

# El consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

Patricia Faraldo Cabana  
Licenciada y Doctora en Derecho.  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de La Coruña - España

## 1. Determinaciones previas.

La aprobación del nuevo Código Penal español de 1995 (en adelante CP), en el que aparece por primera vez en España un Título dedicado a los “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” (el Título XIII del Libro II), permite sancionar penalmente una amplia serie de conductas ilícitas cometidas en el ámbito de las actividades empresariales que con la legislación anterior no encontraban claro acomodo en ninguna de las figuras delictivas existentes. En particular la creación de los delitos societarios, regulados en los artículos 290 a 297 CP, ha supuesto una de las novedades más llamativas del Título XIII. Dentro de esta categoría destaca por su interés y por la atención que ha suscitado en la doctrina el delito de administración social fraudulenta o desleal, contenido en el artículo 295 CP<sup>(1)</sup>.

El delito de administración fraudulenta ha suscitado una enorme polémica en torno a su alcance y requisitos

típicos. Un aspecto que sólo recientemente empieza a tratarse con cierto detenimiento en las discusiones de la doctrina española es la relevancia del consentimiento de la Junta General de socios a las conductas fraudulentas de los administradores que perjudican directamente de forma económicamente evaluable el patrimonio social<sup>(2)</sup>. Este consentimiento puede manifestarse como una autorización previa o como una aprobación o ratificación posterior de la actuación de los administradores por la Junta General<sup>(3)</sup>. En este último caso el consentimiento es irrelevante, pues para su validez en el ámbito penal se requiere que sea previo. En lo que se refiere, pues, a la autorización previa se plantean dudas en torno a su eficacia y límites a la hora de convertir en penalmente irrelevante la administración desleal, así como en lo referente a la posible tipicidad del acuerdo de autorización en sí cuando encaje en la dicción del artículo 291 CP<sup>(4)</sup>, que recoge el delito de imposición de acuerdos abusivos prevalidándose de

(\*) Este artículo también está publicado en España en la Revista Derecho de Sociedades, número 18, año 2002-1, páginas 203 a 213.

(\*\*) El Código penal y el Código de Comercio españoles pueden consultarse a través de internet en: <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/cpenal.htm> y <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/ccomercio.htm> respectivamente.

(1) Artículo 295 CP.- Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

(2) Analizamos estas conductas perjudiciales para el patrimonio social y no las que perjudican los patrimonios de los socios, cuentaparticipes, depositarios o titulares de otros bienes, valores o capital administrados porque sólo en ellas cabe plantear la relevancia del consentimiento de la junta general, como órgano de expresión de la voluntad del titular del bien jurídico, a una conducta lesiva para dicho bien, ya que en los demás casos el acuerdo de la junta no expresa el consentimiento del sujeto pasivo. Ver por todos: CASTRO MORENO, A. *El delito societario de administración desleal*. Madrid-Barcelona, 1998. p. 370.; NIETO MARTÍN, A. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona, 1996. pp. 265-266.

(3) Presuponemos que los socios han recibido una información correcta y veraz de los administradores, pues en otro caso se trataría de un consentimiento viciado y, por tanto, penalmente irrelevante a la hora de eximir de responsabilidad a los administradores por el delito de administración fraudulenta.

(4) “Artículo 291: Los que, prevalidándose 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 ánimo de lucro propio o ajeno, en

situación mayoritaria lícitamente obtenida. A estos diversos aspectos me referiré en los siguientes apartados. Pero en primer lugar conviene aludir al discutido tema de la naturaleza jurídica del consentimiento.

## 2. La relevancia penal del consentimiento expreso y previo del titular del bien jurídico lesionado.

Según un sector doctrinal hoy mayoritario el consentimiento del sujeto pasivo juega un doble papel en el seno de la teoría del delito<sup>(5)</sup>: “como **causa de exclusión de la tipicidad**, allí donde su presencia enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y como **causa de justificación** allí, donde subsistiendo dicha lesión, recae, sin embargo, sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente en favor del autor”<sup>(6)</sup>. La esencia de la justificación radica, como se sabe, en la necesidad de solventar los conflictos de intereses que surgen en la dinámica de la vida social, de forma que “cuando no hay conflicto de intereses no cabe hablar de justificación, sino de atipicidad”<sup>(7)</sup>. Y ello en tanto en

cuanto, como bien señala Mir Puig<sup>(8)</sup>, todo depende de si la conformidad del afectado impide ya la lesión del bien jurídico o únicamente la permite: en el primer caso se debe hablar de ausencia de la tipicidad específica descrita como regla en la Parte Especial, y sólo en el segundo caso de causas de justificación, las cuales presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido.

Dentro de esta distinción mayoritariamente asumida entre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y como causa de justificación es posible precisar con mayor detenimiento los efectos del consentimiento estableciendo una nueva y sugestiva terminología que adoptaré en las siguientes páginas, pues en mi opinión se adecua perfectamente a los delitos económicos, que presuponen ya la existencia de un ilícito extrapenal<sup>(9)</sup>. En la doctrina española Luzón Peña propone distinguir entre el consentimiento como “causa de exclusión del tipo indiciario”, cuando excluye ya la lesión o afectación del bien jurídico (“como en el hurto el consentimiento válido del dueño en que otro se apodere de la cosa, pues no se ataca su derecho de propiedad y facultades inherentes, sino que se ejercita

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”.

- (5) La distinción procede de GEERDS, F. *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. GA. 1954. pp. 262 y ss.; y ha sido asumida por un sector doctrinal mayoritario tanto en Alemania como en España. Ampliamente en torno a esta tesis, ver: LUZÓN PEÑA, D. M. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. En: LUZÓN PEÑA, D. M. y S. MIR PUIG, (coordinadores). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona, 1995. p. 35.; SEGURA GARCÍA, M. J. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Valencia, 2000. pp. 54 y ss.
- La diferenciación entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluye la antijuridicidad es cuestionada por un importante sector de la doctrina, que afirma únicamente el efecto excluyente de la tipicidad. En España, por todos, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4ta edición. Barcelona, 1994. pp. 303-304.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, B. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995. pp. 89 y ss.; y 171 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid, 1984. pp. 422 y ss. En contra, ver por todos: MUÑOZ CONDE, F. y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. 4ta. edición. Valencia, 2000. p. 392.; quienes afirman que se trata en todo caso de una causa de justificación, por considerar que el consentimiento delimita el ámbito de realización de los demás elementos típicos y, con ello, la protección del bien jurídico, razón por la cual, señalan estos autores, “parece más correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento en los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites”.
- (6) COBO DEL ROSAL, M. y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*. 5ta edición. Valencia, 1999. pp. 491-492. En España se ha de partir de la ausencia de una disposición general referente a la eficacia del consentimiento.
- (7) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN. *Parte General*. Op. cit.; p. 491. En el mismo sentido, ver: CARBONELL MATEU, J. L. *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Madrid, 1982. pp. 47 y ss.; especialmente p. 63. Sin embargo, una parte de la doctrina española considera, siguiendo a MEZGER, E. *Lehrbuch. AT*, 3. Aufl. 1949, pp. 204 y ss.; que el consentimiento expreso y el presunto se basan respectivamente en el principio de la ausencia de interés y en el principio del interés preponderante. Ver: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, 1994. p. 506.; SÁINZ CANTERO, J. A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General II*. 3era. edición. Barcelona, 1990. pp. 319-320.
- (8) Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ta edición. Barcelona, 1998. p. 519.
- (9) Como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia, 1998. pp. 62-63, en relación con los delitos económicos “conviene retener la idea de que se trata de delitos que **presuponen** ya la existencia de un ilícito extrapenal (administrativo, tributario, civil, mercantil o laboral), con relación al cual el Derecho penal tienen la teórica misión de reforzar su tutela (...)”.

