





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

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ  
*Director de Publicaciones*

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

**Gerard Gramática Bosch**

## Colección: Atelier Penal

Directores:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez  
(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Prof. Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas  
(Catedrático acr. de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Gerard Gramática Bosch

© 2016 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)

[www.atelierlibros.es](http://www.atelierlibros.es)

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-33-4

Depósito legal: B-24.152-2016

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona  
[www.addenda.es](http://www.addenda.es)

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

*A Carolina, mi amada compañera de viaje.*



# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	15
<b>NOTA PRELIMINAR</b> .....	17
<b>ABREVIATURAS</b> .....	19
<b>PRÓLOGO (1)</b> .....	21
<b>PRÓLOGO (2)</b> .....	23
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	25

## PRIMERA PARTE

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

<b>CAPÍTULO I. EL DERECHO PENAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES.</b>	
<b>ESPECIAL REFERENCIA A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA E ITALIA</b> ...	31
1. Los delitos societarios en el ordenamiento jurídico español. ....	32
2. Los delitos societarios en el ordenamiento jurídico italiano: evolución y principales reformas legislativas .....	35
2.1. Inicios en la evolución de los delitos societarios hasta la reforma del año 2002. ....	35
2.2. Reformas legislativas de los años 2002 y 2005 .....	38
3. Frontera entre el Derecho penal y el Derecho mercantil. ....	39
4. Delitos italianos afines al art. 291 CP .....	41
<b>CAPÍTULO II. PROBLEMAS GENERALES DEL ART. 291 CP</b> .....	43
1. El art. 291 CP: introducción. ....	43
2. Relación entre los arts. 291 y 292 CP .....	44
3. Problemas teóricos y prácticos derivados de la aplicación del art. 291 CP ..	45

3.1. Bien jurídico penalmente protegido. . . . .	46
3.1.1. Teorías puras . . . . .	47
3.1.2. Teorías mixtas . . . . .	48
3.2c Perjuicio patrimonial en el art. 291 CP . . . . .	50
3.3. Abuso del derecho . . . . .	51
3.3.1. Breve análisis de la doctrina y jurisprudencia penal . . . . .	52
3.3.2. Antecedentes generales del abuso del Derecho . . . . .	54
3.3.3. Regulación normativa, características principales y requisitos de su aplicación. . . . .	58
3.3.4. Conflicto de intereses . . . . .	61
3.3.5. Abuso del Derecho en materia penal. . . . .	63
3.4. Estructura del tipo penal . . . . .	65
a. Peligro abstracto . . . . .	65
b. Peligro concreto . . . . .	66
c. Lesión . . . . .	69
3.5. Tipo objetivo. . . . .	72
3.5.1. Acción típica . . . . .	72
3.5.2. Principio mayoritario . . . . .	76
3.5.2.1. Acuerdos sociales. . . . .	78
3.5.2.2. Junta de accionistas y órgano de administración. . . . .	80
3.5.2.3. Principio mayoritario y su relación con el órgano colegiado . . . . .	81
3.5.3. Elemento negativo del tipo . . . . .	84
3.5.3.1. Problema: indeterminación de un porcentaje concreto del beneficio social que se necesita para incluir o excluir una conducta del tipo penal . . . . .	86
3.5.3.2. Acuerdos neutros o inocuos. . . . .	87
3.5.4. Consumación y tentativa. . . . .	88
3.5.5. Tipo subjetivo . . . . .	91
3.5.5.1. El delito de acuerdos abusivos ¿sólo admite dolo directo? . . . . .	95
3.5.6. Sujeto pasivo . . . . .	95
3.5.7. Intervención delictiva. . . . .	98
3.5.7.1. El delito de acuerdos abusivos ¿es un tipo común o especial? . . . . .	99
3.5.7.2. El delito de acuerdos abusivos ¿es un delito de infracción de un deber especial, de dominio, de posición o mixto? . . . . .	100
3.5.7.3. El delito de acuerdos abusivos ¿es un tipo unisubjetivo o plurisubjetivo? Si es plurisubjetivo, ¿sería de conducta unilateral —convergencia— o bilateral —encuentro—? . . . . .	102
3.5.7.4. Problemas derivados de los términos «Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación» y «de los demás socios» . . . . .	102
3.5.8. Problemas de imputación penal a título individual . . . . .	108
3.5.8.1. Responsabilidad colegial. . . . .	108
3.5.8.2. Origen de la responsabilidad colegial . . . . .	109
3.5.9. Injusto penal y mercantil. . . . .	113
3.5.9.1. Estado de la cuestión. . . . .	114
3.5.9.2. Breves consideraciones en material procesal . . . . .	116

