relación, se utilizará *IPjC* para denotar la importancia de la satisfacción del principio justificante en el caso concreto.

Los criterios que la doctrina describe para determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio justificante en el caso concreto (*IPjC*) son los siguientes: (1) lesividad para el bien jurídico de la conducta que se busca prevenir a través de la intervención de la pena y (2) modalidad de imputación subjetiva de la conducta a su autor.⁴⁶⁰

1. *Lesividad para el bien jurídico de la conducta que se busca prevenir a través de la intervención penal.* La penalización de un delito de aptitud representaría una contribución más intensa a la

⁴⁶⁰ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 511-512.

protección del bien jurídico en relación con las prohibiciones de conductas que representan un peligro concreto o una lesión al mismo. De este modo, podría afirmarse que la prohibición de una acción idónea para generar un riesgo grave para el bien jurídico representa una contribución intensa a la protección del mismo ya que tiende, precisamente, a evitar la producción de un perjuicio efectivo. La prohibición de aquellas conductas que representan un peligro concreto supondría una satisfacción media y la prohibición de conductas que lesionan efectiva e inmediatamente al bien jurídico representaría una contribución leve.⁴⁶¹

Sin perjuicio de que se profundizará más adelante sobre la estructura del tipo penal de acuerdos abusivos y se siga la posibilidad de considerarlo un tipo de aptitud, se podría concluir que la importancia de la satisfacción del bien jurídico patrimonio individual de los socios minoritarios sería de carácter alta o grave (g), esto es, equivalente a 4.

2. Modalidad de imputación subjetiva de la conducta a su autor. La intervención penal dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor que el bien jurídico del que supone la prevención de ataques imprudentes.⁴⁶²

Por lo tanto, y al tratarse indudablemente el art. 291 CP de un delito doloso, se podría considerar que la importancia de su satisfacción es alta o grave (g) e igual a 4.

En síntesis, la importancia de la satisfacción del principio justificante en el caso concreto (4 + 4) será de *IPjC*: **8**.

2.2.3.4. Peso abstracto: criterios de determinación

Esta variable parte de la intuición generalizada y plausible de que no todos los principios constitucionales ni todas las posiciones de

⁴⁶¹ *Ibidem.*, ps. 400-401 y 511-512.

⁴⁶² *Ibidem.*, p. 512.

derecho fundamental, tienen la misma importancia desde un punto de vista material. De este modo, se suele considerar que la pena de multa es menos grave que la de prisión, atendiendo a la convicción generalizada de que la libertad es más importante que el patrimonio.

La combinación del recurso al peso en abstracto combinado con el criterio de la intensidad permitiría fundamentar la idea de que una satisfacción apenas leve de un derecho fundamental, por valioso que éste sea, no justificaría la afectación intensa de otro juzgado como menos importante y viceversa.⁴⁶³ En lo sucesivo, el peso abstracto de *Pi* será denotado como *GPiA* y el de *Pj* como *GPjA*.

Los criterios de determinación del peso en abstracto serían los siguientes: (1) jerarquía constitucional de los principios, (2) prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que reconocen bienes colectivos, (3) prioridad de los derechos fundamentales en función de su grado de resistencia constitucional, (4) cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al espectro central de aplicaciones del derecho fundamental, (5) vinculación con el principio democrático y con la dignidad humana, y (6) reconocimiento de su prioridad en decisiones precedentes relativas a casos análogos.⁴⁶⁴

1. Jerarquía constitucional de los principios. En el supuesto del art. 291 CP, todos los principios en juego (libertad de empresa, libertad ambulatoria o propiedad) se corresponden con principios que cuentan con apoyo en una disposición constitucional determinada (arts. 38, 17.1, 33.1 CE). Por lo tanto, no se puede llevar adelante una distinción entre principios constitucionales de primer y segundo grado y, en consecuencia, hay que concluir que todos los principios tienen la misma jerarquía constitucional, esto es, equivalentes a un valor 4.

⁴⁶³ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 514.

⁴⁶⁴ *Ibidem.*, ps. 513-525.

2. Prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que reconocen bienes colectivos. Este criterio se fundamenta en un postulado normativo de raíz liberal del que participa el moderno constitucionalismo, según el cual el fin último de la organización social y estatal es la garantía de las condiciones que hacen posible que los individuos puedan elegir y materializar su propio plan de vida.⁴⁶⁵

En el caso del art. 291 CP, todos los principios involucrados en la ponderación tienen por objeto la protección de derechos individuales. Por lo tanto, los principios enfrentados tendrían el mismo peso abstracto en la ponderación a la luz de este criterio y, en consecuencia, también se les otorgaría el mayor valor (4).

Cabe precisar que, si bien uno de los principios en juego se refiere a la libertad de empresa, en el caso del art. 291 CP, este principio estaría referido a la libertad de empresa pero vinculado a unos sujetos concretos e individuales que serían los socios mayoritarios afectados por la prohibición normativa o la amenaza de sanción.

3. Prioridad de los derechos fundamentales en función de su grado de resistencia constitucional. Se alega que, en base a este criterio, cabría presumir un distinto grado de importancia material que permitiría la atribución de un peso abstracto mayor a aquellos derechos dotados de mayores garantías.⁴⁶⁶

A partir de este criterio se podría decir que, de todos los principios en colisión, sólo el referido a la libertad ambulatoria (art. 17.1 CE) sería el que mayor peso en abstracto tendría en comparación al resto ya que sería susceptible de recurso de amparo (art. 53.2 CE), estaría sometido a reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y a un procedimiento de reforma agravado (art. 168 CE). En este sentido, le correspondería el máximo valor equivalente a 4. Por detrás de

⁴⁶⁵ *Ibidem.*, ps. 516 y ss.

⁴⁶⁶ *Ibidem.*, ps. 519-520.

este principio, y en un nivel intermedio de importancia con un valor de 2, se encontraría la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho de propiedad (art. 33.1 CE) que sólo podrían ser regulados por ley que respete su contenido esencial (art. 53.1 CE).

4. Cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al espectro central de aplicaciones del derecho fundamental. A cada derecho fundamental le corresponde un ámbito central de aplicaciones o modos de ejercicio paradigmáticos dotados de una especial resistencia frente a la acción de los poderes públicos y cuya afectación estaría siempre sometida a mayores exigencias de justificación, ello a fin de garantizar que siempre quede en todo derecho un reducto de contenido normativo cuya restricción difícilmente podrá considerarse legítima.⁴⁶⁷

Parece claro que el principio derivado de la libertad ambulatoria tendría un peso en abstracto superior, equivalente al valor 4, con respecto al derecho de propiedad que el Estado pretende proteger ya que la pena de prisión restringe posiciones pertenecientes al espectro central de aplicaciones del derecho a la libertad ambulatoria sin las cuales este derecho dejaría de ser reconocible como tal o sufriría, como mínimo, una alteración relevante. Por el contrario, no pareciera que se diera una aproximación tal en el caso de la libertad de empresa o en el supuesto del derecho de propiedad a los que se les podría atribuir un peso intermedio, esto es, el equivalente al valor 2. En ambos casos, se le atribuye un valor intermedio porque mediante el ejercicio de los mismos se habilita la posibilidad del desenvolvimiento de otros derechos o el uso y goce de los mismos.

⁴⁶⁷ *Ibidem.*, ps. 520-521. Según la autora, se podría utilizar el siguiente criterio: «cuanto más se aproxime la posición afectada o protegida por la intervención al ámbito central de aplicaciones o al contenido esencial del derecho fundamental, esto es, cuando se trate de posiciones sin las cuales el derecho dejaría de ser reconocible como tal o bien cuya protección es necesaria para que el derecho pueda garantizar los intereses y cumplir con las funciones que le dan vida» p. 522.

5. *La vinculación con el principio de la dignidad humana.* El peso abstracto de los derechos fundamentales que intervienen en la ponderación será mayor cuanto más estrecha sea su vinculación con la realización del principio de la dignidad humana, la que posee una especial fuerza justificadora en el contexto de los estados constitucionales democráticos.⁴⁶⁸

Se considera plausible afirmar que el principio de la libertad ambulatoria tiene una proximidad muy estrecha con el principio referido a la dignidad humana y, en este sentido, se le tendría que otorgar un mayor peso en abstracto equivalente al valor 4. Afirmar que la afectación de la libertad ambulatoria tiene una estrecha vinculación con el principio de dignidad, es posiblemente una manifestación en la que se podría estar de acuerdo de modo general.

Pero, en el caso del principio de libertad de empresa, ello podría ser tema de discusión por cuanto ingresa al debate la posibilidad de poder intervenir libremente en una política-económica de mercado y concretamente en el seno de una sociedad mercantil en donde es evidente la gran importancia e influencia de la economía nacional y, según los casos, inclusive mundial. El poder participar activamente en la creación y desarrollo de una empresa y, para ello, poder tomar libremente decisiones en ejercicio de los derechos expresamente consagrados en la ley (no obstante que después se examine si existió un abuso -o no-), serían elementos muy próximos al principio de dignidad de las personas. Pero ello sólo avalaría *prima facie* un grado medio de intensidad, esto es, un valor 2.

Mientras que, con relación al principio derivado del derecho de propiedad referido a la pena de multa y al bien jurídico penalmente protegido por el art. 291 CP, patrimonio individual, se les tendría

⁴⁶⁸ *Ibidem.*, p. 523. La autora también se refiere al principio democrático. Ahora bien, las variables con las que aquí se trabajan no tienen, *a priori*, una vinculación tan estrecha con dicho principio y, por tal motivo, he decidido sólo trabajar con el principio de dignidad. Tampoco se utiliza aquí el criterio derivado del reconocimiento de la prioridad en las decisiones precedentes relativas a casos análogos.

que otorgar un valor leve, esto es, equivalente al valor 1. Si bien la propiedad, en general, es un valor importante, no parece que su afectación/protección en el marco del delito de acuerdos abusivos tenga una intensidad que amerite una valoración superior.

En definitiva, si se suman todos los puntajes atribuidos a cada uno de los criterios de determinación, según las intensidades evaluadas, tendremos los siguientes valores:

1. Peso en abstracto de la norma de conducta ($4 + 4 + 2 + 2 + 2$), referida *prima facie* al principio de libertad de empresa, tendría un total de *GPiA1*: **14**.
2. Peso en abstracto de la norma de sanción ($4 + 4 + 4 + 4 + 4$), referida *prima facie* al principio de libertad ambulatoria, tendría un total de *GPiA2*: **20**.
3. Peso en abstracto de la norma de sanción ($4 + 4 + 2 + 2 + 1$), referida *prima facie* al principio de propiedad, tendría un total de *GPiA3*: **13**.
4. Peso en abstracto del bien jurídico penalmente protegido ($4 + 4 + 2 + 2 + 1$), referido *prima facie* al principio de propiedad, tendría un total de *GPjA*: **13**.

2.2.3.5. Seguridad de las premisas empíricas: criterios de determinación

Con esta variable se analiza el grado de certeza acerca de las premisas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la intervención legislativa, que cumplen un papel importante en los juicios de idoneidad y necesidad y, en igual modo, en la

determinación del grado de afectación de los principios iusfundamentales y de la satisfacción del fin legislativo.⁴⁶⁹

En este apartado, entra en juego la ley epistémica de la ponderación formulada por ALEXY y según la cual: «cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan».⁴⁷⁰

Para expresar la magnitud de esta variable también se emplea una escala de tres intensidades en las que se distingue un nivel alto de certeza, que corresponde a las premisas ciertas o seguras con un valor de 4, un nivel medio en el que las premisas son justificables con un valor de 2 y un nivel más bajo en el que simplemente cabe afirmar que dichas premisas no son evidentemente falsas con un valor de 1. Asimismo, la asignación de uno u otro grado de certeza se realiza en función del respaldo probatorio con que cuenten las premisas empíricas que se aducen a favor y en contra de la intervención penal, esto es, que el grado de certeza que respalda cierta aseveración será mayor cuantos más sean los medios de prueba disponibles y cuanto más sólida sea la calidad epistémica de las pruebas que de ellos se obtienen.⁴⁷¹ En lo sucesivo, la seguridad de las premisas en el caso concreto se denotará como *SPiC* y *SPjC*.

Las premisas empíricas favorables a la constitucionalidad de la norma son, por una parte, aquellas que se orientan a probar el grado de idoneidad de la intervención legislativa, esto es, la intensidad con que la misma contribuye al logro de su finalidad. Y por la otra, las relativas a la necesidad de la medida en razón de la ausencia de alternativas igualmente idóneas y menos restrictivas. Las premisas empíricas que operan en contra de la intervención son las que acreditan su grado de lesividad o la intensidad con que la medida afecta los derechos fundamentales y su falta de necesidad, al poner

⁴⁶⁹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 526.

⁴⁷⁰ ALEXY, ROBERT, 2002, ps. 54-56 y nota 100.

⁴⁷¹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 525-529.

de relieve la existencia de medidas alternativas para alcanzar, con menor sacrificio para los derechos, la finalidad perseguida por el legislador.⁴⁷²

Se sostiene que la seguridad de las premisas relativas al grado de idoneidad de la medida legislativa enjuiciada para contribuir a la protección del bien jurídico depende de la certeza existente en torno a la eficacia preventiva del Derecho penal. Aun cuando no cabe negar cierta eficacia disuasoria de las conminaciones penales, dicha afirmación en modo alguno se apoya en premisas seguras porque la decisión del legislador es siempre una decisión insegura y un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar. Sin ir más lejos, y desde una perspectiva *ex post*, no parece que en el caso del art. 291 CP se hubiera confirmado una reducción de las conductas prohibidas.⁴⁷³

También, se afirma que el nivel de certeza disminuye aún más en relación con aquellas intervenciones respecto de las cuales pueda afirmarse que, por un lado, tienen una eficacia más simbólica que instrumental, situación que de algún modo ya fue expresada en relación al art. 291 CP, y, por el otro, cuando existen datos que permiten discutir la posibilidad de que se produzca una cierta dimensión negativa o contraproducente para los bienes jurídicos que se pretenden tutelar a través de la misma como, p. ej., con el efecto desaliento que se produciría en el art. 291 CP.⁴⁷⁴ Partiendo de la idea de que las premisas empíricas en este supuesto serían, como mucho, plausibles le correspondería una valoración equivalente a 2.

En lo atinente a la seguridad de las premisas relativas al grado de lesividad de la medida enjuiciada, el mayor o menor grado de certeza depende de si el efecto adverso para los derechos

⁴⁷² *Ibidem.*, p. 526.

⁴⁷³ *Ibidem.*, p. 527.

⁴⁷⁴ *Ibidem.*, p. 527.

fundamentales se produce de modo necesario o sólo es consecuencia probable de la intervención legislativa.⁴⁷⁵

En el caso de la premisa referida a la afectación del derecho de libertad de empresa a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, su certeza sería elevada por cuanto la prohibición penal se traduce necesariamente en una intervención imperativa directa e inmediata en el ámbito de protección *prima facie* del derecho fundamental y, en consecuencia, con un valor de 4. Mientras que la certeza de las premisas relativas a la afectación de derechos fundamentales (libertad ambulatoria o derecho de propiedad) mediante la norma de sanción se considerará sólo en un nivel medio en el que las premisas son plausibles o justificables ya que estos derechos tan sólo se encuentran potencialmente amenazados. Por lo tanto, le correspondería un valor equivalente a 2. Distinto sería el caso de que se analizara la misma en la etapa de ejecución de la pena.

Se considera que, con respecto a la seguridad de las premisas relativas a la necesidad de la medida legislativa o su falta de necesidad, la certeza se reducirá a un nivel intermedio cuando al comparar la norma penal enjuiciada con otros medios alternativos se haya llegado a una situación de empate como podría llegar a suceder en el supuesto del art. 291 CP, pues tal resultado, aunque insuficiente para fundamentar la exclusión de la medida legislativa en aplicación del subprincipio de necesidad, habría de ser relevante en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como argumento que podría socavar la certeza sobre las premisas que apoyan la intervención del legislador.

También decrece la certeza de la premisa cuando, como sucede con el art. 291 CP, no existen evaluaciones de la norma enjuiciada que corroboren su mayor eficacia respecto de las medidas derivadas de la impugnación de acuerdos sociales. Por último, al decrecer la

⁴⁷⁵ Así, y similar en lo que sigue, LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 527.

certeza en torno a las premisas que sustentan la necesidad de la intervención penal, como ya se puso seriamente en duda en lo respectivo al delito de acuerdos abusivos, correlativamente se incrementa la seguridad de las premisas que afirman su falta de necesidad, con lo cual toda disminución de las razones a favor de la intervención repercutirá a su vez positivamente sobre la calidad de los argumentos contrarios a la intervención penal.⁴⁷⁶

En definitiva, se podría afirmar que la seguridad de las premisas empíricas con relación a la necesidad de la medida legislativa no serían evidentemente falseables y, así, les correspondería un valor de 1. Mientras que la seguridad de las premisas sobre la falta de necesidad de la misma serían plausibles y, en consecuencia, les correspondería un valor de 2.

Está claro que, por una parte, la evaluación de la mayor o menor seguridad de las premisas empíricas es una tarea compleja y con serias dificultades debido al problema de contar con los medios de información adecuados para una correcta toma de decisión. Por la otra, y si bien no se elimina con estos criterios la discrecionalidad del intérprete, se comparte la idea de que sí contribuye a acotar y hacer visible el espacio en el que se mueve dicha subjetividad, la determinación de la intensidad de la afectación/satisfacción de los principios en juego, su peso abstracto, la certeza de las premisas empíricas. De este modo, al hacer visibles los espacios de supuesta discrecionalidad del intérprete, se le obliga a fundamentar las elecciones que lleve a cabo al interior de dichos espacios y a incorporar dicha fundamentación como un elemento más de la justificación de la decisión.⁴⁷⁷

En síntesis, si se suman todos los puntajes atribuidos a cada uno de los criterios de determinación, según las intensidades evaluadas, tendremos los siguientes valores:

⁴⁷⁶ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, p. 528.

⁴⁷⁷ *Ibidem.*, p. 531.

1. Valor de las premisas empíricas que operan *a favor* de la intervención penal (2 + 1) sería igual a $SPjC$: **3**
2. Valor de las premisas empíricas que operan *en contra* de la intervención penal en el ámbito de la libertad de empresa (4 + 2) sería igual a $SPiC1$: **6**.
3. Valor de las premisas empíricas que operan *en contra* de la intervención penal en el ámbito de la libertad ambulatoria (2 + 2) sería igual a $SPiC2$: **4**.
4. Valor de las premisas empíricas que operan *en contra* de la intervención penal en el ámbito del derecho de propiedad (2 + 2) sería igual a $SPiC3$: **4**.

2.2.3.6. La fórmula del peso

Una vez determinado el valor de las variables relevantes para la fijación del peso de cada uno de los principios en juego surge el problema de relacionar dichos valores y resumir en una sola magnitud el peso de cada principio. Para ello, se trasladan tales juicios de valor a magnitudes numéricas para poder relacionarlas con el peso que se le asigne a las demás variables.⁴⁷⁸ Asimismo, se utilizará la fórmula del peso pero con algunas modificaciones a los fines de adaptarla al análisis del art. 291 CP.

Peso del principio afectado por la intervención, en relación con el principio que se busca justificar, por la seguridad de sus premisas, bajo las circunstancias del caso se denota de la siguiente manera:

$$GPi,JC = IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC$$

⁴⁷⁸ *Ibidem.*, ps. 531-532.

$$IPjC . GPjA . SPjC$$

Al evaluarse dos principios distintos en contra de la intervención penal (libertad de empresa y libertad ambulatoria o propiedad) se requiere la utilización de una fórmula ampliada que será la siguiente:

$$GPI,JC = [IpiC1 . GPiA1 . SPiC1] + [IpiC2 . GPiA2 . SPiC2]$$

$$IPjC . GPjA . SPjC$$

Peso del principio que se busca justificar, en relación con el principio afectado por la intervención, por la seguridad de sus premisas, bajo las circunstancias del caso se denota de la siguiente manera:

$$GPj,iC = IPjC . GPjA . SPjC$$

$$IPiC . GPiA . SPiC$$

Fórmula ampliada:

$$GPj,iC = IPjC . GPjA . SPjC$$

$$[IpiC1 . GPiA1 . SPiC1] + [IpiC2 . GPiA2 . SPiC2]$$

Antes de aplicar dichas fórmulas, es pertinente aclarar que el art. 291 CP ha previsto penas de carácter alternativo y, en consecuencia, no se pueden valorar ambas en forma conjunta. De este modo, su análisis se deberá realizar por separado.

Así, el peso de los principios afectados por la intervención en el caso del art. 291 CP (libertad de empresa y libertad ambulatoria), en relación con el principio que se busca justificar (derecho de propiedad individual), por la seguridad de sus premisas, bajo las circunstancias del caso sería el siguiente:

$$\begin{aligned}
 GP_{i,JC} &= [12 \times 14 \times 6] + [12 \times 20 \times 4] \\
 &\text{-----} \\
 &8 \times 13 \times 3 \\
 \\
 \mathbf{GP_{i,JC}} &= 6.3076923
 \end{aligned}$$

Mientras que el peso del principio que se busca justificar (derecho de propiedad individual), en relación con los principios afectados por la intervención (libertad de empresa y libertad ambulatoria), por la seguridad de sus premisas, bajo las circunstancias del caso sería el siguiente:

$$\begin{aligned}
 GP_{j,iC} &= 8 \times 13 \times 3 \\
 &\text{-----} \\
 &[12 \times 14 \times 6] + [12 \times 20 \times 4] \\
 \\
 \mathbf{GP_{j,iC}} &= 0.15853659
 \end{aligned}$$

Los valores son distintos si, en vez de utilizar los valores atribuidos al principio de la libertad ambulatoria (pena de prisión), se utilizaran los valores referidos al derecho de propiedad (pena de multa) que fueron denotados como *IpiC3*, *GPiA3* y *SPiC3*.

$$\begin{aligned}
 GP_{i,JC} &= [12 \times 14 \times 6] + [7 \times 13 \times 4] \\
 &\text{-----}
 \end{aligned}$$

$$8 \times 13 \times 3$$

$$GP_{i,JC} = 4.3974359$$

$$GP_{j,iC} = \frac{8 \times 13 \times 3}{\text{-----}}$$

$$[12 \times 14 \times 6] + [7 \times 13 \times 4]$$

$$GP_{j,iC} = 0.22740525$$

En conclusión, se puede afirmar que, en el supuesto del art. 291 CP, los principios afectados por la intervención en el caso concreto tienen más peso que el principio que justifica la intervención legislativa. Si los principios afectados por la intervención en el caso concreto tienen más peso que el principio que justifica la intervención legislativa, se podría sostener lo siguiente: $(GP_{i,jC}) > (GP_{j,iC})$ y, por lo tanto, se dirá que $(GP_{i,jC})$ precede condicionalmente a $(GP_{j,iC})$. En consecuencia, si el análisis de las distintas variables y los cálculos efectuados han sido correctos, se tendría que concluir que la medida legislativa no estaría, *a priori*, justificada.

2.2.3.7. La regla que expresa el resultado de la ponderación

Finalmente, los resultados de la ponderación se expresan mediante una regla destinada a servir como premisa mayor de la

fundamentación interna del juicio de constitucionalidad de la ley enjuiciada.

1. $(P_i > P_j) C$
2. $P_i(C) \rightarrow R$
3. $C \rightarrow R$

Esto significa que a los principios iusfundamentales que consagran las libertades de empresa y libertad ambulatoria o el derecho de propiedad, bajo las circunstancias del caso del art. 291 CP, se adscribe una prohibición iusfundamental *prima facie* dirigida al legislador. Esto es, prohibir y sancionar penalmente la conducta prevista en el delito de acuerdos abusivos. El triunfo de estos principios en la ponderación, convierte a esta prohibición iusfundamental *prima facie* en una prohibición definitiva, dando lugar así a la formulación de una regla cuyo supuesto de hecho está formado por las circunstancias relevantes del caso a decidir y cuya consecuencia jurídica consiste en calificar deónticamente dicha acción como prohibida.

A pesar de que el *test* de proporcionalidad ha dado negativo, para asumir una postura radical y propugnar una *interpretatio abrogans* de este delito se requiere contar con más información científica que permita dotar de mayor seguridad las premisas empíricas que fundan esencialmente a los subprincipios de idoneidad y necesidad. En este trabajo no se pudo contar con los recursos suficientes para poder llegar a conclusiones definitivas. Por el contrario, es el Estado (entre otras eventuales iniciativas) el que se encontraría en mejores condiciones de llevar adelante una tarea de estas características.

Acto seguido, corresponde evaluar cuáles son las opciones disponibles en relación al art. 291 CP. En este sentido, habría, por lo menos, dos posibilidades concretas. Por un lado, y de mantenerse la

falta de justificación del recurso penal, se tendría que proponer una *interpretatio abrogans* del delito de acuerdos abusivos. Por otro lado, y mediante la utilización de otro método de análisis, se podría reconocer que, si bien el art. 291 CP tiene una justificación discutible, sería constitucional y se podría determinar un *nuevo* ámbito de protección de la norma y, por lo tanto, ya no estarían dadas las condiciones para propugnar una *interpretatio abrogans*. Mientras tanto, y dada la vigencia actual de la norma, sería necesario examinar el campo del tenor literal de interpretación del art. 291 CP.

Ahora bien, no está de más precisar que, aun cuando se creyera conveniente derogar el art. 291 CP o, en su caso, delimitar un nuevo y legítimo ámbito de protección de la norma, lo cierto y real es que, a tenor del art. 4.3 CP, el juez penal se encuentra actualmente obligado a aplicarlo y a dirigirse al Gobierno exponiendo su opinión.

Así, el art. 4.3 CP ordena lo siguiente: «Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

En definitiva, ha quedado claro que se le puede hacer un reproche serio de legitimidad al art. 291 CP. Sin ir más lejos, la aplicación del *test* de proporcionalidad al delito de acuerdos abusivos ha dado negativo. Por lo tanto, se podría considerar ilegítimo y, en consecuencia, inconstitucional.

Si bien la falta de certeza en las premisas empíricas sería un argumento razonable y cauto para no propugnar una solución tan radical en contra de la vigencia de este precepto penal, esta falta de

conocimiento sobre las premisas que justifican la intervención penal se traduce en un *déficit* preocupante de legitimidad del art. 291 CP pues, mientras no se logre acreditar debidamente que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, se pone seriamente en duda si el ejercicio del *ius puniendi* es legítimo -o no-. A pesar de ello, y mientras no se defina el camino a seguir (*interpretatio abrogans* o nuevo ámbito de protección de la norma), el delito de acuerdos abusivos se encuentra en vigor y, por lo tanto, sería conveniente avanzar con el análisis de esta figura delictiva y examinar el campo del tenor literal de interpretación de la misma para evaluar si corresponde realizar una interpretación restrictiva de los distintos elementos del tipo penal, limitándose así el número de conductas que podrían ingresar en la esfera de este delito pero seguramente siendo compatibles con los ataques más graves.

Nuestra función no es solamente criticar el delito de acuerdos abusivos sino también interpretarlo y aplicarlo de una manera racional.⁴⁷⁹ Por ello, y partiendo de un método distinto de análisis, se procederá a continuación a evaluar nuevamente este delito a los fines de establecer si dicho método ratifica o no la posible ilegitimidad de esta figura delictiva.

La razón obedece a que, si el tema central de esta parte del trabajo se ha focalizado en la legitimación del delito de acuerdos abusivos y, concretamente, en la concreción del principio de proporcionalidad al art. 291 CP, no está de más destacar que esta forma de analizar la legitimación de un precepto normativo no es la única a la que se puede recurrir.

Sin perjuicio de la existencia de otras teorías, a continuación se dedicarán algunas líneas a describir una teoría recientemente desarrollada y a su eventual concreción en el art. 291 CP.

⁴⁷⁹ BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, 1998, p. 13; BACIGALUPO, ENRIQUE, 2005, p. 417.

3. Postura de Robles Planas sobre los límites del Derecho penal

Hace no mucho, se publicó un artículo de uno de mis dos estimadísimos maestros. El artículo se denomina «Introducción a la edición española. Dogmática a los límites del Derecho Penal», escrito por ROBLES PLANAS y sobre el que, también mi maestro SILVA SÁNCHEZ, opinó que se «ha incorporado al texto una aportación personal fundamental y llena de futuro».⁴⁸⁰

Esta teoría brinda una perspectiva distinta de análisis sobre el tema de la legitimación de la ley penal ya que parte de las siguientes ideas fundacionales. Por un lado, de la idea de que el ejercicio de la dogmática penal es irrenunciable y su función es la de tematizar, sistematizar y legitimar o deslegitimar lo que es objeto de la actividad del legislador desde un esquema conceptual superior, más abstracto y orientado a conexiones político-filosóficas profundas. Por el otro, se considera que el concepto material de delito, entendido como un conjunto de criterios abstractos-generales y supralegales que permitirían adoptar un punto de vista crítico sobre lo que el legislador penal regula como delito, se hallaría en condiciones de limitar la actividad del poder punitivo del Estado.⁴⁸¹

El instrumento dogmático del que se vale para responder tanto a las cuestiones materiales como a las sistemáticas del concepto de delito, es el derivado de la teoría de las normas⁴⁸² entendida en clave de BINDING, esto es, sobre la base de la independencia conceptual entre norma y ley penal.⁴⁸³ Así se establecen dos grandes

⁴⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2012, p. 17.

⁴⁸¹ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2012, ps. 19-20.

⁴⁸² La teoría de las normas también cumple una función esencial en la construcción dogmática de, p. ej., SILVA SÁNCHEZ JESÚS M., ps. 311 y ss. Si bien, más tarde, SILVA SÁNCHEZ modifica algunos aspectos en relación a su propia concepción de la teoría de las normas, ésta sigue teniendo un papel esencial en su desarrollo. Cfr. EL MISMO, 2010, ps. 496-497, 584 y ss.

⁴⁸³ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2012, ps. 21-23.

ámbitos de análisis: el primero, el ámbito de las prohibiciones normativas, y el segundo, el ámbito de la ley penal (sanción).

Basta con adelantar aquí que en el ámbito de las prohibiciones normativas se destacan tres dimensiones de la autonomía, el de la libertad o autonomía como *garantía de exclusión*, el de la libertad o autonomía como *utilidad* y la dimensión *institucional* de la autonomía. Juegan un rol importante la teoría dogmática de la justificación, los principios que le sirven de base (responsabilidad y solidaridad) y sus respectivos baremos de ponderación que se irradian en las tres dimensiones reseñadas previamente.⁴⁸⁴

3.1. Posible concreción en el art. 291 CP

A continuación, se realizará una posible concreción de esta teoría general en el delito de acuerdos abusivos. En este sentido, se explicará cuál sería *prima facie* la dimensión de la libertad o autonomía que se vería atacada por el art. 291 CP y, finalmente, se concluirá sobre si dicho precepto normativo se podría considerar legitimado -o no- y, en su caso, cuáles serían los motivos que así lo confirmarían.

3.2.1. Dimensión de la libertad o autonomía como utilidad

Es posible afirmar que la dimensión en la que se puede subsumir la hipótesis delictiva prevista en el art. 291 CP sería la referida a la libertad o autonomía como *utilidad*, esto es, aquella que protege la

⁴⁸⁴ Para mayores precisiones sobre el contenido y alcance de esta teoría, cfr., ROBLES PLANAS, RICARDO, 2012, ps. 23 y ss. Sobre la teoría de la justificación y sus distintos baremos, cfr., BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, 1994, ps. 13-14 y ps. 173 y ss.; COCA VILA, IVÓ, 2011, ps. 2 y ss. Si bien en un contexto mucho más acotado (delitos patrimoniales), se advierte una cierta afinidad entre esta propuesta general de legitimación del Derecho penal (sobre todo de la dimensión de autonomía como utilidad) con la fundamentación general de los delitos patrimoniales propuesta por JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 5, 8 y 14-15.

expectativa de la libre utilidad por parte del titular de un derecho jurídicamente garantizado.

Desde este punto de vista, la reacción del Derecho penal se deberá a la existencia de un comportamiento concreto por medio del cual su autor infringe normativamente su deber negativo de respetar un determinado estado de cosas ya existente. Esto es, cuando el autor impide con su intervención el libre ejercicio de un Derecho subjetivo de naturaleza patrimonial jurídicamente garantizado en contra de la voluntad de su titular. Este derecho patrimonial, que implica la obligación de respetarlo, contribuye al desarrollo personal de la autonomía de su titular y, por tanto, se pretende garantizar que su titular lo pueda utilizar libremente sin interferencias ilegítimas por parte de terceros.

No se considera que el art. 291 CP se pueda encuadrar dentro de la primera dimensión de la autonomía (exclusión) ya que se trata de un ámbito reservado, principalmente y por tratarse del paradigma de la agresión-lesión, al núcleo clásico de los delitos tales como homicidio, lesiones, abusos sexuales, hurto, robo, etc.

Tampoco parece posible sostener que esta figura delictiva se podría subsumir en la tercera dimensión (institucional) por dos motivos.

En primer lugar, si bien la normativa extrapenal regula determinados deberes en relación con los administradores (diligencia y lealtad) no hay deberes extrapenales, por ejemplo, de fidelidad en cabeza de los socios que permitan sustentar que estamos en el ámbito de esta tercera dimensión ni, en consecuencia, sostener que estemos ante un delito de infracción de un deber positivo ni que se tienda a garantizar el bienestar de las personas.

En segundo lugar, la conducta del afectado por la norma no supone la creación de peligro alguno para derechos ajenos, situación característica por la cual se extrae la identidad con las situaciones propias del estado de necesidad agresivo en la que se exige una prestación positiva al ciudadano, ajeno a la situación de peligro,

para la conservación de la libertad del necesitado. Muy por el contrario, en el injusto del art. 291 CP el riesgo se desprende de la esfera de libertad de los socios mayoritarios o administradores y, por lo tanto, se acompasa de mejor manera con la estructura del estado de necesidad defensivo (no agresivo) y con sus baremos de ponderación.

Ahora bien, y partiendo de la independencia conceptual entre norma y ley penal, cabe abordar primero la cuestión atinente a qué puede ser objeto de las prohibiciones y mandatos y, en segundo lugar, a las cuestiones relativas a la pena.

3.2.1.1. Ámbito de la prohibición normativa

El Derecho penal busca proteger determinadas dimensiones de libertad o autonomía de las personas, entre ellas, la dimensión de libertad o autonomía como utilidad. Las reglas sobre la propiedad tienden a garantizar un espacio concreto de autonomía personal. Dicho espacio, que las reglas sobre la propiedad garantizan a cada uno, es sólo tal espacio de autonomía si cada uno puede tomar decisiones y actuar dentro de ese espacio persiguiendo sus propios intereses y sin necesidad de tomar en consideración en cada caso cómo esas decisiones y acciones pueden afectar a intereses de otros individuos o a intereses colectivos,⁴⁸⁵ pero siempre dentro de ciertos límites. Entonces, desde este punto de vista y *prima facie*, estaría justificado que el Derecho penal tienda a proteger, bajo ciertas condiciones, las reglas del ordenamiento jurídico relativas a un Derecho subjetivo de propiedad cuando la intervención de un tercero menoscabe el libre ejercicio del titular del derecho.

⁴⁸⁵ ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, p. 55. Para un panorama general sobre algunos conceptos jurídicos fundamentales, las distintas relaciones recíprocas que entre ellos se generan, qué se entiende por derecho subjetivo y qué se entiende por derecho de propiedad cfr., HOHFELD, WESLEY N., 1946, ps. 35-42 y 64; ROSS, ALF, 1994, ps. 162-163, 169-171 y 177-180; ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, ps. 48-49.

En este ámbito, la prohibición contenida en el art. 291 CP podría ser legítima siempre que se pueda exigir a los ciudadanos que, en la organización de su propia esfera, no alteren el libre ejercicio del titular de un Derecho subjetivo de naturaleza patrimonial en contra de su voluntad.⁴⁸⁶ En esta dimensión, cuyo paradigma es la inseguridad para los bienes, cabría aplicar la lógica del estado de necesidad defensivo y su respectivo baremo de ponderación.

Indudablemente, no sería legítima una prohibición penal que sancionara el libre ejercicio de una mayoría societaria sin más. Sin ir más lejos, y siempre que ello pudiera tener algo de ilegítimo, sería objeto de protección por parte del Derecho mercantil, pero no del Derecho penal.

Está claro que éste no es el caso del art. 291 CP. Por el contrario, el legislador penal se encargó de que al inicio del injusto, esto es, durante la interacción de los socios mayoritarios o administradores con el patrimonio ajeno de los socios minoritarios, se encuentre allí la privación del derecho patrimonial contrario a lo garantizado por el ordenamiento jurídico pero con un *plus* agregado, esto es, la privación de un derecho patrimonial producida mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria. Pero entendido dicho prevalimiento como un abuso, vale decir, como el abuso de una situación mayoritaria y no como el mero uso de la misma en circunstancias normales. Entender el medio comisivo como un abuso permitiría captar el real y verdadero sentido o significado de la conducta y establecer una diferencia sustancial con el uso habitual de una situación mayoritaria en materia mercantil.

Si se analizan las distintas oportunidades que el legislador ha utilizado en el CP los términos «prevaler» y «abusar», se puede

⁴⁸⁶ Se afirma que los derechos subjetivos no tienen una existencia desligada de la voluntad de su titular, sino que son los instrumentos de su voluntad y, en consecuencia, son lesionados cuando, sin que medie la voluntad del titular, dejan de servirle como instrumentos, esto es, cuando el titular los ha perdido. JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 7-8.

plausiblemente concluir que los usa prácticamente con el mismo significado y, en muchas oportunidades, de manera indistinta, a saber: en el art. 180 inc. 4 se habla de prevalido de una relación de superioridad, mientras que en el art. 188 inc. 1 se refiere a abusando de una situación de superioridad, en el art. 198 se dice prevaliéndose de su cargo, mientras que en los arts. 174 y 175 se alude a abusando de su cargo, en el art. 428 se dice prevaliéndose del ejercicio de las facultades a su cargo, mientras que en el *ex art.* 295 se decía abusando de las funciones propias de su cargo.

Así, la norma se justificaría, *prima facie*, ante aquellas conductas que suponen, mediante el abuso de una situación mayoritaria, la producción de peligros o de ciertos daños patrimoniales que convierten en inciertos, inseguros o directamente impiden el uso o disfrute de los derechos patrimoniales de los socios minoritarios, en contra de su voluntad.

Cuando se habla de un medio abusivo, implica referirse a las razones a tener en cuenta para calificar cierta acción de abusiva, esto es, razones referidas al alcance de la autonomía que se estima valioso proteger. Ciertamente, se estima valioso que un socio mayoritario pueda desarrollar su propio plan de vida, perseguir sus propios intereses, sin necesidad de ponderar en cada ocasión cómo va a afectar su acción a intereses de terceros. Pero la autonomía, así entendida, no tiene un alcance ilimitado, sino que está sujeta a tipos de límites que establecen el alcance de la autonomía que se estima digna de ser protegida. En este sentido, quedaría fuera de su alcance las acciones destinadas a dañar los intereses de los otros socios como aquellas que, aun persiguiendo el socio mayoritario sus propios intereses, el daño causado al resto de socios o la colectividad (Sociedad) aparece como excesivo o anormal.⁴⁸⁷

Se podría argumentar que el autor del hecho delictivo habría incumplido su deber correlativo de respetar (no interferir) el uso y disfrute del derecho patrimonial del socio minoritario y, en igual sentido, sería incompetente para modificar el *status* jurídico del

⁴⁸⁷ Similar, ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, 2000, ps. 55-56.

patrimonio del socio minoritario al haber vulnerado la inmunidad⁴⁸⁸ correlativa que el ordenamiento jurídico le había conferido a su titular. En consecuencia, y desde la perspectiva del socio minoritario (titular del derecho), éste podría ejercer la potestad de reclamar jurídicamente (*v.gr.*, denunciando penalmente a los autores del hecho) en busca de obtener un nuevo cambio en el *status* normativo de las cosas que permita retrotraer el estado anterior de las mismas. Y ello traería aparejado la correlativa sujeción del autor del hecho delictivo a las disposiciones de las autoridades judiciales competentes.

En esta dimensión, cabe fundamentar un amplio número de normas prohibitivas. Al igual que sucede en las situaciones elementales derivadas del estado de necesidad defensivo, el establecimiento de normas tiene como finalidad evitar que los socios mayoritarios o administradores produzcan determinados peligros, mediante el abuso de una situación mayoritaria, que conviertan en incierto el ejercicio o disfrute de los derechos patrimoniales de los socios minoritarios, en contra de su voluntad. Y, en la medida en que tales peligros surgen de la esfera de organización del afectado por la prohibición (socios mayoritarios y/o administradores), ésta quedaría plenamente legitimada en el principio de responsabilidad.

Una vez producida la infracción de la norma de conducta, se constata la presencia de un daño, esto es, aquello que justificaría la sanción penal y que habría de compensarse. Ese daño tendría una doble dimensión: fáctica e ideal-normativa.

Desde el punto de vista fáctico, la infracción normativa del art. 291 CP produce una lesión o puesta en peligro del patrimonio de los socios minoritarios. Desde la perspectiva ideal-normativa, se produce, por un lado, una autocontradicción de la norma por parte

⁴⁸⁸ Inmunidad, en el sentido de que ningún socio minoritario puede ser privado de la condición de propietario (total o parcial) de un cierto bien si no es bajo determinadas condiciones, por determinado procedimiento y, en su caso, mediante indemnización.

de los socios mayoritarios o administradores que la infringen y, en consecuencia, requiere que sea expresamente contradicha. Ello contribuye, por ejemplo, en la confianza de los socios minoritarios en que se respetarán sus intereses y en el fomento de la paz interna en el seno de las sociedades mercantiles. Por otro lado, el daño produce ciertas consecuencias psico-sociales que exige el mantenimiento de la norma como pauta de orientación social como, por ejemplo, inseguridad en los socios minoritarios de que no se respetarán sus intereses, inestabilidad interna, conflictos judiciales, perjuicio o posibilidad de un perjuicio económico derivado de la imposición de un acuerdo abusivo.

Desde otra perspectiva, y en cuanto a los límites al establecimiento de la norma, la conducta que se prohíbe por medio del art. 291 CP se produce en el ámbito de una sociedad mercantil y, en primer lugar, forma parte esencial de las condiciones de ejercicio de un derecho patrimonial de los socios minoritarios. Sin ir más lejos, estos (si bien en menor medida) han contribuido con sus aportaciones económicas a la conformación del capital social y, de este modo, se han convertido en titulares de un número determinado de acciones o participaciones sociales que, asimismo, le otorgan la condición de accionista o socio y le atribuyen los derechos reconocidos en la LSC y en los estatutos.

En segundo lugar, parecería correcto sostener que la conducta adoptada por los socios mayoritarios o administradores (imposición de un acuerdo), mediante el abuso de una situación mayoritaria, representa un peligro o lesión en el sentido de que su exteriorización convierte en inseguro el ejercicio o disfrute del derecho patrimonial del socio minoritario.

Por último, la conducta prohibida no parece sobrepasar el límite establecido por el baremo de ponderación del estado de necesidad defensivo. Esto es, no parece que el interés salvaguardado (patrimonio de los socios minoritarios), teniendo en consideración el nexo entre el peligro y la actuación de los autores del hecho, sea

excesivamente desproporcionado con el perjuicio que se les podría causar por la prohibición, *máxime* por el amplio margen que el legislador concedió para la aplicación de la pena de prisión: desde seis meses a tres años y, sin lugar a dudas, si sólo se aplicara la pena de multa.

En conclusión, parecería posible sostener que el delito de acuerdos abusivos, en el ámbito de la prohibición normativa y bajo las condiciones referidas previamente, sería penalmente legítima.

3.2.1.2. Ámbito de la ley penal (sanción)

Una vez legitimada *prima facie* la prohibición prevista en el art. 291 CP, se analizará si su infracción normativa es susceptible de ser sancionada penalmente. El criterio del reconocimiento o compatibilidad es el que se utiliza para determinar que la infracción normativa del art. 291 CP es susceptible de sanción penal, en relación a la dimensión de la libertad o autonomía como utilidad. Se trata de un reconocimiento o compatibilidad con otras infracciones de normas ya reconocidas por el ordenamiento jurídico en el uso de determinados medios comisivos para llevar adelante la conducta típica de imposición de un acuerdo abusivo.

