



D. MIGUEL SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO  
ABOGADO Y DOCTOR EN DERECHO.

PROBLEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 291 Y 292 DEL CÓDIGO  
PENAL (LaLey 3996/1995).

I.- Introducción.

Hoy en día asistimos a un cambio constante en nuestra sociedad provocado por el suceder de hechos vitales e ideas innovadoras lo que hace que llegemos a un tipo nuevo de pensamiento favorecido por la abundancia de tantos y tantos testimonios gráficos que hará innecesario acudir a otras fuentes.

Hechos tan importantes como los ocurridos en el s.XX como el crack de la bolsa de 1929, las dos contiendas mundiales, la llegada del hombre a la luna, la caída del muro de Berlín han hecho que cambie el pensamiento humano ya que en esta época nos encontramos con más medios hábiles para el progreso del pensamiento humano, lo que hace que a mi entender hoy en día se van superar otros acontecimientos históricos como la Revolución Francesa o al Renacimiento del s. XV.

Estos cambios se han producido no solo en el pensamiento humano, sino también en la economía, donde las grandes decisiones que se toman en los órganos de decisión han pasado de ser tomadas por una serie de personas físicas a ser tomadas por las grandes sociedades mercantiles, decisiones que en muchos casos van a estar viciadas en su emisión por causas que luego resultan castigadas por el Derecho Penal, por lo que se trata de descubrir en el presente trabajo si este derecho penal está suficientemente preparado para resolver estas “contiendas” que pueden surgir en estas nuevas sociedades que se crean o si por el contrario se debe de usar otras figuras jurídicas, como las que nos da el derecho mercantil, para resolver dichas disputas.

Este Derecho penal, en efecto, en su vocación de proteger el orden económico va más allá, regulando jurídicamente la intervención del estado en la economía. En ese orden destaca Martos Núñez<sup>1</sup> cómo la función primordial del Derecho penal económico, así entendido, es realizar la justicia socioeconómica, mediante la protección de la economía en su conjunto, el orden público económico y la economía nacional, como valores estatales diferentes a los particulares de propiedad, patrimonio y buena fe contractual; concluyendo, el autor citado, con una definición sincrética del Derecho penal económico como “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico constitucional”.

Este Derecho penal, en las redacciones anteriores al actual Código Penal de 1995 (en adelante C.P), naufragaba en la solución de este tipo de delitos patrimoniales que a través de los delitos, como la estafa, que pudieran ser adecuados para una sociedad preindustrial, pero que no podían resolver de una manera justa los actuales comportamientos societarios de la sociedad, esto lo ponía de relieve las propias advertencias de la ya lejana y transcendental Sentencia de 23 de Junio de 1878 que reconoció la existencia de los delitos financieros, que constituyen conductas antijurídicas que “atacan directamente el interés social del orden público económico”, pero que, en especial en su formulación como delitos de mero riesgo o peligro exigían “para hacer vida, de una previa tipicidad específica y formal”, razón por el que al existir un vacío normativo “ya que nuestra legislación penal no regula de forma expresa y directa los delitos financieros de riesgo”, deben, aplicando el principio de legalidad, quedar impunes.

Este fracaso penal, que ya era denunciado por la doctrina, aparecía justificado por los escándalos sociales que conmovían la sociedad, se destacó también por la doctrina el efecto de política criminal que desde el punto de vista de la prevención general representaba de una manera más justa e intimidatoria la agrupación de un Capítulo propio de esas conductas que los tipos generales dispersados por el resto del C.P.

Lo cierto es que, salvo el precedente del artículo 734 del C.P de 1928, el tratamiento de estos delitos ha venido aplazándose, pese a los diversos intentos prelegislativos (Proyecto de 1980, de 1983, 1992 o de 1994); ahora con el actual C.P de 1995 se

tipifican una serie de comportamientos en los que podríamos distinguir una serie de grupos: fraudes a través de un uso abusivo o falseado de las mayorías sociales; perjuicios por negativa o burla de los derechos de participación de los socios; elusión de los mecanismos administrativos de control de la actividad social y por último fraudes por medio de una administración desleal.