<b>CAPÍTULO III. ADOPCIÓN, IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES E INTERÉS SOCIAL .</b>	119
1. Adopción de acuerdos sociales. . . . .	119
2. Impugnación de acuerdos . . . . .	120
3. Elementos requeridos para configurar la impugnabilidad de acuerdos lesivos . . . . .	123
4. Interés social . . . . .	126
4.1. Teoría institucionalista y contractualista. . . . .	127
4.2. Breves consideraciones sobre el interés social en Italia y España. . . . .	129

**SEGUNDA PARTE**  
**LEGITIMACIÓN, BIEN JURÍDICO, NATURALEZA DEL DELITO**  
**Y ESTRUCTURA DEL TIPO**

<b>CAPÍTULO I. LEGITIMACIÓN PENAL DEL ART. 291 CP Y BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO . . . . .</b>	135
1. Principio de proporcionalidad . . . . .	136
2. Concreción en el art. 291 CP. . . . .	142
2.1.A. Razones <i>prima facie</i> en contra de la intervención penal . . . . .	143
2.1.A.1. Razones <i>prima facie</i> en contra de la intervención penal en el ámbito de la norma de conducta . . . . .	143
2.1.A.2. Razones <i>prima facie</i> en contra de la intervención penal en el ámbito de la norma de sanción . . . . .	143
2.1.B.1. Razones <i>prima facie</i> a favor de la constitucionalidad de la intervención penal . . . . .	145
2.2. Subprincipios del principio de proporcionalidad . . . . .	146
2.2.1. Idoneidad . . . . .	146
2.2.2. Necesidad. . . . .	149
2.2.2.1. Norma de conducta . . . . .	149
2.2.2.2. Norma de sanción . . . . .	155
2.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto . . . . .	159
2.2.3.1. Atribución de peso a los principios que intervienen en la ponderación . . . . .	160
2.2.3.2. Intensidad de la afectación de un principio iusfundamental en concreto: criterios de determinación . . . . .	161
2.2.3.3. Importancia de la satisfacción del principio que el Estado pretende proteger (justificar) en concreto: criterios de determinación . . . . .	164
2.2.3.4. Peso abstracto: criterios de determinación . . . . .	165
2.2.3.5. Seguridad de las premisas empíricas: criterios de determinación . . . . .	168
2.2.3.6. La fórmula del peso. . . . .	171
2.2.3.7. La regla que expresa el resultado de la ponderación . . . . .	172
3. Postura de Robles Planas sobre los límites del Derecho penal . . . . .	174
3.1. Posible concreción en el art. 291 CP . . . . .	175
3.2.1. Dimensión de la libertad o autonomía como utilidad . . . . .	175