Cuando se le otorga relevancia penal material a la infracción normativa del art. 291 CP, se refleja que el medio comisivo allí representado (prevalimiento -abuso- de una situación mayoritaria) juega un papel muy importante, al igual que lo hacen las coacciones, las amenazas o el engaño en otros injustos penales. Y, en este sentido, uno se deberá preguntar si existen -o no- ya reconocidas en el ordenamiento jurídico español otras infracciones normativas iguales o materialmente análogas al medio comisivo previsto en el art. 291 CP. Sólo si la respuesta a este interrogante fuera positiva, desde la perspectiva de la teoría que se analiza, se podría concluir que la sanción penal allí contenida estaría legitimada.

Al establecer similitudes con otras infracciones penales consagradas en el ordenamiento jurídico, se podría destacar la existencia de una gran variedad de preceptos normativos previstos en el CP en los que, de un modo u otro, se utiliza el término «prevaler».

A título de ejemplo, el legislador penal se refiere a prevalerse del carácter público (art. 22 inc. 7), prevalido de una relación de superioridad o parentesco (arts. 180 inc. 4, 181 inc. 3, 183 inc. 4.d y similar el art. 361 bis inc. 2.3), prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica (art. 184 inc. 2), prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 187 inc. 3 y similar el art. 188 inc. 4.a), prevaliéndose de su cargo (art. 198), prevaliéndose de su situación mayoritaria (art. 291), prevaliéndose del ejercicio de las facultades a su cargo (art. 428), prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal (art. 429), se prevalliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 552), entre otros.

Si bien es verdad que el uso del término «prevaler» en el art. 291 CP sería el único previsto en el título XIII, no es menos cierto que existen muchos preceptos en los que se usa el término «prevaler» en forma similar y en delitos cuyas penas son aún más graves que la prevista para el delito de acuerdos abusivos. No obstante ello, ninguna duda cabe que la mayor o menor pena no está supeditada únicamente al medio empleado para llevar adelante la acción típica sino, principalmente y entre otros motivos, al interés penalmente protegido. A pesar de esta aclaración, las similitudes detectadas son de interés para establecer una primera aproximación.

También se puede establecer una mejor compatibilidad si se usa el término «abusar» que tiene, en varios casos, ciertas similitudes con el de prevaler. Y, precisamente, dentro de los delitos patrimoniales regulados en el título XIII CP se encuentra uno en particular cuya afinidad con el delito de acuerdos abusivos es innegable: el injusto de administración desleal pero en su anterior versión (*ex* art. 295

CP). En la redacción de este tipo penal se advierte la existencia del siguiente componente: abusando de las funciones propias de su cargo. Y este elemento objetivo tenía una clara identidad con el término «prevaliéndose de su cargo» del art. 198 CP y con el «prevaliéndose del ejercicio de las facultades a su cargo» del art. 428 CP.

Pero más allá de las similitudes literales (abusar/prevaler), lo más importante aquí era la compatibilidad estructural que tenían ambos injustos (*ex art. 295 y 291 CP*) a tal punto que NIETO MARTÍN ha dicho que, por un lado, el art. 291 CP está estrechamente emparentado con el delito de administración desleal, y por el otro, que considera al art. 291 CP como un caso especial de la administración desleal porque se encuentra en el primero la nota común que distingue el injusto de esta figura: una especial relación con un patrimonio ajeno, que otorga la capacidad de lesionarlo por medios distintos a aquellos que están previstos en otros delitos patrimoniales.⁴⁸⁹ Y, según MAYO CALDERÓN, la imposición de un acuerdo abusivo es uno de los medios que tiene el administrador (y se puede agregar también los socios) para perjudicar a la sociedad. Se trata, en su opinión, de un supuesto de administración desleal.⁴⁹⁰

A pesar de lo dicho más arriba, no pasa desapercibido el hecho de que la doctrina, en general, considerara que el «abuso de las funciones propias de su cargo» fuera parte del tipo subjetivo en el delito del *ex art. 295 CP*.⁴⁹¹ Pero, en mi opinión, no se considera que este abuso al que se refería el legislador tuviera que ver con el tipo subjetivo sino, más bien, con el tipo objetivo del delito de administración desleal. En primer lugar, resultaría sumamente llamativo e innecesario que existieran tres elementos subjetivos del injusto en una misma figura, a saber: en beneficio propio o de un tercero, fraudulentamente y el supuesto de abuso de las funciones. En segundo lugar, el abuso en cuestión se interpretaba mejor en

⁴⁸⁹ NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 296 y 314.

⁴⁹⁰ MAYO CALDERÓN, BELÉN, 2005, p. 273.

⁴⁹¹ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2010, p. 547; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., 2010, p. 596.

clave objetiva, esto es, que la disposición o la contracción de obligaciones se hacía por medio de un abuso previo de las funciones, lo que necesariamente tenía que formar parte del dolo del autor, pero no que dicho componente fuera *per se* un elemento subjetivo del injusto. En tercer lugar, esta conclusión era posible si se relacionaba el *ex art. 295* con, *v.gr.*, el art. 291 CP en donde el prevalimiento (abuso) de una situación mayoritaria no es considerado como un elemento subjetivo sino que, por el contrario, se lo interpreta como el medio por el cual se lleva adelante la acción típica. En definitiva, lo mismo sucedía en el *ex art. 295*.

Asimismo, es importante analizar en este ámbito si realmente es necesaria la sanción penal de la prohibición contenida en el art. 291 CP. Esto es, si serían las consecuencias jurídicas allí contenidas soportables para sus destinatarios y si se ajustan adecuadamente al espíritu del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, las consecuencias sí serían soportables para sus destinatarios siempre que, como primera medida, la pena de prisión prevista por el art. 291 CP sea inferior a la del art. 292 CP por razones de proporcionalidad. Serían soportables porque, salvo hechos de extrema gravedad y/o tratándose de delincuentes reincidentes, es muy probable que un delincuente primario no sea condenado a pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo (sí de cumplimiento condicional) y, quizás, ni siquiera sea condenado a una pena privativa de libertad sino a una pena alternativa de multa. Sin ir más lejos, no se advierte de la jurisprudencia ni una elevada aplicación del art. 291 CP ni condenas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Con lo cual, y más allá del indudable estigma social que conlleva todo proceso penal, la consecuencia jurídica a la infracción normativa del art. 291 CP sería, en principio, soportable para sus infractores.

Lo que sí podría traer aparejado, desde la perspectiva de esta teoría dogmática, un reproche de interés al art. 291 CP es lo relativo a la supuesta necesidad de su sanción. Pero sobre esto ya se ha desarrollado ampliamente al analizar el principio de

proporcionalidad y, en concreto, el subprincipio de necesidad, con lo cual es conveniente evitar reiteraciones innecesarias.

En definitiva, desde la óptica de esta teoría y a diferencia de la conclusión del epígrafe anterior,⁴⁹² parece razonable concluir que el precepto normativo que contiene el delito de acuerdos abusivos, si bien no exento de algunas críticas, estaría legitimado y, en consecuencia, sería constitucional.

4. Líneas finales sobre el principio de proporcionalidad

Llegados a este punto de encuentro, se desprende una primera conclusión evidente. Según el método de análisis que se utilice, se llegan a conclusiones contradictorias. Por un lado, que el delito de acuerdos abusivos sería penalmente ilegítimo y, por lo tanto, inconstitucional (salvo por las salvedades que se hicieron oportunamente para no concluir categóricamente de este modo); y por el otro, que el mismo injusto sería penalmente legítimo y, en consecuencia, constitucional.

Sin perjuicio de que la teoría de ROBLES PLANAS pudiera -o no- requerir de ulterior desarrollo y concreción,⁴⁹³ es indudable que existen o subyacen algunos puntos de contacto y algunas diferencias sustanciales con el *test* de proporcionalidad propuesto en la primera parte de este capítulo.

Con respecto a lo primero, el punto de contacto más importante sería que, por medio de los principios derivados de la teoría de la justificación, se pretende determinar una mayor concreción del principio general de proporcionalidad.

Con relación a lo segundo (diferencias), se podría afirmar por ejemplo, que las bases o pilares de cada teoría son

⁴⁹² Resultado negativo en la aplicación del principio de proporcionalidad.

⁴⁹³ Considera que sí ROBLES PLANAS, RICARDO, 2012, p. 47.

considerablemente distintas. La separación clara con el esquema de análisis que propone el *test* de proporcionalidad y, por ende, con aquello que tendría que ser objeto de fundamentación racional. Se hace hincapié en el juicio de ponderación mediante el uso de los principios derivados de la teoría de la justificación y sus respectivos baremos, por encima del juicio de idoneidad y necesidad. Posiblemente, ello se deba a que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto haya sido, precisamente, el mayor campo de críticas por parte de la doctrina.

Asimismo, ambos métodos utilizan perspectivas de análisis distintas. En el caso de ROBLES PLANAS se utiliza el criterio del reconocimiento o compatibilidad con otras infracciones penales ya previstas en el ordenamiento jurídico y, desde este enfoque, se podría sostener que su posición resulta más contextualizada, próxima y amalgamada con el resto de preceptos normativos previstos por el legislador. Mientras que la postura de LOPERA MESA posiblemente sea más de naturaleza cuantitativa, formal y distanciada del resto infracciones penales. Finalmente, esta nueva teoría no tiene el respaldo constitucional del que goza el *test* de proporcionalidad y, por lo tanto, habría que ver cómo se articularía con el control de constitucionalidad consolidado e implementado por el TC.

Más allá de las similitudes y diferencias existentes entre ambos métodos de análisis, considero que se pueden señalar brevemente algunas cuestiones positivas y negativas sobre el principio de proporcionalidad examinado en la primera parte de este capítulo.

Con respecto a lo primero, se debe destacar el gran mérito de esta teoría al tratar de desarrollar y perfeccionar en forma más esquemática, sistemática y, hasta en cierta forma, aritmética el *test* de proporcionalidad, el que adolecía claramente de una mayor concreción debido a su alta dosis de abstracción y dificultad de precisar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Se hizo hincapié en qué es lo que se tiene que fundamentar para

justificar el resultado de la ponderación y esto favorece a un control racional de las decisiones más depurado y también de aquellos espacios en donde aún pueda haber un mayor subjetivismo en el análisis.

La literatura jurídica, si bien ha hecho referencia a los supuestos criterios que se tendrían que utilizar para valorar, p. ej., el principio de proporcionalidad en sentido estricto, difícilmente ha establecido cómo debe llevarse adelante su vinculación o conexión para resolver la ponderación que en este nivel se realiza. Por el contrario, este modelo permite dar un paso más en esta labor ya que pretende establecer dicha conexión de manera más racional y adecuadamente fundada. Busca precisar cómo se realiza la comparación entre dos magnitudes, cómo se llega a determinar cuáles son dichas magnitudes y su respectivo valor.

Por último, se debe destacar que este principio goza ya de un notable respaldo constitucional, no sólo porque su fundamento se podría extraer, posible e implícitamente, de las disposiciones de la Constitución sino, también, porque es el mecanismo de control expresamente utilizado por el Tribunal Constitucional a la hora de resolver si un precepto penal es legítimo -o no-.

Con respecto a las posibles críticas que se le podrían realizar a este método de análisis, considero brevemente lo siguiente.

En primer lugar, el método analizado configura, para quien no está habituado a su uso, un instrumento de cierta complejidad, sobre todo al desarrollar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto mediante el uso de distintas variables y fórmulas, seguramente necesitado de ajustes y de una mayor evolución. Indudablemente, ello significa que el *test* de proporcionalidad debe seguir perfeccionándose en el futuro.

En segundo lugar, la evaluación de la mayor o menor seguridad de las premisas empíricas es una tarea igualmente compleja y con serias dificultades debido al problema de contar con los medios de

información adecuados para una correcta toma de decisión. Concretamente, las dificultades empíricas que se plantean en el análisis de los subprincipios de idoneidad y necesidad, al no contarse con los medios ni los recursos precisos ni estudios científicos en distintas áreas tales como, por ejemplo, sociológicos, criminológicos y estadísticos. Y, si bien se contribuye a limitar y a resaltar el espacio en el que se mueve la subjetividad y discrecionalidad del autor que lo aplica, no se eliminan aquellas con el uso de distintos criterios de determinación en cada una de las variables estudiadas.

En tercer lugar, y en línea con lo anterior, la discrecionalidad del intérprete no se logra limitar en la selección de las variables y la puntuación que se le otorga a cada una de ellas a la hora de examinar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Todo lo cual, no descarta que el resultado al que pudiera arribar un nuevo intérprete fuera otro, si las variables que se adoptaran y los puntajes otorgados fueran distintos a las que se eligieron en un primer momento. En síntesis, la aplicación del método no impide que se puedan arribar a conclusiones contradictorias. Y, en este sentido, podría brindar una aparente impresión de seguridad.

De igual modo, se advierte un posible desequilibrio al examinar algunas de las variables utilizadas para el delito de acuerdos abusivos. Así, al evaluar la intensidad de la afectación de un principio iusfundamental en concreto (criterios de determinación), se introdujeron 5 variables con sus respectivos puntajes, mientras que en el apartado de la importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger –justificar– en concreto (criterios de determinación), sólo se evaluaron 2 variables. Las sumas de los valores de la norma de conducta (libertad de empresa) y de la norma de sanción (p. ej., libertad ambulatoria) reciben un puntaje muy superior -de 12- al principio que se pretende justificar por el Estado (derecho de propiedad) con una suma total de 8. Esto es, una diferencia de 4 puntos. La desproporción en la cantidad de variables

utilizadas (5 por un lado y 2 por el otro) incide directamente en el resultado final.

En cuarto lugar, pareciera que este modelo carece, en cierta forma, de un complemento material y más contextualizado de análisis al carecer de un criterio de comparabilidad con otras infracciones penales de similares características.

En quinto lugar, y bajo este contexto, cabe preguntarse. ¿Está preparado el principio de proporcionalidad para afrontar con solvencia y seguridad la realidad de los nuevos procesos de criminalización que operan en el marco del Derecho penal económico? Y, a mi modo de ver, aún no lo está. Más allá de sus méritos, considero que todavía deja un margen muy importante de discrecionalidad al intérprete y la posibilidad cierta de que distintas personas lleguen a conclusiones contradictorias, por lo menos en lo que se refiere a casos difíciles de Derecho penal económico.

En sexto lugar, y en delitos económicos en los que, en general, ya se encuentra previsto por el ordenamiento jurídico un mecanismo previo de protección al Derecho penal, el principio *ius* fundamental de la libertad ambulatoria (afectada casi siempre con la conminación en abstracto de una pena de prisión) siempre tendrá un puntaje importante y una incidencia casi dirimente en el resultado final de la fórmula que se utilice. Aquí, a los fines de graficar esta crítica y con relación al delito de acuerdos abusivos, el peso en abstracto de la norma de sanción referida al principio de libertad ambulatoria recibió un puntaje de 20, en contraposición al peso en abstracto del bien jurídico penalmente protegido referido al principio de propiedad que recibió un puntaje de 13. Esto es, una diferencia muy importante de 7 puntos.

Todo lo dicho previamente, trasladado al caso del art. 291 CP, y en base a las consideraciones que haré a continuación, me convencen de que el método todavía no es lo suficientemente seguro y solvente para dar una respuesta categórica a un tema, fundamentalmente a

supuestos difíciles de Derecho penal económico, tan delicado e importante como lo es determinar si una norma penal es legítima o no.

5. Recapitulación: legitimación, bien jurídico penalmente protegido y nuevo ámbito de protección del art. 291 CP

Como se anticipó, es posible llegar a conclusiones contradictorias con relación a la legitimidad del delito de acuerdos abusivos.

Si bien es cierto que se le puede hacer alguna crítica de legitimidad al art. 291 CP y que la redacción del tipo penal es *per se* reprochable, mi intuición me lleva a pensar que es posible concluir que aquel injusto es constitucional⁴⁹⁴ y que es posible llevar adelante una interpretación razonable del tipo penal. Por lo tanto, si la estructura del delito se reformulara y entendiera que su ámbito de protección no coincide plenamente con el ámbito mercantil sino que protege algo parcialmente distinto y muy importante en las sociedades mercantiles, esto es, el valor patrimonial de los derechos de participación social, entonces el tipo penal podría tener una interpretación penal más adecuada.

En la dirección sugerida, y atendiendo a una noción ideal de bien jurídico protegido, se puede distinguir entre el objeto de la acción, el objeto del bien jurídico y el bien jurídico penalmente protegido. Así, el objeto de la acción estaría dado por el acuerdo societario y supuestamente abusivo.⁴⁹⁵ El objeto del bien jurídico sería un derecho económico garantizado en su sustancia jurídica como

⁴⁹⁴ Siguiendo el método de análisis propuesto por ROBLES PLANAS.

⁴⁹⁵ Así, p. ej., MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 284. Para la Audiencia Provincial de Barcelona el «objeto de la acción lo es el acuerdo abusivo», núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783.

encarnación del bien jurídico penalmente protegido consistente en el patrimonio de los socios minoritarios.⁴⁹⁶

De acuerdo con lo dicho, el objeto del bien jurídico es un derecho económico garantizado en su sustancia jurídica. Se tiene que tratar de un Derecho subjetivo que pertenezca al patrimonio de una persona y esto solamente en la medida en que el titular pueda disponer de ellos. Interesan los derechos subjetivos como medios de desarrollo para la libertad y no como base de ese desarrollo. Tales derechos subjetivos no tienen una existencia desligada de la voluntad de su titular, sino que son los instrumentos de su voluntad y, por consiguiente, son lesionados cuando, sin que medie la voluntad del titular, éste los ha perdido o se han depreciado económicamente. La lesión de un derecho es su privación que se configura, según el caso, como una privación de la sustancia del derecho o como una constitución de una obligación.⁴⁹⁷

El nuevo y posible ámbito de protección penal del art. 291 CP estaría dado, entonces, por la tutela de los derechos patrimoniales de los socios en sentido amplio (sobre el alcance de este concepto se profundizará en el capítulo II referido a la conducta típica: la imposición de un acuerdo abusivo penalmente relevante), esto es, más allá del perjuicio patrimonial efectivo. Se trataría de ofrecer una protección penal ante esos acuerdos que convierten en inseguro

⁴⁹⁶ Aquí se debe precisar que el objeto del bien jurídico sería la referencia para delimitar los delitos de lesión y peligro concreto de los delitos de peligro abstracto y que el objeto de la acción sería la referencia decisiva para la delimitación entre delitos de resultado y mera actividad. Por lo tanto, y atendiendo que ambos planos de delimitación serían distintos e independientes uno del otro, sería posible que también en los delitos de peligro abstracto se planteen cuestiones de imputación, en tanto y en cuanto posean una estructura propia de los delitos de resultado. SCHULENBURG, JOHANNA, 2007, ps. 357-362.

⁴⁹⁷ JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 7-8 y 12. Sobre la protección de derechos subjetivos, SILVA SÁNCHEZ afirma que, si se partiera de la idea de las creencias (como creencias compartidas) que se acaban manifestando en las normas de conducta establecidas en una sociedad dada, no parece haber muchas dudas: o se protegen derechos subjetivos o, sencillamente, modelos de organización social. SILVA SÁNCHEZ JESÚS M., 2010, p. 504.

el derecho patrimonial de los socios porque sólo de ese modo se consigue una protección eficaz del mismo.

Como es sabido, p. ej., en la junta de socios, el socio mayoritario (o el grupo de ellos que conforma la mayoría) tiene la llave de las decisiones por cuanto el voto de los socios minoritarios no es decisivo. Motivo por cual, es un problema latente el riesgo de expropiación de los minoritarios por parte de los mayoritarios.⁴⁹⁸ Pero, para justificar debidamente la importancia del nuevo ámbito de protección propuesto, aún se debe profundizar un poco más al respecto.

Es verdad que los derechos de los socios minoritarios encuentran cierta protección en la LSC por medio del régimen de impugnación de acuerdos sociales, pero no es menos cierto que parte de la doctrina mercantil ha considerado insuficiente dicha protección, al punto tal que el consejo de expertos le sugirió hace poco al Gobierno la ampliación de su protección y así se cristalizó en la ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.⁴⁹⁹

Tampoco se puede desconocer que, si bien el régimen jurídico de impugnación de acuerdos sociales tiene una gran importancia en la actualidad, se le ha criticado la poca atención que el legislador ha dedicado a esta materia, tal vez explicable por el hecho conocido de que las directrices comunitarias no lo han abordado, al haber fracasado tantas veces los intentos armonizadores realizados por los diversos proyectos y propuestas de la quinta directiva. Lo cierto es que las normas que hoy regulan la materia en España son sustancialmente iguales a las de la ley de 1951 y que, según ha mostrado la práctica de más de sesenta años, adolecen de notables insuficiencias que la hacen pecar tanto por defecto en la protección

⁴⁹⁸ SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 8, lo pone de manifiesto en relación a las sociedades de capital concentrado.

⁴⁹⁹ Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

material de las minorías como por exceso en las oportunidades que brinda para el abuso del derecho de impugnación y la consiguiente puesta en peligro de la necesaria seguridad del tráfico.

Se ha dicho también que los países de nuestro entorno, conscientes de su importancia, han reformado en tiempos recientes la regulación de la impugnación de los acuerdos sociales (p. ej., los casos de Alemania o Italia) y, en base a estos motivos y otros, se decidió que era necesario dar un paso más en la configuración de esta normativa.⁵⁰⁰ De igual modo, se ha destacado que la protección de los socios minoritarios a través de la litigación aumenta el riesgo de extorsión o de *hold-up*.⁵⁰¹

SÁEZ LACAVE alertó sobre la desatención doctrinal y jurisprudencial en relación al régimen de impugnación de los acuerdos y la protección de los socios minoritarios, que ha ocasionado que sea uno de los flancos débiles más clamorosos de nuestro Derecho de sociedades y una de las razones que explican la desprotección que sufren los socios minoritarios. La autora también refiere que la protección de los minoritarios a través de la impugnación de los acuerdos sociales abusivos o desleales se enfrenta a serios problemas de aplicación por parte de los tribunales.⁵⁰²

En base al reclamo de la doctrina especializada, parece importante dotar a los socios minoritarios de un sistema eficaz de garantías que proteja su interés en la sociedad, particularmente aquéllas que pongan coto a la extracción de beneficios privados por parte de los socios de control a través de operaciones interesadas. De este modo, y a criterio de SÁEZ LACAVE, no sólo se beneficia a los minoritarios sino también al bien común porque, si se mejora la protección de

⁵⁰⁰ Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

⁵⁰¹ SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 49.

⁵⁰² Cfr. SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 53 y 2009, p. 21.

los socios frente a la expropiación, se reduce la tasa de beneficios privados, se facilita la capacidad de la sociedad de financiarse a través de los mercados de capitales, las sociedades crecen en tamaño, lo cual repercute en el crecimiento de la economía⁵⁰³ e, indirectamente, ello repercute de alguna manera en la institución del ahorro y de la inversión, aspectos fundamentales en las sociedades mercantiles contemporáneas y de los países. De igual modo, puede ser un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica, la mejora del control interno de gestión y el refuerzo de la confianza y transparencia de los accionistas e inversores nacionales y extranjeros.

No se puede ocultar que, cuanto más concentrada esté la propiedad, el resultado del voto reflejará menos el interés compartido o común, y más el interés particular de los socios con más acciones y esta situación es proclive a la existencia de conflictos de intereses entre las distintas partes.

Asimismo, el sistema de protección de los socios minoritarios (impugnación de acuerdos sociales) es un régimen *ex post*.⁵⁰⁴ Mientras que, con el delito de acuerdos abusivos y según el ámbito de protección que se propone, la tutela de los socios minoritarios ya no sólo será *ex post* sino también *ex ante* y tendente a disuadir a los socios mayoritarios de realizar conductas que pudieran perjudicar el derecho patrimonial de los socios minoritarios, en las condiciones exigidas por el art. 291 CP.

¿Y por qué se debe ampliar la protección del socio minoritario? Porque considero que, más allá de lo dicho con anterioridad, el socio minoritario es consocio del mayoritario, no un mero prestamista de fondos que éste pueda usar a su discreción.⁵⁰⁵ De igual modo, los socios minoritarios aceptan compartir parte de su patrimonio en uno común con otros socios porque obtienen

⁵⁰³ SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 13.

⁵⁰⁴ Así, SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 47.

⁵⁰⁵ *Ibidem.*, p. 51.

determinadas garantías contractuales de que las decisiones relativas a la gestión de los recursos van a tomarse de manera leal y acorde también con sus intereses.⁵⁰⁶ Esto es, los empresarios buscan distintas alternativas para incrementar su patrimonio, desarrollar y hacer crecer sus empresas. Una de estas alternativas es permitir la intervención de los socios minoritarios que aportan su capital económico y/o intelectual para generar o continuar el crecimiento de la sociedad. En esta dirección, no cabe duda de que los socios mayoritarios y minoritarios contribuyen en su justa medida al desarrollo económico, al crecimiento y supervivencia de las organizaciones, a generar riqueza y ser más competitivos. E, indirectamente, permite un mayor movimiento y desarrollo económico-financiero del país. En consecuencia, aquellas garantías deben respetarse y hacerse respetar en aras a evitar perjuicios económicos injustos y abusivos que fueran producidos por los socios mayoritarios a los minoritarios y que, eventualmente, puedan derivar en problemas aún mayores que deriven en la volatilización de la sociedad o su pérdida de competitividad.

Por otro lado, el socio minoritario también tiene que poder exigir que la toma de decisión por parte de los mayoritarios sea limpia y que no se aprovechen del poder de configuración que tiene con fines desleales. Esto es, que se respeten las reglas del juego. Esto ocurre, a criterio de PAZ ARES, cuando los mayoritarios utilizan su derecho de voto ignorando o menospreciando los derechos de sus consocios e incumpliendo así la promesa implícita en el contrato de sociedad de no desviar valor (i) de la esfera social a la esfera particular o (ii) de la esfera particular ajena a la esfera particular propia. El socio no puede emplear su derecho de voto para obtener ventajas particulares, pues en ese caso el procedimiento de decisión está siendo falseado por la existencia de un conflicto de interés.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2009, p. 6.

⁵⁰⁷ PAZ ARES, CÁNDIDO, 2014, ps. 27-28 y 30.

Desde otro costado, se ha puesto de manifiesto que la sanción derivada del régimen de impugnación social es baja. El socio mayoritario no responde personalmente por ser desleal, sólo se le impide que lleve a término la decisión abusiva. Por lo tanto, parece lógico pensar que, en la medida en que atisbe una probabilidad de éxito de salirse con la suya, tendrá incentivos para intentarlo porque no perdería nada con ello.⁵⁰⁸ Así las cosas, nada impide que, sobre una ponderación de costes-beneficios y con la baja intensidad de dicha sanción, el socio mayoritario sea reincidente en este tipo de conductas. En cambio, ello se podría modificar si se comparte el nuevo ámbito de protección propuesto.

Ahora bien, que se proponga un nuevo ámbito de protección del delito de acuerdos abusivos no significa que la intervención penal sea ilimitada y que el tipo esté bien redactado, sino que hay que interpretarlo correctamente en su nueva dimensión legitimadora. Por ello, a pesar de todas las críticas formuladas por la doctrina y de la conveniencia de que se reformule el art. 291 CP, este delito es parte de nuestro Derecho vigente y, en consecuencia, debe ser interpretado y aplicado de una manera racional.

La marcada divergencia en la doctrina a la hora de interpretarlo de un modo u otro y la generalidad de la letra de la ley al describirlo, implica que el juez penal tiene un margen muy amplio de actuación que va desde la adopción de la decisión más extensa y perjudicial para la libertad de los ciudadanos, por cuanto una mayor cantidad de conductas podrían ser subsumibles en el art. 291 CP, hasta una decisión más acotada y circunscrita sólo a las conductas más lesivas del bien jurídico penalmente protegido.

En consecuencia, y siempre dentro del marco del tenor literal de la interpretación del art. 291 CP y por directiva del art. 4.1 CP, lo más conveniente sería adoptar una interpretación restrictiva del delito de acuerdos abusivos, limitándose así el número de conductas que

⁵⁰⁸ SÁEZ LACAUE, M^a ISABEL, 2008, p. 51.

podrían ingresar en la esfera de este delito pero seguramente siendo compatibles con los ataques más graves de abuso al derecho patrimonial de los socios minoritarios.

En suma, la interpretación más adecuada para el art. 291 CP tendría que ser de carácter restrictivo o reductora. Por lo tanto, la interpretación restrictiva del tipo viene dada porque el prevalimiento de la situación mayoritaria sea realmente relevante. Para ello, y según se podrá observar en el próximo capítulo, se deberá exigir que la conducta investigada configure un auténtico abuso penalmente relevante, una forma clara de apartarse de las reglas del tráfico societario, un acuerdo irracional, desde el punto de vista económico y de la mayoría social, y en claro perjuicio económico de los socios minoritarios. Un acuerdo que sólo puede interpretarse como un lucro injustificado de una mayoría sobre una minoría o la producción de un perjuicio infundado sobre la minoría.

Sobre este tipo de interpretaciones, el TC hizo uso de la misma en la sentencia 111/1993 al restringir la esfera de lo prohibido por el tipo penal del antiguo delito de instruismo (art. 321.1 CP). Allí, sostuvo que, si bien el ejercicio ordenado de ciertas profesiones puede constituir un bien jurídico acreedor de tutela penal, no podía hacerse extensible a todas las profesiones, de manera que allí donde el precepto castigaba el ejercicio profesional sin título oficial debía entenderse como título académico oficial. La CSJN de Argentina, expresó sobre la interpretación restrictiva: «Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige

priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal». ⁵⁰⁹ Por su parte, SCHÜNEMANN se refiere a la posibilidad indispensable de reducción teleológica del tipo y también a la eliminación, dentro del marco de la interpretación admisible de los tipos, del ámbito de la punibilidad de todos aquellos comportamientos frente a los cuales la víctima no merece ni necesita de una protección porque ella misma puede protegerse suficientemente si tan sólo lo quisiese. ⁵¹⁰

De este modo, se realizará en el próximo capítulo una interpretación de *lege lata* de la estructura típica del art. 291 CP, en la que la construcción valorativa y dogmática se mantendrá dentro del marco del Derecho vigente ⁵¹¹ (tenor literal) y en la que se tratarán de introducir algunos criterios teleológicos de interpretación restrictiva, tendentes a solventar los riesgos que plantea la aplicación y sanción de esta figura delictiva en la práctica.

Esta interpretación se tratará de llevar a cabo a pesar de las palabras de NIETO MARTÍN que oportunamente auguraron que el art. 291 CP «constituye sin duda alguna el precepto de más difícil interpretación de todos los delitos societarios y seguramente uno de los más aptos para la polémica». ⁵¹² Opinión que se comparte y cuya situación se advierte a simple vista repasando las distintas opiniones de los

⁵⁰⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de fecha 22/04/2008, «Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 – Causa N° 28/05».

⁵¹⁰ SCHÜNEMANN, BERND, 2012, ps. 76 y 80. Sobre la reducción teleológica, ver p. ej., MIR PUIG, SANTIAGO, 2011, p. 115 nota 38.

⁵¹¹ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1992, p. 144.

⁵¹² NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 295.

autores que, con el transcurso del tiempo, fueron modificando sus opiniones.⁵¹³

A criterio de SILVA SÁNCHEZ, el ámbito de duda o zona de penumbra continúa siendo un ámbito legítimo para la construcción dogmática de *lege lata*. Por ello, cuando se habla de este tipo de propuesta lo que se busca es la determinación de los criterios (subjétivamente) correctos para la atribución de la responsabilidad criminal. Se pretende lograr que una proposición dogmática pueda aspirar al consenso y, por tanto, pueda estimarse plausible. En otras palabras, que reúna los elementos precisos para alcanzar un consenso auténticamente fundado e intersubjetivo.⁵¹⁴

Como consecuencia de todo lo expuesto, el *telos* del tipo de interpretación que se propone en este trabajo consistirá en lo siguiente: (1) disminuir los efectos perturbadores de la aplicación del art. 291 CP, principalmente en lo concerniente al régimen de impugnación de acuerdos sociales, (2) reducir el círculo vicioso que se produce con el uso penal e ilimitado del delito de acuerdos abusivos por parte de los socios minoritarios, (3) brindar amparo allí donde aún habría una supuesta carencia de protección en cabeza de los socios minoritarios y sólo ante los supuestos más graves de afectación al bien jurídico penalmente protegido, (4) la función del art. 291 sería la de contrapeso y de aplicación previa al art. 252 CP. Esto es, no como función de recogida (*Auffangsfunktion*) o de cierre (*Plombierungsfunktion*) del sistema del Derecho penal patrimonial en el ámbito societario sino como primera barrera de contención.

⁵¹³ Así, p. ej., modifican su posición inicial y, luego, consideran que el delito de acuerdos abusivos es un tipo de lesión DEL ROSAL BLASCO; FARALDO CABANA; VALLE MUÑIZ; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ.

⁵¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1992, ps. 132 y 134.

CAPÍTULO II: CONDUCTA TÍPICA: LA IMPOSICIÓN DE UN ACUERDO ABUSIVO PENALMENTE RELEVANTE

El presente capítulo tiene tres ejes esenciales. El primero, es el concepto de patrimonio y perjuicio que se utiliza, ya que tiene incidencia directa en la estructura del tipo penal. El segundo, el contenido del abuso penalmente relevante que deberá interpretarse en clave restrictiva. Y el tercero, la delimitación con el mecanismo de impugnación de acuerdos sociales. El análisis conjunto de todos estos elementos, sumados al resto de componentes típicos del delito, permitirán desentrañar la naturaleza del delito de acuerdos abusivos y su estructura típica.

1. Nociones generales sobre la evolución del concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial

La idea de bien jurídico penalmente protegido desarrollada en el capítulo anterior se vincula estrechamente con las nociones de patrimonio y perjuicio patrimonial. Debido a la existencia de distintas teorías en relación a estos conceptos, se torna necesario tomar posición en este debate a los fines de precisar el alcance y contenido del delito de acuerdos abusivos.⁵¹⁵

En el Derecho penal no existe sólo un concepto de patrimonio. Históricamente, cada nueva teoría que se postulaba tenía como objetivo principal brindar una solución adecuada a los distintos problemas o grupos de casos que se fueron planteando en cada momento.

Con relación al concepto de patrimonio, existieron dos debates de gran importancia. En primer lugar, la discusión sobre la elección de

⁵¹⁵ Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico protegido y la determinación de los conceptos de patrimonio y perjuicio patrimonial, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 85-87.

una concepción jurídica o económica. En segundo lugar, la discusión sobre si el valor del patrimonio se debía determinar en base a un criterio de mercado o atendiendo a los fines de su titular (valor de utilidad o valor afectivo).⁵¹⁶ Esta situación llevó a que, con el transcurso del tiempo, se esbozaran y defendieran distintas teorías sobre el concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial, a saber: la teoría jurídica del patrimonio, la teoría económica, la teoría mixta y las teorías personal, funcional y dinámica.⁵¹⁷

El concepto jurídico de patrimonio fue implementado durante años en la jurisprudencia y doctrina alemana, teniendo a BINDING como uno de sus mayores exponentes. Sin embargo, y durante el primer cuarto del siglo XX, perdió vigencia y actualmente su importancia se justifica porque supone el punto de partida de toda la discusión. El perjuicio que se proponía desde esta óptica era jurídico y no económico, si bien en determinadas circunstancias podían coincidir.⁵¹⁸

El concepto económico de patrimonio se empezó a consolidar en Alemania por el año 1910⁵¹⁹ y vino a reemplazar el concepto más estático de la concepción anterior. Se puso el acento en la pertenencia de los concretos elementos patrimoniales que integraban el patrimonio (bienes y derechos con valor económico) y en que su efectivo valor se decidía a partir de parámetros exclusivamente económicos y sin consideraciones jurídicas. Lo que el Derecho penal protegía, entonces, serían valores patrimoniales. La idea de perjuicio patrimonial se definió exclusivamente en base a parámetros económicos. Consistía en el empeoramiento de la

⁵¹⁶ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, p. 88; Cfr., LA MISMA, 2004, ps. 29 y ss.

⁵¹⁷ GALLEGOSOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 106-107.

⁵¹⁸ Para mayores precisiones, cfr. GALLEGOSOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 110-114, 118 y 323-324; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2004, ps. 32-34. También se refiere a dicho concepto, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, 2009, ps. 9-10.

⁵¹⁹ Concretamente, se le atribuye a la jurisprudencia del RGSt 44, 230 del año 1910 (caso de los abortivos inocuos), la formulación expresa de este concepto. Así, GALLEGOSOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 128-129 y PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2004, ps. 35-36; LA MISMA, 2013, ps. 88-90.

situación patrimonial en su conjunto aunque no gozaran de reconocimiento por el Derecho y se concretaba en la disminución económica de su valor global. Aquí, lo relevante era determinar la disminución del saldo contable del titular del patrimonio o, en otros términos, del saldo monetariamente evaluable del titular de dicho patrimonio.⁵²⁰

El concepto mixto de patrimonio (jurídico-económico) es catalogado como la posición mayoritaria que asumió tanto la doctrina como la jurisprudencia española. De igual modo, habría sucedido en Alemania e Italia.⁵²¹ De este modo, partiendo del valor de mercado referido a un abstracto *homo oeconomicus*, habría un perjuicio en el supuesto en el que se lograra determinar un saldo contable negativo, esto es, cuando el valor monetario del patrimonio disminuyera o cuando el activo fuera menor al pasivo.⁵²² Ahora bien, si se parte de la noción de que no sería posible brindar una solución correcta a todos los casos planteados sobre la base de un criterio exclusivamente económico, se acepta la necesidad de recurrir, en un segundo nivel de análisis, a correcciones individualizadoras que permitan dispensar soluciones más justas. Por ello, al criterio económico (objetivo) se le agrega la exigencia de atender a las necesidades y a la concreta situación individual del

⁵²⁰ Para profundizar, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 126-127 y 333-335; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 88 y ss. Crítico con la doctrina económica del perjuicio patrimonial, KINDHÄUSER, URS, 2010, ps. 163 y ss. En concreto, el autor reprueba los fundamentos brindados por el *Reichsgericht (RGSt 16, 1 y ss.)* para desarrollar la doctrina económica del perjuicio patrimonial.

⁵²¹ GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, p. 148. También considera al concepto mixto como posición claramente mayoritaria, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, 2009, p. 2. Según este autor, ésta sería la postura dominante en la doctrina española, alemana, italiana y portuguesa, y pareciera dominar asimismo en la doctrina chilena (ps. 2-3). PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, p. 90, alude a concepción dominante.

⁵²² Para un análisis de las distintas opciones elaboradas con relación al concepto de patrimonio en esta teoría, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2004, ps. 38-39; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 150, 173, 336-341 y 357.

titular del patrimonio (criterio subjetivo): valor de utilidad o valor de uso.⁵²³

Con posterioridad, se elaboraron las denominadas teorías del concepto personal de patrimonio y del concepto funcional de patrimonio. En ambas, la protección penal tomaba al patrimonio como fundamento del desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad. Se tratan de teorías que, en general, consideran las representaciones y preferencias subjetivas del titular patrimonial para definir el concepto de patrimonio y, relacionado con él, el concepto de perjuicio. Pretenden ir más allá de una mera protección de sumas abstractas de valor económico.⁵²⁴

La diferencia principal con las teorías reseñadas previamente consistiría en el hecho de que éstas determinarían el patrimonio a partir de los bienes económicos, esto es, de los concretos objetos patrimoniales. Así, el objeto de protección y el bien jurídico coincidirían en la totalidad de los objetos que integran el patrimonio. Por el contrario, en las teorías personales/funcionales se haría hincapié en la relación existente entre la persona y el objeto.⁵²⁵

⁵²³ Cfr., GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 343-360. El autor también refiere que los únicos supuestos en los que no se habría utilizado el criterio del valor de uso serían los de prestaciones prohibidas (p. ej., pago para matar a alguien), supuestos en que se contrata a alguien para salvar a un rehén, ofrecimiento de recompensa y, en general, prestaciones contrarias a la ley, a la moral y al orden público. *Ibidem.*, p. 346. También cfr., HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, 2009, ps. 6-7, 19-21 y 24; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 90 y ss.

⁵²⁴ GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, p. 177.

⁵²⁵ *Ibidem.*, p. 178. Sobre la teoría personal, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2004, ps. 44 y ss.; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 90-93; GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 184-186 y 212 y ss. El concepto personal habría sido propuesto inicialmente por BOCKELMANN en el año 1944 al describir el patrimonio como el ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses en el ámbito económico (*ibidem.* p. 180). Luego, la habrían desarrollado, p. ej., HARDWIG y, fundamentalmente, OTTO (*ibidem.* ps. 181 y ss.). También, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, 2009, p. 10. El autor destaca la aplicación de la teoría personal por parte del TS (sentencia de 23 de abril de 1992) en el contexto del caso del aceite de colza (ps. 11-12). Sobre el concepto funcional (WEIDEMANN), cfr., HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, 2009, ps. 9-10. Sobre las nociones de perjuicio, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 186-187, 232-233, 366-367. Han

Por último, sobre la cuestión de si el legislador habría optado por un concepto de patrimonio y de perjuicio en el CP, se ha dicho que al concepto penal de patrimonio sólo se le podría acceder desde una sistemática comparación de los distintos tipos referidos al patrimonio individual⁵²⁶ y que sería posible seguir afirmando que nos encontramos ante una cuestión de interpretación de los tipos y que el legislador penal no ha tomado partido por un concepto en detrimento de las demás posibilidades expuestas por la doctrina.⁵²⁷

A continuación se tomará postura sobre el concepto de perjuicio patrimonial y se lo conectará con el delito de acuerdos abusivos.

2. Perjuicio patrimonial en el art. 291 CP

Retomando brevemente lo dicho con anterioridad, lo importante será la lesión de un derecho patrimonial jurídicamente garantizado, esto es, cuando el derecho a disfrutar del patrimonio por parte del socio minoritario, en unas determinadas condiciones, se ve afectado.

Ahora bien, y con el objeto de establecer cuándo se produce dicha lesión, se debe abordar el concepto de perjuicio patrimonial. Concepto que se puede caracterizar de complejo y con distintas aristas.

Siendo coherente con las ideas esbozadas sobre el objeto jurídico, el bien jurídico penalmente protegido de este delito y con la estructura típica que se propone del mismo, se concluye que una de las ideas principales de este trabajo es que hay situaciones de peligro para el patrimonio que constituyen ya un perjuicio del propio derecho

propuesto criterios intersubjetivos para determinar la existencia de un menoscabo de la utilidad del patrimonio para su titular: GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 367-374; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2004, ps. 82-85.

⁵²⁶ GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, p. 231.

⁵²⁷ *Ibidem.*, p. 232-233. De opinión similar, si bien vinculado al ámbito de la estafa, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2004, p. 87.

patrimonial.⁵²⁸ Esto es, será relevante ponderar el riesgo de pérdida económica derivado del acuerdo abusivo que se investiga y no exclusivamente la desaparición definitiva e inmediata de elementos patrimoniales. Se parte de una visión del injusto penal que trasciende a la mera lesión físico-material del patrimonio.⁵²⁹ Por lo tanto, con la celebración del acuerdo abusivo no se está ante un peligro para el patrimonio sino ya ante un perjuicio real, con independencia de lo que ocurra en un momento posterior a la adopción del acuerdo.⁵³⁰

Las particularidades del art. 291 CP, llevan a que deba exigirse un riesgo de pérdida de valor serio, concreto y no permitido de la participación social del socio minoritario tras la adopción del

⁵²⁸ Aquí, y en adelante, se siguen las ideas de PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 93-97 y ss., quien analiza la noción de perjuicio patrimonial en el ámbito de las estafas de crédito y de inversiones. GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 440-441, cree válida la referencia a la idea de la concreta puesta en peligro del patrimonio como un supuesto de perjuicio patrimonial. Se trata de supuestos en los que el socio o administrador aun deben efectuar alguna prestación posterior, *pero ya existe en el presente un perjuicio patrimonial típico de entidad diferente, sin perjuicio de que en el futuro se pueda agravar (íbidem., p. 442)*. Estas ideas, y fundamentalmente la que utilizo en este trabajo - riesgo de pérdida de valor serio, concreto y no permitido de la participación social del socio minoritario - tienen un cierto punto de contacto con el concepto y determinación del perjuicio en relación al *riesgo de sanción* como constitutivo del delito de administración desleal en la jurisprudencia alemana. Para mayores referencias bibliográficas cfr., PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, 2015, ps. 6 y ss., 17 y ss. Los autores examinan si, en el marco del nuevo delito de administración desleal recogido en el Proyecto de reforma del Código Penal (art. 252 PCP), resulta posible que aquellas conductas llevadas a cabo por el administrador constitutivas de un ilícito – sea éste penal, administrativo o civil – del que se derive un menoscabo para el patrimonio administrado sean a su vez constitutivas de un delito de administración desleal. Más concretamente, si puede constituir delito de administración desleal la comisión por parte del administrador de un ilícito (penal, administrativo, civil, comunitario) que *genera la posibilidad de que recaiga una sanción sobre el patrimonio administrado* (ps. 2-3).