precisamente tal derecho al usar de la facultad de disposición<sup>(10)</sup>; como causa de justificación en sentido estricto cuando el consentimiento da lugar a que la conducta del tercero sea perfectamente lícita (casos de consentimiento que excluye toda la antijuridicidad, y no sólo la penal)<sup>(11)</sup>; y, por último, como “causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal” cuando la acción consentida no es, pese a la concurrencia del consentimiento, jurídicamente lícita, pero tampoco es considerada lo suficientemente grave como para constituir el respectivo ilícito penal (son los casos de consentimiento o acuerdo fáctico no plenamente válido jurídicamente pero penalmente relevante, que excluye la antijuridicidad penal<sup>(12)</sup>).

A diferencia de Günther<sup>(13)</sup>, quien ha propuesto en Alemania una discutida teoría que presenta algunas semejanzas con la aquí expuesta<sup>(14)</sup>, Luzón considera que cuando concurre una causa de exclusión del injusto penal no queda abierta la cuestión de si la conducta es o no ilícita en otros sectores del

ordenamiento jurídico, reservando precisamente esa denominación (“causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal”) sólo para aquellos supuestos en que la conducta sigue siendo antijurídica conforme a otras ramas del Ordenamiento, pero no ya para el Derecho penal<sup>(15)</sup>.

La determinación de los supuestos en los que el sujeto pasivo puede disponer libremente acerca del aseguramiento penal efectivo del bien jurídico constituye un problema de interpretación de los tipos penales, dado que “la eficacia del consentimiento en Derecho penal se encuentra en estrecha relación con la condición del sujeto pasivo y con la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados”<sup>(16)</sup>. En consecuencia, para determinar la naturaleza y eficacia del consentimiento expreso y previo en la administración fraudulenta se hace necesario determinar, en primer lugar, quién es el titular del bien jurídico penalmente protegido, y en un segundo momento hasta qué punto puede disponer el titular de dicho bien<sup>(17)</sup>.

(10) LUZÓN PEÑA. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. Op. cit.; p. 23.

(11) Cfr. *Ibid.*

(12) Cfr. *Ibid.*; pp. 30-31. Menciona LUZÓN los mismos casos que al tratar del consentimiento que excluye la tipicidad (hurto, allanamiento de morada), pero puntualizando que aquí el consentimiento es jurídicamente inválido, por ejemplo porque quien lo otorga es un menor de edad o un incapaz que, pese a todo, comprenden suficientemente el significado del mismo.

(13) Ver: ampliamente GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1983, *passim*; del mismo autor: *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*. En: AA.VV. *Fests. für G. Spindel*, Berlin-New York, 1992. pp. 189 y ss.; del mismo autor, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal*. En: LUZÓN PEÑA y MIR PUIG (coordinadores). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Op. cit.; pp. 45 y ss. Este autor establece una clasificación de las causas de justificación de mayor a menor intensidad, comenzando por las que suponen deberes jurídicos de actuación, continuando por las que suponen una autorización garantizada por la Constitución y terminando con las que implican derechos de intromisión para garantizar intereses preponderantes o únicamente debidos a la renuncia del titular del bien jurídico (GÜNTHER. Op. cit.; en lengua española, pp. 53 y ss). Incluye entre las causas de justificación las causas de mera exclusión del injusto penal, afirmando además que dichas causas de exclusión del injusto penal “no deciden sobre la cuestión de si, además de ello, la acción no sólo no realiza un injusto penal, sino que no realiza ningún injusto en absoluto; no se prejuzga el enjuiciamiento de la antijuridicidad por parte del Derecho civil o del Derecho público” (GÜNTHER. Op. cit.; pp. 48-49). Otros autores alemanes sostienen teorías relacionadas con la de GÜNTHER, como GÖSSEL, K. H. *Recensión a la obra de Günther: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. GA, 1984. pp. 520 y ss.; del mismo autor en MAURACH, R./ y ZIPF, H. *Strafrecht*. AT. 2, 8. Aufl. Heidelberg, 1992. § 44, I, Rn.8; o SCHÜNEMANN, B. *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*. GA, 1985, pp. 347 y ss.; y GA, 1986, pp. 299 y ss.; quien considera el consentimiento como “causa de tolerancia”, esto es, causa de exclusión de la nocividad social cualificada, no de la antijuridicidad. Sobre las posturas relacionadas con la de GÜNTHER ver: la amplia panorámica que ofrece Díez Ripollés, J. L. *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*. ADPCP, 1991. pp. 103 y ss.

(14) El propio LUZÓN PEÑA. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. Op. cit.; pp. 26-27, afirma que la idea de Günther “es sustancialmente la misma que la aquí defendida, hasta el punto de que se pueden utilizar como equivalentes los conceptos causa de atipicidad penal y causa de exclusión del injusto penal”, pero efectúa diversas puntualizaciones: (i) no coinciden los casos concretos incluidos por cada autor en la categoría en cuestión; y (ii) considera Luzón más exacto referir la expresión “causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal” sólo a los casos en que se excluye el injusto penal pero la conducta sigue siendo antijurídica en general.

(15) Cfr. LUZÓN PEÑA. *Causas de atipicidad y causas de justificación*. Op. cit.; pp. 26-27.

(16) ROMEO CASABONA, C. M.. *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980, CPC*. Número 17, 1982. p. 275. En el mismo sentido, ver: MIR PUIG. *Parte General*. Op. cit.; p. 519.

(17) Cfr. CASAS BARQUERO, E. *El consentimiento en el Derecho penal*. Córdoba, 1987. p. 90. En el mismo sentido, ver: ROMEO CASABONA. *El consentimiento en las lesiones en el PCP de 1980*. Op. cit.; p. 275.

### 3. Bien jurídico protegido y sujetos pasivos en el delito societario de administración fraudulenta.

Como sucede a la hora de estudiar cualquier delito, una correcta interpretación del tipo de administración social fraudulenta contenido en el artículo 295 CP debe comenzar por concretar el bien jurídico penalmente protegido, que en este caso es el patrimonio de la sociedad, de los socios y de los demás sujetos que se enumeran en el precepto en calidad de titulares del objeto jurídico tutelado<sup>(18)</sup>.

Son sujetos pasivos del delito de administración social fraudulenta los socios, depositarios, cuentapartícipes y titulares de los bienes, valores o capital administrados.

La referencia a los socios no constituye una novedad, pues son los únicos sujetos pasivos que aparecen en todos los textos pre-legislativos que han culminado en el Código penal de 1995<sup>(19)</sup>.