3.2.1.1. Ámbito de la prohibición normativa . . . . .	176
4. Líneas finales sobre el principio de proporcionalidad . . . . .	181
5. Recapitulación: legitimación, bien jurídico penalmente protegido y nuevo ámbito de protección del art. 291 CP . . . . .	184
<b>CAPÍTULO II. CONDUCTA TÍPICA: LA IMPOSICIÓN DE UN ACUERDO ABUSIVO PENALMENTE RELEVANTE . . . . .</b>	<b>191</b>
1. Nociones generales sobre la evolución del concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial . . . . .	191
2. Perjuicio patrimonial en el art. 291 CP . . . . .	194
3. Abuso penalmente relevante . . . . .	197
4. Estructura del delito. . . . .	205
5. Delimitación entre el injusto penal y el mercantil . . . . .	207
6. Consumación y tentativa . . . . .	210
7. Posibles críticas a la posición asumida . . . . .	213
<b>CAPÍTULO III. INTERVENCIÓN DELICTIVA Y PROBLEMAS DE INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A TÍTULO PERSONAL EN ÓRGANOS COLEGIADOS . . . . .</b>	<b>217</b>
1. Introducción. . . . .	217
2. Estudio de casos concretos. Problemas de individualización de responsabilidad penal a título personal en órganos colegiados . . . . .	221
3. Alcance y posible contenido de la obligación de los participantes minoritarios ante la adopción de un acuerdo social abusivo . . . . .	227
4. Algunos interrogantes de interés con relación al art. 291 CP y al principio mayoritario . . . . .	229
4.1. ¿El art. 291 CP exige una situación mayoritaria que comporte necesariamente, como piso mínimo, el 51 por 100 del capital social? . . . . .	229
4.2. ¿Qué tipo de mayoría exige el art. 291 CP? ¿Se exige sólo una mayoría estrictamente formal del capital social o se admiten, también, las denominadas minorías mayoritarias? . . . . .	230
5. Análisis de distintos grupos de casos . . . . .	232
5.1. Un socio que ostenta la mayoría del capital social de una empresa —v. gr., el 90 %—, ¿puede adoptar un acuerdo social en contra de lo querido y manifestado por el resto de socios minoritarios que ostentan el 10 % del capital social? En su caso, ¿podría ser penalmente responsable por tal hecho? . . . . .	232
5.2. ¿Un administrador único, sin reunir simultáneamente la calidad de socio, podría ser sujeto activo del art. 291 CP? . . . . .	235
5.3. ¿Un único socio (100% del capital social) podría ser sujeto activo del art. 291 CP? . . . . .	239
5.4. ¿Un administrador único que, al mismo tiempo, reúne la calidad de socio mayoritario (más del 50 % del capital social) podría ser sujeto activo del art. 291 CP? . . . . .	240
5.5. ¿El acuerdo social adoptado por unanimidad de todos los socios podría encuadrar en el tipo penal del art. 291 CP? . . . . .	241

5.6. ¿Puede realizarse un delito de acuerdos abusivos en el supuesto en el que la junta general adopta un acuerdo social por unanimidad de los socios presentes sin la asistencia de uno o más socios? . . . . .	244
a. Deberes de autoprotección . . . . .	244
b. Consentimiento . . . . .	246
c. Teoría de los actos propios . . . . .	248
5.7. ¿Puede configurar un delito de acuerdos abusivos el supuesto en el que el consejo de administración adopta un acuerdo social por unanimidad, cuando uno o varios consejeros han sido designados sin la aprobación de la totalidad del capital social? . . . . .	249
5.8. ¿Rige el principio mayoritario en los supuestos de administradores solidarios (individuales)? ¿Es posible subsumir tal supuesto en el art. 291 CP?. . . . .	250
5.9. ¿Rige el principio mayoritario en los supuestos de administradores mancomunados? ¿Es posible subsumir tal supuesto en el art. 291 CP? . .	251
5.10. ¿Qué consecuencias y alcances tiene el principio mayoritario en los llamados acuerdos previos y pactos de sindicato? . . . . .	252
<b>CONCLUSIONES</b> . . . . .	257
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> . . . . .	271



# AGRADECIMIENTOS

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

A mi queridísima familia catalana, mis tíos, VICENÇ, MARIONA y sus tres hijos hermosos.

A los profesores del área de Derecho penal de la UPF, MARÍA TERESA CASTIÑEIRA PALOU, NURIA PASTOR MUÑOZ (fuiste el motorcito de la donación de libros encabezada por el Prof. SILVA SÁNCHEZ a la Universidad Nacional de Córdoba), RICARDO ROBLES PLANAS, RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, DAVID FELIP I SABORIT, EDUARDO JAVIER RIGGI y a mis compañeros IVÁN NAVAS, CRISTOBAL IZQUIERDO, LORENA VARELA, ALBERT ESTRADA, IVÓ COCA y JESÚS BECERRA BRICEÑO.