Se ha discutido mucho por la doctrina si era necesaria esta categoría de delitos socioeconómicos e incluso si responden a una realidad criminológica propia o son producto de una construcción artificial que incluye aquí lo que no son más que modalidades de los tipos básico del fraude: la falsedad, la estafa y la apropiación indebida. Sin embargo, parece más racional, justo y acorde con los nuevos tiempos e incluso con los presupuestos constitucionales, el no pasar por alto el aspecto social de los delitos cometidos en el ámbito de las empresas, capaces de afectar a grupos sociales extensos y de perturbar la propia economía o el buen funcionamiento de los mercados financieros en general al estar todos estos aspectos relacionados entre sí.

Consecuentemente con esto que digo no parece razonable valorar esa clase de delitos como afectantes a un mero ámbito particular y privado, sino que han de reforzarse penalmente los mecanismos mercantiles y administrativos para asegurar que las sociedades cumplen sus fines lícitos y acordes con la supeditación de la propiedad privada a su función social, como previene el art. 33.2 de la Constitución Española (LaLey 2500/1978). Desde este punto de vista los delitos societarios tienen un “plus” en su contenido de antijuricidad que aconseja un tratamiento penal específico y congruente con el carácter supraindividual de los intereses a proteger, “plus” caracterizado por el hecho de que esos delitos además de lesionar bienes jurídicos individuales repercuten en un daño o riesgo para los intereses jurídicos de la comunidad social<sup>2</sup>.

Desde este punto de vista, estos delitos societarios tienen un elemento en su contenido de antijuricidad que previene un tratamiento específico y congruente con el carácter supraindividual de los intereses a proteger, este carácter supraindividual, como digo, es que repercute no sólo en los daños individuales de la persona física, sino también en los intereses jurídicos de la sociedad en general.

Estos tipos penales que se crean no son una protección frente a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas, o de sus miembros o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos. Para los legisladores, incluso la propia eficacia del derecho mercantil necesita de este corolario punitivo. Ahora bien, teniendo en cuenta todos estos antecedentes la cuestión se reduce a comprobar la eficacia que la legislación penal da para resolver estas cuestiones o si dicha cuestión puede estar suficientemente resuelta ya en la legislación mercantil sin tener que inmiscuirse en la vía penal, esto es principalmente lo que trataré de resolver en este artículo de una manera breve describiendo las características técnicas de ambos artículos.

## II.- El Art. 291 del C.P. Concepto y características.

Nos encontramos, sin duda, ante un precepto extremadamente desafortunado, que no tiene ninguna comparación posible en el derecho comparado, lo que ha derivado en su inaplicación; el mismo resulta en su redacción confuso, incoherente, e incluso erróneo desde un punto de vista gramatical, ya que en el texto aprobado no aparece la partícula “en” de la expresión “en el órgano de administración”, que sin embargo parece imprescindible para dar sentido al precepto; si bien la mayoría de las ediciones comerciales del Código Penal lo han corregido, el texto legal sigue esperando la oportuna modificación<sup>3</sup>.

En lo que respecta en concreto al art. 291 del C.P, con la introducción de este artículo parece que nuestro legislador ha optado por criminalizar los supuestos de “infidelidad de los órganos sociales” o, si se quiere, los casos de “abuso de posición dominante”. Entiendo que se castiga la imposición de acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria en los órganos de representación o gobierno de una sociedad mercantil. Creo que todo en este artículo es discutible y discutido, y entiendo que hay una mala construcción del mismo, tal y como mantiene la doctrina.

La interpretación de este tipo penal requiere no olvidar la existencia de otro delito (art. 292 del C.P, objeto de este trabajo) que supone la criminalización de la imposición de acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia.

La presencia de este delito, que en este artículo será también objeto de comentario, obliga a interpretar el que ahora nos ocupa de forma que albergue un contenido autónomo y no solapado. Es decir, el art. 291 del C.P sanciona la imposición de acuerdos abusivos obtenidos por el ejercicio de una posición mayoritaria o dominante en los órganos sociales. En otros términos, los acuerdos abusivos criminalizados se obtienen en virtud de una representación lícitamente obtenida. No estamos, por tanto, ante la manipulación fraudulenta de las cuotas de representación en los órganos sociales, no estamos ante mayorías ficticias ilícitamente obtenidas.

El acuerdo abusivo se impone sencillamente por la mayoría en detrimento de la minoría, si bien con una serie de exigencias típicas que permiten establecer con carácter relativamente fiable la esfera de prohibición penal<sup>4</sup>.