⁵²⁹ PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, 2015, p. 20.

⁵³⁰ Así, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 93-97. La autora destaca, en relación al art. 291 CP, que no es posible seguir identificando el perjuicio con la disminución de valor monetario inmediato del patrimonio.

acuerdo.⁵³¹ Un menoscabo de utilidad que supondría una reducción de su potencial económico. El perjuicio patrimonial no sólo sería la pérdida de valor patrimonial sino, eventualmente, la frustración del fin económico del socio.

En efecto, habría delito sólo en los casos en los que se pueda afirmar que, en términos de racionalidad económica de la mayoría y del mercado, el derecho patrimonial derivado de la participación social del socio minoritario vale menos desde que se celebró el acuerdo abusivo. Así, p. ej., se podría sostener la existencia de un perjuicio económico en los términos analizados cuando se celebra un acuerdo social cuyo contenido impone un injustificado y abusivo aumento de capital que no es necesario para el desarrollo de la empresa y planificado única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, quien de esta manera pierde una significativa parte de su participación en el capital o la reducción de su capital. Con independencia de que se ejecute esta decisión y se formalice efectivamente dicho aumento de capital, la adopción del acuerdo social bajo estos términos ya generaría un menoscabo para el

⁵³¹ Si bien vinculado al *riesgo de sanción* como constitutivo de un delito de administración desleal, cabe destacar que en la jurisprudencia alemana ya se consideró que existe una probabilidad clara de descubrimiento del ilícito y sanción efectiva del patrimonio administrado, p. ej., en los siguientes casos: en la sentencia del Tribunal del *Land* de Bonn en el caso *Kohl*; en la sentencia del Tribunal del *Land* de Wiesbaden en el caso *Kanther*, que condenó a los acusados Kanther y Wittgenstein por administración desleal con el argumento de que, como consecuencia de la dación de cuentas falsa el partido (CDU) había nacido un *riesgo elevado* de pérdida de la financiación estatal para el partido (si bien el Tribunal Federal Alemán absolvió después con argumentos de tipo subjetivo); también la sentencia del Tribunal Federal Alemán en el caso *Kellermeister* apreció un delito de administración desleal argumentando que, *de haber sido descubierta la adulteración del vino, ello habría generado un menoscabo patrimonial para la bodega*, pues ésta debería haber retirado los vinos del mercado y podría haber sido sancionada por ello; por último, la sentencia de primera instancia del caso de la Cruz Roja consideró que la infracción de los estatutos de dicha asociación por su administrador – al realizar una adquisición contraria a dichos estatutos – *había generado para la Cruz Roja el riesgo de que la Administración pública competente le privara de su estatus de entidad de utilidad pública* y, con ello, de las correspondientes ventajas fiscales. PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, 2015, ps. 9-10.

derecho patrimonial del socio que constituye un perjuicio típico del mismo, esto es, un menoscabo de utilidad que supondría una reducción de su potencial económico.

Pero también se podría afirmar que habría delito cuando se genera una expectativa de ganancia u obtención de beneficios de menor valor que las que el socio minoritario creyó haber adquirido y asumido como parte del riesgo habitual de ser integrante de una sociedad mercantil, *máxime* si se demuestra una frustración concreta de la finalidad económica perseguida por el socio minoritario. Esta expectativa de ganancia con base contractual sería parte del patrimonio del socio minoritario por cuanto configura uno de sus derechos.

Cuando el socio minoritario decide formar parte de una sociedad mercantil e invertir su capital, lo hace partiendo de unas determinadas condiciones que definen el grado de riesgo oportunamente asumido y que, luego, por la intervención abusiva de los socios mayoritarios, no se corresponden con las reales. Concretamente, si un socio minoritario invierte pretendiendo lograr ciertos beneficios económicos y que se distribuyan los dividendos en los períodos correspondientes, la negativa expresa y típicamente abusiva⁵³² a dicha distribución, si bien no implica *per se* la pérdida inmediata de una suma de dinero, sí acarrea un perjuicio desde el mismo momento en que dicho socio adquirió una expectativa de ganancia que no se corresponde con la realidad y ello se vio frustrado con la adopción del acuerdo social.⁵³³

Se debe aclarar que no se hace depender la existencia del perjuicio patrimonial de la constatación del saldo negativo pero puede y debe tenérselo en cuenta para la concreta cuantificación del mismo.

⁵³² P. ej., demostrándose en el caso concreto una generación de reservas excesivas o innecesarias, la plena solvencia de la sociedad, el margen evidente que se tuviera para poder repartir los beneficios solicitados, el reclamo persistente de distribución de dividendos en distintos períodos, etc.

⁵³³ En esta línea, se profundiza *infra* en el capítulo n° 5 referido a la delimitación entre el injusto penal y el mercantil.

En este punto, se plantea el inconveniente de establecer cómo se determina el perjuicio patrimonial o, en otros términos, qué se debe tener en cuenta para su concreción. La posición asumida en este trabajo implica alejarse del enfoque tradicional basado en la focalización de la disminución patrimonial inmediata y efectiva a la adopción del acuerdo social. Por el contrario, se busca partir del análisis global de la situación patrimonial tras la celebración de un acuerdo abusivo. Por consiguiente, no sólo se deben tener en cuenta las consecuencias inmediatas derivadas de la celebración del acuerdo sino también las consecuencias a largo plazo.

Entre los criterios que integran la visión de largo plazo de una determinada decisión societaria se pueden destacar, siguiendo a PASTOR MUÑOZ, los denominados pronósticos de ganancia y pérdida, el valor estratégico de la decisión y las expectativas de ganancia futura vinculada a tal decisión. Todo revisado bajo el prisma de que tales circunstancias fueran acordes con la lógica derivada del plan global de racionalidad económica⁵³⁴ de la mayoría y del mercado al momento de celebrar el acuerdo. Con la introducción de estas variables se pretende evaluar adecuadamente cuáles son las consecuencias, a corto y largo plazo, de la celebración de un acuerdo y así poder concluir, con mayores fundamentos y en conexión con la realidad económica concreta, si realmente se ha producido una pérdida de capacidad económica. Esto es, si se ha producido un perjuicio patrimonial.

El análisis de estas variables debe excluir cualquier consecuencia imputable a factores externos del mercado (por ejemplo, una crisis inmobiliaria o una pérdida repentina del valor de unas acciones en la bolsa) o cuyos factores no sean competencia del socio mayoritario (por ejemplo, circunstancias que, por el rol del socio o

⁵³⁴ Al respecto, cfr. PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 100-106 y nota 44.

su profesión, no debía conocer y no podía ponderar en su decisión).⁵³⁵

Si bien se reconoce la dificultad técnica de introducir estas variables en el examen global de la existencia del perjuicio patrimonial, se comparte la idea de que olvidarlos y quedarse en el mero efecto contable inmediato a la celebración de un acuerdo implicaría sostener un concepto de perjuicio que ignoraría la realidad económica a la que debe ser aplicada⁵³⁶ y las particularidades del negocio en la que se produce la esencia del problema.

Desde otro costado, y como se dijo oportunamente, aquí se sostiene que el contenido del perjuicio debe ser sólo de índole patrimonial, esto es, debe tener un contenido de naturaleza económica.

Por último, cabe precisar que, a diferencia de la corriente que admite que el principio general del abuso del Derecho puede ser tanto moral como material, se considera aquí que, en el terreno del Derecho penal y, específicamente, del delito de acuerdos abusivos, sólo se debería exigir la producción de un perjuicio material y no moral. El resarcimiento derivado de este último rubro debería reclamarse por vía del Derecho civil mediante la correspondiente interposición de una demanda de daños y perjuicios.

3. Abuso penalmente relevante

El legislador penal, dando por presupuesta la ineficacia de los medios de protección en el ámbito del Derecho mercantil (*v.gr.*, impugnación de los acuerdos sociales), decidió inmiscuirse en la esfera de las sociedades mercantiles, más específicamente, en el ámbito de los acuerdos sociales adoptados bajo la vigencia del principio de la mayoría social. Como ya es sabido, dicha

⁵³⁵ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 104-106.

⁵³⁶ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 102-103. Se refiere a la importancia de la prueba pericial en los casos complejos en los que se deba determinar el valor del patrimonio (*idem.*, nota 41).

intromisión del legislador derivó en la introducción de un nuevo precepto normativo en el CP (art. 291) que, en muchos supuestos prácticos, podía limitar y/o contradecir los espacios de riesgo permitido característicos en la materia.

En tal sentido, sería posible considerar, *prima facie*, como ámbitos habituales de riesgo permitido, por ejemplo, los siguientes elementos contenidos en el art. 291 CP: el principio de la mayoría social como mecanismo vital en el funcionamiento y normal desarrollo de los órganos colegiales de una sociedad mercantil cuyo funcionamiento se encuentra legalmente permitido según la normativa competente (LSC), el ánimo de lucro propio que exige el tipo penal es connatural a casi cualquier emprendimiento societario que se lleve a cabo en la vida empresarial,⁵³⁷ el perjuicio de los demás socios que exige el tipo penal conlleva, en muchos casos de la actividad empresarial, una delgada e imprecisa línea fronteriza con el ámbito de los negocios de riesgo y con la determinación del tipo subjetivo que exige la figura en cuestión.⁵³⁸

El riesgo es inherente a la actividad económica y al mundo de los negocios y, en muchos supuestos, el resultado de tales operaciones es francamente incierto. Es decir, es posible pasar de la obtención de grandes beneficios a la frustración más decepcionante sin que, con ello, se haya pretendido ocasionar un perjuicio a los demás socios o se hayan producido beneficios para la sociedad. Un ejemplo claro de situaciones límites, generadas por circunstancias externas al propio riesgo inherente de cada empresario, lo configura

⁵³⁷ Para FOFFANI, y en relación al delito de acuerdos abusivos, «il mezzo con il quale si pretende di caratterizzare l'abuso (lo sfruttamento di una "posizione maggioritaria") risponde in realtà alla fisiologia della vita societaria, così come lo scopo di lucro appartiene alla causa del contratto sociale» FOFFANI, LUIGI, 1999, p. 74.

⁵³⁸ Al respecto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 68. Para mayores precisiones sobre la idea de negocios de riesgo cfr., FARALDO CABANA, PATRICIA [IB], 1996, ps. 171-172; GALLEGU SOLER, JOSÉ I., 2002, ps. 411-416; SERRANO TÁRRAGA, MARÍA D., 2001; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 49-53; GALGANO, FRANCESCO, 1988, p. 60.

la reciente crisis económica mundial derivada de la denominada burbuja inmobiliaria que, actualmente, sigue produciendo sus efectos nocivos y colaterales en distintos países.

Por todo lo expuesto anteriormente, es necesario delimitar, lo más cuidadosamente posible, cuáles son efectivamente las conductas que, *ex ante*, serían susceptibles de ser encuadradas en el delito de acuerdos abusivos, porque allí donde existen determinados riesgos sin una razón principal que legitime la desaprobación de la conducta, se podría concluir que no serían de ningún modo idóneos para la fundamentación del injusto de la acción, objetivo requerido por los tipos consumados.⁵³⁹

La abusividad del acuerdo penalmente relevante deberá ser determinada en base al contenido concreto de la decisión adoptada y, a partir de aquí, se deberá demostrar la concurrencia del resto de elementos objetivos y subjetivos previstos en el art. 291 CP a los fines de concluir que se ha incurrido en el delito de acuerdos abusivos. Para ello, y a la hora de precisar el abuso penalmente relevante, se debe aclarar que no se habla de la privación de un derecho patrimonial cualquiera sea su circunstancia. Por el contrario, y por tratarse de la esfera del Derecho penal, se requiere de *algo más*. Por ejemplo, y en relación a otras figuras delictivas previstas en el ordenamiento jurídico, la exigencia de una privación de un derecho cometida mediante estafa, esto es, una privación provocada mediante ardid o engaño. O una privación extorsiva, esto es, cometida mediante intimidación o violencia.⁵⁴⁰ En el caso del delito del art. 291 CP ese “algo más” es el abuso en la toma de decisión, el abuso (prevalimiento) de una posición mayoritaria.

Ese *plus* estaría dado por un auténtico abuso del Derecho,⁵⁴¹ una forma clara de apartarse de las reglas del tráfico societario, un

⁵³⁹ FRISCH, WOLFGANG [IB], 2004, p. 43.

⁵⁴⁰ JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 7-8.

⁵⁴¹ Si bien el principio general del abuso del Derecho podría ser aplicable tanto para alegar un abuso en contra de los socios *minoritarios* como en contra de los

acuerdo sin justificación o sin necesidad razonable⁵⁴² y en claro perjuicio de los socios minoritarios. Un acuerdo que sólo puede interpretarse como un lucro injustificado de una mayoría sobre una minoría o la producción de un perjuicio infundado sobre la minoría. Una evidente irracionalidad económica de la decisión, que sólo puede verse como un acto de instrumentalización del socio minoritario para la obtención de un lucro del mayoritario o de terceros alejada de los riesgos permitidos en relación a la vida societaria. Se trata de un acuerdo cuyo contenido no ha sido celebrado por un interés económico y social que explique su actuación o bien tiene un contenido contrario al fin económico de la sociedad y alejada de los parámetros de racionalidad económica de mercado. Son acuerdos que se celebran, por ejemplo, para cumplir con fines ilícitos, para beneficiar exclusivamente a terceros o a los socios o administradores mayoritarios en relación a fines extrasocietarios, tendentes a burlar una ley o a quebrantar obligaciones contractuales. Todo en perjuicio de los socios minoritarios.

La idea de conflicto de intereses introduce un elemento de utilidad para la apreciación de determinadas conductas por parte de algún socio o administrador en contra de los intereses económicos del resto de socios y de la misma sociedad. Por ello, se puede afirmar la existencia de un interés contrapuesto o reñido al de la sociedad que integran y, a partir de allí, valorar un eventual indicio para la posible ponderación de una conducta abusiva siempre que el socio o administrador mayoritario obtenga un lucro o ventaja patrimonial o

socios *mayoritarios*, en el caso del delito de acuerdos abusivos sólo se podrá aplicar, por el propio tenor literal del art. 291 CP («prevaliéndose de su situación mayoritaria»), a la primera hipótesis, esto es, al caso en el que el abuso del derecho opera en contra de los socios minoritarios.

⁵⁴² Aquí, la determinación del abuso tiene un punto de contacto con la actual regulación del art. 204.1 LSC cuando se describe bajo qué circunstancias se entiende que un acuerdo se impone de forma abusiva. En dicho artículo, se hace referencia a que el acuerdo social no responda «a una necesidad razonable de la sociedad».

beneficie a un tercero contra el interés del resto de los socios y del interés colectivo de la sociedad, ya sea de manera directa o indirecta. P. ej., desviando valor de la esfera social a la esfera particular o de la esfera particular ajena a la esfera particular propia.⁵⁴³

Entre los casos de colisión indirecta de conflictos podrían ingresar los apoyos o beneficios a sociedades rivales o concurrentes en las que el accionista tenga participación, los negocios realizados por un testaferra por cuenta del accionista, las operaciones de terceros con la sociedad en las que el accionista lleve una comisión.⁵⁴⁴

El estudio del principio general del abuso del Derecho permite extraer algunos lineamientos de interés que, luego y a modo de criterios normativos, podrían ser aplicados a la hora de interpretar cuándo se daría el contenido penalmente abusivo de un acuerdo social. Un acuerdo podría ser catalogado *prima facie* de abusivo si se comprueba alguno de los siguientes supuestos.

En primer lugar, la mayoría no podrá hacer uso de su mejor posición para favorecer sus intereses extrasocietarios por encima de los intereses de la minoría y en su perjuicio. En otras palabras, en aquellos casos en los que la mayoría se aprovecha de su mejor situación y lo hace en busca de intereses extrasocietarios y en perjuicio de los socios minoritarios, se podría sospechar de un acuerdo abusivo.

En segundo lugar, cuando exista una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho que implique sobrepasar de modo patente sus límites normales. Por ejercicio anormal de un derecho se comprende al contenido de éste que no es utilizado conforme a la

⁵⁴³ Asimismo, se deben tener en cuenta los casos de conflicto de intereses expresamente previstos en los arts. 190 y 229 LSC.

⁵⁴⁴ URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, 1992, ps. 167-168.

finalidad prevista aunque se respeten los límites formales. Se entiende al término «manifiestamente» tanto en el sentido de que sea ostensible como en el de que sea ciertamente relevante o desproporcionado.

Esta finalidad anormal se daría cuando los socios o administradores celebran un acuerdo social, pero sin un fin serio y/o legítimo. Actuar sin un fin serio equivaldría a que los socios o administradores, al ejercer su derecho de voto, no lo hagan movidos por un interés que explique o justifique su actuación. Un fin ilegítimo sería, p. ej., aquél contrario a la ley o a los estatutos sociales. Esto no implica, y es necesario precisarlo, que el objeto de la prohibición sea sólo la voluntad reprochable del autor ni, por lo tanto, significa que la antijuridicidad dependa exclusivamente de su voluntad. Sino que, por el contrario, dichos fines deben ser valorados objetivamente y bajo parámetros de racionalidad económica y de la mayoría.

Para valorar la existencia de una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho de los socios o administradores y determinar la eventual existencia de un fin ilegítimo, injustificado o extrasocietario, se tendrá que analizar, p. ej., el tipo de negocio que se celebra, el modo en que se realiza, las partes intervinientes, los beneficiarios inmediatos de la operación, el normal desarrollo y funcionamiento de la junta o del consejo a la hora de cumplir con la votación respectiva, la posición del administrador en la empresa, la situación económica-financiera y contable de la misma y el contexto económico-financiero general en el que se lleva adelante la operación, las probabilidades futuras de ganancias y/o pérdidas vinculadas a la decisión social, las posibilidades de su control, lo exigible en virtud de una ordenada gestión y el valor estratégico de la decisión.

Para poder establecer cuándo se podría producir un perjuicio económico para los socios minoritarios o se ha obtenido un beneficio económico para la sociedad, será necesario recurrir a la

idea de racionalidad económica de la mayoría, tener en cuenta los criterios del valor de mercado y realizar un análisis global de la situación patrimonial de la sociedad tras la celebración de un acuerdo supuestamente abusivo. Por consiguiente, no sólo se deben tener en cuenta las consecuencias inmediatas derivadas de la celebración del acuerdo sino también las consecuencias a largo plazo. Estas ideas deberán ser valoradas según el criterio de un observador objetivo e imparcial *ex ante*, esto es, al momento de la adopción del acuerdo social.

Además de los conceptos técnicos económicos, contables y financieros, será necesario contar con los informes técnicos, auditorías y pericias contables en aras a precisar si efectivamente se ha producido un eventual riesgo económico, una pérdida de capacidad económica y/o un beneficio económico en cada supuesto concreto y, en su caso, cuál ha sido su magnitud.

Hasta el momento, el foco de análisis se concentró en tratar de establecer unos contornos más precisos en relación a la idea de abuso penalmente relevante. Pero, a continuación, se debe destacar que la intervención penal en este ámbito no es ilimitada. Por lo tanto, aquí debe quedar claro que el abuso penalmente relevante es el factor de delimitación del tipo penal o, en otros términos, la interpretación restrictiva del tipo penal viene dada porque el abuso del acuerdo social sea efectivamente relevante. En consecuencia, y en lo que sigue, se introducirán algunos criterios restrictivos que permitan descartar aquellas conductas que no reúnan el plus suficiente de injusto para configurar un abuso penalmente relevante.

Como es sabido, y teniendo en cuenta los criterios generales de la imputación objetiva,⁵⁴⁵ se deberá demostrar que con la celebración del acuerdo social abusivo se habría generado un riesgo concreto

⁵⁴⁵ P. ej., disminución de riesgo, inexistencia de riesgo penalmente relevante, adecuación social, riesgo permitido, fin de protección de la norma, autopuesta en peligro, insignificancia.

penalmente desaprobado, según la noción de perjuicio que se sigue en este trabajo.

En este contexto, el criterio del riesgo permitido asume un rol activo y de interés para restringir el ámbito de aplicación del art. 291 CP a determinadas conductas que se originan en el seno de la sociedad mercantil. Y aquí precisamente ingresan todos aquellos comportamientos en donde se pueda demostrar que, a pesar de haberse adoptado un acuerdo social que genera un riesgo jurídicamente relevante y concreto en contra del patrimonio del socio minoritario, estarían permitidas atendiendo a las circunstancias del caso.⁵⁴⁶ Por ejemplo, podría suceder con los denominados negocios de riesgo en donde, si bien se asume un riesgo importante de pérdida, se busca la obtención de importantes beneficios pero supeditados al devenir de ciertos acontecimientos que exceden el control personal de los socios.

De igual modo, el análisis del tipo penal, según se anticipó, debe excluir cualquier consecuencia imputable a factores externos del mercado (por ejemplo, una crisis inmobiliaria o una pérdida repentina del valor de unas acciones en la bolsa) o cuyos factores no sean competencia del socio o administrador mayoritario (por ejemplo, circunstancias que, por el rol o profesión, no debía conocer y no podía ponderar en su decisión).

También podrá utilizarse para restringir el ámbito del tipo penal y ponderar adecuadamente el contenido del acuerdo social a largo plazo, el valor estratégico de la decisión, las expectativas de

⁵⁴⁶ En conexión con lo anterior, cabe destacar que la LSC en su art. 226 manda lo siguiente: «1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230».

ganancia futura y el plan global económicamente racional de la mayoría.⁵⁴⁷ Todas estas variables pueden contribuir a ampliar la perspectiva de análisis sobre el contenido del acuerdo social. Esto es, resulta posible que la celebración de un acuerdo social implique o haya implicado la producción de pérdidas económicas inmediatas tanto para la sociedad como para el socio minoritario, pero atendiendo a una perspectiva de largo plazo y a los criterios referidos previamente, sería posible concluir que dicho acuerdo no es perjudicial en los términos de este trabajo o, en su caso, hasta sería beneficioso al existir fundadas expectativas de importantes ganancias a futuro.

En síntesis, todos estos factores serán útiles para establecer si una determinada decisión vinculada, p. ej., a la celebración de un negocio de riesgo o a una operación comercial de mayor riesgo, puede encuadrarse en el ámbito de riesgo permitido que permita excluir la conducta investigada del tipo penal.

Ingresando a continuación en el terreno práctico de análisis, en el Derecho mercantil⁵⁴⁸ se destacan algunos de los casos más significativos de ataque a la minoría por parte de la mayoría, p. ej.:

(1) Los supuestos injustificados de aumento de capital no necesarios para el desarrollo de la empresa y planificados única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, quien de esta manera pierde una significativa parte de su participación en el capital⁵⁴⁹ o de reducción de capital.

⁵⁴⁷ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 100-106 y nota 44.

⁵⁴⁸ Analiza varios casos en detalle, SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, 2000, ps. 201-212. También cfr., CALAZA LÓPEZ, MARÍA SONIA, 2003, ps. 50-52; SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, ps. 24 y ss.

⁵⁴⁹ Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo. En las sociedades anónimas uno de los modos habituales de llevar adelante el aumento de capital ilegítimo se produce, según SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 53, nota 140, cuando se dan conjuntamente circunstancias como las siguientes: el aumento es desproporcionado para las necesidades financieras de la sociedad, las nuevas acciones o participaciones se

(2) La opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes y no justificadas de no distribución de dividendos⁵⁵⁰ con la excusa de una conformación de reservas de libre disposición con distintos propósitos o de reinversión de las utilidades o su reparto total o parcial.

(3) Las decisiones de la junta que, en sociedades anónimas abiertas, puedan limitar o perjudicar la negociabilidad de las acciones ya que muchas veces hay socios minoritarios que asumen esta condición en forma provisoria y sin ánimo de permanencia o perpetuidad y, en consecuencia, dependen de la rentabilidad de la acción y de las condiciones del mercado.

(4) Las decisiones que perjudican la participación en el reparto del patrimonio neto resultante de la liquidación social.

(5) El desvío de fondos a través de contratos de asesoramiento o el alquiler de oficinas.

(6) Las decisiones por la que se determina disolver o fusionar una sociedad mercantil.

(7) Las operaciones en las que los administradores venden los activos a una sociedad controlada por el socio de control en condiciones beneficiosas para este.⁵⁵¹

(8) Las operaciones en las que la sociedad se deshace de activos claves para la explotación del objeto social, por ejemplo, una patente o la rama fundamental de la actividad de la sociedad. Entonces se produce una modificación implícita y de hecho del objeto social: la cesión de activos operativos esenciales imposibilita que la sociedad explote la actividad social contractualmente

emiten a un tipo desproporcionadamente bajo en relación con su valor real, y se realiza en un momento en el que los socios minoritarios no pueden participar en el aumento.

⁵⁵⁰ Comisión de expertos, ver cita anterior. A modo de ejemplo, se pueden destacar las sentencias de la Sala 1ª del TS, de 26 de mayo de 2005, y de la Audiencia Provincial de Girona, de 21 de marzo de 2013 (JUR 2013/190358).

⁵⁵¹ SÁEZ LACAVE, Mª ISABEL, 2008, p. 30.

concertada, pero sin mediar las garantías previstas en la ley para proteger a los socios frente a la modificación o sustitución del objeto y, en particular, el derecho de separación.⁵⁵²

(9) La retribución fijada a favor de los administradores sociales.⁵⁵³

Ahora bien, y siguiendo con la línea de ejemplos brindada previamente, debe quedar claro que no toda omisión de repartir dividendos configura automáticamente un abuso penalmente relevante. Independientemente de la dificultad de generalizar el análisis de casos sin poder contar con las circunstancias de cada supuesto, considero que sí podría tratarse de un abuso penalmente relevante, siempre que se demuestre la existencia del tipo subjetivo y resto de los elementos objetivos, el caso en el que una sociedad nunca hubiera repartido beneficios en contra de la voluntad de los socios minoritarios que expresamente solicitaban la distribución de dividendos y dejaban asentado su voto negativo en contra del acuerdo social que resolvía lo contrario a sus intereses.

Aquí, p. ej., sería preciso probar que no se trata de meros incumplimientos aislados u ocasionales cuya tutela más adecuada sería la impugnación civil del acuerdo social. Por el contrario, se debería exigir un número sucesivo de ejercicios sociales suficientemente significativo como para revelar un sistemático bloqueo de carácter abusivo,⁵⁵⁴ una vez detraída la parte correspondiente a la reserva legal y que no pudiese responder a otra finalidad que la de perjudicar al socio minoritario. Deberá constatarse una reiteración de tales incumplimientos suficientemente llamativa, tanto por su cantidad como por su modalidad, como para que, en virtud de las razones aquí dadas, pueda afirmarse la existencia de motivos bastantes que autoricen a sostener la existencia de un abuso penalmente relevante, que las

⁵⁵² *Ibidem.*, p. 30.

⁵⁵³ P. ej., la STS, Sala 1ª, de lo Civil, sentencia nº 377/2007, de 29 de marzo de 2007, rec. 2364/2000, ponente Sierra Gil de la Cuesta, La Ley 11183/2007.

⁵⁵⁴ En esta línea, p. ej., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 21 de marzo de 2013, (JUR 2013/190358).

conductas encuadran *prima facie* en el delito de acuerdos abusivos y que, por ello, corresponde una imputación.

A ello se podría agregar el análisis sobre la existencia o no de reservas excesivas o innecesarias, la plena solvencia de la sociedad y el margen evidente que tuviera para poder repartir los beneficios solicitados. Sólo bajo estas condiciones se podría afirmar la existencia de una extralimitación manifiesta por parte de los socios o administradores mayoritarios, la persecución de un fin ilegítimo e injustificado y/o la existencia de un claro conflicto de intereses entre las partes en evidente perjuicio de los socios minoritarios.

Igualmente, no todos los supuestos de aumento de capital configuran un abuso penalmente relevante. En general, un aumento de capital será legal, según la propia normativa mercantil ya que está expresamente prevista dicha posibilidad. Si el acuerdo social que impone el aumento de capital es irregular, sólo podría catalogarse de un abuso penalmente relevante cuando se demuestre que aquél es claramente injustificado (p. ej., no se argumenta ni justifica económica-financiera ni contablemente la necesidad y urgencia de la medida) e innecesario para el desarrollo de la empresa y planificado única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, quien de esta manera pierde una significativa parte de su participación en el capital.

Se deberán evaluar algunas circunstancias como las siguientes: si el aumento es desproporcionado para las necesidades financieras de la sociedad, si las nuevas acciones o participaciones se emiten a un tipo desproporcionadamente bajo en relación con su valor real y si se realiza en un momento en el que los socios minoritarios no pueden participar en el aumento.⁵⁵⁵

Tanto la desproporción manifiesta de la decisión, su falta de justificación económica-financiera y contable como la pérdida significativa de participación social (no una mera pérdida simbólica

⁵⁵⁵ SÁEZ LACAVE, M^a ISABEL, 2008, p. 53, nota 140.

o que en el contexto general y originario implica sólo una pérdida mínima y sin mayores consecuencias patrimoniales) serían indicios de peso para afirmar la existencia de una extralimitación manifiesta por parte de los socios mayoritarios, la persecución de un fin ilegítimo y arbitrario y/o la existencia de un claro conflicto de intereses entre las partes en evidente perjuicio de los socios minoritarios y, en consecuencia, concluir que se sobrepasó el umbral que permite sancionar penalmente dicha conducta.

Asimismo, la constitución de una hipoteca sobre los bienes de la sociedad es una conducta *a priori* permitida. Por el contrario, se convierte en un abuso penalmente relevante cuando la hipoteca en cuestión se constituye a favor del socio mayoritario para satisfacer exclusivamente sus deudas personales. Así, se produce sin más una extralimitación manifiesta del socio mayoritario en aras al logro de un fin ilegítimo, un grave desvío de valor de la esfera social a la esfera particular de uno de los socios, esto es, la preponderancia de un interés extrasocietario y personal por encima de los intereses de la minoría y en su perjuicio.

Para ejemplificar lo dicho en líneas anteriores, se describen los hechos juzgados por la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 172/2010 de 4 marzo, Ponente: Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta, RJ\2010\4052. La acusada SONIA era la principal accionista con el 51,57 por ciento de las acciones de la sociedad Sugriva S.A, en tanto que el resto de las acciones eran titularidad de los hermanos Agustín y Pelayo querellantes en la causa. Se convoca una junta universal con un orden del día que se reproduce y en la que se llegan, por acuerdo de la mayoría de las acciones a los siguientes acuerdos: autorizar la constitución de una hipoteca sobre los bienes inmuebles de la sociedad, por un importe de 35 millones de pesetas cuya suma será entregada a Caja Caminos para la amortización parcial de la deuda que actualmente mantiene Dedalo Construcciones SA con dicha entidad de crédito. Además, se aprueba la formalización de una póliza de crédito con garantía hipotecaria por importe de 25 millones de pesetas, acuerdo que fue aprobado con el voto de la socia que ostentaba la mayoría del capital y la oposición de los socios minoritarios. Se añade en el

hecho probado que no consta que por el motivo de desenvolvimiento de mencionado crédito dejara de satisfacer, como deudora, cantidad ninguna Sonia, con lo que parece afirmar que el crédito de 35 millones fue recibido por SONIA, administradora de la sociedad, para satisfacer una deuda personal y que ha ido devolviendo a la sociedad, o al menos, no consta que no lo haya devuelto. Añade que para dar cumplimiento a los acuerdos de 2002, se constituyó un crédito hipotecario por importe de 180.000 euros para atender problemas de liquidez que permitiera atender ciertos pagos inminentes y tratar de salir de la estrechez económica en la que se encontraba la empresa.

Se podría concluir lo siguiente. Sonia habría celebrado, prevaliéndose de su situación mayoritaria, un acuerdo abusivo en perjuicio tanto de los socios minoritarios como de la propia sociedad (no obtención de beneficios de ésta). Ahora bien, el carácter abusivo de dicho acuerdo se determina fácilmente haciendo hincapié en que la adopción de aquel acuerdo, en las condiciones descritas, obedeció exclusivamente a la persecución de meros intereses extrasocietarios y personales en favor de Sonia. Estos intereses estaban conformados por la satisfacción de un crédito hipotecario en cabeza de la sociedad involucrada que se llevó adelante con el objetivo de saldar las deudas personales de la acusada. Deudas que eran ajenas a la actividad económica de la sociedad pero a la cual se le impuso una carga hipotecaria sobre sus bienes sociales. En definitiva, y sin perjuicio de que se pudiera concluir que dicha finalidad pudiera ser contraria a los estatutos sociales (si ello estuviera expresamente previsto), el acuerdo habría sido penalmente abusivo ya que operó una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho de Sonia que implicó sobrepasar de modo patente sus límites normales.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ El Tribunal consideró que la finalidad del acuerdo era la de obtener un crédito personal de la sociedad de la que la acusada era socia mayoritaria para el pago de una deuda ajena a la sociedad imponiendo una carga hipotecaria en los bienes sociales por hechos ajenos a su actividad económica. Los requisitos del tipo penal, el prevalimiento de la posición de mayoría, el ánimo de lucro y la adopción del acuerdo en perjuicio de otros accionistas sin beneficio de la sociedad, concurren en el hecho en la medida en que el acuerdo se adopta desde la posición de mayoría, el ánimo de lucro se constata desde el momento en el que a través de bienes ajenos se saldan deudas propias y el perjuicio resulta del peligro al que se somete al patrimonio social al constituir sobre el mismo una carga hipotecaria.

Sin perjuicio de recibir tutela civil y dependiendo de la justificación del caso concreto, no configura *per se* un acuerdo penalmente relevante la decisión social que reduce mínimamente la actividad mercantil de una empresa o reduce, sin mayores consecuencias económicas y/o financieras, la operatividad de las instalaciones destinadas a la fabricación de determinados productos o el mero incremento de gastos operativos, siempre que ello pueda mínimamente justificarse en base a las necesidades del momento.

Por el contrario, esta decisión sería sospechosa cuando se producen una serie de irregularidades que por su cantidad y/o por su modalidad permiten inferir la existencia de un abuso penalmente relevante. Ello podría suceder cuando, p. ej., como consecuencia del acuerdo social se produce una sustitución contractual que supone una restricción definitiva e irreversible de la actividad mercantil, una definitiva e irreversible inutilización de todas las instalaciones destinadas a la fabricación de los productos, una pérdida gratuita de la exclusividad contractual de la concesión, una pérdida esencial en el valor del fondo de comercio, un incremento de costes, una inutilización irreversible de recursos y/o la venta de activos importantes para la empresa (p. ej. un inmueble de mucho valor o una patente). Todo ello, en beneficio de otra sociedad y hasta del propio socio si tuviera participación en ésta. En este supuesto, se daría el *plus* necesario y suficiente para considerar la existencia de un abuso penalmente relevante. Se demuestra la existencia de una manifiesta extralimitación de los socios mayoritarios en aras al logro de un fin ilegítimo y extrasocietario (beneficiar a otra persona jurídica), un grave desvío de valor de la esfera social a la esfera particular de otra persona jurídica, esto es, la preponderancia de un interés extrasocietario por encima los intereses de la minoría y en su perjuicio.

En definitiva, no se puede desconocer la dificultad práctica de generalizar soluciones sobre un universo de casos tan extenso y variado como el que se plantea en materia de celebración de

acuerdos sociales e impugnación de los mismos a la hora de establecer si una conducta es pasible de sanción penal. No obstante, y partiendo de algunos ejemplos particulares, se pretendió hacer un aporte de utilidad para tratar de distinguir e interpretar aquellos casos en los que, *a priori*, se daba un plus de injusto necesario para catalogarlos de un abuso penalmente relevante.

4. Estructura del delito

El problema en torno a la estructura del delito de acuerdos abusivos (delito de lesión, de peligro concreto, abstracto o de aptitud), en base al nuevo ámbito de protección propuesto en este trabajo, se diluye notablemente y, en consecuencia, pierde fuerza la discusión que se describió en la primera parte de este trabajo (capítulo segundo) sobre si estamos ante un delito de lesión o de peligro. Ello es así porque, desde el punto de vista del perjuicio efectivo e inmediato del patrimonio, se estaría ante un delito de aptitud o idoneidad pero, desde el punto de vista del perjuicio económico en sentido amplio (derechos subjetivos patrimoniales), se estaría ante un delito de lesión, pues el peligro del patrimonio ya sería un perjuicio del propio derecho patrimonial.⁵⁵⁷

En otros términos, desde la óptica del bien jurídico penalmente protegido, se trataría de un tipo penal de aptitud que exige la producción de un resultado específico. Así, se exigirá la demostración de una acción idónea para generar un riesgo grave y serio para el patrimonio de los socios minoritarios. Idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. Pero, si se atiende al objeto del bien jurídico, se trataría de un tipo penal de lesión de un derecho de naturaleza patrimonial, entendida dicha lesión en clave personal.

⁵⁵⁷ Aquí lo importante, es la lesión de un derecho patrimonial jurídicamente garantizado, esto es, cuando el derecho a disfrutar del patrimonio, en unas determinadas condiciones, se ve afectado.

También se exigirá, con relación al tipo subjetivo, que éste se integre por el conocimiento del grave riesgo para el bien jurídico protegido originado por la conducta del agente. Riesgo que se encuentra definido como elemento del tipo (en perjuicio de los demás socios) y debe ser debidamente probado. Y la prueba esencial será, en la mayoría de los casos, el informe pericial contable.⁵⁵⁸

Se está en condiciones de poder aclarar que el fundamento material del art. 291 CP es la lesión de un deber negativo, esto es, la lesión al principio *neminem laedere*.⁵⁵⁹ Lo que se pretende es prohibir que los socios mayoritarios se injeriran en las esferas organizativas de los socios minoritarios. La estructura de imputación está dada por la lesión al principio de autonomía, según el cual cada individuo goza de la libertad para organizar su propia esfera en los términos que estime conveniente. Por ello, se habla de competencia organizativa. Como contrapartida necesaria, pesa sobre él la prohibición de injerirse en las esferas de autonomía ajenas (reverso de la libertad). Esta prohibición es expresión del *neminem laedere* y representa el deber nuclear del Derecho penal: cada individuo es competente por su propia esfera de libertad y debe procurar organizarla de manera tal que de ahí no surjan daños para terceros. Tiene un deber negativo de no dañar,⁵⁶⁰ esto es, de no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

⁵⁵⁸ Sobre el delito de aptitud en la jurisprudencia, p. ej., STS de fecha 18/07/01, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón) que confirmó parcialmente la condena de Ángel Jesús como autor responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente (fallo completo en www.ruidos.org/jurisprudencia/ts_030401.html); STS 22-06-2001, núm. 1210/2001, STS 20-01-2001, núm. 18/2001, STS 15-12-2000, núm. 1973/2000, STS 4-10-1999, núm. 1397/1999.

⁵⁵⁹ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER [IB], 2006, ps. 162 y 173 y ss. Aquí el autor se refiere a la existencia de una *obligación originaria*. También, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, 2002, ps. 41, 83 y ss., 281 y ROBLES PLANAS, RICARDO, 2013, ps. 3 y ss.

⁵⁶⁰ COX LEIXELARD, JUAN PABLO, 2012, p. 176.

El legislador penal, en el art. 291 CP y a través de la norma de conducta, les exige a los socios mayoritarios que organicen sus esferas de libertad de modo tal que se abstengan de celebrar acuerdos sociales en forma abusiva y en perjuicio de los demás socios. Se pretende evitar que mediante un comportamiento arriesgado de manera no permitida para el patrimonio de la víctima se lesione la sustancia jurídica de su derecho patrimonial.⁵⁶¹

A partir de las aclaraciones antes realizadas, se puede afirmar que el art. 291 CP acarrea el menoscabo de un derecho patrimonial en forma de lesión de un deber negativo de no privar o disminuir, contra la voluntad de su titular, la sustancia jurídica de su derecho y de no constituir obligaciones contra su voluntad y en su perjuicio. En otras palabras, la lesión de un deber negativo de no reducir el estado patrimonial garantizado⁵⁶² o la protección de disfrutar o conservar un determinado *statu quo* con relación al valor de su derecho patrimonial.

A continuación se realizarán ulteriores precisiones con relación a la delimitación entre el injusto penal y el mercantil.

5. Delimitación entre el injusto penal y el mercantil

El principal problema de este delito es probablemente, su articulación y delimitación con el mecanismo de impugnación de los acuerdos sociales por vía civil. En este ámbito, se realiza, en general, una interpretación amplia de las posibilidades de impugnación. Si esto es así, esto es, si todos los ilícitos gravitan en mayor o menor medida sobre la base del mecanismo de impugnación civil, se torna relevante buscar el modo más coherente y sistemático de articular la vía civil con la penal.

⁵⁶¹ JAKOBS, GÜNTHER, 2008, p. 8.

⁵⁶² JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 12 y ss.

Si para el delito se exigiera sólo un perjuicio patrimonial efectivo e inmediato (tendencia mayoritaria en la actualidad), sería irrazonable la conformación del delito de acuerdos abusivos. Parece sensato que, si existe el mecanismo de impugnación civil, se exija a la víctima del delito que haga uso de él. Se trata de un mecanismo de autoprotección al que debería acudir con anterioridad al Derecho penal. Así lo impone la coherencia del ordenamiento jurídico.

Pues bien, si un socio minoritario se considera perjudicado por un acuerdo abusivo y recurre a la jurisdicción civil pueden pasar dos cosas: a) que el juez civil no anule el acuerdo por entender que no es abusivo, en cuyo caso, obviamente, no habría delito, y b) que el juez civil subsane el acuerdo, ordene la suspensión del mismo o, directamente, lo anule por considerarlo abusivo y, entonces, tampoco habría delito consumado porque el perjuicio efectivo nunca se llegaría a producir. Esto último es irracional por cuanto, bajo estas circunstancias, este delito prácticamente nunca se podría consumir.

A mi modo de ver, la principal crítica sería la siguiente. Si se lo considera un delito de lesión que requiera la producción efectiva e inmediata de un perjuicio económico, el tipo penal podría no consumarse debido a la intervención del mecanismo de impugnación de los acuerdos sociales u otros modos de solucionar el conflicto (p. ej., enmienda de dichos acuerdos) y, por lo tanto, se convertiría en un injusto donde el tiempo de tramitación de la causa penal, mientras se espera una resolución definitiva y firme en sede civil, podría superar ampliamente el plazo de prescripción del delito conminado en abstracto (tres años) y vulnerar posiblemente la duración razonable del proceso.

Desde otro punto de análisis, no se logra superar la crítica relativa a que, con la adopción del acuerdo social, ya se dio inicio a la ejecución del injusto debido a que allí se produce la creación del riesgo jurídicamente no permitido y, en consecuencia, ya habría tentativa y posibilidad de denunciarlo penalmente. Con lo cual, y

desde esta perspectiva, tampoco se logra una delimitación precisa y clara del tipo penal.

Por consiguiente, el art. 291 CP no puede entenderse como un delito de lesión que requiera el resultado de perjuicio efectivo e inmediato para el patrimonio de los socios minoritarios porque esto, dada la existencia del mecanismo civil de impugnación, nunca podría llegar a producirse. O, en otros términos, una vez que se ha celebrado un acuerdo abusivo y se ha iniciado la correspondiente impugnación civil, nunca se podría llegar a producir una disminución definitiva del patrimonio (p. ej., como consecuencia de una medida cautelar que exija la suspensión de la decisión o porque se resolvió subsanar o anular directamente el acuerdo antes de su ejecución). Ello, sólo podría suceder en los casos en los que no se activó, en tiempo y forma, el remedio civil o el penal o, si a pesar de haber denunciado penalmente, la denuncia se hizo una vez producido el perjuicio efectivo.

Así, sólo cabría una interpretación coherente con la existencia de ese mecanismo de impugnación que podría ser la siguiente. Se conoce que en el CP se están adelantando las barreras de protección y, muy concretamente, se está adelantando el momento consumativo de muchos injustos penales. Una situación similar sucedería con el art. 291, esto es, la protección de los intereses económicos de los socios minoritarios se justificaría por el importante rol que desempeñan en las sociedades mercantiles, en el tráfico económico actual y en la necesidad de dotar al sistema jurídico de la mayor coherencia posible.⁵⁶³ De este modo, el delito de acuerdos abusivos se consume con la adopción del acuerdo y, por lo tanto, responde a la estructura de un delito de aptitud para el patrimonio del socio minoritario o, desde otra perspectiva, de lesión de un derecho patrimonial en clave personal. Sólo así tendría

⁵⁶³ Sobre la justificación de la protección penal de los socios minoritarios, ver los argumentos desarrollados en la segunda parte del trabajo, capítulo 1, apartado nº 5.

sentido la articulación de este delito con el mecanismo de impugnación civil.