A VÍCTOR MACIAS CARO, por colaborar siempre conmigo y facilitar mi adaptación a la ciudad de Módena.

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

Y mi mayor agradecimiento a mis maestros (Profs. Drs. Drs. hc. mult. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ y RICARDO ROBLES PLANAS), por su tiempo, enseñanzas y dedicación. En general, se tiene la suerte de contar con un sólo director de tesis. En mi caso, puedo decir que soy la excepción. He tenido la fortuna de contar con el presente y el futuro del Derecho penal.



## **NOTA PRELIMINAR**

El contenido de esta monografía se corresponde, en lo esencial, con el de mi tesis doctoral, defendida, con el mismo título, en la Universidad Pompeu Fabra el día 15 de enero del 2016, obteniendo la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. La tesis fue juzgada por el tribunal presidido por el Prof. Dr. CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ y del que también formaron parte los Profs. Dres. ADÁN NIETO MARTÍN y NURIA PASTOR MUÑOZ. A todos ellos quiero agradecer por las observaciones críticas que realizaron sobre el texto original y que, en la medida de lo posible, he considerado y respondido en este trabajo.



# ABREVIATURAS

§	Parágrafo
AA.VV.	Varios autores
Antigua LSC	Texto refundido LSC, según el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
apart.	apartado
art./ arts.	artículo/s
BGB	Código civil alemán
BGH	Tribunal Supremo alemán
BGHSt	Sentencia penal del Tribunal Supremo alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán
BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional alemán
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución española de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
cfr.	confróntese
CONSOB	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
CP	Código Penal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DSS	Diario de sesiones del Senado
ed.	edición
<i>Ibidem</i>	Igual que la referencia anterior
<i>Ídem</i>	Igual que la referencia anterior

inc./incs.	inciso/s
LO	Ley Orgánica
LSC	Ley de Sociedades de Capital, según Ley 31/2014, de 3 de diciembre
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
p./pp.	página/s
p. ej.,	por ejemplo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
seg.	segundo
ss.	siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional español
StGB	Código penal alemán
STS	Sentencia Tribunal Supremo español
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RG	Tribunal Supremo del Reich
RGSt	Sentencia del Tribunal Supremo del Reich
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional español
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo español
<i>v.gr.</i> ,	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>Vid</i>	Véase

# PRÓLOGO (1)

Gerard Gramática es argentino, de Córdoba. La visita a Córdoba impacta por su belleza serena. Todo en ella transmite, por ósmosis, una tradición universitaria centenaria, llena de rincones evocadores de vidas y de obras. Cuando, en una de mis primeras visitas, oí cómo uno de los colegas más comedidos se refería a Buenos Aires como «el puerto», me di cuenta de que Córdoba era más que una bella ciudad universitaria del interior. De que había en ella una autoconsciencia de capitalidad, quizá frustrada en lo político pero sin duda persistente en lo demás. De convicción en la existencia de un claro *genius loci*.

¿Y cómo no iba a ser así, si Córdoba es «la Docta», si la Universidad Nacional de Córdoba, el *alma mater* de Gerard, cuenta con más de cuatrocientos años de existencia? ¿Cómo no, si allí existió durante más de dos siglos la única universidad de la Argentina y una de las primeras de América? ¿Cómo no, si allí también nació la primera universidad privada del país, la Universidad Católica de Córdoba?

Sin embargo, Gerard vino a cursar el máster y a doctorarse a Barcelona, a una universidad que acaba de cumplir sus veinticinco años. Quizá influyera el hecho de que los profesores de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra sienten y viven con especial intensidad la pertenencia a esa tradición hispana y alemana, que alcanza en Córdoba una fértil síntesis. Nuestra escolástica tardía halló, en efecto, en Córdoba, de la mano de la Compañía de Jesús, un señalado ámbito de cultivo. Y luego, ya en el siglo xx, Córdoba recibió la pronta transmisión de la tradición alemana de manos de Jiménez de Asúa. Dos puntos básicos de referencia también en Barcelona.