Ciertamente, el precepto requiere una interpretación cautelosa tendente a delimitar taxativamente la prohibición penal y a legitimar la intervención del Derecho Penal conforme a criterios de lesividad. Sólo así el art. 291 del C.P puede quedar al resguardo de críticas enderezadas a significar la quiebra del principio de fragmentariedad y de “última ratio” del derecho penal.

Es evidente que carecería de legitimidad la pretensión de incriminar la mera adopción de un acuerdo abusivo, mediante el mero disfrute de una posición mayoritaria en un órgano de representación o gobierno en una sociedad. Dado que en el artículo 291 del C.P no se requiere que la adopción del acuerdo se lleve a cabo por mecanismos ilícitos, a diferencia de lo previsto en el art. 292 del C.P, debe ofrecerse una interpretación del precepto según la cual no quede criminalizado el ejercicio legítimo de la mayoría en la sociedad.

Con independencia que, de “lege ferenda”, se postule la innecesariedad del art. 291 del C.P, lo cierto, es que la previsión típica puede y debe ser objeto de una interpretación razonable. Y esa interpretación debe efectuarse, teniendo en cuenta que el Derecho Mercantil ya ofrece un régimen de impugnación de acuerdos sociales como respuesta a la necesidad de tutela de los derechos de los socios minoritarios, como por ejemplo los

arts. 115, 118, 119, 120, 122 y 143 de la Ley de Sociedad Anónima (RDL 1564/1989) (LaLey 3308/1989), hoy en día en los artículos 204, 207, 208 y 251 de la Ley de Sociedades de Capital Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010) (LaLey 14030/2010).

A la vista de todo lo anterior, efectivamente, el legislador penal podía haber prescindido de la tipificación del delito de imposición de acuerdos abusivos, sobre todo si se tiene en cuenta que en el art. 291 del C.P se opta por tutelar los intereses de los socios minoritarios y sólo indirectamente los intereses de la propia sociedad, lo que parece criticable.

Por último, debe ofrecerse una interpretación del precepto analizado que no colisione con las directrices comunitarias en orden a propulsar el principio de regularización de los acuerdos impugnables (3ª Directiva del Consejo de 9 de Octubre de 1978 (78/855), (LaLey 1925/1978) y 6ª Directiva del Consejo de 17 de Diciembre de 1982 (82/891), (LaLey 3347/1982). Sobre todo, si tenemos en cuenta que han sido recogidas en el art. 115.3 de la Ley de Sociedades Anónima (hoy en día art. 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital): “No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada”. Es decir, si la “ratio” de la Ley mercantil es, en la medida de lo posible, limitar la intervención de los órganos jurisdiccionales mediante la subsanación de las causas de nulidad de los acuerdos objeto de impugnación, la posibilidad de ejercitar una acción penal en el mismo momento en que se considere abusivo un determinado acuerdo, no sólo no se compadece con los principios que inspiran la normativa societaria, sino que supone su más flagrante violación.

En cuanto a la lesividad de este art. 291 del C.P, tengo que decir, que a mi entender el tipo requerirá la destrucción o menoscabo del correcto funcionamiento de la sociedad, por lo que cabría hablar de un delito de resultado<sup>5</sup>. Para otros autores<sup>6</sup> esto no sería correcto y cabría hablar de un delito de peligro abstracto<sup>7</sup> ya que entenderían que es

suficiente con la imposición del acuerdo abusivo, siendo irrelevante que el daño se haya causado. Para otros autores<sup>8</sup> cabría hablar de un peligro concreto caracterizado en el potencial lesivo de la acción pero sin llegar a obtener un resultado dañoso SSTS 17/4/2002 (LaLey 5950/2002) y 4/3/2010 (LaLey 5313/2010).

Respecto al sujeto activo, con una deficiente redacción “Los que...” entiendo que el sujeto activo ha de prevalecerse de su situación mayoritaria en la junta de accionistas de la sociedad, situación que sólo se alcanza en Derecho Mercantil adquiriendo la condición de socio con ánimo de lucro propio o ajeno<sup>9</sup>, por tanto por un lado tenemos al socio como claro sujeto activo.