Se incluyen en el círculo de sujetos pasivos los depositarios y cuentapartícipes. Respecto a los primeros es de destacar que se trata de los “depositarios”, esto es, quienes reciben una cosa en depósito, y no de los “depositantes”, que son quienes entregan una cosa en depósito. Pero si se pretende dar respuesta a las conductas fraudulentas que tienen lugar en el ámbito de las entidades de crédito y pueden perjudicar a las personas que en ellas depositan sus ahorros, ¿por qué se menciona a los depositarios, y no a los depositantes? En mi opinión se trata de un error

del legislador, y donde dice “depositario” debe entenderse “depositante”<sup>(20)</sup>.

La mención de los “cuentapartícipes” alude al contrato de cuentas en participación, que se regula en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio español (en adelante C.Co.). Este contrato se caracteriza por la colaboración patrimonial que una persona ofrece a un empresario con la finalidad común de participar en los resultados prósperos o adversos de sus negocios. De esta forma surge un fenómeno asociativo caracterizado por carecer de todo tipo de personificación, hasta el punto de que no se constituye un patrimonio común sino que la aportación del cuentapartícipe pasa a ser propiedad del gestor. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la transmisión del bien no se efectúe a título de dueño, sino que se transmita simplemente el uso de la cosa, como puede suceder en el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local.

Aunque el artículo 295 CP no menciona expresamente a la sociedad no cabe duda que es uno de los sujetos pasivos del delito: por una parte, la sociedad es la única titular del objeto material de la acción, “los bienes de la sociedad”; por otra, la sociedad está incluida en la mención a los sujetos que sufren directamente el perjuicio económicamente evaluable, los “socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, puesto que será habitualmente el titular de los bienes, valores o capital de cuya gestión y representación se encargan los administradores, esto es, el titular del patrimonio social<sup>(21)</sup>.

(18) En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria. Cfr. CASTRO MORENO, A. *El delito societario de administración desleal*. Op. cit.; pp. 184-187.; MORENO CÁNOVES, A. y F. RUIZ MARCO. *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*. Zaragoza, 1996. pp. 335-336.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. Madrid, 1997. pp. 123-125.; ROSAL BLASCO. En: VIVES ANTÓN, T. S. (coordinador). *Comentarios al Código penal de 1995, II*. Valencia, 1996. pp. 1440-1441.; del mismo autor. *Los delitos societarios en el nuevo Código penal*. Valencia, 1998. pp. 138-141. Por su parte NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.; pp. 245-246 y 254, excluye a la sociedad del círculo de sujetos pasivos y, por tanto, el patrimonio social del bien jurídico protegido, como también hacen MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Los administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código penal*. AP. 1997-1. p. 296.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Los delitos societarios*. En: VIVES ANTÓN, T. S. y G. RODRÍGUEZ MOURULLO. (coordinadores). *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*. Madrid, 1996. pp. 502-503.; del mismo autor. *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia, 1999. pp. 268-269.; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G. *El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal*. CDJ. VII. 1999. pp. 29-30.; o VALLE MUÑIZ, J. M. *De los delitos societarios*. En: QUINTERO OLIVARES, G. (director). *Comentarios al nuevo Código penal de 1995*. Pamplona, 1996. p. 721.; en mi opinión sin razón, como se verá más adelante. Reduce el bien jurídico al patrimonio social, a mi juicio equivocadamente, SUÁREZ GONZÁLEZ. *Delitos contra el patrimonio*. En: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (director). *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1997. p. 847.

(19) Ver: los artículos 368 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (en adelante PCP) de 1980, 297 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (en adelante PANCP) de 1983, 296 del Anteproyecto de Código Penal (en adelante ACP) de 1992, 302 PCP de 1992 y 296 ACP de 1994

(20) Ver: ampliamente, FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Valencia, 2000. *pássim*.

(21) Llegan a la misma conclusión CASTRO MORENO. *El delito societario de administración desleal*. Op. cit.; pp. 185-187.; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Los delitos societarios en el Código penal español*. Madrid, 1998. pp. 342-343.; que sólo

Además de la sociedad, en la coletilla final “titulares de los bienes, valores o capital que administren”, pueden incluirse también los partícipes en Instituciones de Inversión Colectiva, que son aquellas entidades “que, cualesquiera que sea su objeto, capten públicamente fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos mediante fórmulas jurídicas distintas del contrato de sociedad” (artículo 1. 1 de la Ley 46/ 1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva). En este concepto se incluyen tanto instituciones de carácter financiero, que tienen como actividad principal la inversión o gestión de activos financieros (Sociedades de Inversión Mobiliaria, de capital fijo o variable, Fondos de Inversión Mobiliaria, Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario), como Instituciones de Inversión no financieras, que operan principalmente sobre bienes de otra naturaleza (Sociedades de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Inversión Inmobiliaria). Pues bien, los partícipes en estas instituciones les entregan bienes a cambio de un certificado de participación, bienes que pasan a ser administrados por una sociedad gestora a quien se

partimos de que la conducta realizada no causa directamente un perjuicio económicamente evaluable a ningún sujeto pasivo del delito de administración desleal salvo la sociedad, ya que si se produce nos encontraremos claramente ante un delito de administración desleal

atribuyen las facultades de dominio sin ser propietaria, con el concurso de un depositario. Esto es, los partícipes mantienen la propiedad de sus bienes, aunque se trata de una propiedad peculiar puesto que no pueden disponer, administrar o utilizar los bienes entregados. El partícipe tiene derecho a solicitar el reembolso del valor de sus certificados de acuerdo con los términos señalados en la Ley, pero téngase en cuenta que recibe una cantidad de dinero y no la parte de los bienes de los que es en teoría propietario.