Se debe puntualizar que aquí sólo se busca la interpretación más razonable y coherente del art. 291 CP con el resto del sistema jurídico, con independencia de cualquier juicio de valor relativo a la correcta redacción de los distintos elementos del tipo penal por parte del legislador.

Lo que se intenta es proteger al socio minoritario frente a la conducta de adoptar un acuerdo abusivo por parte de la mayoría. En ese momento, ya hay lesividad de la conducta puesto que el socio minoritario, con independencia de que después pueda impugnar el acuerdo por vía civil, ya ve lesionado su derecho patrimonial. ¿Cómo? Del siguiente modo.

Un derecho patrimonial se lesiona, en clave personal, desde el momento en que se produce un riesgo serio, concreto y no permitido de pérdida económica. Esto es, y adhiriéndome a la posición de PASTOR MUÑOZ, hay situaciones de peligro para el patrimonio que constituyen ya un perjuicio patrimonial.⁵⁶⁴ El derecho patrimonial pierde injustamente parte de su valor económico desde el momento a partir del cual el valor del derecho que tenía es menor al valor del mismo con anterioridad a la celebración del acuerdo abusivo. Esto es, si se analizan los riesgos económicos-financieros de la operación supuestamente abusiva para el titular del patrimonio, se podría advertir que las posibilidades de actuación económica serían menores que las existentes con anterioridad a la adopción del acuerdo social.

Resulta evidente que si uno es socio minoritario y la junta adoptó abusivamente un acuerdo que lo perjudica, su participación social se habrá depreciado en términos económicos. La situación se agrava si,

⁵⁶⁴ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, p. 95.

p. ej., en el caso de una SA quisiera vender sus acciones, ya que éstas valdrán menos pues todo potencial comprador tiene que saber que hay pendiente de validación civil un acuerdo que perjudica esa posición minoritaria o, bien, que puede haberlo. De este modo, hay lesión a un derecho patrimonial sin duda, en clave personal, ya con la mera adopción del acuerdo. Ello es así, aunque después se impugne y se anule aquella decisión.

En efecto, el proceso de impugnación de los acuerdos societarios es un proceso judicial. Como tal, y en términos generales, dura años hasta que el actor obtiene una sentencia firme. Aquí se debe pensar en la situación de un socio que tenga que soportar la pérdida de valor de sus acciones durante dos o tres años o, aun más, hasta que finalmente se declare nulo el acuerdo. Eso ya es la lesión de un derecho patrimonial fruto de un acuerdo abusivo que puede o no derivar en una real y efectiva pérdida económica (por ejemplo, compra de las acciones a un menor precio) porque durante todo el transcurso del proceso civil el socio minoritario habrá visto mermado su patrimonio por la pérdida de valor de su derecho patrimonial a consecuencia de estar pendiente de validación un acuerdo social que es perjudicial para todo aquel que ostente la titularidad de ese derecho patrimonial.

Igualmente se produciría ya una lesión de un derecho patrimonial cuando, tratándose de una sociedad anónima que cotiza en bolsa, los accionistas minoritarios que desean transferir sus acciones pretenden, como es lógico, obtener un precio justo que refleje el valor real de la acción y, si fuera posible y más conveniente, su valor de mercado (expectativa de ganancia o beneficios). Ahora bien, esta justa expectativa podría verse frustrada si el accionista minoritario no contara con posibilidades reales de ofrecer sus acciones a los otros accionistas o a terceros interesados, debido a que están dispersos o le son desconocidos, o si ve limitada la transmisibilidad de las acciones debido a la modificación del estatuto de la sociedad. Podría suceder entonces que el accionista

minoritario no encuentre más compradores que aquellos accionistas que controlan la sociedad, quienes conocedores de la dificultad de vender las acciones a terceros estarán en condiciones de fijar un precio desventajoso para el vendedor. El accionista minoritario tendrá entonces que aceptar esas condiciones o buscar a otro comprador, lo cual significará una demora en la transferencia y posiblemente una pérdida de valor en su participación social. Si esta situación se plasma en un acuerdo social adoptado por la mayoría, el hecho de no poder transformar rápidamente las acciones en dinero a través de su transferencia o no poder obtener un precio razonable que refleje el valor real o de mercado de la acción por falta de demanda ya le produciría una clara depreciación del valor de sus acciones o, en última instancia, una clara frustración de las expectativas legítimas y justas de obtener una mayor ganancia.

Si después el acuerdo societario se anula, ello no afectaría al delito. De hecho, el acuerdo sería nulo desde el momento en que es calificado *prima facie* como delito del art. 291 CP, esto es, desde el momento de su adopción. Porque en todo caso, si es abusivo, el acuerdo habría de ser anulado por el juez civil. Si por alguna razón llegara a producirse el efectivo perjuicio patrimonial sobre el socio minoritario, esto es, el acuerdo se ejecutara y hubiera menoscabo económico efectivo, se trataría entonces de un caso de consumación cualificada. Esto es, el delito se seguiría consumando desde el momento de la adopción del acuerdo hasta que dejara de tener efectos en el mundo jurídico. Es un delito de consumación permanente. Se volverá sobre este tema al tratar más adelante la consumación y tentativa del injusto.

La estructura de este delito obedece a un adelantamiento del momento consumativo en relación con el perjuicio efectivo e inmediato para el patrimonio (salvo que se lo interprete como lesión de un derecho patrimonial). El perjuicio efectivo del patrimonio del socio minoritario va a depender siempre del mecanismo civil de impugnación. Tal perjuicio no se producirá porque el ordenamiento

jurídico ya tiene mecanismos adecuados para evitarlo mediante la impugnación civil. En efecto, estamos ante un delito contra el patrimonio del socio minoritario, pero la protección de este patrimonio se produce en un momento ya muy temprano de la dinámica societaria, cuando se adoptan los acuerdos sociales porque ya entonces se puede entender que hay lesión de un derecho patrimonial, con independencia de que el propio ordenamiento jurídico le ofrezca al socio mecanismos para evitar que se traduzca en un perjuicio efectivo, en términos materiales, de pérdida patrimonial. Nuevamente, el peligro de perjuicio efectivo patrimonial es ya lesión del propio derecho patrimonial. En otros términos, la adopción del acuerdo abusivo supone ya una reducción del potencial económico del socio y, a su vez, produce la frustración de su fin económico.

Efectivamente, el Derecho penal se utiliza como un mecanismo para evitar que el patrimonio de los socios minoritarios sufra pérdidas que aún no constituyen menoscabos económicos, inmediatos y efectivos. Ese sería el sentido del art. 291 CP. Esto implica que la función del art. 291 sería la de contrapeso y de aplicación previa al art. 252 CP. Esto es, no como función de recogida (*Auffangsfunktion*) o de cierre (*Plombierungsfunktion*) del sistema del Derecho penal patrimonial en el ámbito societario sino como primera barrera de contención.

A mi modo de ver, esta sería la interpretación más adecuada y coordinada de ambos preceptos penales ya que, de ese modo, se evita la eventual superposición del delito de acuerdos abusivos con el de administración desleal como consecuencia de un *iter criminis* excesivamente largo del art. 291 CP (desde la celebración del acuerdo hasta la producción de un perjuicio efectivo) e indeterminado ya que la producción del resultado perjudicial podría no darse nunca. En este sentido, se lograría una mejor protección escalonada del patrimonio de los socios. En efecto, el art. 291 CP sería la primera barrera de contención de los socios que se engarza

con el delito de acuerdos lesivos (art. 292 CP) y, como última instancia, con el delito de administración desleal (art. 252 CP) que, a su vez y en sintonía con lo que se manifestó oportunamente, prevé una pena máxima superior a la del delito de acuerdos abusivos.

Lógicamente, y como se dijo en capítulos anteriores, ello exige una interpretación restrictiva del tipo porque el hecho de que se adelante la consumación a momentos anteriores del perjuicio efectivo e inmediato es algo excepcional y que sólo en situaciones de evidente abuso por la mayoría debe de ser castigado penalmente. Y además, en términos restrictivos también, debe exigirse una conducta idónea para generar un riesgo grave, serio y no permitido del valor patrimonial de la participación social del socio minoritario tras la adopción del acuerdo. Con esta interpretación se logra una coherencia con el fundamento de legitimación del delito expresado *supra*, como delito que atenta contra la autonomía como utilidad.

A continuación, se profundizará sobre la consumación y la tentativa del delito de acuerdos abusivos.

6. Consumación y tentativa

En este apartado se analizará todo lo relativo al momento consumativo del delito de acuerdos abusivos, si es posible punir la tentativa de este injusto y, en su caso, a partir de qué momento.

Como ya se anticipó, el delito se consuma con la adopción del acuerdo abusivo, esto es, desde el momento en que se celebra el acuerdo abusivo y se aprueba el acta correspondiente (arts. 202 y 203 LSC). Todos los acuerdos sociales deben constar en acta, la que deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta general y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. De este modo, los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten, salvo que se trate de un acta notarial cuya ejecución

estará disponible desde la fecha de su cierre. Parece razonable que así sea, ya que con la aprobación del acta se consolida, ya no sólo materialmente, sino también formal y jurídicamente la decisión de la mayoría y es a partir de dicho momento que el acuerdo podría ser ejecutado.

Como ya se expresó oportunamente, la estructura de este delito obedece a un adelantamiento del momento consumativo en relación con el perjuicio efectivo e inmediato para el patrimonio. Estamos ante un delito contra el patrimonio del socio minoritario, pero la protección de este patrimonio se produce en un momento ya muy temprano de la dinámica societaria, esto es, cuando se adoptan los acuerdos porque ya entonces se puede entender que hay lesión de un derecho patrimonial.

NIETO MARTÍN sostuvo que: «Aunque de lege ferenda los argumentos aportados quizá pudieran dar lugar a una configuración distinta del tipo, lo cierto es que el artículo 291 está redactado de modo que no es posible entender necesaria para la consumación la exigencia de un perjuicio, entre otras razones porque incluso puede haber acaecido ya, en los supuestos en que el acuerdo ratifique un comportamiento lesivo anterior».⁵⁶⁵

Si por alguna razón llegara a producirse el efectivo perjuicio patrimonial sobre el socio minoritario, esto es, si el acuerdo se ejecutara y hubiera menoscabo efectivo, se trataría entonces de un caso de consumación cualificada. Esto es, el delito se seguiría consumando desde el momento de la adopción del acuerdo hasta que dejara de tener efectos en el mundo jurídico. Como se dijo, es un delito de consumación permanente y, como tal, puede suceder que los efectos consumativos se vayan agravando hasta el punto de que aparezca un perjuicio patrimonial efectivo. Esta diferencia es relevante ya que, como se verá más adelante, la producción efectiva

⁵⁶⁵ NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 305.

de un perjuicio económico no sería parte del agotamiento del injusto como sostienen algunos autores sino que, por el contrario y debido al carácter permanente de este delito, se trataría de la prolongación de los efectos consumativos. Asimismo, la permanencia del delito acarrea, en igual modo, la posibilidad de intervención delictiva luego de adoptado el acuerdo social abusivo.⁵⁶⁶

El comportamiento del socio mayoritario que impone un acuerdo abusivo prolonga su relevancia normativa (antijurídica) a través de la realización típica. El autor sigue realizando el comportamiento típico, esto es, sigue imponiéndoles a los socios minoritarios en el mundo real el acuerdo abusivamente celebrado hasta tanto este acuerdo no pueda seguir produciendo sus efectos perniciosos.

En esta dirección, estaríamos ante una consumación cualificada que habría de tenerse en cuenta en sede de determinación de la pena. Pero se deberá atender a una cuestión muy importante y es la siguiente. La consumación cualificada depende de la propia víctima. En efecto, dado que existe el mecanismo de impugnación civil, es necesario exigirle a la víctima que utilice ese mecanismo de autoprotección para que no se llegue a producir el perjuicio efectivo o un agravamiento del mismo. Si no lo hace, entonces el perjuicio efectivo patrimonial habrá sido imputable a la propia víctima.

Es necesario profundizar un poco más en relación a la posibilidad de admitir -o no- la tentativa del delito contenido en el art. 291 CP. Si se acepta la posición aquí desarrollada, el comienzo de ejecución de este tipo penal sólo podría operar, sin que se pretenda un adelantamiento excesivo de las barreras de punibilidad, desde el momento en que se celebra el acuerdo abusivo y hasta que se aprueba el acta correspondiente. Asimismo, esta franja indicaría el momento idóneo en la que podría operar el instituto del desistimiento previsto en el art. 16.2 o 16.3 CP. De este modo, el sujeto que, durante el comienzo de ejecución del delito de acuerdos

⁵⁶⁶ COX LEIXELARD, JUAN PABLO, 2012, p. 249.

abusivos y mientras sea posible comunicar una decisión distinta a la adoptada, desista oportunamente de su acción, quedaría impune desde la órbita del Derecho penal, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que podrían suscitarse desde una perspectiva del Derecho mercantil y/o civil. El autor, durante ese lapso de tiempo, aún tendría la posibilidad de modificar el hecho.

Comparto la idea de que la intervención en una votación, por regla general y salvo tipificación expresa, no es ejecución de un hecho, sino preparación de aquél, más precisamente, se trataría de una intervención durante la planificación de un hecho. En efecto, sería una intervención en la antesala, esto es, antes de la ejecución y, por lo tanto, antes del comienzo de la tentativa. Mediante esta intervención no se exterioriza ya algo jurídico penalmente relevante sino simplemente una conducta que se ejecutará posteriormente (celebración del acuerdo y aprobación del acta) y que a partir de allí se exteriorizará.⁵⁶⁷ Por otro lado, y como lo destaca MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, tampoco puede sostenerse de manera general y absoluta que la mera intervención en la votación pueda considerarse ya una tentativa de la correspondiente figura delictiva porque entonces sería siempre punible tanto la conducta de quien ha intervenido en el inicio de una votación que se interrumpe como la de quien ha votado a favor de adoptar un determinado acuerdo antijurídico que al final no se adopta por resultar mayoritaria la tesis contraria.⁵⁶⁸

En síntesis, la creación del riesgo desaprobado (comienzo de ejecución) se producirá en el momento en el que se adopta el acuerdo abusivo por parte de la mayoría de socios, esto es, cuando ya se ha concretado la votación. La consumación operará cuando a dicho acuerdo se le suma la aprobación del acta correspondiente y la

⁵⁶⁷ JAKOBS, GÜNTHER, 1996, ps.75-76, 79 y 84. Siguen éste razonamiento MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., en línea, Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos#M>, p. 5; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B., 2010, p. 179.

⁵⁶⁸ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 171.

posibilidad de que, desde ese momento, dicho acuerdo sea idóneo para generar un riesgo grave y serio para el bien jurídico al resultar susceptible de ser ejecutado o, bien, ya genere la lesión de un derecho patrimonial y la consiguiente frustración económica del socio minoritario. Si por alguna razón llegara a producirse el efectivo perjuicio patrimonial sobre el socio minoritario, se tratará entonces de un caso de consumación cualificada.

7. Posibles críticas a la posición asumida

Se afirma como argumento a favor de una interpretación del delito de acuerdos abusivos como tipo de lesión y de resultado efectivo de perjuicio patrimonial lo siguiente:

«El resultado típico consiste en la lesión del patrimonio de los demás socios con obtención de un beneficio por el sujeto activo. Con esta interpretación se evitan solapamientos con los mecanismos de impugnación de acuerdos sociales previstos por el Derecho mercantil, mecanismos que en la mayor parte de los casos evitarán la materialización del perjuicio patrimonial dado que la impugnación del acuerdo permite la suspensión de su ejecución. Téngase en cuenta que el perjuicio sufrido por los socios puede consistir en lo que a efectos del art. 295 CP sería únicamente un perjuicio indirecto y, por tanto, no típico».⁵⁶⁹

Lo que se pretende sostener como un argumento diferenciador, analizado desde la óptica que se sigue en este trabajo, resulta que no lo es. En efecto, este argumento pone de manifiesto claramente la mayor contradicción entre el sistema penal y el civil y, como se verá *infra*, entre el mismo sistema penal *per se*.

Si el tipo penal exigiera necesariamente la producción de un perjuicio económico para su consumación, el delito de acuerdos abusivos casi nunca se podría consumir en todos aquellos casos en

⁵⁶⁹ FARALDO CABANA, PATRICIA, 2003, ps. 140-141.

los que previamente se haya impugnado el acuerdo en sede civil ya que, como bien reconoce la propia doctrina, estos mecanismos evitarían la materialización del perjuicio patrimonial por cuanto la impugnación del acuerdo permite, ni más ni menos, que la suspensión del mismo. Lo que, por otro lado, no permite descartar que ya existiera comienzo de ejecución del hecho y, en consecuencia, tentativa de este delito. Esto es, en vez de evitarse el señalado solapamiento con el mecanismo de impugnación de acuerdos sociales, se agrava aquella situación al operar la posible suspensión del acuerdo por autoridad judicial. Y, además, no sólo agrava el solapamiento entre la figura penal del art. 291 CP con el mecanismo de impugnación de acuerdos sociales sino que genera mayor confusión y solapamiento con el delito de administración desleal (art. 252 CP) que ya exige la producción de un perjuicio efectivo.

Una crítica tendente a consolidar una interpretación del delito de acuerdos abusivos y a exigir la producción de un perjuicio económico efectivo es la siguiente. Se dice que el artículo 291 CP ofrece al juzgador, alternativamente, la posibilidad de imponer una pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido. Esto es, la opción por la pena de multa reclama la irrogación previa de un perjuicio a los demás socios del que trae causa el beneficio ilícito obtenido. De este modo, si no se exige en el precepto un resultado material de perjuicio económico efectivo, se cercenaría *contra legem* la posibilidad alternativa que la ley ofrece al juzgador para imponer la pena, quedando constreñido a la imposición de la pena de prisión en violación del principio de legalidad y del principio interpretativo de proporcionalidad.

Ahora bien, este argumento olvida y no logra explicar lo siguiente, ¿qué sucede en todos aquellos casos en los que, habiéndose adoptado un acuerdo abusivo, su ejecución se suspende (esto es, no habría perjuicio económico efectivo) y, eventualmente, se deja sin efecto por la autoridad judicial o por la propia iniciativa de los

socios (enmienda)? Con esto se quiere poner de manifiesto que la interpretación del delito como un tipo de lesión y de resultado efectivo no impide que se produzca el mismo efecto no querido por quienes brindan aquel argumento. Esto es, la conducta quedaría siempre en grado de tentativa y paradójicamente tampoco se podría aplicar la pena de multa (¿?), en los casos en que se suspenda la ejecución del acuerdo, se subsane o anule el mismo.

Se argumenta también que no tendría sentido la exigencia de lesividad efectiva para los intereses de la sociedad en el ámbito mercantil para poder calificar un acuerdo de abusivo y, sin embargo, que no se exija lo propio en el ámbito penal con referencia a los intereses de los socios. Pero este argumento no tiene en cuenta que antigua jurisprudencia civil del TS (Sala 1ª), de 19 febrero 1991, ya señalaba que es suficiente la existencia de un perjuicio potencial de que se produzca el daño, sin tener que esperar que la lesión tenga lugar. De hecho se afirma que los tribunales han venido considerando lesivos y, por tanto susceptibles de impugnación, acuerdos que en modo alguno suponen dicho perjuicio económico.⁵⁷⁰ Esta crítica se refuerza con la actual redacción del art. 204 LSC al ampliarse la lesión de interés social en aquellos supuestos en los que no se produce un daño al patrimonio social.

Se alega que existe un argumento político-criminal que debería resolver definitivamente la cuestión. La exigencia de perjuicio es la única medida que permitirá una adecuada coordinación entre la disciplina penal y la mercantil. Se expresa que determinados

⁵⁷⁰ FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 218-219. También se afirma que la necesidad de que se produzca, como resultado típico, un perjuicio económico es algo que viene exigido por el hecho de que, en el art. 291 CP, la pena de multa se determine en función del beneficio obtenido por el infractor. Si en los delitos patrimoniales el enriquecimiento ilícito (beneficio) es la contrapartida del perjuicio, no tendría sentido determinar de esa manera la pena de multa si no es porque se está suponiendo que para la consumación del delito es necesaria la causación efectiva de dicho perjuicio. Críticos con este argumento, GALLEGO SOLER, JOSÉ I., 2006, ps. 243-244; FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 220; PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2008, ps. 16-17.

acuerdos pueden ser adoptados en perjuicio del interés social y, a la vez, de los socios minoritarios. En estos supuestos, al verse afectada esa dualidad de intereses, y si no se establecen ulteriores exigencias, tanto la normativa penal (art. 291 CP) como la mercantil (art. 204 LSC) resultarían aplicables. Se sigue afirmando que el art. 204 LSC no reclama un perjuicio efectivo, siendo suficiente un peligro potencial de que se produzca el daño para el interés social. Con ello se evita que la parte supuestamente perjudicada tenga que esperar a que la lesión sea irremediable para poder ejercitar la acción. Lo anterior permitiría que los acuerdos sean impugnados una vez adoptados y antes de su efectiva ejecución. Si se sitúa la normativa penal al mismo nivel, se dejaría al precepto mercantil sin efecto ya que lo normal sería recurrir directamente al art. 291 CP por su mayor contundencia y menores exigencias, convirtiendo al Derecho penal en *primera ratio*. Por el contrario, se considera que la exigencia del perjuicio efectivo permitiría limitar la entrada en acción de la normativa penal hasta que los acuerdos sean efectivamente ejecutados y de dicha ejecución se derive un perjuicio para los socios minoritarios.

Ahora bien, y en mi opinión, este argumento tampoco tiene en cuenta que, en realidad, nada impediría que un socio minoritario acudiera al Derecho penal una vez adoptado el acuerdo social, sin que aún se hubiera producido un perjuicio económico efectivo en tanto y en cuanto ya se habría producido el comienzo de ejecución del injusto con la mera adopción del acuerdo supuestamente abusivo. En consecuencia, y con el argumento reseñado, la normativa penal seguiría estando al mismo nivel que la normativa mercantil y tampoco se evitaría o se postergaría la intervención penal por cuanto, al existir tentativa, ya sería posible denunciar penalmente el hecho.

También se puso de manifiesto que una interpretación conjunta de los artículos 291 y 292 CP permitiría encontrar otro argumento que apoyaría esta conclusión. Así, se postula que el acuerdo lesivo del

que habla el art. 292 CP es el acuerdo abusivo del artículo anterior, un acuerdo que ha sido impuesto por quienes gozan de situación mayoritaria en la junta o en el órgano de administración de la entidad, prevaliéndose de dicha condición con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los sujetos pasivos, y que no ha producido beneficios a la entidad. Si ambos acuerdos (art. 291 y 292 CP) fueran considerados iguales, se podría utilizar como argumento para avalar la posibilidad de una lesión específica y no sólo de un peligro concreto. Pero, en mi opinión, este argumento no es sostenible ya que, como se dijo oportunamente, son evidentes las diferencias existentes entre ambos preceptos normativos.

Considero que el argumento no es sostenible en tanto que el acuerdo abusivo del art. 291 CP se adopta por medio de una mayoría legalmente operativa. Mientras que el acuerdo lesivo del art. 292 CP no se adopta como consecuencia de la imposición o el aprovechamiento de una mayoría legalmente constituida sino que, por el contrario, se trata de una mayoría ficticia obtenida ilegítimamente. Por otro lado, está fuera de toda duda que ambos injustos penales (art. 291 y 292 CP) tienen una gravedad distinta. No obstante, se debe resaltar que el legislador no ha contribuido sobremanera a brindar mayor claridad a este asunto. Así, le es reprochable haber previsto en ambos enunciados normativos la imposición de una misma especie y monto de pena de prisión y alternativa de multa. Esto es, se regula con la misma pena injustos de gravedad distinta.

Se afirma que la opción del legislador por un tipo penal de resultado debe juzgarse como acertada, habida cuenta de que la conformación de un tipo de peligro hubiese llevado muy probablemente a consecuencias insoportables desde el punto de vista del funcionamiento del sistema económico y de la propia seguridad del tráfico, en la medida en que el adelantamiento de la respuesta penal, típica de los delitos de peligro, hubiera provocado una intervención judicial de facto en el normal funcionamiento de los órganos de la

sociedad, sin que de ello se derivase con claridad, al mismo tiempo, un *plus* de protección para los socios perjudicados. Posiblemente, esta sea una de las principales críticas que se podrá alegar en contra de la posición que se adopta en este trabajo. Por lo tanto, y a continuación, cabe formular las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es evidente que sí se deriva un *plus* de protección para los socios minoritarios desde el momento en que se produce la adopción de un acuerdo social, *máxime* cuando a esta protección le sigue la derivada de los arts. 252 y 292 del CP. De este modo, se logra precisamente una mayor protección escalonada y adelantada de los intereses de los socios minoritarios.

En segundo lugar, y en relación con las supuestas consecuencias insostenibles desde el punto de vista del funcionamiento del sistema económico y de la propia seguridad del tráfico, hay que destacar que no se pretende la eventual penalización de cualquier acuerdo social supuestamente abusivo sino que, por el contrario, se pretende que sólo puedan ser sancionadas aquellas conductas idóneas para lesionar ya el derecho patrimonial del socio minoritario por cuanto éste ve disminuido relevantemente su derecho por culpa del acuerdo abusivo, aunque no haya perjuicio efectivo aún. Su derecho patrimonial se ha depreciado. De igual modo, las conductas que se sancionen deberán resultar manifiestamente abusivas para el sistema y traer aparejada una evidente irracionalidad económica y social de la decisión, entre otras variables señaladas en capítulos anteriores.

Desde otro punto de vista, la tacha de inseguridad del tráfico y del sistema económico también se puede producir como consecuencia de la incoherencia sistemática del sistema jurídico (penal y mercantil) al existir conductas que pueden ser perfectamente denunciadas porque se dio inicio al comienzo de ejecución del hecho delictivo pero nunca llegarán a consumarse (o, en su caso, vaya a saber cuándo) debido a la suspensión, anulación o enmienda del acuerdo social. Mientras tanto se genera incertidumbre jurídica

y económica ya que se mantiene vigente la eventual consumación del tipo penal durante todo el tiempo que se demore la acción civil ya que el delito aún podría producir un perjuicio efectivo en el futuro y en posible vulneración del principio de duración razonable del proceso penal.

Por último, y si bien no se comparte la redacción actual del delito de acuerdos abusivos, parece un tanto apresurado sostener las supuestas consecuencias intolerables que se auguran para el sistema económico y societario sin antes contar con mayores elementos empíricos que permitan avalar semejante afirmación. Por lo tanto, y sin mayores elementos de análisis, considero que aquella crítica pecaría de ser meramente dogmática.

CAPÍTULO III: INTERVENCIÓN DELICTIVA Y PROBLEMAS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A TÍTULO PERSONAL EN ÓRGANOS COLEGIADOS

En este capítulo se analizará la intervención delictiva en el delito de acuerdos abusivos, se resaltarán algunos problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados y se tratará de brindar una respuesta a los mismos.

1. Introducción

A continuación es importante distinguir, en el ámbito de los órganos colegiados, aquellos supuestos en donde la persona competente omite su voto (ausencia), se opone expresamente a la votación, vota en blanco, los casos en los que con posterioridad se han adherido informalmente al acuerdo pero que, en todo caso, no han participado en su ejecución, y quienes hayan votado a favor del acuerdo.

RODRÍGUEZ MOURULLO analiza, también, el supuesto de *dimisión*. El autor concluye que la responsabilidad penal no quedará excluida cuando el dimisionario con su conducta precedente ha actuado conscientemente a favor de la decisión ilícita, aunque nada más sea reforzando en los colegas el propósito de adoptarla.⁵⁷¹ Aquí es de interés determinar cuándo se dimite del cargo. Si fuera antes de la votación, no se comparte esta apreciación por cuanto no será posible imputarle la creación de un riesgo no permitido. De igual modo, se trataría de un comportamiento que habría operado lejos del comienzo de ejecución del supuesto hecho delictivo y, a lo sumo (siempre que se advierta alguna connotación ilegal en dicho actuar), se tendría que hablar de un hipotético acto preparatorio impune. Distinto es el caso de aquél que sí participa en la votación y, luego, dimite a su cargo. Aquí, sí se comparte la solución del

⁵⁷¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, MCMLXXXIV, p. 688.

autor pero siempre y cuando la persona haya intervenido efectivamente en la adopción del acuerdo abusivo.

Como regla general, y siempre que estén reunidas las condiciones objetivas y subjetivas del tipo penal de acuerdos abusivos, quienes hayan votado en forma simultánea y a favor del acuerdo podrían responder penalmente en calidad de coautores⁵⁷² en tanto con su conducta habrían creado un riesgo penalmente no permitido.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ plantea una hipótesis excepcional que se abordará a continuación. El caso del administrador que habiendo votado a favor del acuerdo, muestra luego, por *facta concludentia*, su voluntad contraria al acuerdo dimitiendo del cargo. A su juicio, pareciera que debiera considerársele responsable, sin perjuicio de que se aprecie la concurrencia de un arrepentimiento espontáneo, siempre que vaya acompañada por la correspondiente denuncia ante los órganos estatales competentes.⁵⁷³ En mi opinión, si el injusto previsto en el art. 291 CP se ha consumado, el administrador que haya votado a favor del acuerdo abusivo (al margen de su comportamiento posterior), podría ser penalmente responsable en calidad de autor o coautor, según el caso. Lo que sí debe quedar claro es que, el comportamiento posterior y contrario al acuerdo abusivo ya consumado, no puede tener ninguna relevancia penal a la hora de analizar si el administrador debe responder -o no- por un delito de acuerdos abusivos. No obstante, esta conducta posterior sí podría configurar un indicio a su favor que eventualmente sería

⁵⁷² Opinan de la misma manera VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 548. Sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título de *coautoría* cfr. la posición de RODRIGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, 2000, ps. 184 y ss. Para JAKOBS, todos «los votos a favor de un acuerdo de realizar una conducta antijurídica se exteriorizan simultáneamente en la conducta acordada y son por tanto todos causales respecto de esta conducta». JAKOBS, GÜNTHER, 1996, p. 97. En sentido similar se pronunció el BGH alemán en la reconocida sentencia del *leaderspray*. Según TIEDEMANN, el tribunal admitió, en el ámbito de las lesiones corporales, la causalidad de todos los miembros del órgano colegiado que votaron a favor de omitir la paralización de la producción y distribución del producto, así como la omisión de retirarlo del mercado. Ahora bien, lo particular de esta sentencia es que, al faltar una decisión conjunta para cometer el hecho, se transmitió la imputación de la coautoría al ámbito de la complicidad. Así, TIEDEMANN, KLAUS, 2010, p. 138.

⁵⁷³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., 1996, p. 68.

valorado por parte del tribunal de juicio con motivo de la hipotética pena que se le pudiera imponer.

También, como regla general y en los casos en donde se oponen expresamente a la votación,⁵⁷⁴ se vota en blanco⁵⁷⁵ o se salva el voto,⁵⁷⁶ no sería posible imputar objetivamente dicha conducta al resultado producido y derivado de la votación de los otros integrantes del órgano. Sin ir más lejos, el sólo hecho de votar en contra de la adopción de un acuerdo supuestamente abusivo nada tiene de antijurídico sino que, por el contrario, con ello se buscaría evitar la realización del ilícito. El voto en disidencia de ningún modo adopta el significado de estar a favor de la mayoría y sería sumamente discutible extender este significado en los casos de voto en blanco o voto salvado ya que tampoco se tratan *per se* de opciones por lo antijurídico.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ De este modo, p. ej., MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 169; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1470.

⁵⁷⁵ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ opina que, partiendo de la idea de que no está tipificado en el CP español un delito de omisión pura ni que sea posible configurar el tipo de una omisión impropia, habrá que negar la imputación objetiva del resultado. MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 167.

⁵⁷⁶ A favor de no imputar el delito a quien salva el voto, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997, p.139; EL MISMO, 2007, ps. 521-522.

⁵⁷⁷ JAKOBS, GÜNTHER, 1996, p. 90. No obstante la posición que se asume en este trabajo, se han vertido distintas opiniones al respecto. Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., 1996, p. 67; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, MCMLXXXIV, p. 687; EL MISMO, 1998, p. 234; MEINI, IVÁN, 2003, ps. 231-232 y MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, ps. 5-7. Sin referirse en concreto al delito de acuerdos abusivos, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B., 2010, ps. 180-182. Para un claro ejemplo de que su posición se adopta en abstracto, la autora expresó que «La adopción de un acuerdo delictivo por un colectivo, si no está expresamente tipificado en el Código Penal como un delito de conspiración, es, en principio, una conducta atípica porque con el pensamiento no se delinque. Por tanto, manifestar la intención de cometer un delito mediante el voto en la mayoría de las ocasiones no será punible como acto preparatorio» *idem.* p. 179. En realidad, si del ordenamiento jurídico español se refiere, no se tiene en cuenta la tipificación expresa del delito de acuerdos abusivos en el que se discute (entre otras cosas y sin perjuicio de las distintas posiciones existentes a la hora de interpretar este injusto) justamente lo contrario a la sostenido por ella, esto es, que la mera

Dos supuestos particulares son el de ausencia⁵⁷⁸ y el de adhesión posterior al acuerdo. En el primer caso, se afirma que no sería posible atribuirle responsabilidad penal a la persona que no estuvo presente en la votación,⁵⁷⁹ por lo menos no en forma automática, salvo que, por un lado, se admita la posible comisión del tipo penal mediante una conducta omisiva (omisión impropia) y, en su caso, se reúnan todos los requisitos de la misma, y por el otro, se pudiera llegar a probar fehacientemente que su ausencia fue premeditada a los fines de posibilitar la adopción del acuerdo abusivo.⁵⁸⁰

Como ya fue expuesto oportunamente (primera parte, capítulo II: problemas generales del art. 291 CP, apartado n° 3.5.1), no se considera que el delito de acuerdos abusivos se pueda realizar mediante un actuar en comisión por omisión. Esto es, ni el verbo típico «imponer» parece compatible con el supuesto de ausencia en una votación ni parece lógico interpretar que quien no está presente

intervención en la votación a favor de la mayoría y la adopción de un acuerdo supuestamente abusivo ya sería suficiente para atribuir responsabilidad penal. Finalmente, es importante destacar en relación con la hipótesis de *reserva de voto* que la sentencia del BGH alemán declaró penalmente responsable en calidad de coautor del delito de administración desleal al representante de un consejo de vigilancia por la reserva de su voto argumentando que su decisión habría tenido validez a partir de su mera participación en la sesión y votación. TIEDEMANN sostiene como dudoso este argumento en cuanto la mera intervención en la sesión y votación no podría ser la base que permita establecer la vinculación de la tipicidad penal. Ahora bien, reconoce la existencia de una conducta que genera un peligro jurídicamente desaprobado para el patrimonio ajeno si el participante *conocía la inclinación hacia el hecho* de los demás intervinientes. Y esta conducta, a su criterio, sería punible a título de *omisión* por no haber impedido que se produjera o ejecutara una decisión contraria al deber de lealtad. TIEDEMANN, KLAUS, 2010, p. 140.

⁵⁷⁸ Pareciera estar a favor de la imputación en casos de ausencia (omisión impropia) VALLE MUÑOZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1470; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, p. 111. Asimismo, MEINI analiza la hipótesis en que se vota a favor del acuerdo antijurídico pero éste no se aprueba, llegando a la conclusión de que este supuesto es, desde el punto de vista del Derecho penal, impune. MEINI, IVÁN, 2003, p. 236.

⁵⁷⁹ VIVES ANTÓN, TOMÁS S. y GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., 1999, p. 548,

⁵⁸⁰ En esta dirección, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., 1996, ps. 66-67 y 68. Similar, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1997, p.139; EL MISMO, 2007, ps. 521-522; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, MCMLXXXIV, p. 687.

en dicha votación, supuesto que no está prohibido por la ley societaria sino que se trata de un comportamiento permitido, se está prevaleciendo de su situación mayoritaria. Por lo tanto, no estaría suficientemente justificada o, por lo menos, sería seriamente discutible imputar el injusto de acuerdos abusivos a la persona que no estuvo presente en una votación. Ello, sin perjuicio de la inexistencia de un deber especial en cabeza de los socios que permita fundar una eventual posición de garante. En definitiva, y siempre que se comparta lo dicho previamente, la consecuencia directa ante una eventual imputación a título de omisión impropia colisionaría con la prohibición de analogía *in malam partem* y con el principio de legalidad (mandato de determinación).

En el segundo caso (adhesión), se podría argumentar que, habiendo sido posterior la adhesión al acuerdo abusivo ya adoptado por medio de una mayoría consolidada y sin que la nueva adhesión pudiera modificar el hecho consumado ni la situación mayoritaria original, no se tendría que imputar objetivamente dicha conducta por cuanto no se habría intervenido al momento en el que se produjo el incremento del riesgo penalmente desaprobado (votación precedente) ni su conducta posterior habría producido un *plus* o aumento del riesgo ya creado con anterioridad. Esto es, y en principio, la circunstancia de que un integrante de la asamblea o del consejo se haya adherido -o no- al acuerdo supuestamente abusivo nada cambia ni aporta al hecho ya consumado. En otras palabras, si el integrante no se adhirió al acuerdo, éste seguirá su curso causal y, del mismo modo, si el integrante se hubiera adherido al acuerdo.

Ahora bien, distinto sería el caso del acuerdo ya adoptado que, a lo largo del tiempo, sigue produciendo consecuencias negativas. Si bien la simple adhesión posterior al contrato no implicaría ningún *plus* delictivo ni aumento del riesgo, sí sería objeto de análisis y de eventual responsabilidad penal en el caso de que el adherente

además hubiera intervenido en la ejecución del acuerdo⁵⁸¹ porque, como ya se expresó en capítulos anteriores, se estaría ante un supuesto de consumación cualificada y, como tal, puede suceder que los efectos consumativos se vayan agravando con el tiempo. En síntesis, la permanencia del delito acarrea la posibilidad de intervención delictiva luego de producida la consumación.

Otro supuesto que amerita su análisis es el siguiente. ¿Qué sucede con el miembro del órgano colegiado que vota en contra de la adopción de un acuerdo pero su presencia en la votación ha permitido la conformación del *quórum* necesario para proceder a la deliberación y posterior aprobación del acuerdo ilícito por parte del resto de votantes? O en otras palabras. ¿Es relevante para el Derecho penal que haya podido impedir la aprobación del acuerdo ilícito mediante la inasistencia a la sesión del órgano colegiado?⁵⁸² Acaso, ¿debía no asistir a dicha sesión?

En mi opinión, no se le podría atribuir responsabilidad penal, según el art. 291 CP, a la persona que votó en contra de la adopción del acuerdo social abusivo por no haber creado un riesgo penalmente desaprobado ni haberlo incrementado, aun cuando con su presencia hubiera podido facilitar el *quórum* necesario para poder dar inicio a la etapa de deliberación. Su conducta, mera asistencia a la asamblea, se encuentra lejos del comienzo de la tentativa y, por lo tanto, no se podría hablar de una intervención delictiva con antelación a esta fase del *iter criminis* y, menos aún, que con su conducta haya contribuido a imponer un acuerdo abusivo, *máxime* cuando su voto fue negativo. Estos argumentos ya podrían ser suficientes para

⁵⁸¹ SILVA SÁNCHEZ refiere la posibilidad de que se le pudiera atribuir algún tipo de participación criminal. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 66. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., 1996, ps. 66-67, es partidario de no imputar esta conducta siempre que no se haya intervenido en la ejecución posterior del acuerdo.

⁵⁸² MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, p. 7. El autor sigue el caso analizado por JAKOBS y denominado por él como colaboración disidente. Al respecto, JAKOBS, GÜNTHER, 1996, p.90.

resolver los interrogantes planteados. No obstante, la doctrina formula las siguientes consideraciones.

En primer lugar y de manera resumida, no habría base lógica para afirmar que, por participar en la votación, el disidente optara por el contenido final de la votación del órgano sino que, simplemente, acepta la conclusión de la fase de formación de opinión.⁵⁸³

En segundo lugar, no existe en el sistema jurídico un delito de omisión pura que reprima el no haber evitado la adopción de un acuerdo en el ámbito societario.

Y, en tercer lugar, no se puede afirmar que el caso sea subsumible en un supuesto de comisión por omisión ya que el miembro del órgano colegiado no tiene un deber de evitar la votación.⁵⁸⁴

2. Estudio de casos concretos. Problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados

Como ya lo puso de manifiesto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, siguiendo el tratamiento dado a la cuestión por SUÁREZ GONZÁLEZ y PÉREZ CEPEDA, los temas generales a ser abordados pueden sintetizarse en los siguientes. ¿Cuándo se responde por participar en la adopción de una decisión de un órgano colegiado? ¿Cómo se responde una vez que el acuerdo ha sido adoptado? ¿Cómo se determina la responsabilidad individual por la intervención en la adopción del acuerdo?⁵⁸⁵

⁵⁸³ JAKOBS, GÜNTHER, 1996, p. 90; MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, p. 7.

⁵⁸⁴ MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, p. 7.

⁵⁸⁵ MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 166.

A continuación, resumiré las distintas hipótesis planteadas y las soluciones propuestas.⁵⁸⁶ Con respecto al primer interrogante, sería más práctico y conveniente para su análisis descomponerlo, a su vez, en una serie de supuestos o casos-tipo. Entre ellos, cabe destacar los que se mencionan a continuación.

2.1. *Votación nominal no secreta.* A su vez, dentro de ella habría que diferenciar los supuestos de votación simultánea (2.1.A) y los de votación no simultánea (2.1.B).

2.1.A. En este primer supuesto, todos los miembros del órgano colegiado tendrían que prever la posibilidad de que la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo posiblemente ilícito se podría efectivamente alcanzar. Así, las posibles soluciones serían, si se votó y se lo hizo a favor de la adopción del acuerdo, se podría responder en calidad de coautor ya que se habría contribuido a formar la mayoría imprescindible para la adopción del acuerdo, el cual, por ende, podría serles en principio objetivamente imputado. Por el contrario, si se votó y se lo hizo en forma negativa, la adopción del acuerdo no podría serles objetivamente imputado a su conducta, pues el disidente se limita a participar en el proceso de formación de la voluntad general, sin que en modo alguno asuma el contenido del acuerdo y, por lo tanto, sin que se le pueda imputar la creación o elevación de un riesgo no permitido.⁵⁸⁷

2.1.B. En esta hipótesis, la solución dependerá del momento concreto en que el sujeto emita su voto, ya que en el caso de voto anterior a la efectiva obtención de la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo antijurídico existe una mera posibilidad de que dicho voto contribuya a la conformación de la voluntad en un sentido determinado, salvo que se logre acreditar durante el proceso la existencia de una connivencia previa entre los distintos participantes

⁵⁸⁶ Lo que sigue en el texto se corresponde a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 166-172. También siguen esta clasificación y distribución de casos, LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, ps. 28-31.

⁵⁸⁷ En términos similares, MEINI, IVÁN, 2003, p. 225; EL MISMO, Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, ps. 5-6.

en orden a votar de un mismo modo. Mientras que en el caso de que el voto se emita con posterioridad a la obtención de la mayoría necesaria, el sujeto sabe de antemano el sentido del acuerdo que va a adoptar el órgano colegiado. De esta manera, se considera que habría que distinguir ambos casos.

En el caso de que el referido voto se emita antes de que se haya alcanzado la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo, la solución adecuada sería considerar que el sujeto que emite un voto en tales condiciones podría ser responsable del hecho delictivo derivado de la adopción del acuerdo a título de coautor, siempre que se puedan demostrar el resto de elementos típicos y, sobre todo, el dolo del sujeto activo. Sin perjuicio de ello, se aclara que la responsabilidad criminal para dicho sujeto no surgiría hasta el momento en que el acuerdo sea efectivamente adoptado (comienzo de ejecución del injusto) y previo a la firma del acta (consumación). Hasta que esto no suceda, la emisión del voto supondría tan sólo una participación en un acto preparatorio, impune en los delitos societarios, pero no un comienzo de ejecución.⁵⁸⁸

En el caso de que el voto se formule después de que haya sido emitido un número de votos que resulta suficiente para adoptar válidamente el acuerdo, se discute la problemática de los denominados resultados sobrecondicionados.⁵⁸⁹

En estas circunstancias, por un lado, se podría considerar al emisor del voto como posible responsable del delito de acuerdos abusivos en calidad de coautor ya que lo decisivo sería que habría coadyuvado objetiva y simultáneamente a configurar la voluntad del órgano colegiado y que su manifestación de voluntad fue parte

⁵⁸⁸ Similar, MEINI, IVÁN, 2003, p. 225.

