

La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)

A la vez, una reflexión sobre la relación entre el delito de acuerdos abusivos y el delito de administración desleal, a propósito de la STS de 17 de julio de 2006, ponente Excmo. Sr. Sánchez Melgar (caso BSCH)

Nuria Pastor Muñoz

Universitat Pompeu Fabra

Abstract*

Desde la entrada en vigor del artículo 291 del Código penal, determinados acuerdos abusivos de las mayorías de las sociedades pueden ser delictivos. Por ello, resulta necesario desarrollar criterios para interpretar dicho precepto. Casos como el del BSCH nos hacen reflexionar sobre los límites que la legislación penal impone a la libertad de actuación de las mayorías y sobre si, con ello, se otorga un poder a las minorías que puede modificar la dinámica de funcionamiento de las sociedades a la que estamos acostumbrados.

Seit der Artikel 291 des StGB in Kraft getreten ist, können bestimmte missbräuchliche Beschlüsse der Mehrheiten der Gesellschaften tatbestandsmäßig sein. Deshalb ist es erforderlich, Kriterien für die Auslegung dieses Vorschriften zu entwickeln. Fälle wie der der BSCH bringen uns zum Überlegen über die von der Gesetzgebung gesetzten Grenzen zur Handlungsfreiheit der Mehrheiten und über die sich daraus ergebende Zuschreibung von Macht zu den Minderheiten, was die bis heute gewöhnliche Dynamik des Laufes der Gesellschaften modifizieren könnte.

Since Article 291 Criminal Code came into force, the abusive agreements of the majority shareholders may constitute a crime. Therefore it is necessary to formulate criteria for the interpretation of this rule. Cases as the BSCH-Case lead us to think about the limits that the legislation establishes to the freedom of majorities and also about the power therefore given to the minorities. This can lead to a modification of the current companies' dynamic.

Title: Criminal relevance of the majority shareholders' agreements (art. 291 Spanish Penal code). Both a consideration about the existing relationship between the offence of abusive agreements and the offence of disloyal administration regarding BSCH, STS 17.07.2006, ponente Sánchez Melgar.

Titel: Die strafrechtliche Bedeutung der Beschlüsse der Mehrheiten in den Gesellschaften (Art. 290 spanischen StGB) - Zugleich einige Überlegungen zu dem Verhältnis zwischen Art. 290 und Art. 295.

Palabras claves: mayorías sociales, minorías sociales, acuerdos sociales abusivos, sociedades, delitos societarios.

Keywords: majority shareholders, minority shareholders, abuse of majority power, company, corporate crimes.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D+I) titulado "Diez años del nuevo Derecho penal de la criminalidad en la empresa: la intención del legislador y la actuación del sistema judicial", cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Referencia: SEJ2005-03425/JURI).

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Las respuestas mercantiles ante los acuerdos sociales y su articulación con el artículo 291 CP**
- 3. «Sin que reporten beneficios» a la sociedad: la definición del interés social y sus consecuencias en la determinación del ámbito de aplicación del artículo 291 CP**
- 4. El acuerdo «en perjuicio de los demás socios»**
- 5. Los acuerdos de la mayoría en el órgano de gobierno, ¿solamente pueden ser delictivos si se adoptan en el seno de una Sociedad Anónima?**
- 6. La relación entre el delito del artículo 291 CP y el delito de administración desleal del artículo 295 CP. El papel subsidiario del tipo de acuerdos abusivos respecto al tipo de administración desleal, a propósito de la STS de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar (caso BSCH)**
- 7. Consideraciones finales**
- 8. Tabla de Sentencias**
- 9. Bibliografía**

1. Introducción

1. Desde la tipificación en 1995 de la conducta recogida en el artículo 291 del Código penal, quienes ostentan una posición mayoritaria en el órgano de administración o en la Junta de accionistas de una sociedad pueden cometer un delito al adoptar determinadas clases de acuerdos. En efecto, el mencionado precepto dispone: «Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con el ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido». Hasta 1995, estos acuerdos podían, en algunos casos, ser susceptibles de impugnación y, en otros, dar lugar a la acción de responsabilidad del perjudicado contra los administradores. En Derecho penal, su relevancia se limitaba esencialmente a la posibilidad de ser constitutivos de un acto preparatorio de otro delito. En cambio, a partir del Código penal de 1995 –y no parece que ello vaya a cambiar en caso de que prospere el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, actualmente en trámite–, los acuerdos abusivos de la mayoría pueden ser por sí mismos constitutivos de delito.

2. La decisión del legislador de tipificar el delito del artículo 291 CP ha generado un debate importante, pues no parece evidente la necesidad de que el Derecho penal intervenga en un ámbito reservado hasta el momento al Derecho mercantil¹. Y lo cierto es que este precepto modifica claramente el contexto de actuación de las mayorías, a quienes les amenaza la pena en determinados supuestos de abuso de poder. Por esta razón, es esencial definir los límites del ámbito de aplicación de este precepto y, para ello, proponer criterios interpretativos que permitan que el artículo 291 CP sirva para proteger a quienes están en posición minoritaria y, al tiempo, no ponga en manos de las minorías un instrumento de bloqueo del normal funcionamiento de las sociedades.

2. Las respuestas mercantiles ante los acuerdos sociales y su articulación con el artículo 291 CP

¹ Cfr., por ejemplo, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La Ley*, 21 de marzo de 1996, p. 3, quienes han puesto de relieve que la existencia de numerosos mecanismos civiles y mercantiles para poner freno a los abusos de la mayoría ofrece una protección suficiente de los intereses de la minoría; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, p. 213. También es objeto de crítica el hecho de que la articulación del mecanismo de impugnación y el proceso penal genera numerosos problemas (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 74 y s.).

1. A partir de la entrada en vigor del artículo 291 CP, existen para determinados acuerdos del órgano de gobierno y del órgano de administración no solamente respuestas mercantiles, sino también respuestas penales. Es interesante observar con detenimiento cómo conviven estas dos clases de respuestas, para saber de este modo si el artículo 291 CP es un simple refuerzo de la legislación mercantil o si, en cambio, tiene un ámbito de aplicación distinto al de esta última.
2. Frente a los *acuerdos de las juntas* de las sociedades anónimas (artículo 115 LSA) y, por remisión de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a la Ley de Sociedades Anónimas, los de las juntas generales de las sociedades limitadas (artículo 56 LSRL), la legislación mercantil prevé el mecanismo de la impugnación de aquellos acuerdos que sean «contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad». Así pues, en caso de un acuerdo que no sea contrario a la Ley o a los estatutos, para que nazca el derecho a impugnarlo debe constatarse que lesiona los intereses sociales y que lo hace en beneficio de uno o varios accionistas (en el caso de las sociedades limitadas, socios). En cambio, tal lesión no es presupuesto para la intervención penal, pues, según el artículo 291 CP, basta que el acuerdo «no reporte beneficios a la sociedad». Según una *primera interpretación*, parece que son más los acuerdos del órgano de gobierno penalmente relevantes que aquéllos que pueden ser impugnados por la vía civil, pues *los acuerdos no contrarios a la ley ni a los estatutos ni al interés social que sean contrarios al interés de determinados socios pueden ser constitutivos de un delito del artículo 291 CP, pero no impugnables*. De ser así las cosas, lo sorprendente sería que la minoría tendría en sus manos un mecanismo de protección de sus intereses tan agresivo como la denuncia penal y no, en cambio, el mecanismo, menos agresivo, de la impugnación de acuerdos. Esa diferencia podría justificarse arguyendo que la legislación mercantil y el artículo 291 CP persiguen fines distintos, a saber, la primera proteger el interés social y el segundo, la protección de quienes tienen una posición minoritaria en la junta².