Por lo demás, la venida de Gerard tenía algo de regreso. Barcelonés de madre, ha hecho de algún modo el recorrido inverso al de Sebastián Soler. El ilustre penalista, nacido en Sallent, provincia de Barcelona, llegó en su niñez a Córdoba, donde creció, estudió y obtuvo el título en Derecho. Desde entonces marcó, junto con Ricardo Núñez luego, el debate jurídico-penal del interior argentino y de toda la nación. Todavía hoy es imposible hablar de Derecho penal en la Argentina y pretender obviar a Soler.

Gerard, docto por nacimiento, por vocación e historia, buscó pues nuevas sendas en la Barcelona de sus mayores de sangre y letras. Sabido es que *doctus nemo satis se didicisse putet*. Y a base de tenaz perseverancia consiguió avanzar en su investigación doctoral. Toda una experiencia compartir su camino y discutir sus ideas. Una tesis de

Derecho positivo español y de política criminal global, llena de sugerencias página tras página. Un trabajo que pugna con un tipo penal de enorme dificultad, con el que apenas se ha atrevido la doctrina española. Un texto que revela la audacia de Gerard, su fuerza irresistible.

Dice el aforsimo que *doctus sine opera, ut nubes est sine pluvia*. Gerard ya es docto con obra. Su esfuerzo intelectual ha dado el primer fruto. ¡Digno hijo, pues, de Córdoba la docta!

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

## PRÓLOGO (2)

Gerard Gramática es argentino, con orígenes catalanes —de ahí Gerard—, que ama la ciudad donde vive y trabaja, Córdoba. Cruzando el Atlántico, aterrizó en el Máster en Derecho penal y Ciencias penales de la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona, siempre movido por un ansia poco frecuente por aprenderlo todo del Derecho penal. Rápidamente le enamoró el Derecho penal económico, en particular, los delitos societarios encendieron esa chispa que está al inicio de toda pasión. Al finalizar el Máster tenía muy claro que podía y debía devolver lo recibido aportando su granito de arena a la ciencia en forma de una investigación doctoral. Cualidades y motivación no le faltaban. El problema no era él, sino sus circunstancias. Sus ciclópeas obligaciones en su estudio de abogados y la distancia, entre otras, se presentaban como pesadas piedras en el camino para cumplir objetivos y plazos. Pero la tesis ya se había instalado como obsesión en la cabeza de Gerard y aunque las obsesiones, en general, no son buenas, tener algo de ellas es clave para superar las preñeces de afuera que acompañan a toda empresa de largo recorrido. Fiel al proyecto personal, disciplinado en su día a día y seguidor a pies juntillas de los consejos de sus directores de tesis, Gerard iba dando grandes pasos en el estudio del delito del art. 291 CP. Su mayor preocupación —como el lector podrá comprobar— era su legitimidad. Porque si un tipo aparece *ab initio* como ilegítimo —léase: no está justificada la incriminación de esa clase de conductas, por ser inidónea, innecesaria, desproporcionada o directamente no encajar entre los paradigmas de legitimación reconocidos— entonces el penalista tiene la obligación de interpretar restrictivamente su alcance en la medida de lo posible.