⁵⁸⁹ Para JAKOBS, «Quien vota a favor de una conducta negocial antijurídica responde por esta conducta negocial, cuando se recuenta su voto y tiene lugar una mayoría -incluso innecesariamente alta-, siendo indiferente cuándo haya emitido su voto». JAKOBS, GÜNTHER, 1996, ps. 80-87. De acuerdo, RODRIGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, 2000, p. 184.

integrante del acuerdo social adoptado abusivamente.⁵⁹⁰ Esta es la posición que resultaría más adecuada ya que, en realidad, la conducta exigida al votante es la de no aceptar la adopción del acuerdo, *máxime* si ya conocía todas las circunstancias del caso y la eventual producción del perjuicio que se podía derivar de su adopción.

Por otro lado, y desde la vereda opuesta, se podría argumentar que sería importante analizar en cada supuesto si es posible confirmar que se haya creado y/o incrementado un riesgo penalmente no permitido. Así, y desde una estricta aplicación de los criterios de la imputación objetiva, se podría pensar que quien vota en dichas condiciones, mayoría consolidada y sabiendo que su voto no podrá modificar la decisión final, podría no responder penalmente por su comportamiento.⁵⁹¹

Pero esta situación, a mi modo de ver, debe distinguirse del supuesto ya analizado previamente del adherente posterior a la celebración del acuerdo social. Si bien aquí sería posible aplicar aquella solución, en el caso bajo estudio se considera que el socio que vota a favor del acuerdo, aún a pesar de conocer el resultado final y la existencia de una mayoría consolidada, ha contribuido con su voto a la creación del riesgo no permitido y, en consecuencia, podría responder por el delito de acuerdos abusivos. La conducta prohibida pretende evitar que los socios mayoritarios se injieran en las esferas organizativas de los socios minoritarios. Al votar a favor de dicho acuerdo, conociendo el contenido del mismo, el pronóstico de la votación y las posibles consecuencias de su adopción, el socio mayoritario no cumple con su obligación de no dañar. Por el contrario, acepta el contenido de dicho acuerdo abusivo y participa

⁵⁹⁰ Sigue en general esta solución (proporcionada por JAKOBS, GÜNTHER, 1996, ps. 80-87) MEINI, IVÁN, 2003, ps. 229-230.

⁵⁹¹ En contra de esta posibilidad, MEINI, IVÁN, 2003, ps. 229-230; EL MISMO, Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, ps. 5-6. En este supuesto, el autor propugna prescindir del criterio del incremento del riesgo y acudir únicamente al de la realización del peligro inherente a la acción y al del fin de protección de la norma.

en él y, en consecuencia, podría responder penalmente por su intervención.

Acto seguido se analizará el supuesto del voto emitido en contra de la adopción de un acuerdo. La controversia estaría dada cuando el sujeto que emite su voto sabe con anterioridad que ya es segura la conformación de la mayoría a favor de la adopción del acuerdo antijurídico. En tal hipótesis, es imaginable pensar en una persona que, pese a mostrarse previamente decidida y partidaria de adoptar el acuerdo antijurídico y defenderlo en la fase de deliberación, acabe votando finalmente en contra del mismo al comprobar que la mayoría podía formarse ya sin su voto.

Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, y partiendo de la idea de que el hecho de haber votado formalmente en contra no tiene por qué exonerar automática e inexorablemente de responsabilidad penal (puesto que a la postre y desde el punto de vista del Derecho penal, lo realmente decisivo sería determinar el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto), podría suceder que el juez acredite - por los medios ordinarios de prueba- que el voto contrario ha sido declarado por motivos particulares de conveniencia, mientras que el comportamiento real ha discurrido en la misma dirección que el sentir mayoritario.

En mi opinión, y como ya fue desarrollado anteriormente, no se coincide con la solución propuesta en este último caso por cuanto la conducta objetiva y concreta del individuo, más allá de su real voluntad e intención posiblemente delictiva lo cual por sí solo ya sería difícil de probar, no generaría un riesgo no permitido ni lo incrementaría, *máxime* cuando el riesgo que finalmente se realiza en el resultado ya estaba consolidado por la votación del resto de intervinientes. Lo contrario, podría ir más allá de lo objetivamente debido, dando prevalencia al fuero interno-subjetivo del sujeto por encima de la conducta efectiva que desplegó el votante y en posible vulneración del principio de culpabilidad. Por último, también sería un argumento de interés el hecho de que al momento en el que la

persona “juega” con su decisión y afirma falsamente su intención de adoptar el acuerdo antijurídico y defenderlo en la fase de deliberación, es una fase preparatoria del delito (impune) y ni siquiera el comienzo de ejecución del mismo. De hecho, en esta fase (tentativa) la conducta objetiva del votante es intachable por cuanto él ha votado en contra de la adopción del acuerdo abusivo, aunque subjetivamente haya operado un exceso.

2.2. *Votación nominal secreta.* En esta hipótesis, si el acuerdo ha sido adoptado por mayoría de votos y siempre que no fuera posible identificar a los votantes de cada voto, no se podría determinar responsabilidad penal al ignorarse quién o quiénes fueron los miembros del órgano que realmente votaron a favor del mismo. En consecuencia, considero que esta duda beneficiaría a todos los que votaron a favor del acuerdo abusivo (*in dubio pro reo* y principio *pro homine*).

Por el contrario, y siempre que fuera posible identificarlos con el grado convictivo que se exija en cada etapa procesal, sí podrían ser responsables del delito de acuerdos abusivos. Ahora bien, si el acuerdo antijurídico fue aprobado por unanimidad de los asistentes, se habrá salvado el primer obstáculo, esto es, la determinación de quién votó a favor y quién en contra, pero se deberá determinar si es posible o no atribuir responsabilidad penal en el supuesto de unanimidad en la votación a los fines de atribuir responsabilidad penal por el delito de acuerdos abusivos.⁵⁹²

⁵⁹² Admite la concurrencia de responsabilidad penal en el supuesto de unanimidad, MEINI, IVÁN, 2003, p. 230; EL MISMO, Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, p. 6. En este supuesto sería de interés determinar, en primer lugar, si hubo presencia de todos los integrantes del consejo o asamblea y, en segundo lugar, si la unanimidad fue en relación a todos los integrantes o sólo con respecto a los presentes en la votación. Ello es relevante ya que, según la posición adoptada en este trabajo, no cabría hablar de un prevalimiento de la mayoría si todos los integrantes de la asamblea o del consejo votaron del mismo modo, esto es, por unanimidad (p. ej., 100% del capital social). En consecuencia, aquella conducta sería atípica.

2.3. Otro caso controvertido se plantea cuando la ausencia de un consejero configura el acto necesario sin el cual no se hubiera ejecutado el delito porque, p. ej., con su presencia y la información necesaria podría haber cambiado el sentido del voto de otros miembros del órgano y haber impedido la adopción del acuerdo abusivo. En opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, si se acredita que la ausencia ha sido dolosa y ha hecho posible la ejecución del delito, el ausente respondería criminalmente también por el hecho cometido. En tal caso, el ausente respondería como partícipe en comisión por omisión a título de cooperador necesario o de cómplice, según la importancia de su contribución.⁵⁹³

En lo personal, ya expuse *supra* los motivos y la solución negativa a una eventual responsabilidad en comisión por omisión.

2.4. Otra cuestión que se plantea es la siguiente. ¿Qué sucede si el posible acuerdo antijurídico no llega a ser efectivamente adoptado, porque la mayoría de consejeros ha votado en contra? MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ opina que no puede decirse que, en este caso, haya habido un comienzo en la ejecución del delito desde la perspectiva de quienes emiten un voto que no tuvo influencia en la formación de la voluntad del órgano colegiado. Así, el comportamiento de los consejeros minoritarios debe reputarse irrelevante.⁵⁹⁴ Coincido con la solución. Indudablemente no se presentan los elementos típicos para poder configurar el delito de acuerdos abusivos y, además, todo habría acontecido en la fase de actos preparatorios impunes.

Con relación al modo de determinar la responsabilidad individual por la intervención en la adopción del acuerdo, se afirma que hay que plantear el caso frecuente de que el funcionamiento del órgano colegiado se articula sobre una división de trabajo en la que cada sujeto posee un círculo de actividad y competencia propia. El problema residiría en establecer hasta qué punto, llegado el momento de adoptar un acuerdo, cada miembro del órgano

⁵⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 166-172.

⁵⁹⁴ *Ibidem.*, ps. 166-172.

colegiado puede guiarse por las informaciones proporcionadas por otros miembros con relación a aspectos que son de la específica competencia de éstos. Así se señala, con razón, que tales problemas habrán de ser resueltos con arreglo a los criterios de imputación objetiva y con aplicación en su caso de las reglas generales del error.⁵⁹⁵

Desde otro costado, y en términos generales, los casos y sus posibles soluciones dogmáticas a la hora de atribuir responsabilidad penal por el delito de acuerdos abusivos a todas aquellas personas que, de un modo u otro, hayan intervenido en la realización del riesgo penalmente desaprobado y/o en la realización del mismo en el resultado, podrían ser las siguientes.

En primer lugar, si el votante del acuerdo interviene en connivencia con los socios mayoritarios que votaron el acuerdo abusivo, conoce la ilicitud de su contenido y sus posibles consecuencias antijurídicas y perfecciona con su conducta el plan delictivo y común, todos podrían responder penalmente a título de coautores.

En segundo lugar, si el ejecutante del acuerdo (no votante) interviene desconociendo la ilicitud del contenido del acuerdo abusivo y sus posibles consecuencias antijurídicas y, además, no se logra acreditar la existencia de una connivencia entre él y los socios mayoritarios ni que fuera parte de un plan común, la conducta del ejecutante del acuerdo sería, en principio, impune.⁵⁹⁶ Asimismo, se podrá evaluar la posibilidad de que su conducta pudiera catalogarse

⁵⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 166-172. El autor menciona la propuesta de SUÁREZ GONZÁLEZ de recurrir a la aplicación del denominado principio de confianza.

⁵⁹⁶ MEINI coincide en la solución propuesta para los dos primeros casos. MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos #M>, ps. 9-10. MUÑOZ CONDE, refiere que en el ámbito de la criminalidad de empresa sería mejor hablar de una coautoría mediata, ya que normalmente el hombre de atrás sería miembro del consejo de administración de una empresa que, con su participación en una votación, decidiría la comisión de un delito. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2001, ps. 175-260.

de neutral, aún cuando pudiera tener cierto conocimiento sobre el contenido del acuerdo adoptado.⁵⁹⁷ Mientras que los votantes responderían a título de coautores.

En tercer lugar, si el ejecutante del acuerdo (no votante) interviene desconociendo la ilicitud originaria del contenido del acuerdo abusivo y sus posibles consecuencias antijurídicas, no se logra acreditar la existencia de una connivencia con los socios mayoritarios ni que fuera parte de un plan común, pero momentos previos a ejecutar el acuerdo abusivo se percata y toma conocimiento de la ilicitud del mismo y, aún así, decide seguir adelante con la ejecución, habría que concluir lo siguiente. Los votantes, al haber realizado la acción típica y generado el riesgo penalmente desaprobado, responderían en calidad de coautores,⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Las conductas neutrales son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo concientemente la comisión de un delito. Esto es, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico (generalmente, conductas lícitas, inocuas e intercambiables), son aprovechadas por terceras personas autorresponsables para llevar adelante un ilícito penal. Se puede afirmar que, en primer lugar, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo, esto es, son conductas que, *per se*, son lícitas o inocuas; en segundo lugar, existe un conocimiento cierto o probable, por parte de quien realiza la conducta de favorecimiento, sobre la idoneidad de su acción para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo. ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, p. 33. Para mayores precisiones sobre su concepto, su ubicación sistemática en la teoría del delito así como una breve reseña de las distintas teorías elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia cfr., AMBOS, KAI, 2001, ps. 196 y ss.; WEIGEND, THOMAS, 2006, ps. 64 y ss.; JAKOBS, GÜNTHER, 1997, ps. 842-844; EL MISMO, 2000, p. 203; EL MISMO [IA], 2006, ps. 216 y 251-254; EL MISMO [IC], 2006, ps. 370-382; ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, ps. 33, 72 y ss., 285 y ss.; EL MISMO, 2007, ps. 82 y 100-102; ROXIN, CLAUS [IA], 2000, ps. 177 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2000, p. 202; EL MISMO, 2005, p. 90 y ss.; SCHÜNEMANN, BERND, 2000, ps. 204 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 2009, ps. 43 y ss.; FRISCH, WOLFGANG, 2000, ps. 203 y 204; LESCH, HEIKO, 1995, p. 964 nota 218; STS n° 34/2007, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 1 febrero del año 2007, RJ\2007\3246, Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.

⁵⁹⁸ En opinión de MUÑOZ CONDE, se podría imputar a título de coautores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial. Para el autor, otras posibilidades de imponer la pena de los autores a estos sujetos a través de las figuras de la

mientras que el ejecutante, al participar en el *iter criminis*, tratarse de un delito que sigue produciendo sus efectos antijurídicos, intervenir en la ejecución del acuerdo y conocer finalmente la ilicitud del acuerdo abusivo, podría responder en calidad de partícipe necesario en relación con el delito de acuerdos abusivos, salvo que su conducta pueda ser catalogada de neutral y, por ende, sea impune.

Por el contrario, si el ejecutante del acuerdo interviene conociendo la ilicitud del contenido del acuerdo abusivo y sus posibles consecuencias antijurídicas, se logra acreditar la existencia de una connivencia previa entre éste y los socios mayoritarios y que todo fue parte de un plan común y de una distribución clara de aportes, podría responder a título de coautor.

En cuarto lugar, por tratarse el art. 291 CP de un delito de posición, se podría responder penalmente a título de autor mediato en aquellos casos en los que, si bien uno de los socios ha votado a favor del acuerdo abusivo, lo hizo engañado (instrumento) por un tercero -p. ej., otro socio o administrador-.

3. Alcance y posible contenido de la obligación de los participantes minoritarios ante la adopción de un acuerdo social abusivo

El centro de la discusión se circunscribe en determinar si, ante la adopción de un acuerdo social abusivo, los participantes minoritarios tienen la obligación de activar todas las medidas internas que prevé y regula el Derecho mercantil o si deben, además, poner en conocimiento de la justicia la supuesta comisión

inducción o de la cooperación necesaria, no se ajustarían correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajarían la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de las organizaciones. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 2001, ps. 227-228.

de un hecho delictivo a los fines de que se inicie la correspondiente investigación penal tendente a establecer la posible existencia del hecho. Y, en su caso, quién o quiénes podrían ser los eventuales responsables del mismo y se articulen las medidas procesales necesarias, útiles y pertinentes a tal fin. De igual modo, también se tiene que precisar si corresponde exigirles la renuncia al cargo que ostentaban (p. ej., en el caso de un administrador).

A criterio de TIEDEMANN, y ante supuestos similares al presente, la opinión seguramente dominante sería aquella que considera suficiente tan sólo agotar las medidas previstas en la normativa societaria.⁵⁹⁹

En mi opinión, y al no existir en cabeza de un socio, administrador y/o consejero minoritario el deber jurídico concreto de denunciar penalmente el acontecimiento supuestamente delictivo, no sería posible requerirle este tipo de comportamiento (denuncia penal), a diferencia de lo que sí sucede con los funcionarios públicos ante determinadas situaciones, p. ej., conocimiento sobre un hecho delictivo en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, a pesar de tratarse de un socio o administrador minoritario y en caso de duda sobre su posible intervención en el injusto de acuerdos abusivos, la conducta posterior del denunciante podrá configurar un indicio que seguramente será valorado a su favor durante el trámite de la investigación y que, posiblemente, podría contribuir a su desincriminación definitiva.

De igual manera, y en relación con la eventual exigencia de renunciar al cargo que desempeñaba un administrador minoritario, si bien no sería exigible legalmente dicha renuncia sí podría considerarse como un indicio a su favor. Es importante diferenciar, por un lado, cuál sería el posible alcance y contenido de la obligación de los participantes minoritarios (no tendrían el deber de denunciar penalmente ni de renunciar a su cargo). Y por el otro,

⁵⁹⁹ Cfr. TIEDEMANN, KLAUS, 2010, p. 145.

cuáles serían las consecuencias procesales y de la valoración de la prueba que su comportamiento podría tener ante el trámite de una investigación penal (v. *gr.*, indicio a su favor sobre la no intervención en el hecho investigado, acreditación de la ausencia de dolo).

MEINI se pregunta, ¿si el socio minoritario tiene la obligación de solicitar la anulación del acuerdo para salvar su responsabilidad? Y considera que no sería dable pensar en la existencia de un deber de garante jurídico-penalmente relevante que exija solicitar la anulación del acuerdo. Según el autor, se tiene que descartar la posibilidad de subsumir este supuesto en un tipo de omisión propia y, en todo caso, sí cuestionarse sobre la existencia -o no- de un deber de garante general que le podría asistir al miembro del órgano colegiado en virtud del cual tuviera que solicitar la anulación del acuerdo y, en consecuencia, cuestionarse sobre la posibilidad de que se impute responsabilidad penal a título de comisión por omisión.

En principio, MEINI sería partidario de atribuir responsabilidad penal a título de comisión por omisión al que, pudiendo solicitar la anulación del acuerdo abusivo, no lo hace en tanto y en cuanto se parte de la idea de que los directores ostentarían un deber de garante frente a la sociedad en virtud del cual tendrían que hacer lo que esté en sus manos para impedir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos propios de la empresa cuya administración, por lo demás, les ha sido confiada. También opina que la legislación mercantil reconoce, en general, dicha obligación, la misma que importa llevar a cabo todos y cada uno de los medios necesarios para evitar que el acuerdo sea ejecutado. No obstante, razona que no habrá responsabilidad penal en aquellos casos en los que el sujeto no puede hacer nada o los medios que tiene a su mano fueran irrelevantes para neutralizar la realización del hecho e, incluso, si teniendo la posibilidad de poner en práctica algún mecanismo para

evitar la ejecución del acuerdo no lo hace, pero dicho mecanismo carece a todas luces de idoneidad.⁶⁰⁰

En mi opinión, y en lo que al delito de acuerdos abusivos se refiere, al socio minoritario que votó en contra del acuerdo abusivo pero no solicitó la nulidad del mismo no se le podría atribuir responsabilidad penal ni a título omisivo (propia o impropia) ni, mucho menos, por una conducta activa. La razón principal de ello, sería que el socio minoritario no intervino en la votación favorable del acuerdo social y, por lo tanto, no llevó adelante la acción típica que el tipo objetivo del art. 291 CP requiere. Tampoco intervino en la ejecución de dicho acuerdo, si ello fuera necesario para la producción o permanencia del perjuicio. Por lo tanto, no sería posible afirmar que el socio minoritario que no solicitó la anulación del acuerdo se haya prevalido de su situación mayoritaria e impuesto un acuerdo abusivo porque, sencillamente, no lo hizo, ni que haya operado con ánimo de lucro propio o ajeno porque este elemento subjetivo no se puede inferir del sólo hecho de no haber solicitado la nulidad del acuerdo.⁶⁰¹ Ahora bien, que no se pueda atribuir responsabilidad penal a tenor del art. 291 CP no implica negar que se podría, a lo mejor, analizar si esta conducta es -o no- antijurídica a luz de otras disposiciones normativas del CP o que pudiera ser reprochable en base a la normativa mercantil. Por ejemplo, se podría analizar si su conducta se puede subsumir en el injusto de administración desleal (art. 252 CP).

4. Algunos interrogantes de interés con relación al art. 291 CP y al principio mayoritario

⁶⁰⁰ MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos/#M>, p. 9.

⁶⁰¹ Asimismo, y desde el punto de vista de la victimodogmática, se lo podría ver como una víctima que, con su actuación posterior y pasiva, no impidió el riesgo de perjuicio o la agravación del daño.

Como ya se destacó en capítulos anteriores, el principio mayoritario se vincula directa y exclusivamente con la adopción de los acuerdos sociales en el seno de un órgano colegiado, con lo cual no es posible admitir una supuesta vigencia del mismo en estructuras no colegiales. Partiendo de estas ideas, a continuación pondré de manifiesto distintos supuestos conflictivos referidos al art. 291 CP y al principio mayoritario, y trataré de brindar una respuesta a los mismos.

4.1. ¿El art. 291 CP exige una situación mayoritaria que comporte necesariamente, como piso mínimo, el 51 por 100 del capital social?

La razón principal de este interrogante radica en poder determinar si, el concepto de situación mayoritaria al que hace referencia el art. 291 CP, consiste en el aprovechamiento de una situación mayoritaria que ostente (como piso mínimo) el 51 por 100 del capital social o, si por el contrario, es posible que se trate de una mayoría inferior a dicho porcentaje.

El primer dato que se debe tener en cuenta,⁶⁰² es determinar si estamos en presencia de una sociedad personalista (*v. gr.*, sociedad colectiva) o capitalista (*v. gr.*, sociedad anónima), ya que su distinta naturaleza jurídica hace que la adopción de los acuerdos sociales responda a distintos criterios, según se trate de una u otra estructura social.

En segundo lugar, y centrándonos en las sociedades capitalistas, la operatividad de la mayoría social que exige el injerto de acuerdos abusivos debe ser analizada atendiendo al momento histórico

⁶⁰² En general, se hará mención a las sociedades capitalistas, principalmente a la SA y, en algunos casos, a la SRL, dada la amplia aplicación del art. 291 CP en estas estructuras societarias. Sobre el tema cfr., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 221 y ss.; EL MISMO, 2005, p. 406; FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 437 y ss.

concreto en el que se hace uso de la misma porque, como bien es sabido, en determinadas circunstancias reguladas expresamente por la ley o por los propios estatutos sociales es exigible para la adopción de un acuerdo social una mayoría reforzada o porciones del capital social que no llegan al 51 % en casos de primera o segunda convocatoria.

Por ejemplo, el art. 193 LSC ordena: «Constitución de la Junta. 1. En las sociedades anónimas la junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior. 2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquéllos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria». Esto es, la primera convocatoria de una junta general en una SA puede ser conformada con al menos el 25 % del capital social, de lo cual se deriva que, sin lugar a dudas, sería contrario a la realidad funcional de la sociedad que en tales supuestos, se pretenda obligatoriamente la adopción de un acuerdo con, al menos, el 51 por ciento del capital social. Sin mencionar los casos de segunda convocatoria en donde la ley alude a cualquiera que sea el capital social concurrente.

En consecuencia, y a los fines de evitar posibles lagunas de punibilidad como podrían producirse en los casos previamente mencionados (en donde la mayoría exigida es claramente inferior al 50 % del capital social), es conveniente interpretar el concepto de situación mayoritaria atendiendo a la realidad societaria, esto es, al funcionamiento cotidiano de la sociedad mercantil y a la mayoría necesaria de cada caso concreto, con independencia de si se ha logrado obtener el 51 por 100 del capital social.⁶⁰³

⁶⁰³ Coincide, NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. vLex: VLEX, p. 26. En igual sentido, DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 143-144; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU

4.2. ¿Qué tipo de mayoría exige el art. 291 CP? ¿Se exige sólo una mayoría estrictamente formal del capital social o se admiten, también, las denominadas minorías mayoritarias?

No hay dudas que las diferencias son importantes, en tanto se admita como supuesto típico de acuerdos abusivos la concurrencia de aquellos socios o administradores que ostenten única y exclusivamente la mayoría estrictamente formal del capital social (por ejemplo, un socio que ostenta el 60 % del capital social) o, si por el contrario, se admite una postura más amplia consistente en la interpretación de la frase situación mayoritaria como una situación derivada, también, de la posible suma de pequeñas porciones minoritarias del capital social que logran configurar la situación mayoritaria para la adopción de un acuerdo social en la junta general o en el consejo de administración. Por ejemplo, tres socios que en su conjunto ostentan el 60% del capital social.

Es conveniente no olvidar la existencia de ciertos fenómenos societarios como la denominada formación de grupos de poder. En efecto, es conocido que las empresas de grandes dimensiones se caracterizan por la peculiar distribución de poder que en su seno se produce.⁶⁰⁴ Parece ser un panorama común de nuestra realidad que, en las grandes sociedades, el conjunto de accionistas que controlan

(Dir.), 2002, p. 182 acápite 7.3.2. MATA MARTÍN afirma que esa inicial y legítima posición mayoritaria puede obtenerse o producirse de distinta manera, bien de forma directa, bien indirectamente. Directamente cuando se posee formalmente la representación mayoritaria en los órganos decisorios de la sociedad. O sea, cuando jurídicamente se dispone de más del 50% del capital social, o bien de más del 50% de los votos de los miembros del órgano colegiado de administración. Pero, según el autor, cabe también que la posición mayoritaria se forme coyuntural e indirectamente, mediante acuerdos con otros socios o administradores, pactos de sindicación o utilización de delegación de votos. MATA MARTÍN, RICARDO M., 1999, p. 358. Sobre este último tema haré algunas consideraciones más adelante.

⁶⁰⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 219-220.

efectivamente la vida de las mismas sean, desde el punto de vista de su capital social, grupos minoritarios pero mayoritarios a efectos prácticos, esto es, minorías mayoritarias que asumen el control y poder de decisión.⁶⁰⁵

De este modo, considero que la existencia y vigencia de las denominadas minorías mayoritarias, en el ámbito de las sociedades mercantiles, es un dato empírico, concreto y objetivo que no puede soslayarse a la hora de interpretar correctamente el delito de acuerdos abusivos. Y en esta línea, se podría afirmar que hay un cierto acuerdo en la doctrina y varios pronunciamientos de la jurisprudencia que han reconocido expresamente la trascendencia de esta circunstancia.⁶⁰⁶

En suma, es correcto acoger una postura de interpretación más flexible del término «situación mayoritaria», por las siguientes razones.

No advierto ningún obstáculo, desde el punto de vista del principio de legalidad penal, ya que el precepto normativo en ningún momento exige prevalerse de una situación de mayoría absoluta,⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ *Ibidem.*, ps. 219-220.

⁶⁰⁶ BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 623; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dir.), 2002, p. 182 acápite 7.3.2.; BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 623; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 219-220; GARCIA DE ENTERRIA, JAVIER, 1996, p. 65; MATA MARTÍN, RICARDO M., 1999, p. 358; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 168; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3021; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, 2002, p. 384; NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. vLex: VLEX, p. 26; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, 1997, p. 838; EL MISMO, 1998, p. 580; FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 227; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 301. Audiencia Provincial de Madrid núm. 589/2002 (Sección 16), de 26 julio, Recurso de Apelación núm. 125/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci, JUR 2002\247315; Audiencia Provincial de Barcelona núm. 287/2004 (Sección 8), de 9 noviembre, Recurso de Apelación núm. 19/2004, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig, ARP 2004\783. *En contra* de esta interpretación, y a mi juicio demasiado formalista, se pronuncia GONZÁLEZ RUS, JUAN J., 1996, p. 834. Es acertada la crítica que le hace FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, p. 227. También seguirían una posición más formalista, DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [IB], 1998, ps. 109-110. Pareciera compartir tal interpretación SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS, 2005, p. 333.

⁶⁰⁷ SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 168.

sino que, por el contrario, sólo exige prevalerse a secas de una situación mayoritaria, exégesis que encuadra perfectamente con el tenor literal del art. 291 CP.

Se trata de una interpretación político-criminalmente adecuada porque pueden darse múltiples acontecimientos en la *praxis* societaria en donde una minoría mayoritaria, prevaleciendo de su situación mayoritaria, imponga al resto de socios un acuerdo supuestamente abusivo.

Por lo tanto, no necesariamente se trata del abuso de la mayoría del capital social sino que, por el contrario, se trata del abuso de la mayoría. Mayoría que necesariamente deberá consolidarse previa votación. Con esta interpretación es posible que el abuso provenga tanto de la mayoría del capital social como de una minoría del mismo que, previo una votación favorable, obtuvo los votos suficientes para imponer su decisión (por mayoría). En síntesis, la minoría también podría tomar decisiones penalmente abusivas.

En conclusión, se tutela a la minoría del abuso de poder ejercido por aquellos socios que fácticamente ostentan la calidad de situación mayoritaria, pudiendo ésta conformarse por los socios que efectivamente ostentaban de manera estrictamente formal la mayoría del capital social, socios con porciones minoritarias de capital social que se unen conformando la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo social, o socios minoritarios que se suman o adhieren a los que ya ostentan la mayoría necesaria. Afirmar lo contrario, sería darle la espalda a la realidad y a la problemática actual en las sociedades de capital reduciendo injustificadamente la operatividad del art. 291 CP.

5. Análisis de distintos grupos de casos

Tomando como punto de partida las consideraciones personales ya formuladas a lo largo del presente trabajo, examinaré distintos grupos de casos y trataré de brindar las posibles soluciones que

serían las más adecuadas a cada hipótesis planteada. Soluciones que tratarán de integrarse de la mejor manera posible con el principio de legalidad penal a los fines de otorgar una mayor seguridad jurídica a la aplicación del art. 291 CP.

5.1. Un socio que ostenta la mayoría del capital social de una empresa -v. gr., el 90 % -, ¿puede adoptar un acuerdo social en contra de lo querido y manifestado por el resto de socios minoritarios que ostentan el 10 % del capital social? En su caso, ¿podría ser penalmente responsable por tal hecho?⁶⁰⁸

Frente a este interrogante se debería responder que, *a priori* y siempre que no pueda ser catalogado de abusivo o ilegal, un socio en el ejercicio legítimo de la mayoría de su capital social sí puede adoptar un acuerdo social que no responda a los intereses de la minoría. Sin ir más lejos, esa es la esencia del principio democrático de la mayoría en las sociedades mercantiles. Ahora bien, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, tal acuerdo podrá ser impugnado ante el juez competente en la jurisdicción civil, siempre que el mismo sea contrario a la ley, se oponga a los estatutos o lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, el interés social.⁶⁰⁹ En conexión con la segunda cuestión planteada, no tiene por qué incurrirse de manera automática en una responsabilidad de naturaleza penal, salvo que concurren los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 291 CP.

⁶⁰⁸ Hay que destacar que el art. 291 CP hace alusión al vocablo en plural «socios». Aquí se hará referencia a dicho vocablo como comprensible tanto de la noción «socio» -en singular- como de la idea «socios» -en plural- de una sociedad mercantil.

⁶⁰⁹ En la LSC, la impugnación de acuerdos social y su procedimiento de impugnación se encuentran regulados en los arts. 204 a 208.

En consecuencia, no es posible dar una respuesta automática a dichos interrogantes sin analizar previamente, p. ej., los hechos objeto de análisis, el contexto en el que se han originado, las consecuencias derivadas de los mismos, el análisis del estatuto social, las mayorías y minorías implicadas. No obstante, siempre y cuando el acuerdo social adoptado por el socio claramente mayoritario se haya adoptado con el debido respeto de la ley, los estatutos sociales y no perjudique el interés social, se podrá afirmar que dicho acuerdo es formal y materialmente legítimo desde el punto de vista del Derecho mercantil, aún cuando dicho acuerdo pueda ocasionar un perjuicio eventual a algún socio minoritario. En este caso, tal situación fáctica se adapta perfectamente a la idea del interés social que, en la lucha de pretensiones inmediatas y obtención de beneficios, puede legítimamente imponerse a la minoría. Por consiguiente, los posibles afectados de la minoría tendrían que soportar el acuerdo beneficioso para la mayoría.⁶¹⁰

Por otra parte, seguirá siendo un acuerdo legítimo en el ámbito del Derecho mercantil y atípico en la jurisdicción penal si, además de no resultar contrarios a la ley, los estatutos y de no perjudicar el interés social, no sobreviene un acuerdo abusivo impuesto mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma.⁶¹¹

⁶¹⁰ VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, 1996, ps. 149-151. El autor manifiesta que, en distintos supuestos, cabe una operatividad por parte de la junta general y su presidente que puede usarse por la mayoría, sin violentar ningún precepto legal o estatutario, en perjuicio de la minoría. Otro supuesto que se destaca, es aquel en donde la junta general adopta determinados acuerdos sociales que, por tratarse de decisiones que afectan a la política económica-financiera de la empresa (reparto de dividendos, dotación de reservas, aumento de capital, recurso al crédito), se llevan adelante de forma discrecional en cuanto son manifestación del poder de decisión del empresario.

⁶¹¹ Así, claramente el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2), de 31 enero 2000, Recurso de Apelación núm. 221/1999, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco, JUR 2001\34583 y la STS núm. 796/2006, Sala de lo

Siguiendo, en esencia, con el mismo supuesto fáctico de origen, hay que realizar algunas consideraciones más de interés. La primera deberá responder a la siguiente pregunta: ¿es posible que, dada la redacción en plural del art. 291 CP («Los que»), pudiera ser sujeto activo del mismo el socio que, ostentando el 90 % del capital social, adopta un acuerdo social supuestamente abusivo ante la concurrencia del resto de socios minoritarios? Y la respuesta a este interrogante tendría que ser afirmativa, no obstante lo cual, se deben realizar algunas precisiones al respecto.

La respuesta sería afirmativa porque un socio que ostenta un capital social superior al cincuenta por ciento (en el caso planteado el 90% -situación mayoritaria estrictamente formal-), concurriendo el resto de elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exige, ante la asistencia de los socios minoritarios, puede prevalecer materialmente de su situación más favorable para facilitar e imponer al resto de socios el acuerdo por él adoptado y supuestamente abusivo. Desde este punto de vista, el art. 291 CP no exige que necesariamente intervengan dos o más personas a la hora de adoptar el acuerdo social, esto es, no se trata de un tipo pluripersonal de conducta unilateral (o de convergencia).⁶¹²

Ahora bien, se presenta un posible problema cuando se debe relacionar e interpretar conjuntamente este supuesto con la expresión acuerdos sociales. El interrogante sería el siguiente. ¿Es posible hablar de la existencia de un acuerdo social cuando es adoptado por el voto favorable de una sola persona -socio holgadamente mayoritario- ante la concurrencia del resto de socios que se oponen al mismo?

Penal, de 14 julio, Recurso de Casación, Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo, RJ 2006\6088.

⁶¹² De este modo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 222-223. De igual manera, FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 438-439; LA MISMA, 2000, p. 228; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 168; SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3231.

En mi opinión, no habría ningún inconveniente para hablar de la existencia concreta de un acuerdo social. Sin ir más lejos, tampoco habría ningún inconveniente para afirmar la existencia de un acuerdo social en tanto y en cuanto se produce efectivamente una pluralidad de voluntades individuales de los socios (pluralidad de votos de los socios minoritarios y del socio mayoritario) que, bajo la vigencia del principio mayoritario, generan la voluntad social. En este caso, y por la particular distribución del capital social, la voluntad de la sociedad coincide con la voluntad unilateral del socio holgadamente mayoritario, pero ello no es obstáculo para negar la existencia concreta de un acuerdo social y afirmar, consecuentemente, la hipotética responsabilidad penal del socio único por el delito de acuerdos abusivos, siempre y cuando concurren el resto de elementos objetivos y subjetivos previstos en el tipo penal.

Por lo demás, una vez comprobado *ab initio* la supuesta presencia de los elementos típicos del art. 291 CP, ello no implica *per se* que necesariamente se haya intentado o consumado el delito en cuestión, sino que, además, se deberá proceder a realizar el correspondiente análisis *ex ante* sobre la creación -o no- de un riesgo penalmente desaprobado.⁶¹³

No obstante, la solución será distinta si se modifica la hipótesis de partida. En este nuevo supuesto, hay un socio cuyo capital social es holgadamente mayoritario (90 %) y al momento de celebrarse la junta general, legalmente convocada, el resto de socios minoritarios no comparece.⁶¹⁴ ¿Se le podría atribuir la calidad de sujeto activo del delito de acuerdos abusivos al socio mayoritario que en solitario, sin la presencia del resto de socios, adoptó el acuerdo social? Aquí, la respuesta podría ser negativa.

⁶¹³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 1996, p. 68.

⁶¹⁴ A diferencia del supuesto anterior, en el que los socios minoritarios sí habían comparecido a la junta general, esto es, que el acuerdo social fue adoptado por el voto favorable del socio mayoritario en presencia y con la eventual oposición del resto de socios minoritarios.

En primer lugar, se debería esclarecer si la declaración de voluntad unilateral del socio mayoritario, sin la concurrencia del resto de socios, es un acuerdo social o una simple decisión o, si por el contrario, ello es indiferente, asumiéndose por lo tanto una posición más amplia. Como ya lo puse de manifiesto oportunamente (primera parte, capítulo II: problemas generales del art. 291 CP, apartado nº 3.5.2.1), el socio holgadamente mayoritario que vota en solitario sí podría adoptar un acuerdo social.

En segundo lugar, y a pesar de la existencia de un acuerdo social, se considera que no se le podría atribuir a este socio la supuesta comisión de un delito de acuerdos abusivos en tanto que, en ningún momento, se habría prevalido materialmente de su situación formalmente mayoritaria, esto es, no basta con ostentar formalmente una situación mayoritaria y necesaria para poder adoptar un acuerdo social sino que, además, se debe exigir tanto la concurrencia de un elemento objetivo como de uno subjetivo. De esta forma, se necesita, por un lado, ostentar una situación formal de mayoría (en este caso, el socio ostenta el 90% del capital social), y por el otro, utilizar, aprovechar o explotar consciente y voluntariamente dicha situación mayoritaria para facilitar la adopción del acuerdo supuestamente abusivo. En este sentido, y como consecuencia de la falta de asistencia de los socios minoritarios, el socio mayoritario no tuvo ninguna necesidad de aprovecharse materialmente de su posición más favorable al momento de adoptar el acuerdo social. En otras palabras, no tuvo ninguna necesidad de aprovecharse de su situación mayoritaria preexistente para facilitar la posible adopción del acuerdo social y, por lo tanto, se podría llegar a la conclusión de que esta hipótesis podría ser penalmente atípica, según las previsiones del art. 291 CP.

Hay que destacar, dadas las similitudes existentes con el caso previamente analizado, que MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO plantean el supuesto del socio minoritario que concurre a la junta general, por ejemplo, en segunda convocatoria y el resto de socios

no lo hace. Los autores concluyen que el socio minoritario se constituye por tanto en mayoritario a los efectos del art. 291 CP, por más que sea absolutamente minoritario en el conjunto de la sociedad, pudiendo por tanto ejecutar la conducta penalmente tipificada.⁶¹⁵ Si bien se comparte con los autores el hecho de que el socio minoritario efectivamente asume en la junta general una situación mayoritaria -fáctica- que le permitiría adoptar un acuerdo social, no se comparte la solución por medio de la cual se concluye afirmativamente sobre la posible tipicidad penal de dicha conducta. Por el contrario, un socio -mayoritario o minoritario- que, al concurrir a la junta general, logra una situación mayoritaria con el resto de socios ausentes, no se estaría prevaleciendo materialmente de su situación mayoritaria para facilitar la adopción de un acuerdo social. Retomaré este punto más adelante al analizar los deberes de autoprotección de los socios, la teoría del consentimiento y de los actos propios.

5.2. ¿Un administrador único, *sin* reunir simultáneamente la calidad de socio, podría ser sujeto activo del art. 291 CP?⁶¹⁶

Antes de proseguir, hay que poner de manifiesto que, en el ámbito del Derecho penal, el asunto referido al administrador único está previamente teñido de un debate doctrinario que apunta a determinar si el art. 291 CP admite, restrictivamente, como posibles sujetos activos del delito a los socios-administradores (el art. 291 CP dice «en perjuicio de los demás socios», esto es, a los socios que simultáneamente ejerzan funciones en la administración social) o si,

⁶¹⁵ MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 276-277 y 280. Reconoce, la posible comisión del delito de acuerdos abusivos mediante la concurrencia de una sola persona SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, 2001, p. 3231.

⁶¹⁶ Según URÍA, el supuesto de administrador único es infrecuente en la SA. Lo normal es que la administración se confíe a más de dos personas para que actúen conjuntamente, en cuyo caso estaremos ante el órgano denominado consejo de administración. URÍA, RODRIGO, 1994, p. 338.

por el contrario, puede efectivamente ser sujeto activo un administrador que *no* reúna simultáneamente la calidad de socio.

Como es sabido, el debate no es baladí ya que se pueden derivar las siguientes consecuencias jurídicas de interés: si se asume una postura restrictiva, sólo podrían ser típicos los casos en donde la administración social estuviese conformada por administradores que asuman simultáneamente la calidad de socios, quedando automáticamente fuera de la esfera del tipo los supuestos del administrador sin aquella calidad (atipicidad). Por el contrario, si se adopta una postura más amplia, ingresarían en el tipo penal aquellas hipótesis en donde la administración social está conformada tanto por las personas que tienen la calidad de administradores (no de socios) como por administradores-socios.

Hay importantes opiniones en la doctrina que afirman que sí podría ser sujeto activo del delito de acuerdos abusivos el administrador único.⁶¹⁷ En contra de esta posición, puedo argumentar lo siguiente.

La noción de mayoría social se vincula directamente con la idea de los órganos sociales de estructura colegiada. Como ya se dijo,⁶¹⁸ el principio mayoritario se conecta directa y exclusivamente con la adopción de los acuerdos sociales en el seno de un órgano colegiado, con lo cual no sería posible admitir una supuesta vigencia del mismo en estructuras no colegiales tales como,

⁶¹⁷ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 437; LA MISMA, 2000, ps. 222 y 225-226; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, p. 221; FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 216 y 218; CONDE-PUMPIDO FERREIRA, CÁNDIDO, 1997, ps. 3017-3018; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, ps. 38-39; NEILA NEILA, JOSÉ M^a, en Id. vLex: VLEX, ps. 25 y 27; JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, 1998, ps. 102-103; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 167. Parecen asumir la misma postura, MORENO CÁNOVES, ANTONIO y RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 277-278; MATA MARTÍN, RICARDO M., 1999, p. 359.

⁶¹⁸ Cfr. Capítulo II, puntos 3.5.2 y ss. de la primera parte de este trabajo.

precisamente, el caso del administrador único. De ello se deriva lógicamente la atipicidad penal de esta hipótesis.⁶¹⁹

Con el objetivo de ampliar lo dicho previamente, la junta general se caracteriza por ser un órgano colegiado que adopta sus acuerdos sociales, necesariamente y por expreso imperio de la ley, por medio del principio mayoritario (arts. 159, 198 a 201 de la LSC).

Ahora bien, tal afirmación, si bien es válida en relación a la junta general, no puede ser categórica con respecto al órgano de administración. Efectivamente, el órgano de administración no tiene que ser necesariamente un órgano colegiado para poder funcionar en una sociedad mercantil, pudiendo asumir distintas estructuras administrativas no colegiales.

Es importante destacar que ni en la anterior redacción de la LSA-LSRL ni en la redacción actual de la LSC se insinúa el principio mayoritario en relación a una estructura social que no sea un órgano colegiado, esto es, no hay referencia alguna al principio mayoritario en caso del socio único, administrador único, solidario o mancomunado.

Evidentemente ello es así, por cuanto el socio y administrador único deciden por su propia cuenta, esto es, de manera unilateral, ante la inexistencia de más personas. Los administradores solidarios, si bien pueden ser varios, deciden de manera individual sin ninguna necesidad de formar un acuerdo común entre todos. Y los administradores mancomunados deben necesariamente actuar por

⁶¹⁹ También rechazan la subsunción del administrador único en el tipo penal del art. 291 CP, HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, 1996, p. 77; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, ps. 155-156; DÍAZ ECHEGARAY JOSÉ, 1997, ps. 140-141; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 298 nota 11; GARCÍA DE ENTERRIA, JAVIER, p. 66 nota 79. Posiblemente, asimilar las características estructurales de la figura del administrador único a las de un órgano colegiado, lugar éste en el que verdaderamente debe regir el principio mayoritario, podría configurar una interpretación analógica *contra legem* y extensiva que podría vulnerar el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Sobre dicho principio, cfr., STC núm. 229/2003 (Pleno), de 18 diciembre, Recurso de Amparo núm. 4455/1999, Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.

medio de un acuerdo común de voluntades, esto es, por unanimidad, no por mayoría. Distintos, son los casos del consejo de administración (art. 248 LSC) y de la junta general (arts. 159, 198 a 201 LSC) que son efectivamente órganos colegiados que adoptan los acuerdos sociales regidos por el principio mayoritario y que está expresamente regulado en la ley.

En esta línea, tanto la junta general como el consejo de administración son órganos claramente colegiados caracterizados porque en su seno se adoptan los acuerdos por mayoría.

En general, una de las características que describe al órgano colegiado es que, cuando el legislador impone el uso del principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales, el órgano se organiza *ex lege* conforme a los elementos característicos del sistema colegial. Esto es, *quórum* de constitución, deliberación, votación, escrutinio, proclamación de resultados, lista de asistentes, soporte documental en actas. Con esto se pone de manifiesto cómo el legislador suele considerar necesario organizar un colegio e introducir aquellos elementos en la organización y funcionamiento del órgano, cuando la decisión exige ser adoptada por mayoría y, *sensu contrario*, cuando el legislador mercantil no ha organizado colegiadamente al órgano de administración, p. ej., en una organización única, mancomunada o solidaria.