Por otro lado tenemos también a los administradores como sujetos activos de este delito, aunque éstos no reúnan la condición de socios, aunque en la inmensa mayoría de los casos serán también socios, cualquiera que sea el sistema adoptado por el órgano de administración, administrador único o dos o más administradores mancomunados.

En cuanto al sujeto pasivo, plantea aparentemente menos problemas, el precepto establece con toda claridad que la conducta típica debe efectuarse en perjuicio de los demás socios<sup>10</sup>, de donde la doctrina extrae la conclusión de que esos otros socios, como titulares del bien jurídico protegido, son quienes pueden ser sujetos pasivos de la conducta típica, donde también se puede incluir como sujeto pasivo a las compañías mercantiles que ostentan la condición de socio o accionista e incluso también se podría incluir al socio que hubiera votado a favor del acuerdo, pero que lo hubiera hecho sin tener consciencia de la conducta abusiva.

El ámbito de aplicación de este delito 291 del C.P como del 292 del C.P, se ubica en todo lo que se entienda por Sociedad y para ello hay que acudir al artículo 297 del C.P, donde por sociedad se entiende toda cooperativa, Cajas de Ahorro, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza.

A mi entender son cuatro los elementos que se tienen que dar para entender producido este art. 291 del C.P. En primer lugar tiene que realizarse un Prevalimiento, se entiende por tal la acción de valerse o aprovecharse de la situación dominante derivada de ostentar la mayoría en la Junta o en el órgano de administración para lograr con la misma la imposición del acuerdo abusivo, se entiende aplicable a todos los órganos de participación social de cualquier sociedad mercantil; se da aquí una condición de naturaleza híbrida que solamente puede ser ejercitada por quienes hallándose integrados en una mayoría con capacidad decisoria se aprovechan de la misma imponiendo con ella su criterio sobre una minoría de manera abusiva.

En segundo lugar se tiene que dar una situación mayoritaria, esta debe de ser tanto de mayorías como de capital, que se trate de una mayoría auténtica o legítima (a diferencia del artículo 292 del C.P que es una mayoría ficticia), y esta situación mayoritaria pueda ser acaparada por uno o varios socios; esta situación mayoritaria está íntimamente ligada al prevalimiento del que he hablado en el punto anterior.

En tercer lugar, como consecuencia de las dos acciones antes mencionadas, se da esta imposición que se consigue por medio de la votación, siendo esta votación como ya he dicho antes auténtica, a diferencia del art. 292 del C.P que se logra de una manera ficticia.

Por último tiene lugar un acuerdo abusivo, es decir, debe de servir a un fin distinto al señalado en el objeto social, de modo que aunque revista una apariencia de legalidad, perjudica o puede perjudicar el interés de los demás socios.

El resultado producido por este art. 291 del C.P es el siguiente, en primer lugar se produce un Beneficio obtenido por los socios mayoritarios o por terceros como parte del resultado del delito, aunque el art. 291 del C.P parece exigir sólo un ánimo de lucro propio o ajeno en quienes se prevalen de la situación mayoritaria, lo cierto es que tal ánimo tiene que ir seguido de la obtención de un beneficio cierto y cuantificado; en caso contrario difícil es entender la pena de la multa proporcional del triplo del beneficio obtenido.

En segundo lugar se produce un Perjuicio para los socios, la contrapartida de ese beneficio abusivo conforma, precisamente, el perjuicio de los demás socios, es decir, de los minoritarios, al que se refiere el tipo penal cuando alude a que la conducta tiene que realizarse “en perjuicio de los demás socios”; no es ésta tampoco, por tanto, una mera referencia a un elemento subjetivo o parte del dolo, sino también a una parte del resultado típico.

Por último se produce un No beneficio para la sociedad, el legislador en su papel más desafortunado, nos indica por último, que la acción no debe dar beneficios a la sociedad, lo que se convierte en un limbo neutro en lo que no beneficia pero tampoco perjudica. ¿Qué pasaría si esos acuerdos perjudican a socios minoritarios pero redundan en beneficios para la sociedad?, ¿sería eso punible de acuerdo al art. 291 del C.P? De acuerdo a las Sentencias del Tribunal Supremo, antes mencionadas, de fecha 17/4/2002,4/3/2010 o en la Jurisprudencia menor AP de Barcelona de 3/6/2009 (LaLey 173293/2009) esta actitud no es sancionable penalmente, aunque quizás injustamente.