considera determinante el primer argumento que utilizo en el texto; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. *Los delitos societarios en el Código penal*. En: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. 1996. p. 62.; MORALES PRATS, F. *Dos cuestiones sobre delitos societarios: La frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades, y el ámbito incriminador de los artículos 291 y 292 CP*. *RdPP*. Número 2. 1999. pp. 52-53.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. 3era. Edición. Barcelona, 1996. p. 446.; MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO. *Delitos socioeconómicos*. Op. cit.; p. 335.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *La responsabilidad penal*. Op. cit.; pp. 124-125, quien considera preferible la interpretación que defiende frente “al absurdo de considerar que los actos fraudulentos que disminuyen el patrimonio social no perjudican ‘directamente’ (como exige el tipo) al patrimonio de los socios, sino sólo indirectamente (en cuanto titulares del derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación), por lo que resultarían atípicos”; ROSAL BLASCO. *Los delitos societarios*. Op. cit.; pp. 139-140.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. *Los delitos societarios*. Pamplona, 1996. p. 180. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, G. *Límites problemáticos: apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad documental*. *RdPP*. Número 1. 1999. p. 51.; llega a la misma conclusión pero por la vía de entender “que la sociedad puede ser también comprendida como la totalidad de los socios”, con lo que cabría incluirla en el círculo de sujetos pasivos. Esta posición me parece rechazable, pues aunque económicamente los socios sean los propietarios de la entidad, jurídicamente ésta goza de personalidad propia y es la titular del patrimonio social. En contra, ver: por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.; pp. 268-269.; que entiende que “una rigurosa exégesis literal conduce a estimar que con la mencionada cláusula genérica el legislador de 1995 pretende aludir a aquellos sujetos **ajenos** a la sociedad que son terceros y que no son depositarios ni cuentapartícipes, exégesis que desde luego se corresponde con el sentido histórico de la gestión del precepto”. En mi opinión, el tenor literal no impide la interpretación que realizo en el texto, a lo que cabe añadir que la interpretación histórica no es determinante. También en contra, ver: NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.; pp. 259-261.; que opina que la decisión de excluir a la sociedad del círculo de sujetos pasivos es acertada porque la protección del patrimonio social “representa, en última instancia, un mecanismo para tutelar intereses jurídicos anexas al correcto desenvolvimiento de la gestión societaria, especialmente trabajadores, acreedores sociales, e incluso el interés de la comunidad en la rentabilidad y productividad de la empresa”, intereses cuya tutela se confía a otros delitos, como los de insolvencias punibles; VALLE MUÑIZ. *De los delitos societarios*. Op. cit.; pp. 721-722.; que apunta que la interpretación que sostengo en el texto se correspondería con la voluntad de la ley, que no desde luego con la del legislador; RODRÍGUEZ RAMOS, L. *La administración desleal del artículo 295 del Código penal*. *CDJ*. VII. 1999. pp. 39-40.; o TERRADILLOS BASOCO, J., *Los delitos societarios*. En: DEL ROSAL BLASCO, B. (editora). *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Valencia, 1997. p. 287.

#### 4. La disponibilidad del patrimonio social por su titular.

Si se sostiene, como aquí hacemos, que el bien jurídico protegido en los delitos societarios en general y en la administración fraudulenta en particular es el patrimonio<sup>(22)</sup>, podría pensarse que el consentimiento del titular del mismo constituye una causa de atipicidad. El patrimonio es por regla general un bien jurídico eminentemente disponible; dado el acuerdo del titular parece que no cabría pensar en una lesión necesitada de justificación. Y en efecto, un sector de la doctrina alemana afirma que si la administración desleal es un delito contra el patrimonio, y el patrimonio es un bien jurídico completamente disponible por su titular, el consentimiento expreso de éste supone sin más límites la atipicidad del comportamiento<sup>(23)</sup>; para estos autores admitir limitaciones al consentimiento expreso del titular supondría consecuentemente aceptar que en los delitos societarios se protegen otros bienes jurídicos además del patrimonio<sup>(24)</sup>.

Ahora bien, sin negar que esta tesis es básicamente correcta, en mi opinión conviene diferenciar los

supuestos en que el consentimiento ha sido otorgado unánimemente por todos los socios, o por el socio único en las sociedades unipersonales, de aquellos otros en los que la decisión de la junta general se ha obtenido por mayoría, sea simple o cualificada. En ambos casos partimos de que la conducta realizada no causa directamente un perjuicio económicamente evaluable a ningún sujeto pasivo del delito de administración desleal salvo la sociedad<sup>(25)</sup>, ya que si se produce nos encontraremos claramente ante un delito de administración desleal pese al acuerdo previo de la junta general, al ser irrelevante el consentimiento de quien no es titular de uno de los patrimonios afectados<sup>(26)</sup>.

Por cuanto se refiere, en primer lugar, al consentimiento unánime de los socios, en Alemania la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias afirman que una actuación lesiva para el patrimonio social también es punible aunque todos los socios hayan consentido, e incluso cuando se trata de una sociedad unipersonal y el socio único ha dado su consentimiento<sup>(27)</sup>. Se parte de que el patrimonio social y el patrimonio de los socios son completamente independientes en virtud del

- (22) Ver: con amplia bibliografía FARALDO CABANA. *Los delitos societarios*. Op. cit.; *pássim*. De igual manera sucede en el delito alemán de infidelidad patrimonial (*Untreue*), si bien esta figura únicamente tutela el patrimonio social. Esta parcial coincidencia nos permite traer aquí a colación algunas de las soluciones que la doctrina alemana ha ofrecido en torno al problema del consentimiento prestado por los socios a actuaciones de los administradores en perjuicio de la sociedad.
- (23) En este sentido, ver: por todos LABSCH, K. H. *Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers*. *JuS*. 1985. pp. 602-603.; LENCKNER. En: SCHÖNKE, A. y H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25. Aufl. Manchen. 1997. § 266. Rn.21. Afirma que se trata de la opinión mayoritaria HELLMANN, U. *Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers*. *Wistra*, 1989. p. 217.
- (24) Cfr. LABSCH. *Einverständliche Schädigung*. Op. cit.; p. 118.; SAMSON. En: RUDOLPHI, H.-J., HORN, E. y GÜNTHER, H.-L. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. II. BT*, Neuwied, 1994, § 266, Rn.40. p. 102.
- (25) Téngase en cuenta que el artículo 295 CP explicita en qué ha de consistir el **perjuicio** necesario para la realización del tipo, al exigir no sólo que sea **económicamente evaluable**, sino también que se haya causado **directamente**. En la mayoría de los casos en que una administración fraudulenta lesiona el patrimonio social aflora la dificultad de saber si el daño sufrido por los socios y los demás sujetos pasivos mencionados por el tipo a consecuencia de esa disminución del patrimonio social es directo o simplemente indirecto o reflejo, lo que depende de cómo se entienda el adverbio “directamente”. Como es obvio, los socios y terceros afectados por la disminución del patrimonio social tienen un claro interés en que se considere el daño sufrido como directo, ya que en tal hipótesis no sólo pueden presentar la denuncia requerida en el artículo 296 CP, sino que la eventual indemnización a cuyo pago sean condenados los autores les responderá a ellos. A mi juicio, el criterio decisivo de diferenciación entre unos daños y otros radica en que nos hallamos ante daños indirectos de los accionistas o acreedores cuando por efecto de una disminución del patrimonio social se reduzca el valor de la acción, lo que sin duda produce un daño al accionista, pero ha de estimarse reflejo o indirecto respecto al sufrido por la sociedad, como igualmente será indirecto el daño sufrido por el acreedor cuando por la disminución del patrimonio social se reduzca la posibilidad de cobrar su crédito frente a la sociedad. A falta de jurisprudencia penal sobre esta cuestión este es el sentido que cabe otorgar al adverbio “directamente”. No considero aplicables al artículo 295 CP los criterios elaborados por la jurisprudencia penal en torno al perjuicio en el delito de apropiación indebida, pues esta figura no exige un perjuicio directo y económicamente evaluable sino únicamente la actuación “en perjuicio de otro”. Ver: ampliamente, con extensa bibliografía, FARALDO CABANA. *Los delitos societarios*. Op. cit.; *pássim*.
- (26) Cfr. por todos, CASTRO MORENO. *El delito societario de administración desleal*. Op. cit.; p. 369.; NIETO GARCÍA, *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.; pp. 265-266. Estos autores llegan a la misma conclusión desde diferentes puntos de partida en torno al bien jurídico protegido en el art. 295 CP.
- (27) Cfr. TRÖNDLE, H. y T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*. 49. Aufl., München, 1999. § 266, Rn.14.; HÜBNER. *LK*. Op. cit.; § 266. Rn.87. Ver: amplias referencias jurisprudenciales, KOHLMANN. *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter*. Op. cit.; p. 387, nota número 1, y pp. 388 y ss. Por su parte, ULMER,

principio de separación, por lo que la afirmación conforme a la cual los socios son los “verdaderos” propietarios del patrimonio social sólo es parcialmente exacta<sup>(28)</sup>. En efecto, desde un punto de vista jurídico es la persona jurídica societaria el titular del patrimonio social, y ello aunque se reconozca como un lugar común en la doctrina que la sociedad mercantil sirve a los intereses de sus socios<sup>(29)</sup>. Y si un consentimiento eficaz presupone sin duda que quien consiente es el titular del bien jurídico lesionado, de este punto de partida se deriva que el consentimiento de los socios no puede ser tenido en cuenta desde el momento en que no son los titulares del patrimonio social<sup>(30)</sup>.