De acuerdo a las resoluciones de la DGRN del 10 de noviembre de 1993 y 25 de abril de 1997, es la propia naturaleza de los órganos colegiados a la que ha de entenderse consustancial el principio de formación de la voluntad por acuerdo mayoritario. En conclusión, también sobre la base del contenido de las directivas de la DGRN, se puede ratificar que el principio mayoritario tiene su ámbito natural de vigencia sólo en el seno de los órganos colegiados.

No habría excesivos inconvenientes para afirmar que la lógica del administrador único no es compatible con la idea de prevalimiento de una situación mayoritaria. Cabe preguntarse, ¿cuál es la situación

mayoritaria de la que se prevale el administrador único? ¿Es posible hablar de una situación mayoritaria en dicha hipótesis? A mi juicio, ambos interrogantes tienen una respuesta negativa.

Asimismo, no se condice con la voluntad del legislador penal, según se verá *infra*.⁶²⁰ Y hay importantes opiniones en el ámbito mercantil, si bien referidas a la posibilidad de impugnar un acuerdo social, que pueden ser de utilidad al análisis de la supuesta tipicidad -o no- penal de la hipótesis del administrador único.⁶²¹

Parece claro que la redacción del art. 291 CP contiene una importante dicotomía entre lo que podría ser considerado necesario político-criminalmente por parte del legislador y el principio de legalidad penal. En efecto, en vez de forzar en demasía la interpretación del tipo penal, habría que considerar la posibilidad concreta de que, en última instancia, la conducta del administrador único se pudiera reconducir a otras figuras penales, *v. gr.*, administración desleal (art. 252 CP). Asimismo, la supuesta necesidad política-criminal podría, en parte, matizarse por el hecho de que el administrador único tampoco es el supuesto más frecuente en las sociedades mercantiles que tienden fundamentalmente a establecer una administración conjunta de más de dos personas. En lo personal, no hay dudas sobre la conveniencia de afianzar el debido respeto del principio de legalidad penal por encima de las inciertas necesidades político-criminales que llevaron al legislador a la sanción del delito de acuerdos abusivos,⁶²² en tanto derivación expresa de la CE (art. 25.1) y del CP (art. 2.1).⁶²³

⁶²⁰ Por ejemplo, las palabras del senador MARIN RITE, en la DSS nº 226, 10-10-1995, Comisión de Justicia, p. 45. Cfr. Capítulo II, puntos 3.5.2 y ss. de la primera parte de este trabajo.

⁶²¹ BAENA BAENA, PEDRO J., 2006, ps. 22 y 73-74; BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., 2007, ps. 26-27.

⁶²² Necesidades político-criminales que exigen, por un lado, un amplio y detenido análisis jurídico, y por el otro, la realización y valoración de estudios empíricos previos a los fines de poder determinar, con ciertos fundamentos, la verdadera legitimación del Derecho penal en el ámbito de actuación que regula

El propio art. 124 del RRM contempla la atribución del poder de representación a los administradores, según sea su modo de organización administrativa. En tal sentido, se describen las distintas conformaciones de la administración social que ya fueron reseñadas. Si bien se debe incluir al administrador único dentro del término «órgano de administración», ello no es óbice para sostener que necesariamente el principio mayoritario pueda hacerse extensivo al supuesto de administrador único, porque lo verdaderamente relevante es que la administración social conformada por el administrador único no es asimilable a una organización colegiada, en donde sí rige en toda su extensión aquél principio. Por otro lado, no tiene lógica trasladar el principio mayoritario a una hipótesis en la cual nunca será operativa porque, sencillamente, nunca existirá una minoría ni tampoco se podría prevaler, ni formal ni materialmente, de una situación mayoritaria.

Tanto FERNÁNDEZ TERUELO cuanto FARALDO CABANA han sostenido, por un lado, que es necesario para la concurrencia del prevalimiento de una situación mayoritaria la existencia de un acuerdo *previo*, tácito o expreso, y por el otro, han admitido expresamente subsumir el supuesto del administrador único en las disposiciones del art. 291 CP. Esta solución sería claramente contradictoria con el primer requisito brindado por los autores, ya que en los casos de administrador único, precisamente, no existiría ningún acuerdo *previo*, ni tácito ni expreso, ni podría haberlo.

FARALDO CABANA responde a una reflexión de GARCÍA DE ENTERRIA afirmando que «Frente a esta observación no cabe sino señalar que la posición más favorable para la comisión de este delito es, sin duda, aquella en la que el sujeto activo goza de la unanimidad».⁶²⁴ Estas palabras podrían tener un cierto valor

expresamente el art. 291 CP. Todo ello, sin perjuicio de todo lo manifestado al analizar la legitimación penal del art. 291 CP.

⁶²³ Sobre el principio de legalidad, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., 2002, ps. 252 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, 2007, p. 4-9 y 115.

⁶²⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 225-226.

político-criminal, pero no sirven para explicar y justificar la subsunción de la hipótesis del administrador único en el delito de acuerdos abusivos, por las siguientes razones.

En primer término, se alude al principio de unanimidad cuando, por el contrario, se debe analizar el prevalimiento de una situación mayoritaria. Situaciones ambas reconocidas expresamente como antitéticas por la propia jurisprudencia del TS.⁶²⁵ Por lo tanto, ninguna relación existe entre el principio mayoritario y el principio de unanimidad porque son principios distintos que regulan situaciones diferentes. En segundo término, no se comparte la alusión al término «unanimidad» ya que el mismo se refiere a un conjunto de personas que toman una decisión en común sin ninguna discrepancia y, en la hipótesis bajo análisis, no hay una pluralidad de personas ni la adopción de una decisión en común, sino que, por el contrario, hay una sola y exclusiva declaración de voluntad unilateral por parte del administrador. En este caso, la única declaración de voluntad posible. En consecuencia, y a mi modo de ver, no sería correcto hablar de unanimidad cuando se trata de un administrador único.⁶²⁶

En conclusión, el principio mayoritario se encuentra directamente conectado con el funcionamiento de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles a la hora de adoptar los respectivos acuerdos sociales. De este modo, no es posible admitir una supuesta vigencia del mismo en estructuras no colegiales tales como los casos del socio único, administrador único, administradores solidarios o mancomunados.

Esta conclusión sería, en primer lugar, la más respetuosa del tenor literal del texto, ya que la expresión junta de accionistas u órgano de administración prevista en el art. 291 CP puede referirse únicamente a la estructura colegial conformada p. ej., por la junta de accionistas, el consejo de administración o en su caso, la comisión ejecutiva.

⁶²⁵ STS de 27 de enero 2005, RJ 2005, 1883.

⁶²⁶ Comparte la solución DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 140-141.

En segundo lugar, sería respetuosa de una interpretación integral-sistemática del art. 291 CP, ya que del análisis conjunto de los términos «acuerdos sociales», «situación mayoritaria», la idea de «órgano colegiado», el «prevalimiento» exigido por el tipo penal y las disposiciones normativas de la LSC se infiere que la solución más adecuada apuntaría a que la imposición de los acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de la situación mayoritaria se puede originar exclusivamente en aquellos órganos de naturaleza colegial.

En tercer lugar, sería respetuosa de una interpretación histórica, ya que es posible afirmar que la supuesta *voluntas legislatoris* estaba dirigida a la adopción de acuerdos sociales mediante el principio mayoritario en un órgano colegiado. En tal sentido el senador del Grupo Parlamentario Socialista, senador Marín Rite, manifestó en clara alusión a los órganos colegiados que: «Como no podía ser menos, no se trata de desconocer que la regla de la mayoría es aquella por la que se sale de los desacuerdos en los órganos colegiados. Cuando en un órgano colegiado no hay acuerdo hay que utilizar la regla de la mayoría. Esa es la forma -repito- por la que se sale del desacuerdo».

Y en cuarto lugar, sería respetuosa de una interpretación teleológica de naturaleza restrictiva que armonice con el resto de elementos del tipo penal, con el principio de legalidad penal y con los principios políticos criminales de intervención mínima del Derecho penal, subsidiariedad y *ultima ratio*.

5.3. ¿Un único socio (100% del capital social) podría ser sujeto activo del art. 291 CP?

La LSC, en los arts. 12 a 17, prevé la posibilidad de conformar una sociedad unipersonal. Por lo tanto, y una vez establecida la posible existencia de una sociedad conformada por un socio único, es

preciso determinar si éste podría llegar a ser -o no- sujeto activo del delito de acuerdos abusivos.

En primer lugar, cabe aclarar que la ley refiere expresamente a la toma de decisiones por parte del socio único. Ahora bien, y según la postura de este trabajo, el socio único también adopta un acuerdo social.

En segundo lugar, y más allá de hacer extensivos aquí los argumentos desarrollados previamente en el punto 5.2., considero que no es posible que el socio único pueda incurrir en el delito de acuerdos abusivos. Efectivamente, no es posible hablar del juego de mayorías y minorías en el caso concreto, con lo cual no concurre ni puede concurrir el elemento objetivo del tipo, esto es, el prevalimiento de una situación mayoritaria ni tampoco es posible imponer tales acuerdos en perjuicio de los demás socios porque, sencillamente, tales socios no existen.

A pesar de que se podría catalogar como un supuesto más sencillo de analizar que los anteriores, son escasos los autores que se pronuncian expresamente sobre el tema. Entre los que han dado su opinión al respecto, hay coincidencias en no admitir al socio único como posible sujeto activo del delito de acuerdos abusivos.⁶²⁷

FARALDO CABANA, en contraposición a la postura asumida en la hipótesis del administrador único, no admite -correctamente- la subsunción del caso del socio único en el delito de acuerdos abusivos.⁶²⁸ En lo personal, de los autores analizados, el único que adoptaría una postura consecuente, en virtud de la aplicación del principio mayoritario, el contenido del art. 291 CP y en el tratamiento de los casos referidos al socio único y al administrador único, sería SEQUEIROS SAZATORNIL. Mientras que CONDE-

⁶²⁷ DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, 1997, ps. 140-141; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 155; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, 1997, p. 3019; EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 155; MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, p. 276.

⁶²⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, ps. 438-439; LA MISMA, 2000, p. 228.

PUMPIDO FERREIRO, EIRANOVA ENCINAS, MORENO CÁNOVES, RUIZ MARCO y FARALDO CABANA si bien aciertan -a mi juicio- en la solución relativa al socio único no lo hacen con el supuesto del administrador único. Por su parte, DÍAZ ECHEGARAY nada dice en relación con la hipótesis del administrador único.

5.4. ¿Un administrador único que, al mismo tiempo, reúne la calidad de socio mayoritario (más del 50 % del capital social) podría ser sujeto activo del art. 291 CP?

A los fines de brindar un mejor panorama de análisis,⁶²⁹ sería conveniente desglosar el interrogante planteado en diferentes sub-hipótesis que pueden darse en la *praxis* societaria y que tendrían soluciones y consecuencias jurídicas distintas. Las mismas estarían conformadas por los siguientes casos.

a. El supuesto del único administrador que reúne simultáneamente la calidad de socio mayoritario y adopta un acuerdo social, en ejercicio de sus funciones dentro de la administración social. Aquí, la solución y las posibles consecuencias jurídico-penales son las mismas a las previstas para el caso del administrador único que *no* reúne simultáneamente la calidad de socio, esto es, no se puede pretender imputar el delito de acuerdos abusivos al administrador único en tanto no existe en la administración social, conformada por una sola persona, una mayoría que se imponga sobre una minoría ni el prevalimiento de una situación más favorable exigido por el art. 291 CP. En síntesis, su conducta es atípica. Sin perjuicio de ello, se podría analizar si su comportamiento ingresaría -o no- en la esfera

⁶²⁹ En este acápite deberá tenerse en consideración los argumentos expuestos en el reciente punto 5.2. y en el Capítulo II, puntos 3.5.2 y ss. de la primera parte de este trabajo.

de alguna otra figura delictiva como, p. ej., el injusto de administración desleal (art. 252 CP).⁶³⁰

b. El supuesto del único administrador que reúne simultáneamente la calidad de socio mayoritario y adopta un acuerdo social en el seno de una junta general ante la comparecencia del resto de socios minoritarios. Aquí, sí sería posible imputarle al socio (también administrador único) la supuesta comisión del delito de acuerdos abusivos, siempre y cuando concurren el resto de elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el art. 291 CP.

Coincide FARALDO CABANA al decir que, aunque sólo los socios pueden prevalerse de una situación mayoritaria en la junta, ello no impide que en la toma de decisiones por este órgano también puedan ser sujetos activos los administradores que reúnan a su vez la condición de socios, supuesto que sería muy frecuente.⁶³¹

c. El supuesto del único administrador que reúne simultáneamente la calidad de socio mayoritario y adopta un acuerdo social en el seno de la junta general sin la comparecencia del resto de socios minoritarios. Aquí, y al igual que ya fuera analizado con anterioridad, la conducta del socio (también administrador único) con relación al delito de acuerdos abusivos sería atípica por los motivos desarrollados *supra*.

d. El supuesto del único administrador que reúne simultáneamente la calidad de socio absoluto (100 % del capital social). En este caso, la solución sería la atipicidad con relación al delito de acuerdos abusivos.⁶³²

⁶³⁰ Por su parte, admiten la tipicidad del socio-administrador único MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, 1996, ps. 277-278.

⁶³¹ FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], 1996, p. 437.

⁶³² Coincide en la solución, EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, 1998, p. 167.

5.5. ¿El acuerdo social adoptado por unanimidad de todos los socios podría encuadrar en el tipo penal del art. 291 CP?

Un supuesto que no puede pasarse por alto es el referido a los acuerdos sociales adoptados por el órgano de administración o la junta general mediando unanimidad de todos los socios que conforman el 100% del capital social.⁶³³ Si bien algo se ha dicho en líneas anteriores, la relevancia del tema radica en que, según la opinión de importantes autores, los socios o administradores de una sociedad podrían encuadrar su conducta en el art. 291 CP cuando hubieran adoptado un acuerdo social por unanimidad.⁶³⁴

Con el exclusivo objetivo de poder brindar una solución sistemática a esta hipótesis parece conveniente, en primer lugar, analizar y confrontar si la frase «prevaliéndose de su situación mayoritaria» es equivalente al término «unanimidad» y, en segundo lugar, si el supuesto de unanimidad puede ser subsumido -o no- en el art. 291 CP.

Con relación al primer interrogante, no cabe ninguna duda que la adopción de un acuerdo social, mediando unanimidad de todos los socios, es un supuesto de naturaleza jurídica distinta al acuerdo adoptado mediando una mayoría absoluta, simple, o cualificada.

La mayoría absoluta es la mitad más uno de cualquier montante que pueda configurarse dentro del estricto ámbito de la junta de socios, p. ej., votos presentes en el momento de la constitución, votos presentes en el momento de la votación, votos válidamente emitidos, capital suscrito con voto presente, capital social

⁶³³ El término «unanimidad» (del latín *unanimītas*, *-ātis*) significa: «1. f. Cualidad de unánime» «por ~ 1. loc. adv. Sin discrepancia, unánimemente» <http://buscon.rae.es>. Por su parte, el vocablo unánime (del latín *unanīmis*) significa: «1. adj. Dicho de un conjunto de personas: Que convienen en un mismo parecer, dictamen, voluntad o sentimiento». En <http://www.buscon.rae.es>.

⁶³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 2002, ps. 168-169; LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, 2007, p. 30.

desembolsado presente. Por mayoría relativa o simple se entiende el mayor número de votos o pareceres emitidos en el mismo sentido, sin importancia del porcentaje sobre el montante que esos votos o pareceres efectivamente presentes.⁶³⁵ Así, cuando de un total de diez votos, cuatro son emitidos en el mismo sentido, supondrán mayoría relativa si los seis restantes se emiten en forma dispersa. Por mayoría cualificada se entiende toda mayoría superior a la estricta mayoría absoluta -mitad más uno-, que no alcance o no suponga fácticamente la unanimidad. Supone un porcentaje de votos superior a las dos mayorías anteriores.⁶³⁶ Desde otra perspectiva, es posible afirmar que la adopción de un acuerdo social ha sido por unanimidad cuando ha sido consecuencia del voto, sin discrepancia alguna o de común acuerdo, de un conjunto de personas. Un ejemplo claro de unanimidad es la administración mancomunada, en donde todos los administradores deben actuar de común acuerdo.

La propia STS del 27 de enero 2005 (RJ 2005, 1883), se ha ocupado de establecer la diferente naturaleza jurídica (antitética) entre el principio mayoritario y el de unanimidad y sobre la incompatibilidad de la exigencia estatutaria de unanimidad con el principio mayoritario. Todo ello, en concordancia con la normativa derivada de las resoluciones de la DGRN del 10 de noviembre de 1993 y del 25 de abril de 1997.

Ahora bien, si unanimidad no equivale a mayoría, habría un serio obstáculo en el momento de encuadrar dicho supuesto en el art. 291 CP. El precepto en cuestión exige expresamente como requisito *sine qua nom* del tipo objetivo que la imposición de los acuerdos abusivo se realice prevaleándose de su situación mayoritaria.

En consecuencia, si de un caso de unanimidad se tratara, no se podría afirmar la existencia, al momento de la votación, de un prevalimiento de la mayoría por encima de la minoría.⁶³⁷ Dicho de

⁶³⁵ Cfr. art. 201 LSC.

⁶³⁶ MADINA, FERNANDO, 2004, ps. 258 y nota 26, 259 y ss.

⁶³⁷ Como resalta el TS: «En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo», STS

otro modo, los socios y/o administradores que concurren a la votación no necesitan en ningún momento explotar o aprovecharse materialmente de su situación más favorable para facilitar la adopción e imposición del acuerdo supuestamente abusivo porque, lisa y llanamente, no hay *otros* socios o administradores en desacuerdo.

Si hay unanimidad, no se da el juego de mayoría-minoría necesario que exige el tipo penal de acuerdos abusivos. Con lo cual, no sería posible hablar de prevalimiento de una situación mayoritaria. Así, no sería posible subsumir el acuerdo social adoptado mediante unanimidad de todos los socios en el injusto previsto en el art. 291 CP porque la conducta que se desprende de tal hecho sería atípica.

La Audiencia Provincial de Bizkaia expresó lo siguiente: «No obstante las antedichas alegaciones el recurso no puede prosperar...Y en el supuesto de autos el acuerdo adoptado por la mercantil "Aduanas y Tránsitos Bilbao S.L.", el día 2 de enero de 1998 lo fue en Junta general extraordinaria de socios, con asistencia de la totalidad de los socios y adoptado unánimemente por dichos socios (folios 113 y ss.), por lo que difícilmente puede encuadrarse en el primero de los tipos descritos».⁶³⁸

La postura de SÁNCHEZ ÁLVAREZ resulta particular debido a que, por un lado, afirma que en las sociedades contractuales, caracterizadas por funcionar bajo el régimen de unanimidad para la adopción de los acuerdos, resulta difícil pensar en la comisión de delitos de unos socios contra los otros, aunque tal vez cabría pensar en la posibilidad de que se imponga un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia (art. 292 CP) o en la comisión del delito de administración desleal por parte del socio al que se le ha

núm. 654/2002 (Sala de lo Penal), de 17 abril, Recurso de Casación núm. 1051/2000, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002\6323.

⁶³⁸ Audiencia Provincial de Bizkaia núm. 306/2000 (Sección 5), de 27 octubre del 2000, Recurso de Apelación núm. 137/2000, Ponente: Ilma. Sra. D^a. Magdalena García Larragán, JUR 2001\45464.

encomendado la gestión, con carácter privativo.⁶³⁹ Aquí, el autor resuelve el caso correctamente.

Pero, por otro lado, sostiene que: «La responsabilidad penal de los miembros del órgano de administración puede verse modulada por la modalidad de administración elegida...Si la fórmula elegida es la administración mancomunada o conjunta, en cuyo caso el órgano de administración funciona bajo el régimen de unanimidad, cabe pensar que ambos administradores serán responsables, salvo que uno de ellos haya actuado indebidamente sin el concurso del otro, lo que, en principio, es altamente improbable».⁶⁴⁰ En cambio aquí, y a pesar de que estamos ante un mismo supuesto de unanimidad, el autor no sería consecuente con la primera solución aportada, llegando en ambos casos a soluciones diferentes. La razón por la cual no parece adecuada la solución aportada se deriva de que ésta debería ser la misma independientemente del tipo de sociedad que se trate, porque la esencia de la conducta delictiva que exige el tipo penal de acuerdos abusivos consiste, precisamente, en el prevalimiento de una situación mayoritaria que, en los supuestos de unanimidad, no se da.

Otro argumento que permitiría descartar la tipicidad del delito de acuerdos abusivos sería el referido al consentimiento.⁶⁴¹ Bajo este aspecto, en el caso de la junta general universal (votación unánime de todos los socios que conforman el capital social) y en el caso del consejo de administración conformado por los socios que reúnen el total del capital social, sería posible afirmar la atipicidad del art. 291 CP. Si el bien jurídico-penal protegido por el art. 291 CP es, como

⁶³⁹ SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M^a., 1996, p. 73. En igual sentido que SÁNCHEZ ALVAREZ se expresa DE ALFONSO LASO, DANIEL, 2005, p. 6.

⁶⁴⁰ SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M^a., 1996, ps. 66-67. Serían extensivas a SÁNCHEZ ALVAREZ las consideraciones realizadas previamente a la postura de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.

⁶⁴¹ Para mayores precisiones sobre la idea de consentimiento, cfr., ROXIN, CLAUS [IC], 2007, ps. 511, 517, 519 y 521; MIR PUIG, SANTIAGO, 2002, ps. 497-509; JAKOBS, GÜNTHER, 1997, ps., 289 y ss.; FARALDO CABANA, PATRICIA, 2003, ps. 129, 130 y 141.

se sostiene en este trabajo, el derecho patrimonial de los socios minoritarios, se deriva la plena disponibilidad de aquél por parte de sus titulares (socios). Si la totalidad de los socios presta su consentimiento mediante el voto unánime en la adopción de un acuerdo social tanto en la junta general universal como en el consejo de administración (socios-administradores que reúnen el 100 % del capital social), no sólo se excluye el tipo penal como consecuencia de la ausencia del prevalimiento de una situación mayoritaria y de la imposibilidad de producir perjuicio a otros socios sino, también, por el consentimiento unánime prestado por todos aquellos.⁶⁴²

5.6. ¿Puede realizarse un delito de acuerdos abusivos en el supuesto en el que la junta general adopta un acuerdo social por unanimidad de los socios presentes sin la asistencia de uno o más socios?

El análisis se focaliza en una hipótesis en el que todos los socios presentes en una junta general votan unánimemente por la adopción de un acuerdo social sin la asistencia de la totalidad del capital social (resto de socios que podrían verse afectados por un supuesto acuerdo abusivo). La solución podría ser la misma que la prevista para el caso analizado previamente, esto es, el supuesto podría ser atípico debido a que el acuerdo se adopta por unanimidad de los votantes sin necesidad de prevalerse materialmente de una situación mayoritaria.

Ahora bien, no parece adecuado dar una respuesta automática a este supuesto ya que, al margen de la solución analizada *ut supra* y siempre que se trate de una junta general debidamente

⁶⁴² NIETO MARTÍN admite la relevancia del consentimiento de los socios como causa de atipicidad del comportamiento del administrador en el ámbito del delito de administración desleal. NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, ps. 262 y ss.

convocada,⁶⁴³ sería conveniente investigar, en primer lugar, cuáles fueron los motivos que llevaron a dichos socios a no asistir a la celebración de la junta, esto es, establecer el por qué de su inasistencia, si se ha vulnerado alguno de sus derechos sociales (*v.gr.*, información). En segundo lugar, cuál fue el contexto histórico en el que se produjo la celebración de la junta general. Ello lleva a estudiar las siguientes cuestiones.

a. Deberes de autoprotección

Si la convocatoria ha sido legalmente realizada, será difícil poder explicar la ausencia de los socios minoritarios que, conociendo debidamente cuáles eran los puntos del día a debatirse en la junta general, no concurrieron personalmente a la misma ni tampoco enviaron a una persona de su confianza para que en su nombre y representación asista a la junta y, en su caso, se oponga a una supuesta decisión que podría ser perjudicial a los intereses de su representado.

En efecto, el socio ausente no intenta convencer, en el debate previo a la votación, a la mayoría de socios de no votar a favor de la adopción del acuerdo social ni tampoco se opone a la adopción del mismo ni deja asentadas las reservas correspondientes del caso. Consecuentemente, se podría preguntar. ¿Los socios ausentes, salvo que los hechos y los elementos de prueba demuestren lo contrario, acaso no actuaron por su cuenta y riesgo? ¿Los socios ausentes no incumplieron sus deberes mínimos de autoprotección? ¿Hasta dónde y cómo se debe valorar el desinterés y la desidia del socio que decide no concurrir a la junta general pudiendo o debiendo prever que, según el orden del día y las circunstancias del caso concreto, sería posible la adopción de un acuerdo social en su propio perjuicio?

⁶⁴³ Arts. 166 y ss. LSC.

A modo de observación previa, hay que ser consciente que el planteamiento de un deber de autoprotección podría ser argumentado con más plausibilidad en el ámbito de sociedades con pocos socios y de menor complejidad (p.ej., sociedades familiares), pero posiblemente sea más difícil trasladar un estricto deber de autoprotección en cabeza de los socios en sociedades bursátiles debido a la cantidad de socios, sus objetivos económicos, la complejidad en el funcionamiento de la sociedad y la inasistencia habitual a las juntas generales, entre otros factores.

No obstante, el interrogante que se plantea en el presente caso, salvando las diferencias esenciales, no es una cuestión muy alejada de las consecuencias que trae aparejado el elemento típico previsto en la estafa, esto es, el engaño bastante. En la estafa, dejando de lado el resto de elementos típicos, se plantea una situación particular en donde se debe trazar la frontera entre, por un lado, el comportamiento debido del sujeto pasivo en ejercicio de sus deberes mínimos de autoprotección y, por el otro, la idoneidad del engaño para inducir el error del ofendido penal, quien realiza voluntariamente una disposición patrimonial en su propio perjuicio.⁶⁴⁴

En varias sentencias del TS se pone de manifiesto expresamente la existencia de un ámbito de deberes de autoprotección mínimos por parte del sujeto pasivo del delito de estafa tendentes a evitar, mediante una conducta diligente y exigible en cuanto socialmente adecuada en el marco del hecho ejecutado, que determinados riesgos introducidos por terceros puedan ocasionar una lesión al bien jurídico penalmente tutelado. Sin perjuicio de los distintos

⁶⁴⁴ Sobre la operatividad del primer elemento, según la jurisprudencia cfr. p. ej., STS de 20 de abril de 2007, ponente Colmenero Menéndez de Luarca; STS de 11 de julio de 2005, ponente Joaquín Giménez García. Por su parte, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2006, p. 214, citando varias sentencias del TS, pone de manifiesto que la jurisprudencia reconoce cada vez con mayor claridad la existencia de *deberes de autoprotección de la víctima* del engaño que derivan de lo que es usual en las relaciones comerciales.

pronunciamientos de la jurisprudencia, la doctrina también se ha pronunciado sobre el tema.⁶⁴⁵

Retomando el paralelismo propuesto entre en injusto del art. 291 CP y el delito de estafa, se pueden observar importantes diferencias entre ellos, tanto a favor como en contra, y sobre todo en la posible exigencia de deberes mínimos de autoprotección por parte del sujeto pasivo.

En primer lugar, hay una diferencia importante derivada de la tipificación expresa del elemento «engaño bastante» en el delito de estafa, lo que ha llevado de manera obligatoria al análisis y discusión de dicho componente, trazando una línea fronteriza entre aquellos casos en los que se exige el cumplimiento de un mínimo deber de autoprotección del sujeto pasivo y aquellos en donde el engaño adquiere *per se* cierta relevancia para inducir el error de aquél. Determinación que siempre reposa en el prudente arbitrio del juzgador quien debe valorar la situación en cada caso concreto. Por el contrario, el delito de acuerdos abusivos no regula ningún elemento en el tipo que involucre directa o indirectamente un mínimo deber de autoprotección por parte del sujeto pasivo. Con lo cual, cabe preguntarse: ¿sería posible hablar de ciertos deberes de autoprotección en el delito de acuerdos abusivos?

En segundo lugar, en el delito de estafa hay un engaño previo introducido por el sujeto activo destinado a inducir a error a la víctima. Mientras que, en el delito de acuerdos abusivos, el socio ausente no es engañado sobre la celebración de una junta general, sino que, por el contrario, tendría pleno conocimiento de la celebración de una junta general, habría sido notificado con una antelación suficiente según las propias disposiciones de la ley mercantil, habría tenido conocimiento de los puntos a debatirse en la orden del día y habría estado en condiciones de presumir que,

⁶⁴⁵ Cfr. FRISCH, WOLFGANG [IA], 2004, ps. 146 y nota 118, 159, 160-163; JAKOBS, GÜNTHER, 1997, ps. 259 y 306; EL MISMO [IA], 2006, ps. 217-219; EL MISMO [IB], 2006, p.183.

según las circunstancias del caso y el orden del día, fuera posible que se adoptara un acuerdo social que podría ser perjudicial a sus propios intereses económicos, y por último, el acuerdo social se le impone al socio ausente mediante la utilización de un medio legal expresamente prevista en la legislación mercantil como lo es el principio de la mayoría.

Asimismo, el socio ausente tendría la posibilidad de comportarse de una manera mínimamente diligente, de acuerdo a lo que podría catalogarse como exigible en cuanto socialmente adecuado en el marco del hecho concreto, para evitar la posible adopción del acuerdo social. En este sentido, podría tratar de convencer en el debate al o a los socios mayoritarios de no adoptar el acuerdo. También podría, p. ej., concurrir a la celebración de la junta y oponerse con su voto a la adopción del acuerdo en cuestión, formular las reservas del caso en el acta y, luego, impugnarlo, siempre y cuando sea susceptible de contrariar la ley, los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad (arts. 204 y 207 LSC).

En conclusión, si estamos ante un supuesto en donde el socio ausente está debidamente informado y notificado de la celebración de la junta general, es debidamente informado de la orden del día, tiene el tiempo suficiente para poder concurrir personalmente o por medio de un representante de su confianza, puede participar en el debate interesado a evitar con su opinión y con su voto la adopción del acuerdo supuestamente perjudicial, tiene el tiempo suficiente para asesorarse, de ser necesario, sobre las posibles consecuencias perjudiciales derivadas de la posible adopción del acuerdo en cuestión, transcurre un corto o largo plazo en donde el socio no activa ningún mecanismo legal en defensa de su propio patrimonio, sería posible que, en la esfera del delito de acuerdos abusivos, se le pudiera exigir al socio ausente el cumplimiento de ciertos deberes mínimos de autoprotección con el objetivo de activar -por su parte- los posibles mecanismos defensivos que tenga a su alcance a los fines de evitar (cuando menos, en sociedades mercantiles de poca o

relativa complejidad) una falta absoluta de diligencia, un abandono y desinterés notorio en el cuidado de su propio patrimonio del cual, luego paradójicamente, se pretenderá su protección por medios más gravosos.

En definitiva, considero plausible afirmar que el mismo titular del patrimonio sea responsable de su propia organización defectuosa o de su propia falta de organización.⁶⁴⁶

Está claro que será competencia del prudente arbitrio del juez determinar cuáles serían los concretos deberes de autoprotección, en qué medida cabe calificar la intervención de la supuesta víctima como un mero no evitar un peligro creado por otro, hasta dónde llega la extensión de aquellas intervenciones de la víctima que no cabe considerar ya como autodaño mediando abuso de la conducta ajena,⁶⁴⁷ cuándo y en qué momento se incumplirían los mismos y qué alcance y consecuencias jurídico-penales deben tener. Situación que no debería sorprender sobremanera, por cuanto la jurisprudencia llevó a cabo un proceso similar en relación al engaño suficiente del delito de estafa a lo largo de los años.

b. Consentimiento

El consentimiento prestado por una parte del capital social en ausencia del resto de socios es penalmente irrelevante. Esto es, el consentimiento que presta una mayoría determinada del capital social no es equivalente al consentimiento de todos los socios, esto es, no constituye un consentimiento válido desde el punto de vista

⁶⁴⁶ Hay que recordar lo dicho oportunamente en relación a la exigencia de deberes de autoprotección en aquellos casos en que, luego de adoptado, el acuerdo abusivo se ejecuta y produce un perjuicio patrimonial efectivo sin que el socio minoritario haya iniciado la impugnación civil del acuerdo.

⁶⁴⁷ FRISCH, WOLFGANG [IA], 2004, p. 163.

del Derecho penal, debido a que no expresa la voluntad favorable de todos los titulares.⁶⁴⁸

Ahora bien, distinto es determinar lo siguiente. ¿La ausencia del socio a la junta general implica la existencia de un consentimiento tácito al acuerdo social allí celebrado? Tomando en cuenta las circunstancias descritas anteriormente (p. ej., socio legalmente convocado e informado, sumado a una clara inacción en el corto plazo del socio supuestamente perjudicado que no impugna el acuerdo social), cabe preguntarse, ¿no sería posible interpretar que dicho socio consintió tácitamente la adopción del acuerdo social aun cuando, tiempo después, decida denunciar el hecho penalmente?

Sin lugar a dudas, este argumento podría considerarse sumamente discutible. Pero es cierto que, antes de concluir sobre la plausibilidad de dicho argumento, habría que determinar cuál es el momento idóneo en el cual se considera manifestado el consentimiento. Sin poder ser exhaustivo, se podría llegar a distintas conclusiones. Esto es, desde una perspectiva, aquel supuesto podría configurar efectivamente un caso de consentimiento eficaz, y desde la otra, uno ineficaz. Ello, claro está, dependerá de la teoría dogmática en la que uno se enrole sobre este tema.⁶⁴⁹

En concreto, y según la teoría intermedia o mediadora, no sería factible interpretar la ausencia del socio a la junta general (en las circunstancias ya descritas) como la prestación de su consentimiento -tácito o indirecto- a la aprobación del acuerdo social votado por unanimidad de los socios presentes, porque la ausencia por sí misma no configura una acción concluyente mediante la cual el socio autorice tácitamente la disposición de su

⁶⁴⁸ En igual sentido, FARALDO CABANA, PATRICIA, 2003, p. 139; NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 263.

⁶⁴⁹ Teoría de la declaración de la voluntad, teoría de la dirección de la voluntad y teoría intermedia o mediadora. Ésta última considerada como opinión dominante por ROXIN, CLAUS [IC], 2007, ps. 532 nota 73 y 534 y ss.; y por JAKOBS, GÜNTHER, 1997, ps. 293 y 297. Por su parte, ambos autores consideran dominante la teoría de la dirección de la voluntad en relación a los casos de acuerdo.

patrimonio. Seguramente, el corolario principal de esta teoría es una mayor seguridad a la hora de poder extraer las posibles consecuencias jurídicas derivadas de un comportamiento determinado en tanto será más factible poder comprobar cuál ha sido la verdadera voluntad del sujeto.

No obstante, queda pendiente un nuevo interrogante: ¿es posible considerar, como una acción concluyente, la notoria falta de acción por parte del socio ausente? O en otros términos, y de acuerdo a las circunstancias previamente reseñadas del socio ausente, ¿es posible interpretar su notoria falta de activación de los medios legales defensivos⁶⁵⁰ como una acción concluyente, en los términos de la teoría mediadora? ¿Se trataría, simplemente, de un mero no hacer?

Por el contrario, y desde el punto de vista de la teoría de la dirección de la voluntad,⁶⁵¹ si el socio tuvo el conocimiento, el tiempo y los medios necesarios para evitar o tratar de evitar el acuerdo social y no lo hace y, además, transcurrido un tiempo prudencial no impugna el acuerdo, sería posible afirmar que esa persona ha prestado indirectamente su consentimiento a la adopción del acuerdo social con la consecuente y libre disposición de su patrimonio. A la inversa de la teoría intermedia, la teoría de la dirección de la voluntad trae aparejada una mayor inseguridad jurídica debido a las menores posibilidades fácticas de comprobar efectivamente cuál ha sido la voluntad del sujeto en cada caso, abriendo una posible esfera de conflictos en aquellos supuestos en donde el sujeto con posterioridad realice una conducta contraria al hecho supuestamente consentido,⁶⁵² todo lo cual quedará supeditado al contexto en el que se haya realizado la conducta externa contradictoria y al prudente arbitrio del juzgador.

⁶⁵⁰ Cuestión que, por cierto, tendría cierto punto de contacto con los deberes de autoprotección previamente analizados.

⁶⁵¹ Según ROXIN, seguirían esta línea JAKOBS, MEZGER, NOLL, SCHMIDHÄUSER Y GÖBEL. Según el autor también se adhiere a la teoría de la dirección de la voluntad el Tribunal de Cámara alemán –KG-. ROXIN, CLAUS [IC], 2007, p. 533 notas 76 y 77.

⁶⁵² ROXIN, CLAUS [IC], 2007, p. 535.

Desde mi punto de vista, y adhiriendo a la teoría intermedia o mediadora ya que reduciría el margen de discrecionalidad en la resolución de determinados supuestos prácticos y brindaría, por ende, un mayor marco de seguridad jurídica, no sería adecuado que se admita, bajo las circunstancias referidas y como expresión de un consentimiento tácito, la ausencia del socio a la junta general. Sin embargo, se debe destacar que el criterio (acción concluyente) utilizado por dicha teoría para determinar cuándo hay consentimiento es de por sí sumamente vago. Lo cual puede generar serios problemas de determinación en aquellos casos controvertidos en donde sea necesario valorar, por ejemplo, si una falta notoria de acción puede ser equivalente a una acción concluyente.

c. Teoría de los actos propios

Siguiendo con el caso planteado previamente, sería posible evaluar la aplicación de la máxima *venire contra factum proprium non valet* por cuanto la conducta del socio que, primero, no asiste injustificada y desinteresadamente al debate y posterior votación en la junta general y, luego, decide denunciar penalmente el hecho, podría catalogarse como una contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada y jurídicamente eficaz.⁶⁵³

En definitiva, si se parten de las ideas desarrolladas a lo largo del presente trabajo (p. ej., la conexión entre acuerdo social, órgano colegial, principio mayoritario y su prevalimiento) sumado a la diferencia antitética en la toma de decisiones por mayoría y por unanimidad (reconocida por el TS) y a los eventuales deberes de

⁶⁵³ Cfr. por ejemplo, el dictamen de la Procuradora Fiscal que los magistrados Petracchi y Maqueda hicieron suyos en su voto, CSJN Argentina de fecha: 27/05/2009, Partes: Isabel Cardozo c. Galeno Argentina S.A., Publicado en: RC y S 2009-VII, 98 - DJ 22/07/2009, 1995, Cita Fallos Corte: 332:1163, Cita Online: AR/JUR/13155/2009 y la sentencia del TSJ, Sala Penal Cba. (Argentina) 19/02/10. Auto n° 37, Bossio, Claudia Rita p.s.a. lesiones – Recurso de Casación.

autoprotección, consentimiento y/o a la aplicación de la teoría de los actos propios, toda decisión que se tome por unanimidad (sea en junta general universal -o no-) no sería típica.

En el caso de la junta general no universal no se logra entender, y por ello concluyo por la atipicidad del caso planteado, como se daría el prevalimiento de la mayoría que exige el tipo penal cuando el voto es unánime de los socios-accionistas presentes y, además, el motivo de dicha unanimidad es la ausencia por cuenta y riesgo de aquellos que no llevaron adelante las defensas básicas que el ordenamiento mercantil les ofrece (p. ej., participar y votar en contra). Por otro lado, que haya socios-accionistas ausentes no implica que necesariamente aquellos estén en desacuerdo con la decisión adoptada. De hecho, también pueden consentirla. Y, si con anterioridad a la celebración de la junta general los socios-accionistas ausentes ya habían demostrado su desacuerdo y conocían de la realización de dicha junta, de la orden del día, etc., se le podría reprochar por qué no participaron de la misma, deliberaron y votaron en contra del acuerdo social.

5.7. ¿Puede configurar un delito de acuerdos abusivos el supuesto en el que el consejo de administración adopta un acuerdo social por unanimidad, cuando uno o varios consejeros han sido designados sin la aprobación de la totalidad del capital social?

Para resolver dicho interrogante, se debe analizar el modo de designación del consejo de administración y los efectos del acuerdo social adoptado por este órgano.

Con relación a la primera cuestión, los arts. 160 y 214 LSC establecen que el órgano competente para designar a los administradores es la junta general, se hace mediante el uso del sistema de representación proporcional (art. 243 LSC) y su

constitución se decide por mayoría de los vocales (art. 247 LSC). Así, los integrantes del consejo de administración serán designados por un grupo mayoritario de socios (salvo que la decisión sea unánime) con la oposición o no del resto de los mismos que, si bien no comparten tal designación y podrán activar el mecanismo de impugnación del acuerdo adoptado, deben obligatoriamente aceptarlo.

Con respecto a la segunda cuestión planteada, y en relación a una SA, el art. 248 LSC prevé la adopción de los acuerdos por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. Por su parte, y con respecto a la SRL, se establece en el art. 198 LSC que la adopción de acuerdos sociales se realiza por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. Por su parte, el art. 161 LSC prevé la posibilidad de que, salvo disposición en contrario de los estatutos, la junta general someta a autorización los acuerdos sociales y decisiones adoptadas por el consejo de administración sobre determinados asuntos de gestión.

En conclusión, en ambos tipo de sociedad de capital y salvo disposición estatutaria expresa en contrario, se regula el control posterior o autorización por parte de los integrantes de la junta general en lo concerniente a los acuerdos sociales adoptados por el consejo de administración.

De lo anteriormente desarrollado, se desprende que los miembros del consejo de administración son nombrados por la junta general mediante la adopción de un acuerdo social por medio del sistema proporcional de votación (SA) o por el sistema de mayorías (SRL). Acuerdo social que, de considerarse por algún socio minoritario contrario a la ley, los estatutos o que lesione los intereses de la sociedad, podría ser objeto de impugnación en sede civil. Si la designación de los miembros del consejo de administración no ha sido objeto de impugnación o, habiendo sido objeto de

impugnación, el juez competente no hace lugar a la demanda, y, luego, dicho consejo adopta un acuerdo social mediante unanimidad de todos sus integrantes (elegidos legalmente mediante el principio mayoritario), no correspondería encuadrar esta hipótesis en el delito de acuerdos abusivos en tanto en cuanto no se ha producido el prevalimiento material de una situación mayoritaria destinada a facilitar la supuesta imposición de un acuerdo social, requisito objetivo que exige expresamente el art. 291 CP y que, como se adelantó en líneas anteriores, no concurre en el supuesto de unanimidad.

5.8. ¿Rige el principio mayoritario en los supuestos de administradores solidarios (individuales)? ¿Es posible subsumir tal supuesto en el art. 291 CP?

Como ya fue anticipado, el art. 124 del RRM de 1996 estableció, en una clasificación de *numerus clausus*, las posibles estructuras que un órgano de administración podía asumir. De igual modo, el art. 210 LSC. Entre las distintas formas de conformación de la administración se reconoce la de varios administradores que actúan individualmente, esto es, el caso de una administración solidaria (art. 242 LSC). En el caso de la SRL su integración no puede ser superior a doce miembros (art. 242 LSC).⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ Para FARALDO CABANA «el delito puede cometerse cualquiera que sea el sistema adoptado por el órgano de administración: administrador único, dos o más administradores mancomunados o solidarios y consejo de administración» FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 225-226. A igual conclusión llegan: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M^a., 1996, p. 66-67; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1479; NEILA NEILA, JOSÉ M^a, en Id. vLex: VLEX, ps. 25 y 27. Parecen asumir esta posición, sin ser muy claros al respecto, BAJO y BACIGALUPO: «Sobre esta base, debemos interpretar el tipo como tipo especial, ya que sujeto activo (cualificado) sólo puede serlo el socio (mayoritario en la Junta) o el administrador (mayoritario en el órgano de administración)». BAJO, MIGUEL; BACIGALUPO, SILVINA, 2001, p. 622. No serían claros los autores porque, por un lado, afirman que puede ser sujeto activo el administrador y entre

En mi opinión, es importante precisar que el administrador solidario o individual se caracteriza por llevar adelante una actuación independiente de lo que realice o realicen el resto de administradores que desempeñen el mismo cargo, esto es, no exige un acuerdo común entre ellos para poder tomar una decisión social sino que, por el contrario, el poder de representación de la sociedad corresponde a cada administrador en concreto que, actuando individualmente, vinculará a la sociedad.