En cuanto al tipo subjetivo, se exige en primer lugar un Dolo, tal y como dice la propia dicción del precepto “impusieren”, dicho concepto nos lleva inevitablemente a pensar en la intencionalidad del autor<sup>11</sup>, es por tanto un dolo reforzado tanto por la finalidad perseguida en beneficio propio o de un tercero como por la conciencia de estar causando con ello un perjuicio a los demás socios, descartándose en mi opinión un dolo eventual.

En segundo lugar se exige un Ánimo de lucro, este elemento se entiende como connatural a todo delito contra el patrimonio, es decir, se presume por la propia existencia del dolo.

Por último, pongo en duda que en este delito quepa el error en los elementos normativos del mismo, ya que se presupone que el autor debe ser consciente de que se ha adoptado el acuerdo prevaleciendo de su situación mayoritaria en perjuicio de los demás socios y que además no beneficia a la sociedad.

### III.- El Art. 292 del C.P. Concepto y características.

Frente a la ambivalencia del precepto anterior, que tanto desde la praxis forense como la de su tratamiento teórico, será la que presente mayores dificultades con su indefinición, al adoptarse la decisión respetando las formalidades legales, este art. 292 del C.P sanciona con mayor propiedad la imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos logrados a través de medios ilícitos para construir la mayoría decisoria, aunque tampoco tiene comparación posible en el derecho comparado. Esta mayoría decisoria es el instrumento para la obtención del acuerdo lesivo. Lo que se castiga por tanto no es su creación, sino su utilización para lograr una decisión en beneficio de quien la emite o de terceros y que perjudica no ya solo a los socios (como decía el art. anterior) sino también a la sociedad.

No obstante observo que habrá, y más que en el artículo anterior, una mayor complementación con la normativa societaria, lo que hace surgir, problemas de interpretación sobre la relevancia penal de las conductas que tan solo pueden ser solucionadas a través de la doctrina sentada por los Tribunales civiles.

Por ello la mención expresa de la atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, o la negación ilícita de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, como formas típicas de alcanzar esta mayoría ficticia, sumergirá lamentablemente al Juez Penal en toda la casuística societaria al respecto.

Por otra parte, la imposibilidad descrita de precisar apriorística y taxativamente la existencia de los presupuestos típicos, no dejará de redundar en un cierto abuso de la acción penal para dirimir conflictos meramente civiles, cuando no para ocultar el ejercicio de intenciones espurias, y sobre todo cuando pongo en duda que por nuestros Tribunales se castiguen tan sólo aquellas conductas que presenten una carga importante de lesividad, vulnerando con esta actitud el carácter de intervención mínima del derecho penal y no se use en este caso otros instrumentos más apropiados, como la legislación civil, para solucionar estas conductas.

En cuanto al bien jurídico protegido, a diferencia del artículo anterior en que se perjudicaba a los socios y no a la sociedad, ahora este art. 292 del C.P nos dice que el perjuicio es tanto a los socios como a la sociedad, por lo que el bien jurídico protegido

es doble, por un lado, los intereses económicos de los restantes socios y por otro, el patrimonio de la propia sociedad.

Respecto al sujeto activo de este delito del art. 292 del C.P, decir, que teniendo en cuenta que hay dos acciones (imponer o aprovecharse) entiendo que tan sólo los socios o administradores pudieran cometer cualquiera de las dos acciones<sup>12</sup>, por lo que se trata de un delito especial. Otros autores, entienden que si bien el “imponer” solo pueden ser socios o administradores, el “aprovecharse” podría ser alguien ajeno a la sociedad, por lo que en este caso se trataría de un delito común<sup>13</sup>.

Por otra parte como sujetos pasivos, aquí hay menos controversia y son tanto los socios como la sociedad<sup>14</sup>, a diferencia del art. anterior que nos hablaba tan sólo de los socios. Como dice el Auto de la AP Tarragona de 6/3/2006 (LaLey 126947/2006) la sanción penal quedaría excluida si el tipo ocasiona beneficios a la sociedad.