No obstante, existe una *segunda interpretación* posible. En efecto, o bien se podría entender que el ámbito de aplicación del artículo 291 CP no es más amplio que el de los abusos impugnables, en la medida en que un acuerdo «abusivo» es impugnable por ser contrario a la ley, ya que en él concurre un «abuso de derecho» —que la ley no ampara (artículo 7.2 CC)—³, aun cuando esta interpretación del término «ley» del artículo 115 LSA es discutible. O bien, se podría incluso argumentar que el artículo 115 LSA debe integrarse precisamente teniendo en cuenta la prohibición que se deriva del artículo 291 CP, de manera que un acuerdo abusivo en perjuicio de la minoría sería delictivo y, por tanto, contrario a la ley e impugnable.

² FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 204; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, p. 211 y ss.

³ Así, POLO, *Estudios*, p. 2282.

3. En lo que se refiere a los *acuerdos del órgano de administración*, el artículo 143 LSA prevé la posibilidad de que los administradores y los accionistas que representen un cinco por ciento del capital social impugnen tales acuerdos en caso de que se den los requisitos del artículo 115 LSA —el mismo régimen es de aplicación en el caso de las sociedades limitadas (artículo 70 LSRL)—. De nuevo, nos encontramos ante una regulación que parece ofrecer menores posibilidades de protección del socio afectado por el acuerdo que las que otorga el artículo 291 CP. Según la *primera interpretación* (*supra* II.2), en estos casos, no se podría impugnar el acuerdo perjudicial para los socios y no para la sociedad, ni el acuerdo perjudicial para la sociedad y los socios en caso de que el socio que pretendiera impugnar ostentara menos de un cinco por ciento del capital.

Ahora bien, si se siguiera la *segunda interpretación* (*supra* II.2), según la cual un acuerdo abusivo es contrario a la ley (bien con el argumento del abuso de derecho, bien con el argumento de contrariedad al artículo 291 CP) y, por tanto, impugnable, la diferencia de ámbitos de aplicación se reduciría a que los únicos acuerdos no impugnables serían los acuerdos abusivos perjudiciales para la sociedad y los socios en caso de que el socio que pretendiera impugnar ostentara menos de un cinco por ciento del capital; ese sería el único ámbito que podría estar reservado en exclusiva a la aplicación del artículo 291 CP. Con todo, como ya se ha indicado, se trata de una interpretación discutible.

3. «Sin que reporten beneficios» a la sociedad: la definición del interés social y sus consecuencias en la determinación del ámbito de aplicación del artículo 291 CP

1. Una de las claves para averiguar hasta qué punto el artículo 291 CP restringe la libertad de las mayorías en la adopción de sus acuerdos es la interpretación de la cláusula «sin que reporten beneficios» a la sociedad, presupuesto que ha de concurrir en el acuerdo para que éste sea delictivo. La definición del significado de esta cláusula es esencial, pues, según cuál sea su contenido, el artículo 291 CP puede convertirse en una importante cortapisa a la flexibilidad con la que suelen actuar las mayorías en el seno de las sociedades. Pues bien, el carácter beneficioso o no beneficioso de un acuerdo depende de su conformidad o disconformidad con el interés social. ¿En qué consiste este último? Según una primera tesis, la *institucionalista*, el interés social es independiente del de los socios, independiente de la voluntad social y, por tanto, ha de definirse esencialmente con base en criterios de racionalidad económica que son, por así decirlo, externos a la sociedad —en el sentido de que la fuente de su definición no son los socios—. Desde esta perspectiva, frecuentemente el interés social se entiende como el “logro de beneficios repartibles entre los socios” —aun cuando es discutible que esta definición pueda

generalizarse—⁴. Por ello, para esta tesis, una decisión del órgano de gobierno o de gestión de la sociedad es perjudicial para esta última cuando sea contraria a ese fin de obtener beneficios, también en el caso de que el acuerdo esté respaldado por la mayoría de la sociedad o, incluso, por la mayoría del capital social. Así, por ejemplo, el acuerdo de rescindir el contrato con unos proveedores y celebrarlo con otros que ofrecen el mismo producto en peores condiciones podría considerarse contrario al interés social, aun cuando lo hubiera adoptado la mayoría del capital social, salvo que el cambio de proveedores tuviera otras ventajas a corto o largo plazo para la sociedad, como por ejemplo, estrechar relaciones económicas con un grupo empresarial muy estable, mejorar la posición estratégica en el mercado, etc.

2. Desde la perspectiva de la *tesis contractualista*, actualmente dominante, el interés social se identifica con el interés común de los socios⁵. Ahora bien, esta definición conduce a una nueva pregunta: ¿cuál es el interés común de los socios? ¿Se define con base en criterios objetivos, como el interés en el reparto de dividendos o cualquier otra ventaja? De ser así, esta perspectiva se identificaría prácticamente con la *institucionalista*⁶ y no estaría en condiciones de explicar cuál es el interés “común” a todos los socios en aquel caso en que estos últimos tienen intereses contrapuestos. Por ello, si realmente se pretende identificar el interés social con el de los socios, son éstos quienes lo han de definir, en concreto, mediante los mecanismos de adopción de decisiones del órgano de gobierno previstos en la legislación de sociedades. Desde luego, es cierto que constituye una ficción considerar que el interés de la mayoría de los socios es el interés de la sociedad, pero también lo es identificar la voluntad de tal mayoría con la de la sociedad⁷. Así pues, según el planteamiento contractualista, la mayoría de los socios define lo que «beneficia» a la sociedad, con los únicos límites de la ley y los estatutos sociales.

3. Ante este panorama, hay que preguntarse si la legislación vigente decanta la balanza a favor de alguna de estas dos tesis. Podría argüirse que el artículo 115 LSA abona la tesis institucionalista, pues parece que este precepto concibe el *interés social como un límite material a la actuación de la mayoría*. No obstante, este precepto no debe interpretarse necesariamente así. En mi opinión, puede asumirse que la mayoría de los socios tiene el derecho de tomar cualquier decisión, siempre que ésta respete la ley y los estatutos. Lo que ocurre es que la «ley» incluye la prohibición del abuso de derecho (artículo 7 CC) y, de este modo, impone a esa mayoría un deber de ejercicio leal del poder que le otorga su posición en la sociedad. Por tanto, evidentemente, lo

⁴ Pues, en efecto, nada impide entender que una sociedad persiga otros fines no lucrativos como hacer aportaciones a fundaciones (SOLER MASOTA, RGD, 571 (1992), p. 2971 y ss.).

⁵ CALAZA LÓPEZ, *El proceso de formación de la voluntad social*, p. 104.

⁶ POLO, *Estudios*, p. 2276, quien considera, en contra de la doctrina mayoritaria, que identificar el interés social con un el interés común a todos los socios está en abierta contradicción con la naturaleza del contrato de sociedad.

⁷ POLO, *Estudios*, p. 2277.

esencial es definir qué contenido tiene ese *deber de lealtad*⁸, que constituye un límite material al derecho de la mayoría del órgano de gobierno. El deber de lealtad de la mayoría proviene del poder que ostenta esta última de decidir sobre los intereses ajenos. Ello no significa que la mayoría deba dar prioridad a los intereses de quienes no tienen capacidad de controlar las decisiones de la sociedad (minoría), pero sí que, en la medida en que “administra” (en sentido amplio) al tiempo patrimonios propios y ajenos, debe ser leal. ¿Cuál es el alcance de esa lealtad?