En el supuesto de la SA se ha precisado que se «admite por el artículo 124.2 b) del RRM que los administradores solidarios sean “varios”, por consiguiente más de dos y sin señalar límites. En cualquier caso, ha de entenderse que la titularidad del poder de representación corresponde a “cada administrador”». ⁶⁵⁵ Mientras que el art. 233 LSC, manda que en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

Con estas características, parece posible concluir que, en contra de la posición sostenida por la doctrina citada previamente, la figura del administrador individual o solidario no puede encuadrarse en el art. 291 CP. Las siguientes consideraciones permiten llegar a esta conclusión.

Como se anticipó en el punto 5.2. (supuesto de administrador único), no rige el principio mayoritario en la estructura social del administrador individual o solidario ni tampoco concurre uno de los

paréntesis incluyen la frase «en el órgano de administración». Ya se sabe que en la noción de órgano de administración, también, se incluye al administrador solidario, con lo cual se podría deducir que admiten la figura del administrador individual como posible sujeto activo del delito de acuerdos abusivos, por otro lado, agregan entre paréntesis el término «mayoritario»; mayoría que, como ya se ha dicho, sólo puede operar en el órgano colegiado, esto es, en el consejo de administración o en la comisión ejecutiva.

⁶⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, 2007, p. 238.

elementos necesarios del tipo objetivo, esto es, el prevalimiento de una situación mayoritaria. No se trata de una estructura administrativa de naturaleza colegial, ámbito en donde rige, precisamente, el principio mayoritario.

Como ya se mencionó, FARALDO CABANA ha sostenido, por un lado, que es necesario para la concurrencia del prevalimiento exigido por ley la existencia de un acuerdo *previo*, tácito o expreso, y por el otro, admite subsumir el supuesto del administrador solidario o individual en las disposiciones del art. 291 CP. Tal solución deviene contradictoria con la primera afirmación ya que en los casos de administrador solidario o individual no existe ningún acuerdo *previo*, ni tácito ni expreso.

En conclusión, considero que el supuesto del administrador solidario o individual, en relación con el delito de acuerdos abusivos, sería penalmente atípico.⁶⁵⁶ Distinta sería la hipótesis en donde varios administradores solidarios decidan actuar conjuntamente. Aquí, efectivamente podría tratarse de un acuerdo común entre todos ellos, con lo cual estaríamos hablando de un supuesto de unanimidad que nada tiene que ver con el que se ha estudiado en el presente apartado y cuya solución ya ha sido analizada con anterioridad.

5.9. ¿Rige el principio mayoritario en los supuestos de administradores mancomunados? ¿Es posible subsumir tal supuesto en el art. 291 CP?

Sobre este supuesto, la doctrina se ha mostrado propensa a admitir que los administradores mancomunados pueden ser sujetos activos del delito de acuerdos abusivos.

⁶⁵⁶ Coincide con la solución NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 298 nota 11.

Por ejemplo, FARALDO CABANA, para quien el delito puede cometerse cualquiera sea el sistema adoptado por el órgano de administración.⁶⁵⁷ Lo que no se discrimina suficientemente, a mi criterio, es lo siguiente: efectivamente hay un acuerdo común entre los administradores mancomunados, de hecho, esa es la característica principal de la institución, pero tal acuerdo se logra necesariamente por medio del común acuerdo de todos los administradores, esto es, por unanimidad. SÁNCHEZ CALERO nos aclara al respecto que son titulares del poder de representación los dos administradores que han de ejercerlo de forma mancomunada, esto es, no sólo de común acuerdo sino que, además, deben hacer los dos administradores la declaración de voluntad en nombre de la sociedad, pues no sería suficiente que uno de ellos actuara afirmando que tiene el consentimiento del otro, sino que, como se dice, se requiere una actuación conjunta.⁶⁵⁸

La objeción que parece relevante realizar, es que, consciente o inconscientemente, se tiende a asimilar unanimidad con situación mayoritaria. El tipo penal del art. 291 CP exige necesariamente el prevalimiento de la segunda para poder imponer un acuerdo social.

A diferencia del supuesto del administrador solidario o individual, aquí sí hay un acuerdo social conformado por las declaraciones de voluntades de todos los administradores mancomunados, pero no se puede hablar de la necesaria concurrencia del principio mayoritario y, por lo tanto, tampoco en este caso se presentaría el elemento del tipo objetivo conformado por el prevalimiento de una situación mayoritaria.

Finalmente, todo ello me permite concluir que tampoco se puede subsumir el supuesto de los administradores mancomunados en el art. 291 CP.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ FARALDO CABANA, PATRICIA, 2000, ps. 225-226.

⁶⁵⁸ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, 2007, p. 239.

⁶⁵⁹ Al respecto cfr. el punto 5.2. (supuesto de administrador único). Coincide con la solución NIETO MARTÍN, ADÁN, 1996, p. 298 nota 11. Por las razones esgrimidas, tampoco se comparten las palabras de SÁNCHEZ ALVAREZ al referir que la responsabilidad penal de los miembros del órgano de administración puede verse modulada por la modalidad de administración elegida. «Si la fórmula

5.10. ¿Qué consecuencias y alcances tiene el principio mayoritario en los llamados acuerdos previos y pactos de sindicato?

El integrante de una sociedad de capital puede, legal y voluntariamente, limitar su libertad de voto obligándose con otros socios o con terceras personas a votar, en la junta general, en un determinado sentido. Se afirma que dicho pacto no tiene la consideración de pacto social, que sólo tendrá valor en las relaciones internas de quienes lo estipulen y que no podrá ser invocado frente a la sociedad pretendiendo la invalidez del voto emitido contra el pacto.⁶⁶⁰

Según URÍA, en «la sociedad anónima moderna, los pactos sobre el voto se suelen establecer con la finalidad primordial de conseguir un influjo estable y seguro en la marcha de la sociedad, consolidando una mayoría que imponga su criterio en las juntas, y de ordinario van unidos a la formación de sindicatos que agrupan a todos o a una parte de los accionistas, sometiéndolos a una disciplina común en el ejercicio del derecho de voto». Las modalidades más comunes suelen ser las siguientes: «a) sindicación en la que el accionista conserva la posesión de sus títulos y se obliga sencillamente a votar en las juntas generales en el sentido previamente acordado por el sindicato; b) sindicación en la que el accionista entrega sus acciones al sindicato y otorga poder a la persona que éste determine (generalmente el síndico o presidente)

elegida es la administración mancomunada o conjunta, en cuyo caso el órgano de administración funciona bajo el régimen de unanimidad, cabe pensar que ambos administradores serán responsables, salvo que uno de ellos haya actuado indebidamente sin el concurso del otro, lo que, en principio, es altamente improbable». SÁNCHEZ ALVAREZ, MANUEL M^a., 1996, ps. 66-67. Se hace extensivo este desacuerdo a las conclusiones formuladas por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, 1996, p. 4; VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, 2005, p. 1479; NEILA NEILA, JOSÉ M^a., en Id. vLex: VLEX, p. 25.

⁶⁶⁰ URÍA, RODRIGO, 1994, p. 325.

para que en su nombre y representación acuda a las juntas y vote en ellas».⁶⁶¹

En la doctrina se hace referencia expresa a los acuerdos previos y/o pactos de sindicación, como parte integrante de la situación mayoritaria exigida por el tipo objetivo del art. 291 CP, admitiendo su subsunción en el delito de acuerdos abusivos.⁶⁶²

A continuación, hay que preguntarse. ¿Son penalmente relevantes para configurar el injusto del art. 291 CP los acuerdos previos (a la junta general) celebrados entre los socios o los denominados pactos de sindicación? En mi opinión, y en contra de lo sostenido por los autores citados previamente, los acuerdos previos y los pactos de sindicación no son elementos objetivos típicamente relevantes para configurar el delito previsto en el art. 291 CP, lo cual no obsta a que se pueda considerar que dicha situación pudiera tener cierta relevancia a los fines de analizar la posible intervención en el delito por parte de aquellos socios que sí tuvieron algún papel importante en dichos pactos o acuerdos, una vez celebrado un acuerdo social en los términos del delito de acuerdos abusivos.

Lo que realmente interesa para poder configurar el tipo objetivo es la imposición de los acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria. Tal imposición y prevalimiento de la

⁶⁶¹ *Ibidem.*, ps. 325-326. Sobre los inconvenientes de cada tipología *vid.* p. 326.

⁶⁶² Así, p. ej., FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., 1998, ps. 219 y 220. A criterio del autor, por situación mayoritaria debe entenderse aquella conformada a través de acuerdos o pactos previo (expresos o tácitos) de un modo independiente a la celebración de la junta general o reunión del consejo de administración. Los supuestos más habituales en que esta conducta podrá llevarse a cabo serían cuando un sólo accionista ostente la mayoría del capital social, cuando quienes la logren mediante acuerdos con otros socios o administradores, cuando se obtenga a través de los conocidos pactos de sindicación o por medio de delegaciones de voto. Similar, GARCIA DE ENTERRIA, JAVIER, 1996, p. 65; MATA MARTÍN, RICARDO M., 1999, p. 358; SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, 2006, p. 168. Estos autores consideran que la propia situación mayoritaria se conforma desde el mismo momento en el que se forma parte de un acuerdo previo o pacto sindical, opinión que no se sigue en el presente trabajo.

situación mayoritaria sólo podrá determinarse, como mínimo e independientemente de lo pactado previamente, al momento de la adopción del acuerdo social (comienzo de ejecución del hecho). En este preciso momento, y no antes, es en donde la supuesta mayoría se sirve o se aprovecha materialmente de su situación más favorable. Y es a partir de allí en donde se podrá conocer a ciencia cierta si, p. ej., el acuerdo se adoptó por mayoría o por unanimidad, quién o quiénes integraron la supuesta mayoría abusiva (dependiendo, claro está, del tipo de votación que se haya llevado a cabo), quiénes pueden ser considerados intervinientes en la supuesta comisión del delito de acuerdos abusivos, cuál podría ser el título de imputación de los mismos, si (de existir) alguien incumplió el pacto previo y cómo debe ser interpretada dicha situación en concreto. Antes de la votación, y siempre desde el punto de vista de la configuración del injusto, se discutirá en todo caso si hay comienzo de ejecución o actos preparatorios impunes. Y, según la posición que se sigue aquí, se tratarán sólo de actos preparatorios impunes.

En esta línea, antes de la votación sólo hay indicios de cuál podría ser la situación mayoritaria en un determinado momento. La existencia de un pacto previo o pacto de sindicación no implica que necesariamente el socio vaya a votar de una determinada manera,⁶⁶³ ya que nada impide que, por ejemplo, una vez producida la deliberación en la junta general el socio modifique su decisión a último momento y vote de manera distinta a lo previamente pactado. Por otra parte, no se puede olvidar que los acuerdos previos y pactos de sindicación sólo tendrán valor en las relaciones internas de quienes lo estipulen y ni siquiera podrán ser invocados frente a la sociedad pretendiendo la invalidez del voto emitido contra el pacto.⁶⁶⁴

⁶⁶³ Por lo menos, no en la modalidad en la que el socio conserva sus títulos respectivos y se obliga, verbal y previamente, a votar de una determinada forma.

⁶⁶⁴ URÍA, RODRIGO, 1994, p. 325.

En definitiva, la situación mayoritaria quedará efectivamente configurada una vez celebrada la votación por la cual se decida adoptar un acuerdo supuestamente abusivo. Y, como se vio, otra cuestión distinta será determinar cuándo se produce la imposición del mismo.

Por otro lado, analizar la existencia de los acuerdos previos o pactos de sindicación y quiénes han integrado los mismos podría tener relevancia jurídico penal para la teoría de la participación delictiva.

Por ejemplo, podría darse el caso en que el socio X integre un pacto de sindicación (conservando sus títulos) en donde se obliga personalmente a votar a favor de la hipotética mayoría que se estaba, en esos momentos, “negociando”. Es más, dicha persona podría ser quien se encargue de reunir y convencer al resto de socios para que integren el pacto de sindicación y voten de la forma que él mismo les ha propuesto. Transcurrida la deliberación y a la hora de la efectiva votación, el socio X modifica su opinión y vota en contra de la mayoría, esto es, vota de tal forma que, en relación al acuerdo social recientemente adoptado, él pasa a integrar la minoría (con los consiguientes problemas para poder imputarle a título de autor la supuesta comisión del delito del art. 291 CP, debido a que no integra la mayoría supuestamente abusiva. En realidad, y con motivo de dicho cambio de actitud, podría ser un posible ofendido penal por el hecho de la mayoría). A pesar del cambio de opinión repentino del socio X, se obtiene la mayoría necesaria para adoptar un acuerdo supuestamente abusivo con el voto del resto de socios que habían integrado el pacto de sindicación.⁶⁶⁵

En este supuesto la existencia del pacto sindical no tiene ninguna influencia en la configuración del injusto, en tanto que lo importante es la existencia de los elementos típicos del prevalimiento de la situación mayoritaria y la imposición del

⁶⁶⁵ Debiendo concurrir, claro está, el resto de elementos típicos (objetivos y subjetivos) previstos en el art. 291 CP.

acuerdo supuestamente abusivo una vez producida la votación. La imposición del acuerdo social dependerá de la postura que se asuma en relación con la consumación del delito. Sin embargo, podría tener cierta relevancia el pacto de sindicación a la hora de poder analizar y comprender el contexto en el cual se ha desarrollado la conducta del socio X y poder establecer si ha intervenido -o no- en la posible comisión del delito de acuerdos abusivos y, en su caso, cuál sería el título de imputación del mismo.

No obstante lo dicho hasta el momento, habría que preguntarse si, ¿es posible hablar de intervención delictiva si aún no se ha iniciado la ejecución de un hecho delictivo? Cabe responder que toda intervención antes del inicio de la ejecución es jurídico-penalmente irrelevante desde el punto de vista del tipo de la parte especial.⁶⁶⁶ Todo hecho es consecuencia del principio del hecho y que, en un ordenamiento jurídico que sólo se castigue exteriorizaciones peligrosas o lesivas, no puede calificarse como no permitida una conducta que aún no ha exteriorizado nada típico.⁶⁶⁷

En mi opinión, se debería analizar, en primer lugar, en qué momento se llevó a cabo el pacto previo o de sindicación, y en segundo lugar, determinar si en ese momento se había iniciado -o no- la ejecución del hecho delictivo.

Así las cosas, no hay dudas de que, si el pacto se realizara con anterioridad al inicio de la celebración de la junta general o previa a la deliberación -durante la misma junta-, dicho momento estaría aún alejado del comienzo de ejecución del delito de acuerdos abusivos y, en consecuencia, dicha intervención sería penalmente irrelevante. Además, se podría agregar que el celebrar un pacto previo o de sindicación no exterioriza ninguna conducta antijurídica *per se*, de

⁶⁶⁶ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, p. 152. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, BLOY, JAKOBS, citados por ROBLES PLANAS, RICARDO p. 152 nota 17. Sobre los argumentos que el autor expone para llegar a dicha conclusión ver ps. 151 y 152.

⁶⁶⁷ ROBLES PLANAS, RICARDO, 2003, p. 152.

hecho es una conducta en sí misma permitida y penalmente irrelevante con relación al art. 291 CP.

CONCLUSIONES

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO 1

1. El análisis de la evolución legislativa en Italia revela la dificultad de establecer la existencia de criterios generales que justifiquen y permitan establecer cuáles son los límites entre el injusto penal societario y los injustos mercantiles.

2. Parece difícil que se pueda lograr en cualquier ordenamiento jurídico la determinación de criterios generales susceptibles de establecer una frontera clara entre todas las figuras delictivas del Derecho penal societario y los distintos injustos mercantiles. Una de las razones principales de ello sería la dificultad de poder extraer criterios genéricos para todos los delitos societarios en tanto el contenido de la materia societaria es muy amplia y con matices claramente diferenciados, según se pretenda proteger penalmente, entre otros aspectos, el capital social, la toma de decisión de los órganos sociales, el reparto de utilidades, la información societaria o las instituciones sociales. También genera cierta dificultad la existencia y posible solapamiento de los mecanismos de protección societarios y las particularidades procesales de cada ámbito de actuación.

3. La teoría y la práctica me indican que sólo se podrá establecer una frontera entre un injusto penal y otro mercantil atendiendo a las circunstancias de cada tipo penal, según las realidades del caso y en coordinación con la legislación mercantil, pero no en abstracto ni de manera general para todas las figuras delictivas de naturaleza societaria.

4. A pesar de la extensa regulación sobre los delitos societarios y de la amplia tradición en la materia, no se reguló en el ordenamiento

jurídico italiano un tipo penal de similares características al delito de acuerdos abusivos.

CAPÍTULO 2

1. El art. 291 del CP encuadra perfectamente en la descripción referida sobre la criminalidad en la empresa. Se caracteriza por un abuso de poder legalmente establecido por parte de aquellos individuos que ejercen funciones de particular importancia en la asamblea o en el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación y, principalmente, en contra de los propios socios.

2. El perjuicio exigido por el art. 291 CP debe ser de índole patrimonial, esto es, debe tener un contenido de naturaleza económica.

3. El término «acuerdo abusivo» es vago e impreciso, cuya extensión se puede tratar de determinar objetivamente, pero no en términos absolutos sino relativos.

4. Con relación a la expresión «prevaliéndose» de una situación mayoritaria, se debe exigir tanto un elemento objetivo cuanto uno subjetivo a la hora de determinar su alcance y sentido.

El primero de ellos, está dado por la existencia de una situación mayoritaria concreta y necesaria para poder adoptar un acuerdo social legítimo. Mientras que el elemento subjetivo está conformado por la utilización, aprovechamiento o explotación consciente y voluntaria por parte de los autores de aquella mayoría para facilitar la adopción del acuerdo supuestamente abusivo.

El prevalimiento debe ser efectivo y real, esto es, un aprovechamiento o explotación material de la situación mayoritaria preexistente, no la simple y formal ostentación de la situación mayoritaria en el caso concreto. Asimismo, no sería necesario que se requiera la concertación de ningún tipo de pacto previo ya que, a

la dificultad probatoria y habitual de acreditar la existencia del dolo y de los elementos distintos al mismo, se suma otra dificultad añadida derivada de acreditar la existencia de dicho pacto en el caso concreto. De igual modo, tampoco se desprende del tenor literal la exigencia de un pacto previo y, por último, dicho pacto se formula con anterioridad al comienzo de ejecución del hecho.

5. El delito de acuerdos abusivos es un delito de comisión activa en atención a que el injusto no exige la preexistencia de un específico compromiso de protección de parte de los socios. Parece forzado coordinar la supuesta comisión por omisión de este tipo penal con la acción típica de imponer mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria. Esto es, ni el verbo típico imponer parece compatible con el supuesto de, p. ej., ausencia, voto en blanco, voto en contra o abstención del voto, ni parece lógico interpretar que quien, p. ej., no está presente, vota en contra o se abstiene de votar, se está prevaleciendo de su situación mayoritaria.⁶⁶⁸

Al respecto cabe preguntarse: ¿cómo es posible que un socio se esté prevaleciendo de “su” situación mayoritaria si ni siquiera ha votado a favor de la adopción del acuerdo, *máxime* cuando por sí mismo sólo tiene una participación social minoritaria? Por otra parte, ¿cuál sería el deber que funda, en cabeza del socio, su eventual posición de garante y cuyo eventual incumplimiento podría acarrear su responsabilidad penal en comisión por omisión? Considero que, en base a las disposiciones de la LSC, no recae sobre el socio ningún deber general ni, mucho menos, ningún deber especial de fidelidad, lealtad o diligencia que pudieran eventualmente exigirle que impida,

⁶⁶⁸ Solución que podría extenderse también al supuesto del administrador, no obstante su conducta pueda ser analizada desde el punto de vista de otra figura penal. Por otro lado, y si bien *a priori* sería posible establecer un deber especial de cuidado en relación al administrador (p. ej., diligencia y lealtad), no parece razonable ni proporcional negar el supuesto de comisión por omisión en el caso de los socios y aceptarlo en relación a los administradores. Por lo tanto, se propugna una interpretación homogénea para ambos supuestos en respeto del principio de igualdad, más allá que la conducta omisiva de los administradores pueda subsumirse en otro delito (p. ej., art. 252 CP).

p. ej., la celebración de un acuerdo social o que el resto de socios vote de una determinada manera.

6. Teniendo en consideración la evolución histórica del principio mayoritario, puedo afirmar que este principio se encuentra directamente conectado con el funcionamiento de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles a la hora de adoptar los respectivos acuerdos sociales, con lo cual no es posible admitir una supuesta vigencia del mismo en estructuras no colegiales tales como los casos del socio único, administrador único, administradores solidarios o mancomunados.

7. La expresión «sin que reporten beneficios a la sociedad» es un elemento negativo del tipo y, como tal, excluye la tipicidad de la conducta sospechada.

La prueba de que se lograron beneficios a favor de la sociedad, por mínimos que sean, permite excluir el tipo penal. Interpretar este elemento negativo del tipo de manera contraria implicaría excederse del marco del tenor literal del art. 291 CP y, en consecuencia, extendería el tipo penal de manera analógica *in malam partem*.

Se descarta la posible tipicidad penal de los supuestos en los que el acuerdo es inocuo para la sociedad. Está claro que un acuerdo inocuo para la sociedad no significa la no obtención de beneficios para la misma. Precisamente, ni obtiene beneficios ni se le produce un perjuicio y, en consecuencia, ante un supuesto de acuerdo inocuo para la sociedad se debería excluir la tipicidad ya que no se puede demostrar la existencia de un perjuicio en su contra.

8. El término «ánimo de lucro» configura un elemento subjetivo del injusto. Por el contrario, el término «en perjuicio de los demás socios» tiene que ser interpretado en clave objetiva por cuanto este elemento sirve para precisar el tipo objetivo y, fundamentalmente, la exigencia de que la acción resulte idónea para generar un riesgo serio, concreto y no permitido del derecho patrimonial de la

participación social del socio minoritario tras la adopción del acuerdo.

9. El ofendido penal por el delito de acuerdos abusivos es únicamente el socio minoritario cuyos intereses patrimoniales se pusieron en peligro o fueron lesionados por el acuerdo abusivo de la mayoría. Por su parte, la sociedad sólo asume el papel de perjudicada o damnificada por el delito, pero no de sujeto pasivo del mismo.

10. Especialmente importante es la llamada interacción o relación vertical en el estudio del delito de acuerdos abusivos, por cuanto se pueden plantear significativos problemas de autoría y participación en la adopción de acuerdos sociales emanados de los órganos colegiados de una sociedad mercantil (*v.gr.*, junta general, consejo de administración, comisión ejecutiva).

11. El delito de acuerdos abusivos es un delito de posición. Esto es, bastará para su configuración que el socio o administrador se encuentre en la posición especial descrita por el art. 291 CP y que, desde allí, se genere el riesgo penalmente prohibido por la norma. Cabe aclarar que la mera presencia de la posición especial no establecerá *per se* la autoría del sujeto que formalmente la ostenta, aunque normalmente será autor quien la posea.

12. La interpretación restrictiva del término «junta de accionistas» es, a mi modo de ver, la posición que mejor se adapta al art. 291 CP y, fundamentalmente, al principio de legalidad penal.

13. En base a la redacción del tipo penal, ¿se está indicando que sólo podrían ser sujetos activos del delito de acuerdos abusivos los administradores que sean al mismo tiempo socios o también podrían serlo los que únicamente revistan la calidad de administrador y no sean simultáneamente socios del ente social?

Considero que sólo podrán ser sujetos activos en calidad de autores los administradores que, asimismo, reúnan la calidad de socios porque sólo ellos cumplen con la posición especial que le otorga

idoneidad o relevancia típica al hecho. No obstante, los administradores no socios podrían responder por la comisión de otros delitos como, p. ej., el delito de administración desleal (art. 252 CP).

14. Con relación a la distinción entre injusto penal y mercantil, existe un criterio de delimitación indiscutible derivado de la existencia de un elemento subjetivo del injusto –«ánimo de lucro»– en el caso del art. 291 CP. Sin perjuicio de ello, también se debe reconocer que se trata de una diferencia que, en términos probatorios, dificulta manifiestamente su determinación.

Además, se puede establecer una distinción de corte objetivo y concerniente al contenido de los acuerdos sociales en sede mercantil y penal, esto es, si sólo se admiten acuerdos en los que se discuten aspectos de naturaleza económica o si, por el contrario, se admiten aquellos en los que, en igual modo, se discuten derechos de otra naturaleza, tales como, políticos, sociales o profesionales. A mi juicio, el objeto de protección del art. 291 CP se refiere únicamente a los derechos patrimoniales de naturaleza individual de los socios minoritarios y no a la defensa de sus derechos políticos, sociales y/o profesionales que tienen protección suficiente en el fuero mercantil.

CAPÍTULO 3

1. La distinción entre la teoría contractualista e institucionalista tiene consecuencias de interés para este trabajo con relación al concepto de perjuicio patrimonial que se utiliza y al criterio de ponderación del mismo.

Es razonable sostener que, en la actualidad, las sociedades contengan tanto elementos contractualistas como institucionalistas. Si ello es así, esta situación me lleva a pensar que la definición de perjuicio patrimonial que se analiza en este trabajo tiene que estar definida por ambos criterios. Por un lado, la decisión económica y racional de la mayoría cuyo núcleo esencial está dado por el

contrato social y su objeto y, por el otro, los criterios de racionalidad económica de mercado. Sin duda, el hecho de que ambos criterios deban ser analizados conjuntamente enriquece el análisis y contribuye posiblemente a brindar un mayor equilibrio a la definición de interés social.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 1

1. Los delitos societarios no son legitimables en cualquier caso, sino sólo bajo determinadas condiciones. Entre ellas, y en principio, que el precepto normativo bajo estudio supere el tamiz del principio de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, que se logre determinar que la intervención del Derecho penal en un determinado contexto económico sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

2. El art. 291 CP se enmarca en el contexto del Derecho penal en las sociedades mercantiles. Esto significa que es parte del Derecho penal económico y, en concreto, se trata de un supuesto de criminalidad en la empresa.

3. Es necesario determinar si, en primer lugar, el delito de acuerdos abusivos es legítimo, esto es, si está debidamente justificada la intervención punitiva del Derecho penal en la órbita del injusto que se pretende sancionar. Sólo a partir de aquí, se tendrá el punto de partida preciso para saber si el delito está plenamente legitimado o si, por el contrario, no lo está y corresponde pronunciarse por su inmediata derogación. Lo primero es importante a los fines de decidir si se realizará, luego, una propuesta *de lege lata* y si se usarán criterios teleológicos de interpretación restrictiva y, en su caso, en qué medida. Lo segundo lo es para llevar adelante una propuesta *de lege ferenda* que, seguramente, abogaría por la

derogación del precepto y, en su caso, con la propuesta de su reemplazo por otro más adecuado.

Por lo tanto, pretendo responder a la siguiente pregunta. ¿El delito de acuerdos abusivos es penalmente legítimo?

4. El principio de proporcionalidad en sentido amplio, siguiendo el método propuesto por LOPERA MESA y apoyado en la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, está dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales. Se divide en tres subprincipios y, siempre en relación con la medida legislada, se analiza (1) su *idoneidad*, esto es, que la medida limitadora sea un medio apto para alcanzar un fin legítimo, (2) su *necesidad*, esto es, si la medida bajo examen es la más benigna con el derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención, (3) su *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, si la medida genera más beneficios que perjuicios atendiendo al conjunto de derechos, bienes o intereses en juego, lo que supone realizar un juicio de ponderación entre la intensidad del sacrificio de los derechos y la importancia que reviste en el caso concreto la finalidad que se busca satisfacer con su limitación.⁶⁶⁹

5. Con relación al principio de proporcionalidad, propongo un control intermedio, esto es, un control de justificabilidad o defendibilidad.

6. El presupuesto de partida para la aplicación del principio de proporcionalidad en este trabajo es la vigencia del art. 291 CP que define una conducta como prohibida (imposición de acuerdos abusivos) y a la que se le asigna una determinada sanción (prisión de 6 meses a 3 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido), donde se produce una colisión entre aquellas razones que

⁶⁶⁹ LOPERA MESA, GLORIA P., 2006, ps. 27-28.

están en contra y a favor de la intervención penal en este particular contexto económico.

7. Con relación al art. 291 CP, se tendrá que atender, por un lado, a la restricción en la libertad de actuación para el socio mayoritario derivada de la prohibición normativa contenida en el delito de acuerdos abusivos y protegida por el art. 38 CE (libertad de empresa) y, por el otro, a la restricción del derecho de libertad ambulatoria protegida por el art. 17.1 CE o a una vulneración al derecho de propiedad protegida por el art. 33.1 CE. Éstas últimas, como consecuencia de la conminación de las sanciones contenidas en el precepto penal.

8. Una vez aplicado el *test* de proporcionalidad al delito de acuerdos abusivos, se concluye que, salvo por las reservas formuladas oportunamente, el delito de acuerdos abusivos sería ilegítimo y, en consecuencia, inconstitucional.

9. Se evalúa, en base a la conclusión anterior, cuáles son las opciones disponibles en relación al art. 291 CP. En este sentido, habría, por lo menos, dos posibilidades concretas. Por un lado, y de mantenerse la falta de justificación del recurso penal, se tendría que proponer una *interpretatio abrogans* del delito de acuerdos abusivos. Por otro lado, y mediante la utilización de otro método de análisis, se podría reconocer que, si bien el art. 291 CP tiene una justificación discutible, sería constitucional y se podría determinar un nuevo ámbito de protección de la norma y, por lo tanto, ya no estarían dadas las condiciones para propugnar una *interpretatio abrogans*. Mientras tanto, y dada la vigencia actual de la norma, sería necesario examinar el campo del tenor literal de interpretación del art. 291 CP.

10. Mi función no es solamente criticar el delito de acuerdos abusivos sino también interpretarlo y aplicarlo de una manera racional. Por ello, y partiendo del método de análisis propuesto por ROBLES PLANAS, se procede a evaluar nuevamente este delito a los

finés de establecer si dicho método ratifica -o no- la posible ilegitimidad de este injusto.

11. Desde la óptica de esta teoría, parece razonable concluir que el precepto normativo que contiene el delito de acuerdos abusivos, si bien no exento de algunas críticas, está legitimado y, en consecuencia, es constitucional.

12. Está claro que, según el método de análisis que se utilice, se llegan a conclusiones contradictorias. Por un lado, que el delito de acuerdos abusivos es penalmente ilegítimo y, por lo tanto, inconstitucional (salvo por las salvedades que se hicieron oportunamente para no concluir categóricamente de este modo); y por el otro, que el mismo injusto es penalmente legítimo y, en consecuencia, constitucional.

13. Si bien es cierto que se le puede hacer alguna crítica de legitimidad al art. 291 CP y que la redacción del tipo penal es *per se* reprochable, considero que aquél injusto es constitucional⁶⁷⁰ y que es posible llevar adelante una interpretación razonable del tipo penal. Por lo tanto, si la estructura del delito se reformulara y entendiera que su ámbito de protección no coincide plenamente con el ámbito mercantil sino que protege algo parcialmente distinto y muy importante en las sociedades mercantiles, esto es, el valor patrimonial de los derechos de participación social, entonces el tipo penal podría tener una interpretación penal más adecuada.

14. Atendiendo a una noción ideal de bien jurídico protegido, se puede distinguir entre el objeto de la acción, el objeto del bien jurídico y el bien jurídico penalmente protegido. Así, el objeto de la acción está dado por el acuerdo societario y supuestamente abusivo. El objeto del bien jurídico es un derecho económico garantizado en su sustancia jurídica como encarnación del bien jurídico penalmente protegido consistente en el patrimonio de los socios minoritarios.

⁶⁷⁰ Siguiendo el método de análisis propuesto por ROBLES PLANAS.

15. El nuevo y posible ámbito de protección penal del art. 291 CP es, entonces, la tutela de los derechos patrimoniales de los socios en sentido amplio, esto es, más allá del perjuicio patrimonial efectivo. Se trata de ofrecer una protección penal ante esos acuerdos que convierten en inseguro el derecho patrimonial de los socios porque sólo de ese modo se consigue una protección eficaz del mismo.

Que se proponga un nuevo ámbito de protección del delito de acuerdos abusivos no significa que la intervención penal sea ilimitada y que el tipo esté bien redactado, sino que hay que interpretarlo correctamente en su nueva dimensión legitimadora.

En consecuencia, y siempre dentro del marco del tenor literal de la interpretación del art. 291 CP y por directiva del art. 4.1 CP, lo más conveniente es adoptar una interpretación restrictiva del delito de acuerdos abusivos, limitándose así el número de conductas que podrían ingresar en la esfera de este delito pero seguramente siendo compatibles con los ataques más graves de abuso al derecho patrimonial de los socios minoritarios. Por lo tanto, la interpretación restrictiva del tipo viene dada porque el prevalimiento de la situación mayoritaria sea realmente relevante.

16. El *telos* del tipo de interpretación que se propone en este trabajo consistirá en lo siguiente: (1) disminuir los efectos perturbadores de la aplicación del art. 291 CP, principalmente en lo concerniente al régimen de impugnación de acuerdos sociales, (2) reducir el círculo vicioso que se produce con el uso penal e ilimitado del delito de acuerdos abusivos por parte de los socios minoritarios, (3) brindar amparo allí donde aún habría una supuesta carencia de protección en cabeza de los socios minoritarios y sólo ante los supuestos más graves de afectación al bien jurídico penalmente protegido, (4) la función del art. 291 sería la de contrapeso y de aplicación previa al art. 252 CP. Esto es, no como función de recogida (*Auffangsfunktion*) o de cierre (*Plombierungsfunktion*) del sistema del Derecho penal patrimonial en el ámbito societario sino como primera barrera de contención.

CAPÍTULO 2

1. Hay situaciones de peligro para el patrimonio que constituyen ya un perjuicio del propio derecho patrimonial. Esto es, será relevante ponderar el riesgo de pérdida económica derivado del acuerdo abusivo que se investiga y no exclusivamente la desaparición definitiva e inmediata de elementos patrimoniales. Por lo tanto, con la celebración del acuerdo abusivo no se está ante un peligro para el patrimonio sino ya ante un perjuicio real, con independencia de lo que ocurra en un momento posterior a la adopción del acuerdo.⁶⁷¹

2. La posición asumida en este trabajo implica alejarse del enfoque tradicional basado en la focalización de la disminución patrimonial inmediata y efectiva a la adopción del acuerdo social. Por el contrario, se busca partir del análisis global de la situación patrimonial tras la celebración de un acuerdo abusivo. Por consiguiente, no sólo se debe tener en cuenta las consecuencias inmediatas derivadas de la celebración del acuerdo sino también las consecuencias a largo plazo.

Entre los criterios que integran la visión de largo plazo de una determinada decisión societaria se pueden destacar, siguiendo a PASTOR MUÑOZ, los denominados pronósticos de ganancia y pérdida, el valor estratégico de la decisión y las expectativas de ganancia futura vinculada a tal decisión. Todo revisado bajo el prisma de que tales circunstancias fueran acordes con la lógica derivada del plan global de racionalidad económica de la mayoría y del mercado al momento de celebrar el acuerdo.

3. La abusividad del acuerdo penalmente relevante deberá ser determinada en base al contenido concreto de la decisión adoptada y, a partir de aquí, se deberá demostrar la concurrencia del resto de

⁶⁷¹ Así, PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 93-97. La autora destaca, en relación al art. 291 CP, que no es posible seguir identificando el perjuicio con la disminución de valor monetario inmediato del patrimonio.

elementos objetivos y subjetivos previstos en el art. 291 CP a los fines de concluir que se ha incurrido en el delito de acuerdos abusivos. Para ello, y a la hora de precisar el abuso penalmente relevante, se debe aclarar que no se habla de la privación de un derecho patrimonial cualquiera sea su circunstancia. Por el contrario, y por tratarse de la esfera del Derecho penal, se requiere de algo más. En el caso del delito del art. 291 CP ese “algo más” es el abuso en la toma de decisión, el abuso (prevalimiento) de una posición mayoritaria.

Ese *plus* está dado por un auténtico abuso del Derecho, una forma clara de apartarse de las reglas del tráfico societario, un acuerdo sin justificación o sin necesidad razonable⁶⁷² y en claro perjuicio de los socios minoritarios. Un acuerdo que sólo puede interpretarse como un lucro injustificado de una mayoría sobre una minoría o la producción de un perjuicio infundado sobre la minoría. Una evidente irracionalidad económica de la decisión, que sólo puede verse como un acto de instrumentalización del socio minoritario para la obtención de un lucro del mayoritario o de terceros alejada de los riesgos permitidos en relación a la vida societaria. Se trata de un acuerdo cuyo contenido no ha sido celebrado por un interés económico y social que explique su actuación o bien tiene un contenido contrario al fin económico de la sociedad y alejada de los parámetros de racionalidad económica de mercado. Son acuerdos que se celebran, por ejemplo, para cumplir con fines ilícitos, para beneficiar exclusivamente a terceros o a los socios o administradores mayoritarios en relación a fines extrasocietarios, tendentes a burlar una ley o a quebrantar obligaciones contractuales. Todo en perjuicio de los socios minoritarios.

⁶⁷² Aquí, la determinación del abuso tiene un punto de contacto con la actual regulación del art. 204.1 LSC cuando se describe bajo qué circunstancias se entiende que un acuerdo se impone de forma abusiva. En dicho artículo, se hace referencia a que el acuerdo social no responda «a una necesidad razonable de la sociedad».

La idea de conflicto de intereses introduce un elemento de utilidad para la apreciación de determinadas conductas por parte de algún socio o administrador en contra de los intereses económicos del resto de socios y de la misma sociedad. Por ello, se puede afirmar la existencia de un interés contrapuesto o reñido al de la sociedad que integran y, a partir de allí, valorar un eventual indicio para la posible ponderación de una conducta abusiva siempre que el socio o administrador mayoritario obtenga un lucro o ventaja patrimonial o beneficie a un tercero contra el interés del resto de los socios y del interés colectivo de la sociedad, ya sea de manera directa o indirecta. P. ej., desviando valor de la esfera social a la esfera particular o de la esfera particular ajena a la esfera particular propia.

El estudio del principio general del abuso del Derecho permite extraer algunos principios de interés que, luego y a modo de criterios normativos, pueden ser aplicados a la hora de interpretar cuándo se daría el contenido penalmente abusivo de un acuerdo social. Un acuerdo puede ser catalogado *prima facie* de abusivo si se comprueba alguno de los siguientes supuestos.

En primer lugar, la mayoría no podrá hacer uso de su mejor posición para favorecer sus intereses extrasocietarios por encima de los intereses de la minoría y en su perjuicio. En otras palabras, en aquellos casos en los que la mayoría se aprovecha de su mejor situación y lo hace en busca de intereses extrasocietarios y en perjuicio de los socios minoritarios, se podría sospechar de un acuerdo abusivo.

En segundo lugar, cuando exista una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho que implique sobrepasar de modo patente sus límites normales. Por ejercicio anormal de un derecho se comprende al contenido de éste que no es utilizado conforme a la finalidad prevista aunque se respeten los límites formales. Se entiende al término «manifiestamente» tanto en el sentido de que sea ostensible como en el de que sea ciertamente relevante o desproporcionado.

Para valorar la existencia de una extralimitación manifiesta en el ejercicio del derecho de los socios o administradores y determinar la eventual existencia de un fin ilegítimo, injustificado o extrasocietario, se tendrá que analizar, p. ej., el tipo de negocio que se celebra, el modo en que se realiza, las partes intervinientes, los beneficiarios inmediatos de la operación, el normal desarrollo y funcionamiento de la junta o del consejo a la hora de cumplir con la votación respectiva, la posición del administrador en la empresa, la situación económica-financiera y contable de la misma y el contexto económico-financiero general en el que se lleva adelante la operación, las probabilidades futuras de ganancias y/o pérdidas vinculadas a la decisión social, las posibilidades de su control, lo exigible en virtud de una ordenada gestión y el valor estratégico de la decisión.

4. Para establecer cuándo se puede producir un perjuicio económico para los socios minoritarios o se ha obtenido un beneficio económico para la sociedad, será necesario recurrir a la idea de racionalidad económica de la mayoría, tener en cuenta los criterios del valor de mercado y realizar un análisis global de la situación patrimonial de la sociedad tras la celebración de un acuerdo supuestamente abusivo. Por consiguiente, no sólo se deben tener en cuenta las consecuencias inmediatas derivadas de la celebración del acuerdo sino también las consecuencias a largo plazo. Estas ideas deberán ser valoradas según el criterio de un observador objetivo e imparcial *ex ante*, esto es, al momento de la adopción del acuerdo social.

Además de los conceptos técnicos económicos, contables y financieros, será necesario contar con los informes técnicos, auditorías y pericias contables en aras a precisar si efectivamente se ha producido un eventual riesgo económico, una pérdida de capacidad económica y/o un beneficio económico en cada supuesto concreto y, en su caso, cuál ha sido su magnitud.

5. Teniendo en cuenta los criterios generales de la imputación objetiva, se deberá demostrar que con la celebración del acuerdo social abusivo se ha generado un riesgo concreto penalmente desaprobado, según la noción de perjuicio que se sigue en este trabajo.

En este contexto, el criterio del riesgo permitido asume un rol activo y de interés para restringir el ámbito de aplicación del art. 291 CP a determinadas conductas que se originan en el seno de la sociedad mercantil. Y aquí precisamente ingresan todos aquellos comportamientos en donde se pueda demostrar que, a pesar de haberse adoptado un acuerdo social que genera un riesgo jurídicamente relevante y concreto en contra del patrimonio del socio minoritario, estarían permitidas atendiendo a las circunstancias del caso.⁶⁷³ Por ejemplo, puede suceder con los denominados negocios de riesgo en donde, si bien se asume un riesgo importante de pérdida, se busca la obtención de importantes beneficios pero supeditados al devenir de ciertos acontecimientos que exceden el control personal de los socios.

De igual modo, el análisis del tipo penal debe excluir cualquier consecuencia imputable a factores externos del mercado (por ejemplo, una crisis inmobiliaria o una pérdida repentina del valor de unas acciones en la bolsa) o cuyos factores no sean competencia del socio o administrador mayoritario (por ejemplo, circunstancias que, por el rol o profesión, no debía conocer y no podía ponderar en su decisión).

⁶⁷³ En conexión con lo anterior, cabe destacar que la LSC en su art. 226 manda lo siguiente: «1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230».

También podrá utilizarse para restringir el ámbito del tipo penal y ponderar adecuadamente el contenido del acuerdo social a largo plazo, el valor estratégico de la decisión, las expectativas de ganancia futura y el plan global económicamente racional de la mayoría.⁶⁷⁴

Todas estas variables pueden contribuir a ampliar la perspectiva de análisis sobre el contenido del acuerdo social. Esto es, resulta posible que la celebración de un acuerdo social implique o haya implicado la producción de pérdidas económicas inmediatas tanto para la sociedad como para el socio minoritario, pero atendiendo a una perspectiva de largo plazo y a los criterios referidos previamente, sería posible concluir que dicho acuerdo no es perjudicial en los términos de este trabajo o, en su caso, hasta sería beneficioso al existir fundadas expectativas de importantes ganancias a futuro.

6. Desde la óptica del bien jurídico penalmente protegido, se trata de un tipo penal de aptitud que exige la producción de un resultado específico. Así, se exigirá la demostración de una acción idónea para generar un riesgo grave y serio para el patrimonio de los socios minoritarios. Idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. Pero, si se atiende al objeto del bien jurídico, se trata de un tipo penal de lesión de un derecho de naturaleza patrimonial, entendida dicha lesión en clave personal.

7. Con relación al tipo subjetivo, se exige que éste se integre por el conocimiento del grave riesgo para el bien jurídico protegido originado por la conducta del agente. Riesgo que se encuentra definido como elemento del tipo («en perjuicio de los demás socios») y debe ser debidamente probado. Y la prueba esencial de dicho riesgo será, en la mayoría de los casos, el informe pericial contable.

⁶⁷⁴ PASTOR MUÑOZ, NURIA, 2013, ps. 100-106 y nota 44.