La conducta típica de este artículo y teniendo en cuenta que hay dos acciones como son imponer o aprovecharse y ambas se encuentran unidas por la conjunción disyuntiva “o”, da lugar a un tipo mixto alternativo. Cualquiera de las dos conductas sería castigada, a través de cualquiera de ellas se consigue un acuerdo lesivo por una mayoría ficticia (a diferencia del anterior artículo) conseguida por cuatro acciones que son:

a).- Abuso de firma en blanco: La legislación mercantil prevé el mecanismo de la representación para el ejercicio del derecho de asistencia y voto en las juntas sociales (regulado en los arts. 184 y 185 de la Ley de Sociedades de Capital RDLeg 1/2010 LaLey 14030/2010), mecanismo profusamente utilizado en la vida económica de las grandes compañías mercantiles; en la práctica, esta delegación de voto se confiere en blanco, es decir, sin someter el mecanismo representativo a condición alguna, lo que ocurre es que esta firma en blanco se usa de manera torticera para perjudicar a la compañía, poniendo otro resultado o completándolo en unas condiciones o estipulaciones distintas a lo acordado, lo que puede conducir al delito de estafa del art. 250 del C.P.

b).- Atribución indebida del derecho de voto: Regulado en el art. 179 de la Ley de Sociedades de Capital, es la atribución del derecho de voto a quienes carecen del mismo, bien porque no se sea accionista o bien porque siéndolo no pueda votar por

distintas causas como mora en el pago de dividendos pasivos o supuestos de usufructo o prenda.

c).- Negación ilícita del ejercicio del derecho de voto: Regulado en los arts. 179, 180 y 181 de la Ley de Sociedades de Capital, se refiere a todos aquellos casos en los que la privación del derecho de voto es contraria a las leyes o a los estatutos sociales.

d).- Cualquier otro medio o procedimiento semejante: Este artículo 292 del C.P termina diciendo con esta expresión que cabría cualquier otro medio o procedimiento semejante, y así no incurrir en un *numerus clausus*.

El resultado que se obtiene de este delito es muy similar al del art. 291 del C.P, así por un lado tenemos el beneficio propio o de un tercero del delito, y el perjuicio económico para los socios, como en el art. anterior y por último tenemos el perjuicio económico para la sociedad, siendo éste último punto la diferencia con el artículo anterior.

Este resultado del que he hablado en el párrafo anterior se logra a través de dos conductas, como son imponer y aprovecharse.

Respecto a la de imponer un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, que se ha obtenido en este caso ilícitamente<sup>15</sup>, tiene el mismo significado que en el art. anterior, la diferencia es que en este caso el acuerdo es lesivo y perjudica no solo a los socios sino que también a la sociedad, sin embargo entiendo que no basta con esta imposición de este acuerdo lesivo, sino que el núcleo del desvalor de acción de esta conducta gira en torno a la utilización de esta mayoría con la obtención del correspondiente beneficio económico, con esto se incide en la calificación de este delito como un delito de resultado.

En segundo lugar, la conducta de aprovecharse del acuerdo lesivo, como figura nueva y no recogida en el artículo anterior, ha sido contemplada por Fernández Teruelo<sup>16</sup> como algo en donde sorprende su castigo y sorprende aún más que se equipare en penalidad con el otro supuesto típico (la imposición fraudulenta del acuerdo), de indudable mayor gravedad. Entiendo que no puede valorarse del mismo modo, la conducta de aquellos que imponen un acuerdo fraudulento que la de aquellos otros que, sin haber participado en su adopción, se aprovechan del mismo. Por ello, con el objeto de restringir los supuestos de aplicación de esta segunda modalidad típica, en los últimos años se han formulado diversas interpretaciones, como la que se exige para sancionar al que se

aprovecha del acuerdo, que cuando menos haya estado en condiciones de imponerlo<sup>17</sup>, en caso contrario entiendo que sería merecedor de una sanción penal más leve.

En cuanto al tipo subjetivo, tanto la conducta de imponer como la de aprovecharse presentan la concurrencia de un dolo directo donde se tiene que tener conciencia de perjudicar tanto a los socios como a la sociedad (AP Rioja 6/5/08) (LaLey 139492/2008), aunque en este art. no se va a exigir el ánimo de lucro será difícil encontrar alguna situación en la que el ánimo de lucro no esté presente. Por último respecto al error en los elementos normativos, igual que en el ánimo de lucro, será difícil plantear dicha cuestión.