Frente a esta posición conviene resaltar que cuando los socios se reúnen en junta general con todas las formalidades legales y dentro del ámbito de su competencia<sup>(31)</sup> actúan como órgano de formación de la voluntad social, esto es, como órgano de decisión con facultades de disposición sobre el patrimonio de la sociedad. Pero si además las decisiones se adoptan por unanimidad o por el socio único existe una identificación completa entre el interés social y el de los socios, que son los verdaderos propietarios del patrimonio social desde un punto de vista real o fáctico, sin que sea admisible que el Derecho penal no tenga en cuenta este dato<sup>(32)</sup>. Por tanto, cuando el socio único

o todos los socios autorizan previamente una administración desleal que lesiona el patrimonio social, disponiendo de información veraz y completa sobre la misma, el problema se centra no tanto en la titularidad del patrimonio cuanto en si y en qué medida los socios pueden disponer libremente del patrimonio social<sup>(33)</sup>, puesto que en el ámbito de las sociedades mercantiles no se goza de la libertad de disposición que el Ordenamiento jurídico otorga por regla general a las personas físicas. El patrimonio social está vinculado a la consecución de determinados fines, y su integridad sirve como garantía de los derechos de socios y acreedores<sup>(34)</sup>. La capacidad de disposición de la sociedad mercantil sobre su propio patrimonio está sometida a numerosos límites impuestos por la ley, por los estatutos sociales y por el obligado respeto a los derechos de socios y terceros. En caso de que no se respeten tales límites a la hora de otorgar el consentimiento éste no operaría como causa de justificación que excluye toda la antijuridicidad pero sí como causa de exclusión del injusto penal, subsistiendo entonces la antijuridicidad de la conducta fuera del sector penal del ordenamiento jurídico. Veamos cuáles son esos límites impuestos por el Derecho Mercantil.

a) En primer lugar cabe mencionar el sistema de cautelas en la valoración de las aportaciones no

P. *Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter*. En: AA.VV. *Fests. für G. Pfeiffer*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1988. pp. 853 y ss.; ofrece un amplio análisis del tema desde el punto de vista tanto de la regulación mercantil como de la penal.

- (28) Sobre las dificultades de afirmar la “ajeneidad” cuando los socios perjudican el patrimonio social. Cfr. LABSCH. *Einverständliche Schädigung*. Op. cit.; p. 604.
- (29) En este sentido, cfr. por todos ZIELINSKI, D. *Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft*. *Wistra* 1993. p. 6.
- (30) Cfr. KOHLMANN. *Untreue zum Nachteil einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter*. Op. cit.; p. 399.; LENCKNER. En: SCHÖNKE y SCHRÖDER. *StGB. Komm.* Op. cit.; Vor §§ 32 ff. Rn.35-36.
- (31) Recuérdese que fundamentalmente a la junta corresponde decidir sobre el nombramiento y destitución de los administradores, exigirles en su caso responsabilidad por su gestión, o renunciar o transigir sobre el ejercicio de la acción pertinente a salvo los derechos de la minoría, aprobar las cuentas del ejercicio y la aplicación en su caso de los beneficios, emitir obligaciones y decidir sobre aquellos actos que entren dentro de lo que podría llamarse la “esfera constitucional” de la sociedad, como sucede con el aumento y la reducción del capital social, la modificación de los estatutos, la transformación, fusión y escisión de la sociedad y su disolución. Además, la junta debe aprobar, salvo los casos exceptuados por la LSA, las adquisiciones onerosas que realice la sociedad durante los dos años siguientes a su constitución si su importe excede de la décima parte del capital social, autorizar la adquisición de acciones propias o las de la sociedad dominante por la filial, autorizar a los administradores a aumentar el capital social sin previa consulta a la junta, acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, designar auditores de cuentas, prorrogar la vida de la sociedad, nombrar a los liquidadores en defecto de regulación estatutaria, revocar los poderes a los liquidadores y aprobar el balance final de la liquidación. Cabe añadir que la competencia de la junta se extiende en general a las materias de gestión en principio confiadas a los administradores, si bien la intervención en estos asuntos suele ser más frecuente en las sociedades familiares o cerradas y muy rara, en cambio, en las de mayor dimensión. Cfr. ARANGUREN URRIZA, F. J. *Los órganos de la sociedad anónima*. En: GARRIDO DE PALMA, V. M. y otros. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Madrid: Trivium, 1990. p. 529.
- (32) Cfr. CASTRO MORENO. *El delito societario de administración desleal*. Op. cit.; pp. 365-366.; NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.; p. 47.
- (33) Cfr. KOHLMANN. *Untreue zum Nachteil einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter*. Op. cit.; p. 399.
- (34) Sobre el contraste sólo aparente entre la protección del patrimonio social y la protección que se otorga al patrimonio de los acreedores, ver: ULMER. *Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter*. Op. cit.; pp. 860-861. La



dinerarias o *in natura* (artículos 38 a 41 LSA), que trata de evitar operaciones de *watering*<sup>(35)</sup>, es decir, que el capital pueda ser “aguado” y con ello se vea mermada la garantía de los acreedores por las deudas sociales<sup>(36)</sup>, lo que sucede cuando, por ejemplo, el socio aportante conviene con los fundadores o con los administradores la aparente suscripción de las acciones en metálico y la venta ulterior a la sociedad de los bienes que realmente se quieren aportar, recibiendo de la sociedad como precio el importe anteriormente desembolsado al suscribir sus acciones;

b) el tratamiento de los dividendos pasivos, deuda del socio con la sociedad que no puede ser condonada por ésta, puesto que la integridad del capital social es una exigencia de orden público que, según he indicado, tiene su razón de ser en la función de garantía que cumple el capital frente a los acreedores sociales;

c) la prohibición de emitir acciones por debajo de la par (artículo 47 LSA), que tiende a buscar un equilibrio entre la parte de capital representada por la acción y el valor del patrimonio que se aporta al constituirse la sociedad o en una ulterior ampliación de capital, ya que si fuera lícito aportar a la sociedad un valor inferior al nominal de la acción quedaría al descubierto una parte del capital;