Desde luego, la lealtad que, con base en el artículo 291 CP, se espera de la mayoría no es la misma que abarca el deber del autor del comportamiento del artículo 295 CP —aunque, evidentemente, cuando la mayoría lo sea del órgano de administración, recaerán sobre ella el deber de lealtad del artículo 291 CP y el deber de lealtad del artículo 295 CP. En el caso de la administración fraudulenta, el administrador tiene facultades de decisión sobre patrimonios exclusivamente ajenos —lo cual, por cierto, también es así en el supuesto en que el administrador ostente, al tiempo, la condición de socio; en tal supuesto, la coincidencia de la condición de administrador y “administrado” (en sentido amplio) no reduce el alcance de los deberes del administrador en cuanto tal—. En cambio, en el caso del artículo 291 CP, la mayoría es “administradora” de sus propios intereses y, al tiempo, de los intereses de la minoría, lo cual determina que su deber de lealtad sea de menor intensidad que en el caso del artículo 295 CP. En efecto, de alguna manera, la definición de la lealtad exigida a la mayoría por el artículo 291 CP ha de tener en cuenta la situación de colisión de intereses que puede existir con frecuencia entre mayoría y minoría. Y creo que esa colisión se resuelve a nivel intrasocietario a favor de la mayoría. Para ser más clara: *en primer lugar*, en caso de *colisión de intereses intrasocietarios de la mayoría e intereses intrasocietarios de la minoría*, la mayoría puede favorecer los primeros. Así pues, en ese supuesto, no existe una expectativa de “lealtad” de la mayoría. En cambio, *en segundo lugar*, existe otra clase de conflicto de intereses que no reduce el grado de lealtad que se espera de la mayoría; en concreto, se trata de la *colisión entre los intereses extrasocietarios de la mayoría y los intereses intrasocietarios de la minoría*. En estos supuestos, la mayoría actúa deslealmente cuando da prioridad a sus intereses extrasocietarios sobre los intereses de la minoría. *En tercer y último lugar*, los *conflictos entre los intereses intra o extrasocietarios de la mayoría y los intereses extrasocietarios de la minoría* tampoco influyen en el alcance del deber de lealtad que se espera de la mayoría; en efecto, estos conflictos no aumentan la lealtad que se espera de la mayoría porque los intereses extrasocietarios de la minoría no son objeto de protección por el artículo 291 CP. En síntesis: la mayoría puede legítimamente favorecer sus intereses intrasocietarios (sus intereses en cuanto mayoría) sobre los intereses de la minoría, pero, en cambio, no puede perjudicar a esta última a favor de sus intereses (los de la mayoría) extrasocietarios. Por ello, por una parte, serían abusivos los acuerdos de la mayoría

⁸ En este sentido ya BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 621.

que no le benefician en cuanto mayoría de esa sociedad, sino en cuanto titular de intereses ajenos a esta última —por ejemplo, beneficios para otras sociedades en la que la mayoría tiene acciones, etc.—. En cambio, por otra parte, 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, en definitiva, 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. Si hay abuso, entonces el interés social debe definirse al margen de esa actuación de la mayoría, con base en criterios de racionalidad económica.

4. En los acuerdos del artículo 291 CP adoptados por la mayoría de los socios lo que ocurre es, precisamente, que se trata de *acuerdos abusivos*, de manera que la mayoría que los adopta no está definiendo el interés social. Ciertamente, a efectos de este precepto, el acuerdo indiferente o perjudicial para la sociedad, además de ser perjudicial para los socios afectados, debe poder calificarse de «abusivo». Esto significa que 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, de manera que han perdido su autoridad para definir el interés social. Por ello, ante un acuerdo de estas características, ya se puede proceder a analizar si “no beneficia a la sociedad” y si es “en perjuicio de los demás socios” (sobre esto *infra* IV), con base en criterios de racionalidad económica.

5. Hay que hacer algunos matices respecto al caso de los acuerdos del órgano de administración de la sociedad. En tales supuestos, si el acuerdo está respaldado por la mayoría del capital, entonces puede acudirse a los criterios que se acaban de esbozar. En cambio, cuando no existe el apoyo de la mayoría del capital, considero que para averiguar si el acuerdo beneficia o no a la sociedad debe acudirse a criterios de racionalidad económica, criterios externos, pues la mayoría del capital no ha emitido una valoración sobre cuál es el interés social.

6. Es necesario insistir en que, para interpretar qué significa que un acuerdo no reporte beneficios a la sociedad, *el beneficio no puede juzgarse 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 tales efectos inmediatos. Ciertamente, *por una parte*, hay decisiones que no generan un aumento patrimonial y, sin embargo, pueden considerarse beneficiosas a largo plazo —por motivos estratégicos, etc.—, de manera que un acuerdo que genere pérdidas o simplemente no produzca crecimiento económico inmediato en la sociedad no tiene por qué considerarse «no beneficioso». De lo contrario, mediante el artículo 291 CP se estaría prohibiendo la adopción de decisiones que son habituales en el tráfico de las sociedades y

pertenecen a su modo normal de funcionamiento. *Por otra parte*, que un acuerdo genere una ventaja económica inmediata para la sociedad no tiene por qué significar necesariamente que deba calificarse de «beneficioso», pues puede tratarse de una situación efímera que deba valorarse como perjudicial a largo plazo para los intereses de la sociedad. Para profundizar en esta cuestión, puede servir reflexionar sobre el caso de la SAP Murcia de 25 de noviembre de 2002, ponente Carrillo Vinader:

Una Sociedad Anónima tenía un contrato de concesión que le autorizaba a la preparación, embotellado, venta, distribución y difusión en exclusiva para una provincia de los productos de una conocida marca de refrescos. Las acciones estaban distribuidas entre una familia, que ostentaba el 50%, y otro socio, titular del 50% restante; el Consejo de Administración estaba controlado por la familia, cuyos intereses defendían tres de los cinco miembros del Consejo. A principios de los años 90, la sociedad experimentó una disminución de su facturación que forzó a realizar ciertos ajustes y que dio lugar al deterioro de las relaciones de la familia con el otro socio, pues este último discrepaba de las propuestas de solución provenientes de la familia. En diciembre de 1995, el Consejo de Administración adoptó el acuerdo de cesar la actividad industrial de preparación, elaboración y envasado de refrescos y reducir aquélla a la comercialización y distribución de tales productos y de otros productos alimentarios. Al tiempo, los miembros de la familia propietarios del 50% de las acciones decidieron venderlas a una multinacional belga. En la operación, los vendedores se comprometían a sustituir por otros sus contratos vigentes con las sociedades franquiciadas, así como a dar de alta laboral como director general a una persona indicada por la multinacional, en ambos casos con una importante cláusula penal en caso de incumplimiento. Para evitar que estos dos extremos se trataran en la Junta, el mismo día en que ésta se celebraba, el Consejo de Administración decidió (solamente con los votos de la familia), sustituir el contrato de concesión que tenía con la famosa marca de refrescos por el contrato de concesión de distribución exclusiva para la multinacional belga y decidió también dar de alta laboral como director general a la persona designada por la multinacional. La sustitución de un contrato por otro implicó la reducción de la actividad mercantil de la sociedad a la mera comercialización, la inutilización de todas las instalaciones destinadas a la producción, embotellado, etc. de refrescos, el incremento de los costes de la distribución —por tener que someterse a las directivas de la multinacional belga—, etc. Las pérdidas fueron valoradas pericialmente en más de 44 millones de pesetas.

La Sentencia condenó a los miembros del Consejo de Administración que adoptaron el acuerdo por un delito del artículo 291 CP. La Audiencia entendió que la solución adoptada por el Consejo de Administración para reaccionar a la nueva situación del mercado no fue ni la mejor ni la única posible, pues los acuerdos eran perjudiciales para el socio que ostentaba el restante 50% del capital social y porque no eran acuerdos beneficiosos para la sociedad, sino que respondían solamente a la persecución de un interés ajeno, a saber, el de la multinacional belga. Por tanto, el carácter abusivo del acuerdo provenía de su orientación a intereses extrasocietarios de quienes ostentaban la mayoría en el órgano de administración.