Abstract:

Los artículos 291 y 292 del Código Penal encuadrados en el Título XIII del Capítulo XIII del Libro II del CP, vienen planteando incluso hoy en día numerosos problemas de interpretación y de aplicación práctica. Se trata de proteger tanto el patrimonio individual del socio como la protección del mercado, pero chocan con la regulación mercantil establecida hoy en día sobre todo con el nuevo art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010) (La Ley 14030/2010).

Opinión:

La práctica judicial de estos dos delitos de los arts. 291 y 292 del C.P, nos dice que hay un número muy bajo de resoluciones penales y por el contrario un número alto de resoluciones civiles, por lo que el cauce procesal para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de Accionistas en la hoy Ley de Sociedades de Capital entiendo que debe perfilarse, tal y como dice la experiencia práctica, como la vía natural idónea por la resolución de estos conflictos desde las directrices impuestas por los principios de intervención mínima, última ratio y subsidiaridad propias del Derecho Penal.

Sobre este paralelo penal/mercantil que se da en la resolución de esta parte de los delitos societarios, y teniendo en cuenta que el Juez de lo Penal va a declarar nulo un acuerdo ilícito además de otorgar una posible responsabilidad civil pudiendo hacer todo esto también un Tribunal Civil, ¿a quién le puede interesar que se condene a una persona a seis meses de prisión (que no se va a cumplir en la mayoría de los casos) o al pago de una multa?, la solución práctica con la legislación actual, a mi entender, va a estar en comprobar la intención del agente, su ánimo de lucro o no, verificando también las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del

derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales y por último teniendo en cuenta el principio de intervención mínima del orden penal, como dicen las SSTs de 17/4/2002, 14/7/2006 y 4/3/2010 antes mencionadas o la de 14/7/2006 (LaLey 77292/2006).

En todo caso mi opinión es que se deberían derogar ambos artículos 291 y 292 del C.P y remitir el tema a la Jurisdicción Civil/Mercantil modificando el actual artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital en el sentido de ampliar el mismo a cuando se lesione no solo el interés social sino también el interés de los socios en hechos contrarios a la Ley o a los Estatutos, obviando términos como carácter “abusivos” o “lesivo” que pudieran dar lugar a interpretaciones diversas, sobre todo en la Jurisdicción Penal ya que son términos más propios de la Jurisdicción Civil.

Aunque no tengo a día de hoy ninguna noticia sobre una posible modificación de estos artículos 291 y 292 en el C.P, estos delitos se han visto invariables desde su publicación en el año 1995, sobreviviendo a las reformas que se han realizado en el C.P, la última recogida en la LO 5/2010 (LaLey 13038/2010), por lo que creo más acertado dar una solución “civil” para solucionar estos problemas que se pueden originar dentro de una sociedad.

#### NOTAS:

<sup>1</sup> Martos Núñez, Derecho Penal Económico. Ed. Montecorvo, Madrid, 1987 págs. 128 y ss. Reelaborando la concepción de Vitu y otros autores del derecho penal económico como protector del sistema económico-constitucional que define como: “El conjunto de instituciones y mecanismos de producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios que fundamentan el orden económico justo, objetivo esencial del estado social y democrático de derecho”.

<sup>2</sup> Sequeros Sazatornil, Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. Ed. La Ley, Madrid, 2003, págs 40 y ss.

<sup>3</sup> La redacción del precepto tal y como fue aprobada (sin la partícula “en”) determinaría la atribución de responsabilidad penal a un órgano (el órgano de administración), lo que resulta penalmente inadmisibles: “los que ostenten una posición mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración”.

<sup>4</sup> STS 4/3/2010, “Como hemos dicho en nuestra Jurisprudencia, por todas STS 17/4/2002, el delito del artículo 291 del C.P se caracteriza por constituir una criminalización de determinadas conductas societarias cuando los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieran acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la sociedad, lo que equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 del C.c). Concretamente la Ley de Sociedades Anónimas (art. 115), señala que podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas (...) que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Por otra parte, también debemos tener en cuenta los tipos previstos en los artículos 293 y 295, ambos del C.P, que tipifican las conductas más graves que los administradores o socios en perjuicio de los derechos de los demás. El art. 291 del C.P parte de la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente pero que debe calificarse de abusivo, y aquí radica la esencia del tipo, que conlleva necesariamente la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno (el de los socios que constituyen la mayoría) en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad; es decir, es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada. En síntesis, la esencia de la conducta típica está constituida por el abuso de la mayoría en beneficio propio y exclusivo. 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 (...).