d) la obligación de constituir una reserva especial con cargo a beneficios (artículo 214 LSA), reserva que tiene como objetivo absorber las eventuales pérdidas arrojadas por el balance en años desfavorables, consolidando la garantía que ofrece el capital social;

e) la prohibición de pagar dividendos a las acciones como no sea con cargo a beneficios realmente obtenidos o con cargo a las reservas de libre disposición (artículo 213. 2 LSA), si bien se admite que la junta general o los administradores distribuyan entre los accionistas, antes de conocer los resultados del ejercicio social, cantidades a cuenta de dividendos, si bien bajo determinadas condiciones legales<sup>(37)</sup>;

f) la prohibición a la sociedad de suscribir sus propias acciones y las limitaciones a la adquisición de acciones propias ya emitidas, así como la prohibición de asistencia financiera para la adquisición por un tercero de acciones propias (artículos 74, 75 y 76 LSA), operaciones que pueden afectar a los principios de integración y conservación del capital social<sup>(38)</sup> y a los postulados de orden corporativo que ordenan la

tutela de la integridad del capital y del patrimonio social supone la convergencia de una pluralidad de intereses heterogéneos: el interés de los acreedores sociales, presentes y futuros, en la existencia y conservación de una adecuada garantía patrimonial, el interés de la sociedad y de los socios, el interés de los trabajadores, y los intereses, en fin, de los futuros adquirentes de participaciones sociales y del mercado en general en la correspondencia entre el valor nominal y la consistencia patrimonial efectiva de la entidad.

(35) En la terminología anglosajona se conocen con esta expresión las maniobras fraudulentas de hipervaloración del capital social. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. *Delitos societarios. El Derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*. Madrid, 1987. p. 102. Los italianos, por su parte, hablan de “aquamento”, esto es, de aguar el capital social disolviéndolo.

(36) Sobre la influencia de estas prácticas en el desencadenamiento de numerosas crisis bancarias en España desde 1978, ver: ampliamente RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Aspectos penales de las crisis bancarias*. En: AA.VV. *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias (Respuesta del Ordenamiento jurídico)*. Madrid, 1988. pp. 281 y ss.

(37) Los administradores deben formular un previo estado contable que se incluirá posteriormente en la memoria, en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución, y la cantidad distribuida “no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados (artículo 216 LSA).

(38) Como señala FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (artículo 81 LSA)*. *RdS* número 3, 1994. p. 173. con estas operaciones “se puede crear un mercado artificial”, lo que “hace posible la



distribución de poderes en el seno de las sociedades anónimas. Las prestaciones de asistencia financiera por la sociedad para la compra de sus acciones se conocen como *leveraged buy-out* (LBO, literalmente “compra apalancada”), expresión que alude a la compra de sociedades materializada con una aportación mínima de medios económicos de los compradores y el máximo recurso al endeudamiento de la sociedad adquirida, de forma que una vez consumada la operación el coeficiente de endeudamiento o “apalancamiento” financiero de la sociedad adquirida se verá notablemente incrementado<sup>(39)</sup>. Es el caso de un tercero que solicita un préstamo a un banco y con cargo al mismo adquiere acciones de una determinada sociedad, en número suficiente para hacerse con el control de la misma. De esta forma, una vez concluida la operación el adquirente puede devolver el préstamo bancario con cargo al patrimonio de la sociedad, del cual se detrae bien en concepto de préstamo bien a través de una distribución extraordinaria de dividendos. El coste de la financiación es soportado por la propia sociedad que constituye el objeto de la adquisición. Para los accionistas minoritarios de la sociedad objetivo el éxito de la operación puede ocasionar un perjuicio a sus intereses como consecuencia de su pertenencia a una sociedad antes rentable y ahora altamente endeudada, que destinará presumiblemente el flujo de caja al pago de la deuda contraída con los financiadores, en lugar de canalizarlo vía dividendos hacia sus socios o destinarlo a la constitución de reservas. También pueden resultar afectados los intereses de los acreedores, que se ven inermes, salvo en supuestos muy concretos, ante el espectáculo de la disminución unilateral del nivel de solvencia de su deudor a través del simple expediente de endeudarse más para hacer frente, en definitiva, al pago de la financiación solicitada por el nuevo socio mayoritario para hacerse con el control de la sociedad<sup>(40)</sup>. En resumen, con esta regulación restrictiva se persigue impedir que mediante

el ejercicio de los derechos políticos los administradores de la sociedad o de la sociedad dominante, sin haber realizado aportaciones patrimoniales, ejerzan un poder que sólo corresponde a los accionistas y en proporción a su respectiva participación en el capital, así como evitar que, mediante la suscripción directa o la adquisición derivada de acciones propias o de la sociedad dominante con cargo a fondos propios se produzca el aguamiento del capital social. Por último, se pretende impedir que mediante la adquisición por la sociedad de acciones no liberadas los accionistas transmitentes se liberen del pago de los dividendos pasivos y que la sociedad asuma riesgos al margen de su objeto social prestando asistencia financiera para adquirir sus acciones<sup>(41)</sup>.

A estas normas de tutela de la integridad del capital y del patrimonio social se añade un sistema de publicidad legal predominantemente obligatoria, que instituye un sistema orgánico de publicidad de aquellos actos y situaciones jurídicas más relevantes concernientes a la sociedad, así como un alto y fiable nivel de información contable que permita tomar decisiones adecuadamente fundadas en orden a inversiones, política de créditos, mercado de capitales, etcétera.

Gestado y publicado el Código de Comercio en pleno apogeo del liberalismo, es lógico que responda al espíritu de esta doctrina y proclame, en su Exposición de Motivos, que la regulación de las sociedades está inspirada en la más amplia libertad de los socios para constituirse en sociedad como tengan por conveniente y en la completa ausencia de intervención gubernativa en la constitución y en el funcionamiento ulterior de las sociedades así creadas. Las normas del Código de Comercio en materia de sociedades son, en efecto, normas que, salvo contadas excepciones, sólo entran en juego en defecto de pacto o condición contractual en contrario<sup>(42)</sup>. Ahora bien, este carácter dispositivo del Derecho regulador de las sociedades mercantiles

manipulación de las cotizaciones: la financiación estimula la demanda y provoca un alza del precio de las acciones de la compañía”. En el mismo sentido, ver: VELASCO SAN PEDRO, L. A. *Acciones propias e igualdad de los accionistas (Cuestiones de Derecho de Sociedades y de Derecho de Mercado de Valores)*. RdS Número 2. 1994. p. 12.

(39) En general sobre los efectos del sobreendeudamiento en los LBOs, ver: MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, J. *La compra con apalancamiento (leveraged buy-out)*. En: *Actualidad Financiera*. Número 13, marzo-abril 1989. p. 91.; AURIOLLES MARTÍN, A. *Leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas*. RDBB. Número 51. 1993. pp. 640 y ss.

(40) Cfr. AURIOLLES MARTÍN. *Leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas*. Op. cit.; pp. 648-649.

(41) Cfr. VICENT CHULIÀ, F. *Compendio crítico de Derecho mercantil*. I. Tomo 1. 3era. edición. Barcelona, 1991 p. 539.