8. El fundamento material del art. 291 CP es la lesión de un deber negativo, esto es, la lesión al principio *neminem laedere*. Lo que se pretende es prohibir que los socios mayoritarios se injeriran en las esferas organizativas de los socios minoritarios. La estructura de imputación está dada por la lesión al principio de autonomía, según el cual cada individuo goza de la libertad para organizar su propia esfera en los términos que estime conveniente. Por ello, se habla de competencia organizativa. Como contrapartida necesaria, pesa sobre él la prohibición de injerirse en las esferas de autonomía ajenas (reverso de la libertad). Esta prohibición es expresión del *neminem laedere* y representa el deber nuclear del Derecho penal: cada individuo es competente por su propia esfera de libertad y debe procurar organizarla de manera tal que de ahí no surjan daños para terceros. Tiene un deber negativo de no dañar,⁶⁷⁵ esto es, de no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

El legislador penal, en el art. 291 CP y a través de la norma de conducta, les exige a los socios mayoritarios que organicen sus esferas de libertad de modo tal que se abstengan de celebrar acuerdos sociales en forma abusiva y en perjuicio de los demás socios. Se pretende evitar que mediante un comportamiento arriesgado de manera no permitida para el patrimonio de la víctima se lesione la sustancia jurídica de su derecho patrimonial.⁶⁷⁶

Se puede afirmar que el art. 291 CP acarrea el menoscabo de un derecho patrimonial en forma de lesión de un deber negativo de no privar o disminuir, contra la voluntad de su titular, la sustancia jurídica de su derecho y de no constituir obligaciones contra su voluntad y en su perjuicio. En otras palabras, la lesión de un deber negativo de no reducir el estado patrimonial garantizado⁶⁷⁷ o la protección de disfrutar o conservar un determinado *statu quo* con relación al valor de su derecho patrimonial.

⁶⁷⁵ COX LEIXELARD, JUAN PABLO, 2012, p. 176.

⁶⁷⁶ JAKOBS, GÜNTHER, 2008, p. 8.

⁶⁷⁷ JAKOBS, GÜNTHER, 2008, ps. 12 y ss.

9. La creación del riesgo desaprobado (comienzo de ejecución) se producirá en el momento en el que se adopta el acuerdo abusivo por parte de la mayoría de socios, esto es, cuando ya se ha concretado la votación. La consumación operará cuando a dicho acuerdo se le suma la aprobación del acta correspondiente y la posibilidad de que, desde ese momento, dicho acuerdo sea idóneo para generar un riesgo grave y serio para el bien jurídico al resultar susceptible de ser ejecutado o, bien, ya genere la lesión de un derecho patrimonial y la consiguiente frustración económica del socio minoritario. Si por alguna razón llegara a producirse el efectivo perjuicio patrimonial sobre el socio minoritario, se tratará entonces de un caso de consumación cualificada.

La producción efectiva de un perjuicio económico no sería parte del agotamiento del injusto como sostienen algunos autores sino que, por el contrario y debido al carácter permanente de este delito, se tratará de la prolongación de los efectos consumativos. Asimismo, la permanencia del delito acarrea, en igual modo, la posibilidad de intervención delictiva luego de adoptado el acuerdo social abusivo.⁶⁷⁸

CAPÍTULO 3

1. Como regla general, y siempre que estén reunidas las condiciones objetivas y subjetivas del tipo penal de acuerdos abusivos, quienes hayan votado en forma simultánea y a favor del acuerdo pueden responder penalmente en calidad de coautores en tanto con su conducta habrían creado un riesgo penalmente no permitido.

2. También, como regla general y en los casos en donde los socios o administradores se oponen expresamente a la votación, se vota en blanco o se salva el voto, no es posible imputar objetivamente dicha conducta al resultado producido y derivado de la votación de los otros integrantes del órgano. Sin ir más lejos, el sólo hecho de votar

⁶⁷⁸ COX LEIXELARD, JUAN PABLO, 2012, p. 249.

en contra de la adopción de un acuerdo supuestamente abusivo nada tiene de antijurídico sino que, por el contrario, con ello se buscaría evitar la realización del ilícito. El voto en disidencia de ningún modo adopta el significado de estar a favor de la mayoría y sería sumamente discutible extender este significado en los casos de voto en blanco o voto salvado ya que tampoco se tratan *per se* de opciones por lo antijurídico.

3. Dos supuestos particulares son el de ausencia y el de adhesión posterior al acuerdo. En el primer caso, no se considera que el delito de acuerdos abusivos se pueda realizar mediante un actuar en comisión por omisión. Esto es, ni el verbo típico imponer parece compatible con el supuesto de ausencia en una votación ni parece lógico interpretar que quien no está presente en dicha votación, supuesto que no está prohibido por la ley societaria sino que se trata de un comportamiento permitido, se está prevaleciendo de su situación mayoritaria. Por lo tanto, no se encuentra suficientemente justificada o, por lo menos, resulta seriamente discutible imputar el injusto de acuerdos abusivos a la persona que no estuvo presente en una votación. Ello, sin perjuicio de la inexistencia de un deber especial en cabeza de los socios que permita fundar una eventual posición de garante. En definitiva, y siempre que se comparta lo dicho previamente, la consecuencia directa ante una eventual imputación a título de omisión impropia colisionaría con la prohibición de analogía *in malam partem* y con el principio de legalidad (mandato de determinación).

En el segundo caso (adhesión), se puede argumentar que, habiendo sido posterior la adhesión al acuerdo abusivo ya adoptado por medio de una mayoría consolidada y sin que la nueva adhesión pudiera modificar el hecho consumado ni la situación mayoritaria original, no se tiene que imputar objetivamente dicha conducta por cuanto no se intervino al momento en el que se produjo el incremento del riesgo penalmente desaprobado (votación precedente) ni su conducta posterior ocasionó un *plus* o aumento del

riesgo ya creado con anterioridad. Esto es, y en principio, la circunstancia de que un integrante de la asamblea o del consejo se haya adherido -o no- al acuerdo supuestamente abusivo nada cambia ni aporta al hecho ya consumado. En otras palabras, si el integrante no se adhirió al acuerdo, éste seguirá su curso causal y, del mismo modo, si el integrante se hubiera adherido al acuerdo.

Ahora bien, distinto es el caso del acuerdo ya adoptado que, a lo largo del tiempo, sigue produciendo consecuencias negativas. Si bien la simple adhesión posterior al contrato no implica ningún *plus* delictivo ni aumento del riesgo, sí es objeto de análisis y de eventual responsabilidad penal en el caso de que el adherente además hubiera intervenido en la *ejecución* del acuerdo porque se estaría ante un supuesto de consumación cualificada y, como tal, puede suceder que los efectos consumativos se vayan agravando con el tiempo. En síntesis, la permanencia del delito acarrea la posibilidad de intervención delictiva luego de producida la consumación.

4. Otro supuesto que amerita su análisis es el siguiente. ¿Qué sucede con el miembro del órgano colegiado que vota en contra de la adopción de un acuerdo pero su presencia en la votación ha permitido la conformación del *quórum* necesario para proceder a la deliberación y posterior aprobación del acuerdo ilícito por parte del resto de votantes? O en otras palabras. ¿Es relevante para el Derecho penal que haya podido impedir la aprobación del acuerdo ilícito mediante la inasistencia a la sesión del órgano colegiado? Acaso, ¿debía no asistir a dicha sesión?

En mi opinión, no se le puede atribuir responsabilidad penal, según el art. 291 CP, a la persona que votó en contra de la adopción del acuerdo social abusivo por no haber creado un riesgo penalmente desaprobado ni haberlo incrementado, aún cuando con su presencia hubiera podido facilitar el *quórum* necesario para poder dar inicio a la etapa de deliberación. Su conducta, mera asistencia a la asamblea, se encuentra lejos del comienzo de la tentativa y, por lo tanto, no se

podría hablar de una intervención delictiva con antelación a esta fase del *iter criminis* y, menos aún, que con su conducta haya contribuido a imponer un acuerdo abusivo, *máxime* cuando su voto fue negativo.

Si bien estos argumentos ya podrían ser suficientes para resolver los interrogantes planteados, se agregan las siguientes consideraciones. En primer lugar, no hay base lógica para afirmar que, por participar en la votación, el disidente optara por el contenido final de la votación del órgano sino que, simplemente, acepta la conclusión de la fase de formación de opinión.⁶⁷⁹ En segundo lugar, no existe en el sistema jurídico un delito de omisión pura que reprima el no haber evitado la adopción de un acuerdo en el ámbito societario. Y, en tercer lugar, no se puede afirmar que el caso sea subsumible en un supuesto de comisión por omisión ya que el miembro del órgano colegiado no tiene un deber de evitar la votación.⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ JAKOBS, GÜNTHER, 1996, p. 90; MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos #M>, p. 7.

⁶⁸⁰ MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos #M>, p. 7.

BIBLIOGRAFÍA*⁶⁸¹

1. AGUADO CORREA, TERESA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999,
2. ALBÁCAR, JOSÉ LUIS; MARTÍN GRANIZO, MARIANO; *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Artículos 1 a 332, T.I, 1991,
3. ALCALÁ DÍAZ, MARÍA Á., *El Derecho de Impugnación del Socio en la Sociedad Anónima Cotizada*, La Ley, Madrid, 2006,
4. ALCHOURRON, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993,
5. ALEGRÍA, HÉCTOR, «El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, *Abuso del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998,
6. ALESSANDRI, ALBERTO, «Appunti sulle prospettive di riforma del diritto penale societario» en *Le Società*, Milano, n.2/2000,
7. ALESSANDRI, ALBERTO, «La legge delega n.366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario», en *Il Corriere Giuridico*, Anno XVIII, n.7/2001,
8. ALESSANDRI, ALBERTO [IA], «Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari» en *Le Società*, n.7, 2002,
9. ALESSANDRI, ALBERTO [IB], «I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico» en *Questione Giustizia*, Milano,1/2002,
10. ALESSANDRI, ALBERTO[IC], «Alcune considerazioni generali sulla riforma» en *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, Ipsoa, 2002,

*⁶⁸¹ En el texto principal, y a diferencia del presente apartado, se utilizó una cita abreviada, esto es, indicando únicamente el nombre del autor, el año de la obra y la página citada. Sólo en aquellos casos en que el autor hubiera escrito varias obras o artículos correspondientes a un mismo año, se las diferenció en el texto principal con el nombre del autor, un corchete que contiene un número romano y una letra, el año de la obra y página citada. La razón principal de esta decisión fue en honor a la brevedad, *máxime* en aquellos apartados en los que se recopila la opinión de varios autores. Se evita así la inserción de notas al pie excesivamente largas y espaciosas, dificultando así la lectura del texto principal.

11. ALESSANDRI, ALBERTO [ID], «Simbolico reale nella riforma del diritto penale societario» en *Mercato Concorrenza Regole*, 2002,
12. ALESSANDRI, ALBERTO [IE], «Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari», en *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2002,
13. ALESSANDRI, ALBERTO, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna 2010,
14. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993,
15. ALEXY, ROBERT, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, nº 66, 2002,
16. ALEXY, ROBERT, «Sobre los derechos constitucionales a la protección» en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007,
17. AMBOS, KAI, «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 8, Madrid, 2001,
18. AMBROSETTI, ENRICO M.; MEZZETTI, ENRICO; RONCO, MAURO, *Diritto penale dell'impresa*, 2 ed., Zanichelli, Bologna, 2009,
19. ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale. Leggi Complementari. I Reati ed Illeciti Depenalizzati Fallimentari Societari Bancari e Tributari*, 7ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990,
20. ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale. Leggi Complementari*, V.I., Milano, Giuffrè, 2007,
21. AREÁN LALÍN, MANUEL, «Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios» en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, VV.AA., Fundación Caixa de Galicia, 1998,
22. ARROYO ZAPATERO, LUIS, «Delitos socioeconómicos» en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996,

23. ARROYO ZAPATERO, LUIS, «Derecho Penal Económico y Constitución» en *Revista Penal*, V.1, Praxis, Barcelona, 1998,
24. ATIENZA, MANUEL; RUIZ MANERO, JUAN, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000,
25. BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal» en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXVII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1998,
26. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso de Derecho Penal Económico*, VV.AA., 2ª ed., Dir. Bacigalupo, E., Marcial Pons, Barcelona, 2005,
27. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, T.II, Marcial Pons, Barcelona, 2009,
28. BACIGALUPO, SILVINA, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007,
29. BAENA BAENA, PEDRO J., *Legitimación Activa para Impugnación de Acuerdos Sociales (de la junta general de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006,
30. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal Español de 1995» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economía*, CEDAM, Anno IX, N° 3, Luglio-Settembre, 1996,
31. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, «Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria» en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, VV.AA., Fundación Caixa de Galicia, 1998,
32. BAJO, MIGUEL, BACIGALUPO, SILVINA, *Derecho Penal Económico*, Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001,
33. BALCARCE, FABIÁN, «Introducción al estudio de la parte especial del Derecho penal» en *Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio*. T. 1, 2ª ed., Córdoba, 2009,
34. BARBERO SANTOS, MARINO, «Introducción general a los delitos socio-económicos. Los delitos societarios» en *Rivista Trimestrale di*

Diritto Penale dell'Economía, CEDAM, Anno X, N° 3, Luglio-Settembre, 1997,

35. BARNES, JAVIER, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998,

36. BASTRESS, ROBERT M., «El principio de la “alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano» en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998,

37. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.); *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Aranzadi, 2006,

38. BIGLIAZZI GERI, LINA, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967,

39. BLANCO LOZANO, CARLOS, «Delitos societarios», (en línea), Id. vLex: VLEX-247185, Dirección URL: <http://www.vlex.com/vid/247185>, 2008,

40. BOLDÓ RODA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi, Pamplona, 1996,

41. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, I, 5ª ed., actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970,

42. BORDA, GUILLERMO, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971,

43. BORRÁS DE QUADRAS, ÁLVARO E., *Impugnación de Acuerdos Sociales*, Bosch, Barcelona, 2007,

44. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997,

45. BYERS, MICHAEL, «Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age», in *Law Journal Macgill*, (en línea) Dirección URL: <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/47.2.Byers.pdf>, 2002,

46. CAFFERATA NORES, JOSÉ I., TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado*, T.1., Mediterránea, Córdoba, 2003,

47. CALAZA LÓPEZ, MARÍA S., *El Proceso de Impugnación de Acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003,
48. CALDERÓN CEREZO, ANGEL, *Derecho Penal. Parte Especial*, T.II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001,
49. CALDERÓN CEREZO, ANGEL, CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ A., *Código Penal Comentado*, Deusto, Barcelona, 2004,
50. CALVO SOTELO, JOSÉ, *La Doctrina del Abuso del Derecho como Limitación del Derecho Subjetivo*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1917,
51. CARRERA, DANIEL P., *Administración Fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2002,
52. CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ A., «Protección penal del sistema financiero», en *Diario La Ley*, nº 5865, Ref.D-220, Ed. La Ley, Año XXIV, 7 oct. 2003,
53. CLÉRICO, LAURA, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009,
54. COCA VILA, IVÓ, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo» en *Indret* (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2011,
55. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium S.A., Madrid, 1997,
56. CONTI, LUIGI, «I soggetti» en *Trattato di diritto penale dell'impresa*, V.1, CEDAM, Milano, 1990,
57. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (Dira.), VV.AA., *Manual Práctico de Derecho Penal, Parte Especial*, T. II, Derecho Penal de Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002,
58. COSTA BIDEGARAY, ENRIQUE, *El comportamiento abusivo de la mayoría: una visión desde la perspectiva del artículo 291 del Código Penal*, Actualidad Penal, Ref. XV, pág. 317, Tomo 1, Editorial La Ley, 1999,

59. COSSU, MONICA, *Società aperte e interesse sociale*, Giappichelli, Torino, 2006,
60. COX LEIXELARD, JUAN PABLO, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012,
61. CRESPI, ALBERTO, *Studi di diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2010,
62. CUERDA RIEZU, ANTONIO, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna» en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Dirs. Díez Ripollés y otros, Tecnos, Madrid, 2002,
63. DAVILA MILLAN, ENCARNACIÓN, «Efectos de los acuerdos sociales respecto a los accionistas con limitación de asistencia y voto a la junta general» en *Diario La Ley*, La Ley, Tomo 4, 1992,
64. DE ALFONSO LASO, DANIEL, *Los delitos societarios y la administración desleal de empresas*, La ley penal, nº 15, La ley, abril, 2005,
65. DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, T.I, Paz-Ares Rodríguez, Candido y otros (Directores), 1991,
66. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007,
67. DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, *Comentarios al Código Penal de 1995*, VV.AA., Coord. Vives Antón, Tirant lo blanch, Valencia, 1996,
68. DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [IA], «Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995» en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, VV.AA., Dir. Martínez-Buján Pérez, Universidad Da Coruña, Da Coruña, 1998,
69. DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO [IB], *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998,
70. DEL SASSO, GIAN P., «Illecita influenza sull'assemblea» en *I reati societari*, A cura di Lanzi y Cadoppi, CEDAM, Milano, 2007,

71. DI AMATO, ASTOLFO, «Diritto penale dell'impresa: aspetti problematici e prospettive di riforma» en *Trattato di diritto penale dell'impresa*, V.V.A.A., V.1, CEDAM, Padova, 1990,
72. DI AMATO, ASTOLFO, *Diritto penale dell'impresa*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 2011,
73. DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecorvo S.A., Madrid, 1997,
74. DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, *Los derecho mínimos del socio*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005,
75. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, *Los acuerdos del Consejo de Administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, Bosch, Barcelona, 1999,
76. DÍEZ-PICAZO, LUIS; GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1985,
77. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010,
78. EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo S.A., Madrid, 1998,
79. ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR; WOLFF, MARTÍN, *Tratado de Derecho Civil, Parte General II*, T.1, Bosch, Barcelona, 1935,
80. FARALDO CABANA, PATRICIA [IA], *Los delitos Societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996,
81. FARALDO CABANA, PATRICIA [IB], «Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995» en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, Univ. Santiago de Compostela, 1996,
82. FARALDO CABANA, PATRICIA, *Los delitos Societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000,
83. FARALDO CABANA, PATRICIA, «Consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell 'Economía*, CEDAM, Anno XVI- N.1-2, Gennaio-Giugno, 2003,

84. FARRANDO MIGUEL, IGNACIO, «La reforma de la LSC y el régimen transitorio de la impugnación de acuerdos sociales» en *Diario La Ley*, N° 8491, Sección Doctrina, Ref. D-80, 2 de Marzo de 2015,
85. FASSBENDER, BARDO, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998,
86. FEJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial» en *Indret*, (en línea). Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 2009,
87. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL, «Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, n° 238, Madrid, 1996,
88. FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., *Los delitos Societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1998,
89. FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER G., *Comentarios al Código Penal*, T. IX, VV.AA., Dir. Cobo del Rosal, EDERSA, Madrid, 1999,
90. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, 2001 y 2005,
91. FIORELLA, ANTONIO, «I principio generali del diritto penale dell'impresa», en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Il diritto penale dell'impresa*, CEDAM, Padova, 2001,
92. FOFFANI, LUIGI, «Infedelà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa» en *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1997,
93. FOFFANI, LUIGI, «Delitos societarios» en *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, Dir. Martínez-Buján Pérez, Lugami, Coruña, 1998,
94. FOFFANI, LUIGI, «I reati societari nel nuovo Codice Penale Spagnolo del 1995» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economía*, CEDAM, Anno XII, N° 1-2, Gennaio-Giugno, 1999,

95. FOFFANI, LUIGI, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, VV.AA., 2 ed. actualizada, Monduzzi, Bologna, 2000,
96. FOFFANI, LUIGI, «Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, Anno XX, n. 1-2, CEDAM, 2007,
97. FORTI, GABRIO, «Nei labirinti delle leggi di bronzo: evoluzioni e involuzioni del diritto penale societario italiano» en *Diritto penale delle società, Profili sostanziali e processuali*, A cura di Cerqua, CEDAM, Milano, 2009,
98. FRISCH, WOLFGANG, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996,
99. FRISCH, WOLFGANG, «Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin», en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000,
100. FRISCH, WOLFGANG [IA], *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004,
101. FRISCH, WOLFGANG [IB], «La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático» en *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004,
102. FRISCH, WOLFGANG, «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la penal estatal», en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
103. GALGANO, FRANCESCO, «La società per azioni», 2ª ed., en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, V.7, CEDAM, Milano, 1988,
104. GALLEGO DÍAZ, MANUEL «Los delitos societarios y las fundaciones» en *Revista de Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2000,

105. GALLEGO SOLER, JOSÉ I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002,
106. GALLEGO SOLER, JOSÉ I., «Política criminal en materia de delitos societarios» en *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995*, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dirs.), Gómez Martín, (Coord.), B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2006,
107. GALETTA, DIANA-URANIA [IA], «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998,
108. GALETTA, DIANA-URANIA [IB], «El principio de proporcionalidad en el Derecho Público italiano» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998,
109. GARCÍA CAVERO, PERCY, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999,
110. GARCÍA DE ENTERRIA, JAVIER, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas S.A., Madrid, 1996,
111. GARCÍA MANRIQUE, RICARDO, «Presentación» en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007,
112. GARCÍA-PITA Y LASTRES, JOSÉ L., «La responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del seguro privado. Reflexiones sobre la posibilidad de cobertura de las responsabilidades derivadas de la comisión de delitos societarios» en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, VV.AA., Fundación Caixa de Galicia, 1998,
113. GETE·ALONSO Y CALERA, MARIA DEL CARMEN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albadejo y Díaz Alabart (Dires), T.1, V.1º, Artículos 1 al 7 del Código Civil, 2ª ed., 1992,
114. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999,
115. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, «Presentación» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,

116. GIMENO SENDRA, VICENTE, «Los delitos económicos en el nuevo Código Penal» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, nº 249, Madrid, 1996,
117. GIUNTA, FAUSTO, *Lineamenti di diritto penale dell'economia, Delitti contro l'economia pubblica e reati societari*, V.1, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2004,
118. GIUNTA, FAUSTO, «Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, CEDAM, 2006,
119. GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IA], «Delitos societarios» en *Derecho penal económico, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001,
120. GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ M. [IB], *Estudios Penales*, Colex, Madrid, 2001,
121. GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ M., «Delitos Societarios» en *El Código Penal de 1995, cinco años después, Jornadas de Derecho Penal*, VV.AA., Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002,
122. GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2003,
123. GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blach, Valencia, 2008,
124. GONZÁLEZ GUERRA, CARLOS M., *Delitos de infracción de un deber*, Ad-Hoc, Bs. As., 2006,
125. GONZÁLEZ RUS, JUAN J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I, VV.AA., Cobo del Rosal (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1996,
126. GONZÁLEZ RUS, JUAN J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, VV.AA., Cobo del Rosal (Coor.), Dykinson, Madrid, 2004,
127. GONZÁLEZ VIZCAYA, EDUARDO, «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal» en *Actualidad Penal, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho Penal*, nº 10/3, Madrid, 1997,
128. GRANADOS PÉREZ, CARLOS, «Problemática de los arts. 291 y 292 del Código Penal» en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*,

VV.AA., Bacigalupo Zapater (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997,

129. GRISPIGNI, FILIPPO, *Diritto penale italiano, La struttura della fattispecie legale oggettiva*, V.II, Giuffrè, Milano, 1947,

130. GROSSO, CARLO F., «Avvertenza alla tredicesima edizione» en *Manuale di diritto penale. Leggi Complementari*, ANTOLISEI, FRANCESCO, V.I., Milano, Giuffrè, 2007,

131. HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995,

132. HASSEMER, WINFRIED, «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales» Trad. Castiñeira Palou y Robles Planas, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,

133. HATTENHAUER, HANS, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987,

134. HEFENDEHL, ROLAND, «El bien jurídico como eje material de la norma penal» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,

135. HERMOSILLA, RAMÓN, Bufete de Abogados, *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Sopec S.A., Madrid, 1996,

136. HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, «Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno» en *Revista General de Derecho Penal*, n° 11, (en línea) Dirección URL:http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=40767, 2009,

137. HIMSWORTH, C.M.G., «La proporcionalidad en el Reino Unido» en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998,

138. HOHFELD, WESLEY N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1946,

139. JAEGER, PIER G., *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964,

140. JAKOBS, GÜNTHER, «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos» en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996,
141. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997,
142. JAKOBS, GÜNTHER, «Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin», en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000,
143. JAKOBS, GÜNTHER [IA], «La imputación objetiva en derecho penal» en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006,
144. JAKOBS, GÜNTHER [IB], «La imputación penal de la acción y de la omisión» en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006,
145. JAKOBS, GÜNTHER [IC], «La prohibición de regreso en los delitos de resultado» en *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006,
146. JAKOBS, GÜNTHER, «La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial» en *Indret*, (en línea) Dirección URL: www.indret.com, Barcelona, 4/2008,
147. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 1993,
148. JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil*, T.I, V.1º, Trad. Cunchilos y Manterola, Bosch, Buenos Aires, 1950,
149. JUFRESA PATAU, FRANCESC P.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, CRISTOBAL, «Arts.290-297: Los delitos societarios» en *Delitos societarios de la receptación, y contra la Hacienda Pública, Artículos 290 a 310 del Código Penal*, VV.AA., Bosch, Barcelona, 1998,
150. JUSTE MENCÍA, JAVIER, *Los «Derechos de Minoría» en la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1995,

151. KAHLO, MICHAEL, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
152. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, «Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Abuso del derecho*, nº 16, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998,
153. KINDHÄUSER, URS, «Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho penal» en *Derecho Penal Empresario*, Jacobucci (Dir.), B de F, Montevideo, 2010,
154. KLUTH, WINFRIED, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998,
155. KUHLEN, LOTHAR, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito» Trad. Ortiz de Urbina Gimeno, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,
156. LAMARCA PÉREZ, CARMEN (Coord.) y VV.AA., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Colex, Madrid, 2001,
157. LANDECHO VELASCO, CARLOS M.; MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996,
158. LARENZ, KARL, *Derecho Civil, Parte General*, Trad. Izquierdo y Macías-Picavea, Revista de Derecho Privado, 1978,
159. LASARTE, CARLOS, *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, T.I, 13ª ed., 2007,
160. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN A., «La proporcionalidad de la norma penal» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998,
161. LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona, 1994,

162. LESCH, HEIKO, «Intervención delictiva e imputación objetiva» (en línea), Dirección URL: <http://www.cienciaspenales.net>, 1995,
163. LOPERA MESA, GLORIA P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006,
164. LÓPEZ LORENZO, VIRTUDES; FACORRO ALONSO, ALBERTO, «Aspectos penales del régimen de las sociedades mercantiles. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles» en *Delincuencia Económica*, VV.AA., Magro Servet (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007,
165. LUZÓN CUESTA, JOSÉ M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., 3ª conforme al CP de 1995, Dykinson, Madrid, 2000,
166. MADINA, FERNANDO, *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quorum de constitución y mayorías*, Marcial Pons, Barcelona, 2004,
167. MAGRO SERVET, VICENTE, *Delitos en el ámbito empresarial, Colección soluciones legales para la empresa*, Expansión La Ley, Madrid, 2005,
168. MAGRO SERVET, VICENTE, «La responsabilidad penal de los administradores de hecho» en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Soler Pascual (Dir.), Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007,
169. MALAVASI, MARCELLO, *I nuovi reati societari*, UTET Giuridica, Torino, 2008,
170. MANNA, ADELMO, «Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, CEDAM, 2003,
171. MANNA, ADELMO (Dir.), *Corso di diritto penale dell'impresa*, CEDAM, Milano, 2010,
172. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B., «La responsabilità penale dell' 'imprenditore, dei quadri intermedi e dei subordinati per i reati commessi avvalendosi della struttura organizzata dell' 'impresa» en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, CEDAM, Anno XXIII, N° 1-2, Gennaio-Giugno, 2010,

173. MARINUCCI, GIORGIO, «Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 1988,
174. MARTÍN BERNAL, JOSÉ M., «Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del Abuso del Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXII, Fascículo 1, enero-marzo, 1979,
175. MARTÍN BERNAL, JOSÉ M., *El Abuso del Derecho (Exposición, valoración y descripción del mismo)*, Montecorvo, Madrid, 1982,
176. MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., «Los delitos societarios» en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Soriano Soriano (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996,
177. MARTÍN PALLÍN, JOSÉ A., «Los delitos societarios» en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, T.II, Parte Especial, Gimeno Sandra; Queralt y Martín Pallín (Dir.), Colex, Madrid, 1997,
178. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., «Delitos societarios» en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Vives Antón y Manzanares Samaniego (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996,
179. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., «Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta» en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, VV.AA., Fundación Caixa de Galicia, 1998,
180. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001,
181. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., *Derecho Penal Económico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002,
182. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005,
183. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS M., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011,
184. MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., *¿Abuso del Derecho?*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1998,

185. MARTÍNEZ NADAL, APOL-LÓNIA, *El Principio Mayoritario de Funcionamiento de la Junta General en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Análisis del art. 53 de la LSRL de 1995)*, Aranzadi, Navarra, 2008,
186. MARTÍNEZ-SIMANCAS, JULIÁN «Consideraciones previas en torno a los nuevos delitos societarios» en *Dirección y Progreso*, nº 146, Madrid, Marzo-Abril, 1996,
187. MATA MARTIN, RICARDO M., «Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas» en *Empresa y Derecho Penal (I)*, V.V.A.A., Del Rosal Blasco (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999,
188. MAYO CALDERÓN, BELÉN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2005,
189. MAZZACUVA, NICOLA, *Trattato di diritto penale dell'impresa, I reati societari*, V.2, CEDAM, Milano, 1992,
190. MEDINA GUERRERO, MANUEL, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales» en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998,
191. MEINI, MÉNDEZ, IVÁN F., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003,
192. MEINI MÉNDEZ, IVÁN F., «Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado» (en línea), Dirección URL: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos#M>,
193. MESTRE DELGADO, ESTEBAN, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lamarca Pérez (Coord.), VV.AA, Colex, Madrid, 2001,
194. MIEDICO, MELISSA, «I reati societari nel codice penale spagnolo del 1995» en *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, Ipsoa, 2002,
195. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002,

196. MIR PUIG, SANTIAGO, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal» en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, T. II, Dirs. Carbonell Mateu y otros, Tirant lo blanch, Valencia, 2009,
197. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed. a cargo de Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011,
198. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, «Introducción al abuso del derecho» en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1/2, nº 83/84, 2004,
199. MORENO CÁNOVES, ANTONIO; RUIZ MARCO, FRANCISCO, *Delitos Socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, EDIJUS, Zaragoza, 1996,
200. MORENO CHAMARRO, ISMAEL, *Delitos Societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2005,
201. MORENO CHAMARRO, ISMAEL, «Imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (Art. 291 Código Penal)» (en línea), en Id. vLex: VLEX-296624, Dirección URL: <http://www.vlex.com/vid/296624>,
202. MOSSET ITURRASPE, JORGE, «El “abuso” en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y LLambías. Una situación concreta: el abuso y el derecho ambiental» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16, *Abuso del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1998,
203. MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona, 2007,
204. MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, 2 ed., Bosch, Barcelona, 2010,

205. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Delitos societarios» en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Gómez Colomer y González Cussac (Coord.), Colección Estudios jurídicos, nº 2, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997,
206. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial» en *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001,
207. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007,
208. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2010,
209. MUSCO, ENZO, *Diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 1999,
210. MUSCO, ENZO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2007,
211. NAPOLEONI, VALERIO, *I reati societari, Infedeltà ed abusi di potere*, II, Giuffrè, Milano, 1992,
212. NAVARRO FRÍAS, IRENE, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?» en *Indret*, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2010,
213. NEILA NEILA, JOSÉ Mª., «Delitos societarios» (en línea) en Id. vLex: VLEX-349365, Dirección URL: <http://www.vlex.com/vid/349365>
214. NEUMANN, ULFRID, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena» Trad. Sánchez-Ostiz, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,
215. NIETO MARTÍN, ADÁN, *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996,
216. NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis del Derecho*, 9ª ed., Ariel, Buenos Aires, 1999,

217. NUÑEZ, RICARDO, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Lerner, Córdoba, 1987,
218. NUÑEZ, RICARDO, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, 1989,
219. ORTS BERENGUER, ENRIQUE; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004,
220. PALAZZO, FRANCESCO C.; PALIERO, CARLO E., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2 ed., CEDAM, Milano, 2007,
221. PASTOR MUÑOZ, NURIA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004,
222. PASTOR MUÑOZ, NURIA, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Silva Sánchez (Dir.), Ragués i Vallès (Coord.), Atelier, Barcelona, 2006,
223. PASTOR MUÑOZ, NURIA, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)» (en línea) en *Indret*, Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 2008,
224. PASTOR MUÑOZ, NURIA, «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico» en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Silva Sánchez/Miró Llinares (Dir.), La Ley, Madrid, 2013,
225. PASTOR MUÑOZ, NURIA; COCA VILA, IVÓ, «¿Administración desleal mediante la creación de riesgo de sanciones para el patrimonio administrado» en *Indret* (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2015,
226. PAZ-ARES, CÁNDIDO, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)» en *Tratado de la Sociedad Limitada*, Paz-Ares (Coord.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997,
227. PAZ ARES, CÁNDIDO, «La anomalía de la retribución externa de los administradores» en *Indret*, (en línea), Dirección URL: <http://www.indret.com>, 2014.

228. PEDRAZZI, CESARE, «Prefazione» en *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, Ipsoa, 2002,
229. PEDRAZZI, CESARE [IA], «I reati societari in regime di amministrazione collegiale», en *Diritto Penale, Scritti di diritto penale dell'economia, Problemi generali diritto penale societario*, III, Giuffrè, Milano, 2003,
230. PEDRAZZI, CESARE [IB], «Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori» en *Diritto Penale, III, Scritti di diritto penale dell'economia, Problemi generali diritto penale societario*, Giuffrè, Milano, 2003,
231. PEDRAZZI, CESARE [IC], «La disciplina penale delle società commerciali» en *Diritto Penale, Scritti di diritto penale dell'economia, Problemi generali diritto penale societario*, III, Giuffrè, Milano, 2003,
232. PEDRAZZI, CESARE [ID], «Problemi di tecnica legislativa» en *Diritto Penale, Scritti di diritto penale dell'economia, Problemi generali diritto penale societario*, III, Giuffrè, Milano, 2003,
233. PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *Curso de Derecho Penal Económico*, VV.AA., 2ª ed., Bacigalupo (Dir.), Marcial Pons, Barcelona, 2005,
234. PÉREZ VALERO, IGNACIO, «Los distintos conceptos del delito societario del Código Penal de 1995» en *Diario La Ley*, Ref. D-47, Tomo 2, La Ley, 2001,
235. POLO, ANTONIO, «Prólogo» en *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Trad. Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958,
236. POLO VEREDA, JAVIER, «Naturaleza y formación de mayorías ficticias en los órganos de las sociedades mercantiles» en *Diario La Ley*, Ref. D - 292, Tomo 6, La Ley, 1998,
237. QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2002,
238. QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., *Derecho penal español, Parte especial*, 6ª ed., revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010,
239. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, «Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (Cuestiones generales)» en *Jornadas sobre el*

nuevo Código Penal de 1995, Consejo Vasco de la Abogacía, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1996,

240. RATHENAU, WALTHER, «La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari» en *Rivista Delle Società*, Guiffirè, Milano, 1960,

241. RENDE, DOMENICO, «Saggio di una teoria del reato collegiale» en *Il Pensiero Giuridico Penale*, 1943,

242. RENDE, DOMENICO, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, Zanichelli, Bologna, 1948,

243. RÍOS CORBACHO. JOSÉ M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Universidad de Cádiz, Murcia, 2005,

244. ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003,

245. ROBLES PLANAS, RICARDO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007,

246. ROBLES PLANAS, RICARDO; RIGGI, EDUARDO J., «El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación» en *InDret*, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 4/2008,

247. ROBLES PLANAS, RICARDO, «Introducción a la edición española. Dogmática a los límites del Derecho Penal» en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,

248. ROBLES PLANAS, RICARDO, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal» en *InDret*, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 4/2013,

249. RODRIGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, «Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, número extraordinario 1, 2000,

250. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios» en *Anuario de derecho*

penal y ciencias penales, Serie 1, nº 3, Tomo XXXVII, Fascículo III, Sebpre-Dicbre, MCMLXXXIV,

251. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción» en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, VV.AA., Fundación Caixa de Galicia, 1998,

252. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, «Los nuevos delitos pseudosocietarios» en *Revista Jurídica General: Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Monográfico sobre: Las penas y el delito societario en el Código Penal*, abril-mayo, 1996,

253. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (Dir.), *Código Penal. Comentado y con Jurisprudencia*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2009,

254. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, DANIEL, *Impugnación de Acuerdos de la Junta de Accionistas. Legislación, doctrina y jurisprudencia según el nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed. corregida, revisada y actualizada, Aranzadi, Pamplona, 1994,

255. ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Trad. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1994,

256. ROVIRA VIÑAS, ANTONI, *El Abuso de los Derechos Fundamentales*, Ediciones Península, 1983,

257. ROXIN, CLAUS, *Problemas básicos del Derecho penal*, Luzón Peña (traductor), Reus, Madrid, 1976,

258. ROXIN, CLAUS [IA], «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000,

259. ROXIN, CLAUS [IB], «Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin», en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000,

260. ROXIN, CLAUS [IE], *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Trad., por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000,

261. ROXIN, CLAUS [IC], *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, T. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2007,
262. ROXIN, CLAUS [ID], «¿Es la protección de bien jurídicos una finalidad del derecho penal?», en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
263. RUBIO LARA, PEDRO A., *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español (una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia españolas)*, Dykinson, Madrid, 2006,
264. SÁEZ LACAVE, MARÍA I., «Las bases económicas del derecho de la junta de socios» en *InDret*, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 2008,
265. SÁEZ LACAVE, MARÍA I., «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces» en *InDret*, (en línea) Dirección URL: <http://www.indret.com>, Barcelona, 2009,
266. SALOM ESCRIVÁ, JUAN S., «La investigación de los delitos societarios» en *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, VV.AA., Solaz Solaz (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005,
267. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, MANUEL M., *Los delitos Societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996,
268. SÁNCHEZ CALERO FERNANDO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, V.I, 24ª ed., revisada con la colaboración de Sánchez-Calero Guilarte, McGraw Hill, Madrid, 2002,
269. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007,
270. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de Derecho Mercantil*, 15ª ed. (6ª Aranzadi), Aranzadi, Pamplona, 2010,
271. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de derecho mercantil*, V. 1, 30ª ed. (3ª en Aranzadi), Aranzadi, Navarra, 2007,

272. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de derecho mercantil*, V.1, 33ª ed., (6ª Aranzadi), Aranzadi, Navarra, 2010,
273. SÁNCHEZ LINDE, MARIO, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Navarra, 2009,
274. SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, «El abuso de posición de dominio: Imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del Código Penal)» en *Libro Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, V.III, Martínez-Calcerrada y Gómez (Dir. y Coord.), Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2001,
275. SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de Intereses entre Socios en Sociedades de Capital (Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Aranzadi, Navarra, 2000,
276. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002,
277. SCHÜNEMANN, BERND, «Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin», en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000,
278. SCHÜNEMANN, BERND, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Di Plácido, Buenos Aires, 2004,
279. SCHÜNEMANN, BERND, «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
280. SCHÜNEMANN, BERND, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal», Trad. Robles y Riggi, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,
281. SCHULENBURG, JOHANNA, «Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de del delito e imputación objetiva» en *La teoría del*

Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Barcelona, 2007,

282. SEHER, GERHARD, «La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,

283. SEHER, GERHARD, «¿Puede ser “subsidiario” el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico “indiscutido”» Trad. Montiel, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,

284. SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, «Los difusos contornos de los delitos societarios y su imprecisa frontera con otras conductas afines» en *Actualidad Penal*, Nº 15, Ref. XV, pág. 349, Tomo 1, Editorial La Ley, 2002,

285. SEQUEIROS SAZATORNIL, FERNANDO, *Delitos societarios y conductas afines (La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores)*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2006,

286. SERRANO CAÑAS, JOSÉ M., *El Conflicto de Intereses en la Administración de las Sociedades Mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2008,

287. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal. Parte Especial, II, Delitos contra el patrimonio*, Dykinson, Madrid, 1996,

288. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Dykinson, Madrid, 2003,

289. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed., Dykinson, Madrid, 2009,

290. SERRANO TÁRRAGA, MARÍA D., «Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal» en *Actualidad Penal*, nº 41, ref. XLI, T.4, La Ley, 2001,

291. SERRICK, ROLF, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Trad. Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958,

292. SILVA SÁNCHEZ JESÚS M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992,
293. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., «Els delictes societaris en el Dret comparat, el Dret vigent y el nou Codi Penal» en *El Codi Penal de 1995: Part Especial*, VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 1996,
294. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas» en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Bacigalupo Zapater (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997,
295. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., «Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin», en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000,
296. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 2002,
297. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Ateliers, Barcelona, 2005,
298. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed. actualizada, reimpresión, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006,
299. SILVA SÁNCHEZ JESÚS M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010,
300. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., «Prólogo a la edición española» en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012,
301. STAMPA BRAUN, JOSÉ Mª., «Delitos societarios» en *Dirección y Progreso*, nº 146, Madrid, Marzo-Abril, 1996,
302. STORTONI, LUIGI, *L'abuso di potere nell diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976,
303. STRATENWERTH, GÜNTER, «Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”» Trad. Ragués i Vallès, en *Límites al Derecho penal*.

Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012,

304. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS (Coord.), *Manual de Derecho Penal*, T.II, Parte Especial, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005,

305. SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, *Comentarios al Código Penal*, VV.AA., Rodríguez Mourullo (Dir.), Civitas S.A., Madrid, 1997,

306. SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, T.II, VV.AA., Bajo Fernández (Dir.), Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998,

307. SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS, «Aspectos políticos-criminales e interpretativos de los delitos socioeconómicos en el Código Penal español de 1995, con especial referencia a los delitos societarios» en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, GRIJLEY, Lima, 2001,

308. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, «Delitos contra el orden socioeconómico: Los nuevos delitos societarios» en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, Consejo Vasco de la Abogacía*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1996,

309. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, «Los delitos societarios» en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Del Rosal Blasco (Dir.), Tirant lo blach, Valencia, 1997,

310. TIEDEMANN, KLAUS, «Abuso de poder económico y comercio internacional: dos problemas básicos de la delincuencia económica», en *Separata de la Revista del Derecho Industrial*, nº 8 Mayo-Agosto, Depalma, Buenos Aires, 1981,

311. TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993,

312. TIEDEMANN, KLAUS, *Manual de Derecho Penal Económico, Parte general y especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010,

313. TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotados*, IV-A, Depalma, Buenos Aires, 1999,

314. URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO, y OLIVENCIA, MANUEL, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. La junta general de accionistas*, T. V, Civitas, Madrid, 1992,
315. URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO; OLIVENCIA, MANUEL, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, T.III, Civitas, Pamplona, 2007,
316. URÍA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*, 21ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994,
317. URÍA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001,
318. URRAZA ABAD, JESÚS, «La adopción de acuerdos abusivos como conducta constitutiva de delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: acuerdo criminalizado y acuerdos de trascendencia meramente mercantil» en *Diario La Ley*, Ref. D-290, Tomo 5, La Ley, 1996,
319. VALLE MUÑIZ, JOSÉ M., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, VV.AA., Quintero Olivares (Dir.), 2ª ed., Aranzadi S.A., Navarra, 1999,
320. VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, *Comentarios al nuevo Código Penal*, VV.AA., Quintero Olivares (Dir.), 4ª ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2005,
321. VALLE MUÑIZ, JOSÉ M.; MORALES PRATS, FERMÍN, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Quintero Olivares (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2009,
322. VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Nuevo Código Penal comentado*, Derecho Reunidas, Madrid, 1996,
323. VIGO, RODOLFO, «Consideraciones iusfilosóficas sobre el “abuso del derecho”» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Abuso del derecho*, nº 16, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998,
324. VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; GÓNZALEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Derecho Penal, Parte Especial*, VV.AA., 3ª ed., revisada y actualizada, Tirant lo blach, Valencia, 1999,

325. VON HIRSCH, ANDREW, «El concepto de bien jurídico y el concepto del daño» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
326. VON TUHR ANDREAS, *Derecho civil, Los derechos subjetivos y el patrimonio*, V.I., Trad. Ravá, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998,
327. V.V.A.A., *Texto y comentarios al Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 agosto 1896 con la exposición de motivos, ley de introducción y disposiciones transitorias*, Trad. García Moreno, anotada y comentada por la redacción de la Revista de los tribunales y de legislación universal, Publicación Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1897,
328. WEIGEND, THOMAS, «Los límites de la complicidad punible» en *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación –II*, 2005-2, Donna (Dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006,
329. WITTIG, PETRA, «Teoría del Bien Jurídico, Harm Principle y Delimitación de Ámbitos de Responsabilidad» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
330. WOHLERS, WOLFGANG, «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico» en *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007,
331. ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA ALEJANDRO; SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002,
332. ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ M., «Delitos contra el orden socioeconómico» en *El Código Penal de 1995, cinco años después, Jornadas de Derecho Penal*, VV.AA., Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002,