En lo que aquí interesa, la sentencia parte de un concepto de perjuicio esencialmente centrado en las consecuencias económicas inmediatas. En efecto, la sentencia consideró que las pérdidas de la sociedad se podían cuantificar en 44 millones de pesetas. Es cierto que, como fruto de la decisión del Consejo de Administración, la sociedad experimentó esa disminución económica en su patrimonio. No obstante, creo que no es acertado identificar la disminución inmediata del patrimonio con el «perjuicio», pues podría darse perfectamente un caso en el que la sociedad experimentara una disminución patrimonial pero ésta fuera acompañada de tales expectativas de ganancia que pudiera incluso hablarse de operación beneficiosa. De hecho, pertenece al día a día de las sociedades la asunción de determinadas pérdidas como parte de una estrategia dirigida a incrementar a largo plazo sus beneficios.

7. Si se aplican los criterios expuestos al ámbito de los *grupos de sociedades*, a primera vista, habría que entender que la mayoría de los socios de una sociedad filial abusa de su derecho y, por tanto, no define el interés social, cuando adopta acuerdos que la benefician en cuanto titular de intereses extrasociales (en el grupo) a costa de perjudicar los intereses de la sociedad filial. Sería admisible que la mayoría consiguiera beneficios extrasociales, pero no que los obtuviera a costa de adoptar un acuerdo que, desde la perspectiva intrasocial de la sociedad, no se pudiera explicar como una decisión que respeta las exigencias de la lealtad.

Ahora bien, para analizar el problema de los grupos de sociedades con más precisión, conviene hacer distinciones entre dos bloques de casos. *El primer caso* (1) es aquél en el que el acuerdo se adopta para favorecer intereses de la mayoría en otra sociedad del grupo, siendo el acuerdo indiferente para el grupo. Se trata del supuesto en que un acuerdo distribuye las ventajas entre las sociedades del grupo de manera que a una de ellas le toca la peor parte. Aquí estamos ante un supuesto normal de acuerdo abusivo que, ciertamente, puede complicarse por la existencia de una situación de colisión de deberes de lealtad; esto último ocurrirá cuando la mayoría de una sociedad sea, al tiempo, mayoría de otra sociedad con intereses incompatibles con los de aquélla. *El segundo caso* (2) es aquél en que el acuerdo abusivo favorece los intereses del grupo, a costa de perjudicar a una sociedad filial. Aquí sí se plantea *stricto sensu* el problema de cómo debe valorarse el acuerdo, pues no se trata de un supuesto en que se le “quita” a una filial lo que se le “da” a otra, sino de “beneficiar al grupo” a costa de una filial (y su minoría). Aquí, de entrada, si se considera que la existencia de un grupo no tiene relevancia a efectos del artículo 291 CP, los casos deberán resolverse según los criterios propuestos *supra*. Así, *en primer lugar* (2.A), cuando la mayoría de la filial adopte una decisión negativa para la sociedad filial que no favorece los intereses de la mayoría de la filial en cuanto tal, sino los del grupo en su conjunto, podría concurrir un comportamiento del artículo 291 CP. *En segundo lugar* (2.B), en los casos en que la mayoría de la filial adopta un acuerdo beneficioso para la sociedad y la minoría, pero no adopta otro acuerdo que sería más beneficioso para la filial —sobre todo, en los casos de decisiones del

órgano de administración— porque de esta manera beneficia al grupo —favorecimiento de intereses extrasocierarios—, la pregunta clave es si puede decirse que el acuerdo es perjudicial porque existe un lucro cesante para la minoría; sobre esto volveré más adelante, pero adelanto aquí que si se entiende, como defiende la doctrina mayoritaria, que el perjuicio en Derecho penal no incluye el *lucrum cessans*, habría que negar la tipicidad de estos acuerdos —sin perjuicio de someterlos a examen desde la perspectiva del delito de administración desleal del artículo 295 CP, con el problema de si es posible entender que cabe cometer administración desleal por omisión—. *En tercer y último lugar* (2.C), habría que preguntarse qué ocurre en los supuestos en los que la mayoría omite un acuerdo —por ejemplo, simplemente, omite la decisión de celebrar un negocio muy rentable porque la operación se ha pasado a otra sociedad del grupo—. En este caso, debería negarse la concurrencia del delito del artículo 291 CP y, de nuevo, plantearse la eventual concurrencia de un delito del artículo 295 CP por omisión.

No obstante, las respuestas ofrecidas para los supuestos de beneficio del grupo a costa de perjudicar a la filial, ha de someterse a revisión añadiendo al análisis una variable que enriquece la problemática. En concreto, si se entiende que el grupo puede considerarse que es una sociedad en el sentido del artículo 297 CP, en estos casos podría tener lugar una colisión de deberes entre la mayoría que lo es del grupo, al cual debe su lealtad, y de la filial, respecto a la cual también tendría un deber de lealtad; en definitiva, se trataría de una colisión de deberes igual que la que puede existir cuando una mayoría lo es al tiempo de dos sociedades con intereses incompatibles. Ahora bien, ¿puede afirmarse que el grupo es una sociedad? Según la mayoría de los autores, ello no es posible porque consideran que la cláusula «cualquier otra entidad de análoga naturaleza» del artículo 297 CP debe entenderse como una exigencia de que la entidad en cuestión reúna la condición de ser persona jurídica, por lo que los grupos de sociedades, que carecen de personalidad jurídica, quedarían fuera del ámbito de aplicación de los delitos societarios⁹. Sin embargo, BACIGALUPO ha propuesto una interpretación según la cual «análoga naturaleza» (artículo 297 CP) no significa ostentar personalidad jurídica, sino presentar el aspecto organizativo propio de las sociedades expresamente mencionadas en el artículo 297 CP. Según esta propuesta, una entidad colectiva con una organización que implique publicidad de sus cuentas, representación y decisiones patrimoniales según el principio de la mayoría quedaría incluida en el mencionado precepto¹⁰. Por tanto, esta solución sí permitiría incluir los grupos de sociedades en el concepto

⁹ Sobre el grupo de sociedades como unidad económica sin personalidad jurídica, cfr. EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, p. 6 y ss., p. 28 y ss.

¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, *Curso de Derecho penal económico*, p. 415 y ss., p. 418. En este sentido, también BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 586.

de «sociedad» a efectos de los delitos societarios¹¹. Asumirla conduciría, en el ámbito del artículo 291 CP, a la posibilidad de que se produjera la situación de colisión de deberes que se ha descrito.

En cambio, si se opta por la opinión dominante, según la cual los grupos de sociedades no son «sociedad» a efectos de los delitos societarios, el interés del grupo no tiene el estatus de «interés social». En tal caso, la problemática del segundo grupo de casos (2) mantiene su autonomía respecto a la del primero y se reabre el problema de cómo entender la relación entre el interés del grupo y el interés de la sociedad filial en la que se adopta un determinado acuerdo. Una solución consistiría en entender que no es posible fundamentar que el interés del grupo pueda limitar el grado de protección de los intereses de la minoría de una filial¹². Según esto, la respuesta a supuestos como el 2.A debería ser la afirmación de la concurrencia de un delito del artículo 291 CP. Ahora bien, con esta solución, ¿no se está ignorando el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico otorga cierto reconocimiento a los grupos de sociedades, a quienes trata, a determinados efectos, como una unidad —por ejemplo, por el Derecho tributario¹³, el Derecho laboral¹⁴ y, para algunas cuestiones, en Derecho mercantil¹⁵? En mi opinión, esta objeción puede superarse. El hecho de que el Derecho tributario o, incluso, la legislación mercantil reconozcan la existencia de los grupos es, ciertamente, una razón para entender que el grupo no solamente es una realidad económica, sino también una realidad jurídica. Sin embargo, ese grado de reconocimiento jurídico del grupo como unidad —que no alcanza la personalidad jurídica— no ofrece un argumento para plantear la relativización de las reglas que rigen el funcionamiento de las sociedades y, en concreto, los deberes de lealtad de la mayoría frente a la minoría. En efecto, es cierto que, por ejemplo, los artículos 42 ss CCo. reconocen la existencia de los grupos de sociedades —a efectos de la presentación de cuentas consolidadas—, pero ello no permite deducir que la mayoría de una sociedad filial tiene carta blanca para instrumentalizarla en favor de los intereses del grupo. Las cosas solamente cambiarían en caso de que existiera un «contrato de grupo» o instrumento equivalente¹⁶ aprobado por la minoría o existente antes de la incorporación de esa

¹¹ Podría tener mucha importancia, por ejemplo, para subsumir en el artículo 290 CP los casos de falseamiento de las cuentas consolidadas del grupo (cfr., sobre este problema, PASTOR MUÑOZ, *La Ley*, 12 de septiembre de 2006, p. 2).