(42) Ver: el artículo 121 C.Co.; el cual, anteponiendo la voluntad de los interesados al mandato de la ley, dice que “las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código”.

cada día resulta menos adecuado para proteger convenientemente los grandes intereses económicos que ponen en juego, hecho que ha sido observado por el legislador. De ahí que en las vigentes leyes reguladoras de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada se altere ese carácter tradicional del Derecho de sociedades, imprimiendo a sus preceptos un carácter esencialmente coactivo<sup>(43)</sup>. También se observa una intensísima intervención de la Administración en los mercados de valores, en el ramo del seguro y en el sector financiero, intervención que tiene su reflejo, como no podía ser menos, en la imposición de cortapisas y límites a las facultades de disposición sobre el propio patrimonio de las entidades que se mueven en tales ámbitos. En consecuencia, mientras que las sociedades colectivas y comanditarias, reguladas exclusivamente por el Código de Comercio, están sometidas en su funcionamiento a un régimen legal en gran parte dispositivo, las SRL y las SA<sup>(44)</sup> están rígidamente reguladas por un régimen legal **coactivo e inderogable por la voluntad de los socios contratantes**, con el fin de permitir al Estado mantener un control indirecto sobre esas sociedades sin atentar contra el principio de la libertad de iniciativa del empresario. La junta general, en fin, debe respetar los preceptos de carácter imperativo que establece la propia ley. Igualmente sucede con las entidades financieras, de seguros y del mercado de valores.

Esta inderogabilidad de numerosos preceptos legales por la voluntad unánime de los socios niega, como no podía ser menos, tanto la eficacia civil como la exclusión del tipo indiciario a causa del consentimiento expresa y previamente manifestado en junta general que los contradiga. El consentimiento ni siquiera opera como causa de justificación en sentido estricto, excluyente de toda la antijuridicidad, sino como una causa de exclusión del injusto penal que deja subsistente la antijuridicidad general. Por tanto, se excluye la aplicación del delito de administración fraudulenta. Al exigirse la unanimidad estos supuestos de consentimiento que excluye el injusto penal se darán

fundamentalmente en pequeñas sociedades personalistas, cerradas, unipersonales o familiares, siendo prácticamente imposible que se planteen en las grandes sociedades anónimas<sup>(45)</sup>.

Distinta es la respuesta cuando a la hora de tomar el acuerdo en la junta general no se ha logrado la unanimidad, pues en este supuesto no puede identificarse el consentimiento prestado por una parte de los socios, aunque sea mayoritaria, con el de todos los propietarios del patrimonio social, lo que obliga a concluir que el consentimiento manifestado en el acuerdo mayoritario de la junta general es penalmente irrelevante<sup>(46)</sup>.

En fin, a efectos penales cabe negar la eficacia como causa de exclusión de la tipicidad penal y como causa de justificación que excluye toda la antijuridicidad del consentimiento expreso, aun del manifestado *a priori*, adoptado de forma unánime por la junta general de la sociedad cuyo patrimonio se ve afectado cuando contradiga preceptos legales o reglamentarios inderogables por la voluntad de los destinatarios, o los estatutos sociales. El efecto del consentimiento se limitará entonces a excluir la antijuridicidad penal, dejando subsistente la general. El acuerdo adoptado por mayoría, y no por unanimidad, no constituye un consentimiento válido desde el punto de vista del Derecho Penal, ya que no expresa la voluntad favorable de todos los propietarios del patrimonio social. La conducta desleal de los administradores será constitutiva de un delito de administración fraudulenta y también se podrán interponer las acciones de responsabilidad contra los administradores, pues subsiste la antijuridicidad general. Con ello se trata de instrumentar un sistema eficaz para constreñir a los poderes mayoritarios en la junta y en el órgano de administración a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades, además de proteger a los acreedores y a las minorías frente a las maniobras de la mayoría que amparen los actos de los administradores lesivos para el patrimonio social.

(43) Las disposiciones transitorias de la LSA y de la LSRL declaran que las escrituras sociales no podrán ser aplicadas en contradicción con la ley; y, acentuando al máximo el carácter de derecho necesario, las dos leyes obligan a las sociedades anteriormente creadas a adaptar sus estatutos o escrituras a los nuevos preceptos legales.

(44) En las sociedades anónimas privadas, que persiguen intereses privados de sus accionistas, se observa un fenómeno de intervencionismo normativo del Estado, que las somete a un *status* jurídico-público especial e imperativo que se justifica por la importancia económica general de la actividad económica que tales sociedades explotan. Por ejemplo, SA bancarias, de seguros, sociedades de inversión mobiliaria. En otras sociedades se observa un fenómeno de previsión y tutela, puesto que, aun estando presentes los intereses privados de sus socios, éstos poseen un contenido y una intensidad diversa a la que tradicionalmente corresponde a los accionistas de una SA. Así, la SA laboral, la sociedad mutua, etc.

(45) En este sentido, cfr. NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.; p. 263.

(46) Cfr. por todos, CASTRO MORENO. *El delito societario de administración desleal*. Op. cit.; p. 369.; NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.; pp. 262-264.

### 5. ¿El acuerdo de la junta general que autoriza una gestión fraudulenta puede ser considerado típico a efectos del artículo 291 CP?

Para responder a esta cuestión es preciso analizar la estructura típica del artículo 291 CP, en particular en lo que se refiere al bien jurídico protegido y sujeto pasivo, al concepto de acuerdo abusivo y al resultado.

De acuerdo con la tesis por mí mantenida, bien jurídico protegido es el patrimonio individual de los socios<sup>(47)</sup>, lo que se confirma con la alusión del legislador al ánimo de lucro que ha de concurrir en los autores y al perjuicio de los demás socios. Como veremos en detalle más adelante, se necesita la lesión de este bien jurídico para entender consumado el delito.

Son sujetos pasivos los socios, titulares del bien jurídico protegido. Fundamentalmente son los intereses patrimoniales de los socios no pertenecientes al grupo mayoritario o de control los que resultarán lesionados por la conducta típica. También pueden ser sujetos pasivos de este delito los socios que sin formar parte del grupo de control que se ha prevalido de su situación mayoritaria contribuyen con su voto a la formación de la mayoría en la junta<sup>(48)</sup>, siempre que su patrimonio sea lesionado por la comisión del delito. En efecto, estos socios no pueden ser considerados sujetos activos del delito puesto que no se han prevalido de su situación mayoritaria para imponer el acuerdo<sup>(49)</sup>.

Sólo eventualmente la sociedad podrá ser considerada como un perjudicado, que no como sujeto pasivo, porque el precepto exige que la conducta típica no reporte beneficios a la misma pero no que su

patrimonio sea efectivamente lesionado. En algunas ocasiones la conducta típica se limitará a no beneficiar a la sociedad, sin lesionar el patrimonio social; en otras no sólo no la beneficiará sino que lesionará su patrimonio<sup>(50)</sup>.