Para Gramática, resulta que el tipo es legítimo, solo que desde una óptica radicalmente distinta de la que viene contemplándolo la doctrina española: el precepto tutela los derechos patrimoniales de los socios en sentido amplio, más allá del perjuicio patrimonial efectivo. «Se trata de ofrecer una protección penal ante esos acuerdos que convierten en inseguro el derecho patrimonial de los socios porque sólo de ese modo se consigue una protección eficaz del mismo». Con la celebración del acuerdo abusivo no se está, en realidad, ante un mero peligro para el patrimonio del socio, sino ante un perjuicio real, con independencia de lo que ocurra después. Desde aquel momento se da una pérdida de valor de la participación social, un menoscabo de utilidad que supone una efectiva reducción de su potencial económico. En suma: con la cele-

bración del acuerdo abusivo la participación social «vale» menos. De este modo, estamos ante lo que suele denominarse como un adelantamiento de las barreras de protección. La protección del patrimonio del socio se produce en un momento temprano de la dinámica societaria, a saber, cuando se adoptan los acuerdos sociales porque ya entonces se puede entender que hay lesión de un derecho patrimonial, con independencia de que el propio ordenamiento jurídico le ofrezca al socio mecanismos para evitar que se traduzca en un perjuicio efectivo. Con el adelantamiento del momento consumativo del delito al momento en que se celebra el acuerdo abusivo y se aprueba el acta correspondiente, Gramática logra deshacer el nudo gordiano de este delito: su articulación con el mecanismo civil de la impugnación de los acuerdos sociales. Se trata de dos sistemas de protección mucho más independientes de lo que hasta la fecha se ha afirmado. Adoptado el acuerdo, las consecuencias perjudiciales pueden irse agravando hasta el punto de llegar a menoscabar efectivamente el patrimonio del socio minoritario. Si ello sucede, estaremos ante un supuesto de consumación cualificada, que debe tener su traducción en términos penológicos. Ahora bien, se exige al socio que, como medida de autoprotección para evitar ese menoscabo, acuda a la vía civil impugnando el acuerdo. Si no lo hace parece razonable no incrementar la pena al autor del delito.

Claro está, que no todo acuerdo abusivo es penalmente relevante, sino que se requiere «una evidente irracionalidad económica de la decisión, que sólo puede verse como un acto de instrumentalización del socio minoritario para la obtención de un lucro del mayoritario o de terceros alejada de los riesgos permitidos en relación a la vida societaria».

En la última parte del libro el lector encontrará respuesta a toda una serie de cuestiones prácticas, formuladas de manera clara y valiente por el autor, relativas a la adopción de los acuerdos por órganos colegiados y a las diversas modalidades de intervención en ellos de los agentes de la vida societaria.

Las conclusiones a las que llega Gramática a lo largo de toda esta obra podrán ser compartidas en mayor o menor medida. Pero de lo que no cabe duda es de que la presente supone una aportación original, profunda e inteligente para la interpretación integral de un tipo controvertido y abigarrado. Y no es que precisamente la ciencia jurídico-penal española ande muy sobrada de obras con estas cualidades en lo que a la Parte Especial se refiere.

Ricardo ROBLES PLANAS

# INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, y dado que se parte de la premisa de que este delito es penalmente legítimo, sólo cabría una interpretación sistemática y racional del precepto a la luz del resto del Derecho vigente y podría ser la siguiente: considero que existe un nuevo y legítimo ámbito de actuación para este delito que se justifica en la protección de los intereses económicos de los socios minoritarios por el importante rol que desempeñan en las sociedades mercantiles, en el tráfico económico actual y en la necesidad de dotar al sistema jurídico de la mayor seguridad y coherencia posible. Ese nuevo ámbito de legitimación es la protección de los derechos patrimoniales de los socios minoritarios en sentido amplio. Por tanto, el delito se consuma con la adopción del acuerdo y estamos ante un delito de lesión en relación al derecho patrimonial del socio minoritario ya que habría perjuicio, en clave personal, al momento de la adopción misma del acuerdo. Y sería un delito de aptitud si se lo contempla en relación con un resultado efectivo y económico de perjuicio patrimonial. Aquí lo importante es la lesión de un derecho patrimonial jurídicamente garantizado, esto es, cuando el derecho a disfrutar del patrimonio en unas determinadas condiciones se ve afectado.

Sólo así tendría sentido la articulación de este delito con el mecanismo de impugnación civil y permitiría una mejor delimitación con el delito de administración desleal (art. 252 CP).

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