¹² Cfr. EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, p. 6 y ss., p. 28 y ss.

¹³ La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, regula expresamente el régimen tributario de los grupos de sociedades (artículos 78 a 96 LIS) —modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre—. Desarrollo en el artículo 51 Reglamento del Impuesto de sociedades —Real Decreto 537/1997, de 14 de abril; el artículo 51 RIS fue modificado por el Real Decreto 252/2003, de 28 de febrero—.

¹⁴ Sobre ello, cfr. EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, p. 38 y ss.

¹⁵ Por ejemplo, el deber de la sociedad dominante de formular, en algunos casos, cuentas consolidadas (artículo 42 y ss. CCo.)

¹⁶ Cfr. la propuesta de EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, p. 46 y ss., p. 51 y ss., de introducir en materia de grupos la figura del contrato de grupo.

minoría a la sociedad; en tal supuesto, sí podría hablarse de una reducción del alcance de los deberes de lealtad de la mayoría y, con ello, de una disminución de la protección de la minoría¹⁷. En concreto, cuando exista un compromiso consistente en la subordinación de los intereses de las sociedades filiales a los del grupo, podría admitirse la resolución del «conflicto típico de grupo» —la colisión de intereses entre el grupo y una de sus sociedades— en favor de los intereses del grupo¹⁸. No obstante, no debe obviarse que un contrato de grupo de estas características es, ya desde la perspectiva mercantil, problemático, en la medida en que supone la pérdida de la (o parte de la) autonomía de las sociedades que integran el grupo en cuestión.

4. El acuerdo «en perjuicio de los demás socios»

1. En el caso de acuerdos abusivos indiferentes o perjudiciales para la sociedad, es posible la concurrencia de un delito del artículo 291 CP siempre y cuando el acuerdo se adopte «en perjuicio de los demás socios». ¿Qué significa que esto último? Esta pregunta puede desmenuzarse en varias: *primera*, si el legislador parte de un concepto de perjuicio en sentido económico o si, en cambio, el perjuicio puede consistir en desventajas de otra clase, como por ejemplo, la restricción ilegítima de derechos políticos de los socios; *segunda*, si el perjuicio abarca solamente el daño emergente o también el lucro cesante; *tercera*, si el perjuicio debe valorarse teniendo en cuenta solamente los intereses intrasocietarios de los socios afectados por el acuerdo o si, en cambio, también son relevantes sus intereses extrasocietarios; y *cuarta*, si el tipo exige la concurrencia de perjuicio efectivo o si, por el contrario, es suficiente un peligro concreto o, incluso, abstracto para el patrimonio de los socios afectados por el acuerdo.

2. Respecto a la *primera cuestión*, es cierto que el legislador no ha querido dar un concepto exacto de perjuicio, como sí ha hecho en el caso del delito de administración desleal («perjuicio económicamente evaluable», artículo 295 CP), pero una interpretación sistemática del precepto conduce a la conclusión de que éste protege el patrimonio, concebido éste en el mismo sentido que se entiende en los delitos patrimoniales tradicionales como la estafa y en otros delitos societarios (artículo 290 CP, artículo 295 CP). Según esto, quedarían fuera del tipo los acuerdos

¹⁷ Es difícil imaginar que esta clase de instrumento pudiera tener buena acogida en la realidad.

¹⁸ Sobre el concepto de «conflicto típico del grupo», cfr. EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, p. 31 y s. En mi opinión, cuando el conflicto se produce entre la sociedad dominada y la dominante o entre dos sociedades del grupo, siendo aquél indiferente para los intereses del grupo, la mayoría puede encontrarse en una situación de colisión de deberes que también podría darse entre sociedades no integradas en un grupo. En cambio, el conflicto típico de grupo sí resulta problemático cuando los que colisionan son los intereses del grupo como tal y los de una sociedad filial.

perjudiciales para los derechos políticos de los socios¹⁹. Ahora bien, ello no significa que el menoscabo del patrimonio (o el peligro para el mismo, dependiendo de cómo respondamos a la tercera cuestión) deba producirse directa e inmediatamente como fruto del acuerdo, sino que basta que tal menoscabo pueda atribuirse al acuerdo en términos de imputación objetiva.

3. La respuesta que se dé a la *segunda pregunta* tiene especial importancia en los casos en que la mayoría, dando prioridad a sus intereses extrasocietarios, adopta un acuerdo que comporta beneficios para la minoría, aunque éstos son menores que los que habría generado un acuerdo en el cual la mayoría no hubiera dado prioridad a sus intereses extrasocietarios. En un supuesto de estas características, se da un elemento de abuso, de deslealtad de la mayoría, en la medida en que ésta no se ha orientado por sus intereses intrasocietarios, sino por otros intereses ajenos a la sociedad. No obstante, el problema es que el acuerdo no genera un daño emergente para la minoría, sino que solamente le priva de cierto lucro. ¿Abarca el artículo 291 CP ese lucro cesante bajo el término “perjudicial”?

Ejemplo: la mayoría del órgano de administración de la sociedad A, también titular de la mayoría del capital, decide cerrar un negocio con una empresa X, el cual es positivo para la sociedad A (y para su minoría); ahora bien, en realidad, habría sido mucho más beneficioso para la sociedad A cerrar el negocio con la entidad Y, pero la mayoría del consejo de administración de A ha decidido derivar ese negocio “mejor” a la sociedad B, donde esa mayoría tiene más acciones y, por tanto, recogerá más beneficios que como mayoría de la sociedad A.

La cuestión de si los socios minoritarios de A han sufrido un perjuicio no solamente relevante en el ámbito del artículo 291 CP, sino también en el del artículo 295. En mi opinión, en estos supuestos sí existe deslealtad, pero ésta no resulta punible si se asume la doctrina dominante en delitos patrimoniales, según la cual el perjuicio no abarca el lucro cesante. Esta idea se corresponde con un concepto de patrimonio que no abarca las expectativas de ganancias²⁰, sino aquello que el titular ya tiene efectivamente en su poder. En mi opinión, puede considerarse satisfactorio entender que el patrimonio no solamente abarca los bienes titularidad de la víctima, sino también sus derechos a incrementar su patrimonio (como los derechos de crédito); en cambio, podrán dejarse fuera del patrimonio y, por tanto, considerar que su lesión mediante un acuerdo abusivo es atípica, las expectativas de enriquecimiento.

4. En cuanto a la *tercera pregunta*, considero que para enjuiciar el carácter perjudicial del acuerdo *solamente son relevantes los intereses patrimoniales intrasocietarios de los socios afectados por el acuerdo*. Por consiguiente, un acuerdo que no sea perjudicial para los socios en cuanto tales no es penalmente relevante, por mucho que fruto del

¹⁹ Así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 136.