La acción típica está constituida por la imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de la situación mayoritaria lícita de que goza el sujeto activo en la junta de accionistas o en el órgano de administración de la sociedad. En el caso de tratarse de una mayoría ficticia no sería aplicable el artículo 291 CP que estamos analizando sino el artículo 292 CP. La acción típica consta, pues, de dos fracciones: la imposición de acuerdos abusivos y el prevalimiento de situación mayoritaria por el que aquélla se logra. Como he adelantado, no basta la situación mayoritaria; es preciso además que el sujeto activo se aproveche de ella para conseguir la imposición del acuerdo abusivo<sup>(51)</sup>. El prevalimiento supone un elemento objetivo, una mayor facilidad o un menor riesgo para la comisión del delito<sup>(52)</sup>, pero también un elemento subjetivo, puesto que el sujeto ha de aprovecharse consciente y voluntariamente de la posición mayoritaria para facilitar la comisión del delito o disminuir el riesgo<sup>(53)</sup>. Por tanto, no habrá prevalimiento si el acuerdo se impone sin mediar un concierto previo, sea expreso o tácito, entre quienes han contribuido a formar la mayoría<sup>(54)</sup>.

Ya por último, con la inclusión del elemento negativo del tipo “sin que (scil. los acuerdos abusivos) reporten beneficios a la misma” se introduce explícitamente en el tipo de injusto el principio de la ponderación de intereses, “en virtud del cual el carácter “abusivo” del

(47) En este sentido se ha manifestado la doctrina mayoritaria. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO. *Los delitos societarios*. Op. cit.; pp. 215-216; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.; pp. 222-223; MATA MARTÍN, R. *Delitos societarios: Administración desleal y demás figuras delictivas*. En: ROSAL BLASCO, B. (directora). *Empresa y Derecho penal (I)*. Madrid, 1999. p. 355; ROSAL BLASCO. En: VIVES ANTÓN (coordinadores). *Comentarios, II*. Op. cit.; p. 1425; del mismo autor. *Los delitos societarios*. Op. cit.; p. 110; TERRADILLOS BASOCO. *Los delitos societarios*. Op. cit.; p. 277.

Por su parte, afirma SUÁREZ GONZÁLEZ. *Delitos contra el patrimonio*. Op. cit. p. 837; que “el objeto de tutela lo conforma los valores de fidelidad y lealtad societarios (MORENO CÁNOVES y RUIZ MARCO) si bien también se ve afectado el interés patrimonial de los socios minoritarios (DEL ROSAL BLASCO)”. La primera afirmación no puede compartirse al tratarse no de un bien jurídico en sentido técnico sino, en su caso, de un interés del legislador que subyace a la regulación.

(48) En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ. *Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales (art. 291 del nuevo Código Penal)*. En: *Actualidad Aranzadi*. Número 238. 1996. p. 5; SÁNCHEZ ÁLVAREZ. *Los delitos societarios*. Op. cit.; p. 135.

(49) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.; p. 223.

(50) Así, entre otros, ver: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.; p. 223; MATA MARTÍN. *Delitos societarios*. Op. cit.; p. 357. Señala que “llama la atención la ausencia de la propia sociedad como sujeto pasivo”. VALLE MUÑIZ. *De los delitos societarios*. Op. cit.; p. 706.

(51) En este sentido. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.; p. 227.

(52) A este matiz alude la segunda acepción del verbo “prevaler” según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, “valerse o servirse de una cosa”.

(53) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.; p. 227.

(54) En este sentido. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO. *Los delitos societarios*. Op. cit.; p. 221.

acuerdo debe ser el fruto de una valoración que tenga como criterio rector la idea de que el interés social (la existencia de beneficios para la sociedad) preponderante destipifica penalmente el acuerdo perjudicial para los intereses individuales de alguno de los socios, sin merma, naturalmente, de la decisión acerca de la validez del acuerdo en la vía civil<sup>(55)</sup>. Esta interpretación del elemento que nos ocupa en un sentido restrictivo de la tipicidad parece correcta, especialmente a la vista de la escasa lesividad de la conducta. Por supuesto resulta obvio que en el caso que nos ocupa no se da la situación que permite considerar atípico el acuerdo perjudicial para los demás socios, ya que no existen beneficios para la sociedad, pues resulta perjudicada.

El resultado típico consiste en la lesión del patrimonio de los demás socios con obtención de un beneficio por el sujeto activo<sup>(56)</sup>. Con esta interpretación se evitan solapamientos con los mecanismos de impugnación de acuerdos sociales previstos por el Derecho mercantil, mecanismos que en la mayor parte de los casos evitarán la materialización del perjuicio patrimonial dado que la impugnación del acuerdo permite la suspensión de su ejecución. Téngase en cuenta que el perjuicio sufrido por los socios puede consistir en lo que a efectos del artículo 295 CP sería únicamente un perjuicio indirecto y, por tanto, no típico.

Una vez analizados estos aspectos del artículo 291 no queda sino concluir que el acuerdo unánime que autoriza una conducta de administración desleal lesiva para el patrimonio social no encaja en el delito de imposición de acuerdos abusivos, puesto que los socios titulares de los patrimonios individuales

lesionados dan su consentimiento a la causación del perjuicio disponiendo de información veraz y completa sobre la cuestión. Recuérdese que el patrimonio individual es un bien completamente disponible por su titular. Ahora bien, el acuerdo nunca es mercantilmente lícito, ya que el único supuesto de acuerdo abusivo en el sentido del artículo 291 que no coincide con la causa de impugnación regulada en el artículo 115. 1. 3º LSA se produce cuando el acuerdo que perjudica los intereses de los socios es indiferente para los intereses de la sociedad<sup>(57)</sup>, y nosotros estamos analizando precisamente supuestos de acuerdos que autorizan una administración fraudulenta que lesiona el patrimonio social, de forma que el acuerdo no es indiferente o beneficioso para el interés social, antes bien, es perjudicial. Por tanto, podemos concluir que el acuerdo unánime de los socios excluye el injusto penal, al consentir los perjudicados en la lesión de su patrimonio, dejando de nuevo subsistente la antijuridicidad general.

Con respecto al acuerdo mayoritario, que también será siempre ilícito desde el punto de vista mercantil, no queda sino señalar que encaja plenamente en el artículo 291 CP, pues el consentimiento, al no proceder de todos los propietarios de los patrimonios afectados, no es penalmente relevante. De esta forma, los socios que adoptaron el acuerdo de autorizar una conducta de administración desleal prevalidándose de su situación mayoritaria en la junta general responderán a tenor del artículo 291 CP, y los administradores que lo ejecutaron lo harán a tenor del artículo 295 CP, por supuesto únicamente siempre y cuando se cumplan todos los requisitos típicos de estos dos delitos societarios.  $\text{A}$

(55) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Parte especial*. Op. cit.: p. 228. En el mismo sentido, ver: NIETO MARTÍN. *El delito de administración fraudulenta*. Op. cit.: pp. 302-303. Tiene dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta cláusula FERNÁNDEZ TERUELO. *Los delitos societarios*. Op. cit.: p. 225. Quien se plantea si se trata de una causa de exclusión de la tipicidad o de un estado de necesidad justificante.

(56) Ver: ampliamente sobre otras tesis sostenidas por la doctrina, con extensa bibliografía, FARALDO CABANA. *Los delitos societarios*. Op. cit.: *pássim*.

(57) Este precepto exige la lesión del interés social como presupuesto de la impugnación del acuerdo.