<sup>5</sup> Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez, “Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996; Sánchez Álvarez, *Los delitos societarios*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs 128 y ss; Conde-Pumpido Ferreiro, “De los delitos societarios”, *Código Penal Comentado: con concordancia y Jurisprudencia*. Ed. Bosch, 2004.

<sup>6</sup> Valle Muñoz/Quintero Olivares/Morales Prats, “De los delitos societarios”, *Comentarios al Código Penal*, 3ªEd, Ed. Aranzadi, 2004, que parece decantarse por definir el art. 291 como un delito de peligro abstracto o de aptitud. Tampoco exigen el perjuicio, sino sólo el ánimo de perjudicar, Mata y Martín, “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *Revista de derecho de sociedades*, nº5, 1995; García Aran, “Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, en *Economist&Jurist*, 1996.

<sup>7</sup> Valle Muñoz/Quintero Olivares/Morales Prats, “De los delitos societarios”, *Comentarios al Código Penal*, 3ªEd, Ed. Aranzadi, 2004, que parece decantarse por definir el art. 291 como un delito de peligro abstracto o de aptitud. Tampoco exigen el perjuicio, sino sólo el ánimo de perjudicar, Mata y Martín, “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *Revista del derecho de sociedades*, nº5, 1995; García Aran, “Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, en *Economist&Jurist*, 1996.

<sup>8</sup> Martínez Buján, *El derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ªed, Valencia, 2005; Moreno Chamorro, *Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los Tribunales*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005 págs 75 y ss; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs 219 y ss.

<sup>9</sup> Suárez-Mira Rodríguez/Judel Prieto/Piñol Rodríguez, *Manual de derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 4ªed, Ed. Civitas, Madrid, 2006, págs 336 y ss.

<sup>10</sup> Así entre otros, Martínez-Buján Pérez, *El Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ªed, Valencia, 2005 págs. 400 y ss; Mata Martín, “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *Revista de derecho de Sociedades*, nº5, 1995. Señala que llama la atención la ausencia de la propia sociedad como sujeto pasivo”.

<sup>11</sup> Sequeros Sazatornil, *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Ed. La Ley, Madrid, 2003, págs 166 y ss.

<sup>12</sup> Cobo del Rosal, *Curso de derecho penal español. Parte Especial*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, págs 950 y ss.

<sup>13</sup> Así, entre otros, Aranguren Urriza, “Los órganos de las sociedades de capital”, en *Instituciones de Derecho privado*, Madrid, 1990; Conde-Pumpido Ferreiro, “De los delitos societarios”, *Código Penal comentado: con concordancias y Jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004; García Caveró, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs 230 y ss; Moreno Canoves/Ruiz Marco, *Delitos socioeconómicos. Comentario a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*, Ed. Edijus, Zaragoza, 1996, págs 291 y ss.

<sup>14</sup> Sánchez Álvarez, *Los delitos societarios*. En Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996, págs 145 y ss.

<sup>15</sup> SAP Baleares de 5 de Mayo de 2004, (La Ley 105755/2004) “Ciertamente el artículo 292 del C.P establece como acción típica, el imponer o aprovecharse de un acuerdo lesivo. A diferencia del artículo anterior no requiere ánimo de lucro propio o ajeno, ni exige una posición mayoritaria en la Junta de accionistas. Al estar desvinculado dicho acuerdo lesivo de ánimo de lucro ni del perjuicio económico deberá ser referido a cualquiera de los derechos que la Ley concede a los socios, derecho de voto, información, ...etc, o bien a los recogidos en los estatutos. Ahora bien, el acuerdo lesivo debe haber sido adoptado por los órganos de la sociedad con capacidad para adoptarlo, puesto que el bien protegido en cualquier caso es el respeto a la buena fe mercantil”.

<sup>16</sup> Fernández Teruelo, “Los delitos societarios”, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Edersa, 1999.

<sup>17</sup> Valle Muñoz/Quintero Olivares/Morales Prats, “De los delitos societarios”, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ªed, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004; Martínez-Buján Pérez, *El derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ªed, Valencia 2005, págs 234.