²⁰ Cfr. por todos, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 451.

acuerdo los intereses de esos socios en cuanto accionistas o socios de otras sociedades (por ejemplo, de empresas de la competencia) sí resulten afectados²¹.

5. En lo referente a la *cuarta y última cuestión*, no existe unanimidad en la jurisprudencia:

Por ejemplo, la SAP Madrid de 26 de julio de 2002, ponente Ventura Faci, entendió que la decisión de ubicar las aportaciones de los socios en el apartado de «acreedores a corto plazo» de las cuentas anuales no podía considerarse constitutiva de un delito del artículo 291 CP porque tal anotación era conforme a las normas contables y porque *no produjo un perjuicio efectivo a ningún socio*, tal como, en opinión de la sentencia, exige el artículo 291 CP. La Audiencia basó esta interpretación de la cláusula «en perjuicio de» en el argumento de que la pena alternativa de multa debe determinarse con base en el beneficio obtenido. En cambio, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de abril de 2002, ponente Saavedra Ruiz, ha expresado que el delito del artículo 291 CP no requiere, para su consumación, la concurrencia de un perjuicio efectivo y que basta con la adopción del acuerdo.

La doctrina mayoritaria exige la concurrencia de perjuicio efectivo²² y se basa para ello en el *tenor literal* del artículo 291 CP. En concreto, a favor de la exigencia de perjuicio efectivo se ha argumentado que el hecho de que la pena alternativa de multa del artículo 291 CP deba determinarse con base en el beneficio obtenido parece aludir a la idea de que el autor o los autores han de haber obtenido un beneficio a través de la comisión del delito²³. Sin embargo, en primer lugar, la existencia de un beneficio de los autores no presupone la existencia de un perjuicio de los socios protegidos por este precepto²⁴; además, en segundo lugar, la pena de multa es alternativa a la pena de prisión, de manera que podría plantearse también el castigo de los autores en el caso de que no existiera tal beneficio. Por tanto, la referencia al «beneficio obtenido» no es un argumento definitivo. Tampoco es inequívoca la cláusula «en perjuicio de», que puede interpretarse como lesión, peligro concreto o peligro abstracto para el patrimonio. Así pues, la literalidad del precepto no ofrece argumentos definitivos para responder a esta cuestión. A ello tampoco ayudan los argumentos de carácter *sistemático*. La cláusula «en perjuicio de» aparece en diversos tipos de la parte especial y no siempre es objeto de la misma interpretación. Así, por ejemplo, en el delito de estafa del artículo 248 CP, «en

²¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 137.

²² FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, p. 207, quien en la primera edición de su libro sostuvo que es un delito de peligro concreto para el patrimonio (cfr. referencias en p. 217), opinión que después ha abandonado a favor de la exigencia de perjuicio efectivo, pues considera esto último más acorde con el principio de intervención mínima (p. 218); FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La Ley*, 21 de marzo de 1996, p. 4; GÓMEZ BENÍTEZ, *La Ley*, 19 de septiembre de 2000, p. 1 y ss.).

²³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 129.

²⁴ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, p. 220.

perjuicio» se interpreta generalmente como una exigencia de perjuicio efectivo²⁵. En cambio, en el delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1º CP, en el que aparece la misma cláusula, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria no exigen más que una situación de insolvencia que podría calificarse a lo sumo de peligro concreto para el patrimonio de los acreedores y considera que el perjuicio efectivo pertenece a la terminación del delito²⁶. Por tanto, hay que buscar argumentos distintos.

En mi opinión, tiene sentido entender que, para la consumación del delito del artículo 291 CP, es necesaria la concurrencia de un perjuicio efectivo. El precepto recoge un delito de deslealtad (en sentido amplio), como la apropiación indebida y, sobre todo, como la administración desleal del artículo 295 CP. En realidad, su existencia solamente puede justificarse porque el peculiar modo en que se toman las decisiones en los órganos sociales permite formas de deslealtad distintas a las previstas en los artículos 252 y 295 CP. Así que, si esta es la teleología de la norma, tiene sentido exigir también en el caso del artículo 291 CP la concurrencia de perjuicio efectivo para afirmar que el delito se ha consumado.

5. Los acuerdos de la mayoría en el órgano de gobierno, ¿solamente pueden ser delictivos si se adoptan en el seno de una Sociedad Anónima?

1. El artículo 291 CP contiene una previsión sorprendente, a saber, que los acuerdos abusivos adoptados en el órgano de gobierno solamente son punibles en caso de que se adopten en la «Junta de accionistas». Si se parte del concepto de Junta de accionistas del Derecho mercantil, la conclusión es que en las sociedades que no revistan la forma de Sociedad Anónima o comanditaria por acciones, como ocurre en el caso de las sociedades limitadas, no es posible que la mayoría del órgano de gobierno cometa un delito del artículo 291 CP²⁷. Es cierto que las sociedades anónimas son un contexto adecuado para los abusos de la mayoría, pero también lo son las sociedades de responsabilidad limitada, así que la reducción de los acuerdos abusivos del órgano de gobierno que pueden ser típicos a los de la Junta de accionistas de las sociedades anónimas resulta difícil de comprender.

2. Ante este problema, algunos autores han defendido que, pese a que ello conduzca a una solución valorativamente insatisfactoria, el término ha de interpretarse según la legislación mercantil, mientras que otros, en cambio, se han mostrado partidarios de crear un *concepto penal de Junta de accionistas*, según el cual ésta es el órgano que

²⁵ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 28.

²⁶ Cfr. por todos PASTOR MUÑOZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Parte Especial*, p. 239.

²⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La Ley*, 21 de marzo de 1996, p. 2; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 222.

conforma la voluntad social²⁸. En contraste con esta discusión doctrinal, la jurisprudencia no ha dedicado su atención a este problema y parece que, sin explicar por qué, ha adoptado el segundo punto de vista, esto es, un concepto amplio de «Junta de accionistas» entendida como órgano de gobierno de cualquier sociedad:

Así, por ejemplo, en el caso de la STS de 17 de abril de 2002, ponente Saavedra Ruiz, la interpretación de este término según la legislación mercantil habría sido un argumento fuerte para excluir la subsunción de los hechos en el artículo 291 CP. En efecto, en este caso, en el que los dos socios mayoritarios de una Sociedad Limitada acuerdan la disolución de la sociedad, si el término «Junta de accionistas» se hubiera interpretado en el sentido de la legislación mercantil, ni siquiera se debería haber planteado la eventual tipicidad del comportamiento de los dos socios, pues éstos adoptaron un acuerdo en una Junta que no era de «accionistas». Sin embargo, parece que el Tribunal Supremo partió de un concepto amplio de Junta de accionistas, pues ni siquiera se planteó que el hecho de que la sociedad fuera limitada pudiera ser un problema para subsumir los hechos en el artículo 291 CP —de hecho, basó la solución de la atipicidad en otros argumentos—.

3. Desde luego, la decisión de elaborar un concepto penal de Junta de accionistas que abarque “Juntas” que en Derecho mercantil no son “de accionistas” es, por lo menos, discutible. Ciertamente, tal interpretación persigue cubrir lagunas de punibilidad y evitar soluciones que parecen injustas, pues, efectivamente, si el órgano de gobierno de una sociedad adopta un acuerdo abusivo, parece que poco debería importar si la sociedad tiene forma de anónima, de comanditaria por acciones o de limitada. Además, parece que el artículo 291 CP debería ser de aplicación en el seno de cualquier sociedad de las abarcadas por la definición del artículo 297 CP. Sin embargo, pese a las razones de justicia material y de coherencia sistemática que puedan abonar una interpretación generosa del término junta de accionistas, quizá haya que conformarse con la decisión del legislador. Hay dos razones para optar por esta solución. *Por una parte*, se puede argumentar que la creación de un concepto penal de “Junta de accionistas” más amplio que el del Derecho privado constituye una analogía *in malam partem*²⁹ encubierta. *Por otra parte*, es cierto que el Derecho penal se ha separado en diversas ocasiones de los conceptos de otras ramas del ordenamiento jurídico, pero lo ha hecho en situaciones distintas. Así, *en primer lugar*, en ocasiones el Derecho penal ha dado una definición de determinados términos en la ley penal, separándose de las definiciones de otras ramas del ordenamiento (un ejemplo claro es la definición de funcionario del artículo 24 CP o la de incapaz del artículo 25 CP). En este caso, las eventuales

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ, *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, p. 33 y ss., p. 41; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 622; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *Estudios sobre el Código penal de 1995*, p. 481 y ss. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 223, ha abandonado esta opinión y sugiere asumir el concepto estricto del Derecho mercantil.

²⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, p. 217 y s.

ampliaciones del concepto que implique la definición penal no son problemáticas, porque están amparadas por el principio de legalidad. *En segundo lugar*, en supuestos en los que no solamente otra rama del ordenamiento jurídico, sino también el lenguaje ordinario o la economía ofrecían definiciones de un término, el Derecho penal ha preferido distanciarse del concepto jurídico extrapenal y ha escogido el concepto extrajurídico, con o sin restricciones de carácter jurídico. Esto es lo que hace la doctrina dominante respecto al concepto de patrimonio. Esta solución es discutible y, en realidad, depende de cómo se entienda la relación que existe entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico³⁰. Ahora bien, *en tercer lugar*, cuando los tipos penales recogen términos técnicos definidos por otras ramas del ordenamiento jurídico, la problemática es más aguda, pues ya no se trata de elegir una u otra definición, sino de decidir si el Derecho penal puede crear una definición propia, distinta a la ofrecida por otra rama del ordenamiento. La doctrina y la jurisprudencia entienden que esos términos deben interpretarse según su sentido técnico. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito del delito de apropiación indebida del artículo 252 CP con los términos “depósito”, “comisión”, “administración”, los cuales se interpretan en el sentido del Derecho privado. A esto se podría objetar que este modo de proceder no constituye una regla general, pues, por ejemplo, en el caso del concepto de “administrador de hecho o de Derecho”, la doctrina y jurisprudencia penales no tienen problemas para alejarse de la concepción mercantil y crear un concepto penal más amplio. Sin embargo, esta no es una objeción definitiva, pues en el caso del “administrador de hecho o de Derecho”, el Derecho penal se aleja de una interpretación de la doctrina mercantil, no de la legislación mercantil, la cual no ofrece un concepto de administrador de hecho³¹, y por ello no modifica el contenido del término técnico sino una interpretación de este último. Es más, también podría defenderse que, en el caso del concepto de “administrador”, sí existe una definición del lenguaje ordinario, mientras que tal definición no existe en el caso de la «Junta de accionistas». En realidad, la solución definitiva sobre si el intérprete puede interpretar el término «Junta de accionistas» del artículo 291 CP en un sentido más amplio que el Derecho mercantil es una cuestión cuya resolución definitiva se enmarca en un contexto mucho más complejo que tiene que ver con la misma teoría de la interpretación en Derecho penal —la definición del tenor literal— y el problema del alcance del principio de unidad del ordenamiento jurídico. Aquí no puedo abordar con profundidad esa discusión, pero sí puedo defender una propuesta según la cual el término «Junta de accionistas» debe interpretarse en el sentido del Derecho mercantil. 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. Así, el

³⁰ Sobre este problema, en relación con el concepto de patrimonio, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, p. 57 y ss.

³¹ Éste aparece nombrado en el artículo 133.2 LSA, pero no definido.

intérprete puede efectuar restricciones con base, por ejemplo, en criterios teleológicos, pero no puede rebasar generosamente el tenor literal hasta construir una analogía, aunque parta, para ello, de esos mismos criterios teleológicos. Lo dicho no impide afirmar que la redacción del artículo 291 CP no es afortunada. Es más, es una lástima que el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no haya subsanado este defecto del artículo 291 CP.

6. La relación entre el delito del artículo 291 CP y el delito de administración desleal del artículo 295 CP. El papel subsidiario del tipo de acuerdos abusivos respecto al tipo de administración desleal, a propósito de la STS de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar (caso BSCH)

1. Habitualmente, la doctrina se pregunta por la relación entre el delito del artículo 291 y el del artículo 295 CP para solventar aquellos casos en los que un acuerdo del órgano de administración es, al tiempo, constitutivo de administración fraudulenta. En esos supuestos, algunos proponen la solución del concurso de leyes cuando los patrimonios puestos en peligro por el acuerdo son los mismos que los lesionados y la del concurso ideal cuando el peligro de perjuicio inherente al acuerdo no se agota en los perjuicios efectivamente acaecidos³².

2. Ahora bien, existe una relación entre ambos preceptos a la que quizá no se le ha dado demasiada importancia y que tiene que ver con un posible papel del artículo 291 CP como tipo subsidiario en caso de que no se cumplan todos los requisitos del artículo 295 CP. En concreto, en casos como el de la STS de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar (caso BSCH), en los que la administración se lleva a cabo con conocimiento de los socios, puede llegarse a la conclusión de que aquella no es fraudulenta, pero ello no impide preguntarse si el artículo 291 CP podría ser de aplicación, ya que el delito de acuerdos abusivos no exige un elemento de fraudulencia.

Como es sabido, la STS de 17 de julio de 2006 se ocupó del caso de las pensiones de jubilación y bonus millonarios que el presidente del BS (después, copresidente del BSCH) pactó en nombre de la entidad con dos miembros del Consejo de Administración del BCH, en favor de estos últimos. Se trataba de retribuciones que fueron aprobadas por el Consejo de Administración y también por la Junta General del BSCH de 2002 y por las posteriores juntas (aunque en el caso de la memoria sometida a aprobación de la Junta Ordinaria de 2002 no se especificaban los beneficiarios de los pagos en concepto de “compromisos por pensiones y seguros”). Los tres (Presidente del Consejo de Administración del BSCH y los dos consejeros beneficiarios) fueron acusados de un delito de apropiación indebida del artículo 252

³² Cfr. por todos FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 223.

CP y, subsidiariamente, de un delito de administración desleal del artículo 295 CP. La Audiencia Nacional absolvio y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia. Los dos argumentos esenciales en que se basó el Tribunal Supremo para negar la concurrencia de un delito de administración desleal fueron: *primero*, que en el ámbito de la empresa privada, las retribuciones de los altos cargos no pueden juzgarse según parámetros convencionales y su determinación se rige por la «absoluta libertad de mercado». *Segundo*, que las retribuciones y pagos han de contar siempre con la aprobación de los órganos de administración y gobierno de la sociedad –no pueden ser perjudiciales para la sociedad los acuerdos que ésta acepta y adopta como propios–; en efecto, según el Tribunal Supremo, para afirmar la concurrencia del «perjuicio económico evaluable» del artículo 295 CP no basta con constatar una disminución contable en el patrimonio de la sociedad, sino que hay que constatar que el origen de aquella es ilícito, en concreto, «el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación». En el caso objeto de enjuiciamiento, las pensiones y pagos de bonus pactados no contravenían ni la legislación vigente ni los estatutos de la sociedad y, además, contaban con la aprobación de la sociedad, así que no eran constitutivos de un delito de administración desleal.

Ciertamente, considero que en el caso falta el segundo elemento mencionado por el Tribunal Supremo, a saber, la disposición «fraudulenta» que el artículo 295 CP exige para afirmar la concurrencia del delito de administración desleal. En efecto, en el caso los pagos fueron aprobados por los órganos de gobierno y de administración de la sociedad –aunque esta afirmación no puede ser tan rotunda en el caso de la aprobación de la Junta del BSCH de 2002, donde la información que constaba en la memoria era muy imprecisa³³–. Sin embargo, lo que no se analizó en el proceso y, a mi entender, sí debería haberse planteado, es si los acuerdos de las Juntas mediante los que se aprobaron las retribuciones a los dos consejeros podrían haber sido considerados constitutivos de un delito del artículo 291 CP. En efecto, en este caso, se debería haber examinado si la mayoría llevó a cabo un ejercicio “abusivo” de su poder, pues en los casos de decisiones del consejo de administración, el artículo 291 CP permite castigar “con menos” que el artículo 295 CP. Ciertamente, el delito del artículo 295 CP exige la presencia de un acto de disposición perjudicial (en este caso, un pago desproporcionado) y el carácter fraudulento de la disposición. Si falla el

³³ En efecto, la «Memoria contenía una referencia a las cifras abonadas y sus conceptos, e incluía el pago efectuado a J.M.A. en el apartado “Retribuciones y otras prestaciones al Consejo de Administración del Banco”, en un subapartado denominado “compromisos por pensiones y otros seguros”. En concreto, se hace mención a la suma de 209.000.000 euros correspondientes a las obligaciones contraídas y cubiertas por el Grupo en materia de pensiones de los miembros del Consejo de Administración del banco, aunque ese importe no incluye referencia explícita a la percepción por J. M. A. de 43,7 millones de euros satisfechos durante el ejercicio del año 2001 con carácter extraordinario y no recurrente».

segundo elemento, todavía es posible plantearse la concurrencia de un delito del artículo 291 CP.

A este respecto, considero, en contra de lo que afirma la Sentencia, que no siempre es cierto que los acuerdos que la sociedad acepta y adopta como propios no pueden ser considerados perjudiciales para ésta. En mi opinión, este argumento sirve para excluir el carácter fraudulento del acto de disposición y, con ello, la subsunción en el artículo 295 CP, pero no para excluir cualquier relevancia penal del comportamiento. Ello es así porque de la existencia del artículo 291 CP se deduce que el poder que ostenta la mayoría para definir el interés social está sometido al límite del abuso de derecho, está sujeto a un deber de lealtad en la gestión de los intereses de los socios que no tienen el poder de decidir sobre sus propios intereses, y que el incumplimiento de ese deber puede ser delictivo, sin que exista fraude. Si se entiende que en el caso del BSCH los acuerdos que aprobaron las retribuciones no eran abusivos, es decir, que fueron expresión de un ejercicio normal del derecho de la mayoría —porque ésta no se orientó a sus intereses extrasocietarios—, entonces tampoco será posible que concurra un delito del artículo 291 CP. En cambio, si se llegara a la conclusión de que los acuerdos fueron abusivos porque se rigieron según intereses extrasocietarios de la mayoría y no según sus intereses en cuanto mayoría, esos acuerdos no expresarían el interés social y, por ello, habría que acudir a criterios de racionalidad económica para determinar si el contenido de los acuerdos es perjudicial para la sociedad y también si lo es para la minoría. Así pues, la clave para decidirse por una u otra respuesta se encuentra en la determinación de si el interés que rigió la decisión de la mayoría consistente en aprobar los pagos millonarios era un interés extrasocietario o intrasocietario. Y lo cierto es que el caso de la aprobación de retribuciones no es tan sencillo de valorar como otros acuerdos como, por ejemplo, el consistente en reducir la actividad social para dar ventaja a una empresa de la competencia en la que la mayoría también tiene acciones. Aquí, el abuso solamente podría afirmarse si el coste de los pagos para la sociedad se considera desproporcionado y, por ello, constitutivo de un abuso de poder que no se rige según el interés (intrasocietario) de enriquecerse mediante la obtención de una retribución adecuada, sino por el interés (extrasocietario) de obtener una retribución inmerecida y, con ello, de enriquecerse “a costa” de la sociedad. Cuando una retribución se considere adecuada en una determinada clase de sociedad, deberá considerarse que no ha habido acuerdo abusivo, pese a la disminución que se produzca en la contabilidad social. En cambio, en el momento en que la retribución aprobada supere sin justificación razonable el límite de lo habitual en ese sector del mercado, debe hablarse de abuso de poder de la mayoría que aprueba el pago. Si las cosas son como consideró el Tribunal Supremo, a saber, que las retribuciones en este ámbito las define el mercado y que los únicos límites son la ley y los estatutos, en este caso no podríamos afirmar un ejercicio abusivo del poder; si en cambio, existieran ciertos parámetros orientativos para determinar cuál es el

uento de una retribución proporcionada en estos ámbitos y los pagos del caso BSCH superaran injustificadamente este monto, entonces podría afirmarse la concurrencia de un delito del artículo 291 CP.

7. Consideraciones finales

En estas líneas he pretendido únicamente esbozar una aproximación a algunos de los problemas importantes que plantea el delito del artículo 291 CP, así como su articulación con el delito de administración desleal del artículo 295 CP. En el tintero quedan otras cuestiones importantes, como el problema de la imputación de responsabilidad en los órganos colegiados, la resolución de los supuestos en que la mayoría la forma un solo socio, los casos de mayorías que se forman de modo casual, la problemática del tipo subjetivo, la valoración de los acuerdos fruto de una mala gestión o un mal gobierno³⁴ y los problemas procesales que genera la coexistencia de respuestas penales y mercantiles frente a determinadas clases de acuerdo. Todos estos temas merecen un estudio independiente.

8. Tabla de Sentencias

STS núm. 841/2006, de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar (RJ 2006\7697).

SAP Murcia, Sección 1.^a, de 25 de noviembre de 2002, ponente Carrillo Vinader (ARP 2003\115).

SAP Madrid, Sección 16.^a, de 26 de julio de 2002, ponente Ventura Faci (JUR 2002\247315)

STS núm. 654/2002, de 17 de abril de 2002, ponente Saavedra Ruiz (RJ 2002\6323).

9. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Los delitos societarios en el nuevo Código penal", en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, 2^a ed., Madrid 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria", en *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Galicia 1998, p. 33 y ss.

³⁴ Casos que o bien por falta de dolo o bien por ánimo de lucro podrán normalmente excluirse del ámbito de aplicación del artículo 291 CP.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO, Silvina, *Derecho penal económico*, Madrid 2001.

CALAZA LÓPEZ, María Sonia, *El proceso de formación de la voluntad social de las sociedades anónimas y cooperativas. Vicios de contenido y de procedimiento*, Madrid 2003.

EMBID IRUJO, José Miguel, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada 2003.

FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia 2000.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis / SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M., "Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)", *La Ley*, 21 de marzo de 1996, p. 1 y ss.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid 1996.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Acuerdos sociales abusivos: ¿impugnación o querella? Interpretación del artículo 291 del Código Penal", *La Ley*, 19 de septiembre de 2000, p. 1 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, "Los delitos societarios" en VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (coords.), *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, vol. 2, Madrid 1996.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid 2004.

- "Algunos problemas interpretativos del artículo 290 del Código Penal a la luz de los casos de la jurisprudencia", *La Ley*, 12 de septiembre de 2006, p. 1 ss.

- en ROBLES PLANAS, Ricardo / PASTOR MUÑOZ, Nuria, "Tema 12: Delitos contra el patrimonio III", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) / RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Parte Especial*, Barcelona 2006, p. 236 y ss.

POLO, Eduardo, "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, p. 2269 y ss.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M^a., *Los delitos societarios*, Pamplona 1996.

SOLER MASOTA, Paz, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991" *Revista General del Derecho*, 571, 1992, p. 2971 y ss.