

Conflictos societarios: ¿Vía civil o vía penal?

I. La modernización del régimen mercantil vs. la fosilización del régimen penal

La tipificación de los delitos societarios ha sido siempre una cuestión controvertida, entre otros motivos por generar un solapamiento de ilícitos mercantiles y penales que causa múltiples incongruencias y disfuncionalidades. En los últimos años estos problemas se han agravado aún más si cabe, debido, entre otros, a dos factores.

En primer lugar, el marcado contraste entre la fosilización del régimen penal frente a la reciente modernización del régimen societario en esta materia específica, reflejada esta última no sólo en el plano legislativo, sino también, y destacadamente, en el de la doctrina jurisprudencial.

En segundo lugar, la creciente proliferación del uso de la vía penal para atajar conflictos societarios, proliferación que ha venido impulsada por motivos de estrategia procesal alejados de la política legislativa que inspira nuestra vigente regulación.

En estas líneas se aborda desde una perspectiva interdisciplinar (mercantil y penal) uno de estos delitos societarios: la imposición de acuerdos abusivos. Se trata de un delito tipificado en el art. 291 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), y que se solapa con el abuso de mayoría como causa de impugnación de acuerdos sociales regulado en la legislación mercantil, concretamente en el art. 204 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC).

Se ha escogido el abuso de mayoría por su simbolismo, puesto que se ha convertido en la actualidad en uno de los mecanismos legales más importantes y más utilizados en los conflictos societarios. Pero las reflexiones sobre este específico pero relevante delito societario son, *mutatis mutandis*, extrapolables a otros delitos donde igualmente se puede producir un solapamiento.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Sobre esta base, el propósito es el de contrastar el régimen mercantil y penal del abuso de mayoría y evaluar los problemas que plantea a fin de proponer algunas soluciones. Con esta finalidad, se analizará en primer lugar la proliferación del ejercicio de acciones penales para afrontar conflictos societarios y su motivación. En segundo lugar, se explicará la modernización del régimen mercantil del abuso de mayoría y se pondrá en contraste con el estancamiento del régimen penal.

Partiendo de todo lo anterior, se efectuará finalmente una mirada crítica de la problemática que plantea el régimen vigente y se propondrán algunas soluciones a la vista de algunas experiencias de Derecho comparado, de una reciente línea jurisprudencial, y del también reciente Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal.

II. La tendencia a criminalizar los conflictos societarios y sus motivos

1. El abuso de mayoría y las carencias de la vía mercantil

La proliferación de acciones penales que tienen por objeto conflictos societarios posee probablemente una explicación racional que exige situarla en su contexto.

No es ningún secreto que los conflictos entre socios constituyen una situación extraordinariamente frecuente en la práctica empresarial. Esta frecuencia se explica por el carácter dinámico, abierto y dilatado en el tiempo de la actividad empresarial, combinado con los habituales cambios de circunstancias en la situación o incluso las personas de los socios. Esta cambiante realidad suele difuminar e incluso eliminar la *affectio societatis* que aglutinó a todos los socios en torno a un proyecto común cuando se creó la empresa.

El hecho de que un buen número de empresas sean familiares, debido a los lazos de sangre que unen a sus miembros, multiplica la litigiosidad, porque a los factores presentes en toda empresa se añaden las peculiaridades de las relaciones familiares entre los socios, lo que a menudo se

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

precipita cuando existe una sucesión o un conflicto familiar ajeno a la empresa, pero que acaba afectando de manera radical a su funcionamiento. Tampoco ayuda el hecho de que la mayoría de las empresas no se han dotado de una regulación contractual, en sede de estatutos sociales y/o de pactos de socios, que ayude a evitar o al menos atemperar los conflictos que surgen de forma natural en el devenir de la empresa.

En el caso prototípico, los conflictos societarios suelen manifestarse bajo la forma de contiendas entre socios mayoritarios y minoritarios. Estas pugnas alcanzan su máximo nivel cuando, como suele suceder, los mayoritarios son además los administradores sociales y/o los directivos de la empresa, mientras que los minoritarios no ostentan ninguno de estos cargos. Esta circunstancia es clave, puesto que otorga a los mayoritarios un poder omnímodo tanto en el plano organizativo, como en el económico, mientras que sitúa a los minoritarios en una posición marginal.

Así, en el plano organizativo los mayoritarios controlan la gestión y, en general, la toma de decisiones empresariales, lo que incluye el derecho de llave, es decir, el control sobre toda la información de la empresa. Y, en el plano económico, los mayoritarios están legitimados a percibir interesantes retribuciones y otras ventajas por sus cargos de administradores y/o de directivos, incluso en la posición de empleados clave. Estas ventajas suelen beneficiar además a familiares y allegados de los mayoritarios, generando un amplio círculo de personas que blinda el poder sobre la empresa.

En contraste, los minoritarios ocupan una posición residual en la empresa, alejados de la gestión y de la toma de decisiones, incluido el circuito de información. Y en lo económico su compensación por su participación en la compañía se concentra en el reparto de beneficios, que depende de la política de dividendos aprobada con el voto de la mayoría, la cual tenderá a minimizar los dividendos para maximizar las reservas, remansando la mayor parte de los beneficios a fin de dedicarlos a explotar su actividad.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Pero eso no es lo peor para el minoritario. Por si lo anterior no fuera suficiente, el socio minoritario suele encontrarse *prisionero* en su propia compañía, porque la desinversión voluntaria de su participación resulta prácticamente imposible si no cuenta con la aquiescencia de la mayoría. Entre otras cosas, porque en las sociedades no cotizadas, que son mayoría en nuestro parque de empresas, los minoritarios carecen de un mercado en el que poder transmitir sus acciones o participaciones y lograr la ansiada desinversión. ¿Qué inversor estaría dispuesto a adquirir una posición marginal en la empresa sin contar previamente con una red de protección jurídica adecuada?

En estos casos de enfrentamiento entre mayoritarios y minoritarios, puede producirse el fenómeno del llamado *abuso de mayoría*, también conocido como *opresión de la minoría*. En tales supuestos, los socios mayoritarios y administradores pueden emplear su poder omnímodo en la empresa para adoptar decisiones que les otorgan ventajas específicas y que perjudican sustancialmente los intereses de los minoritarios no administradores.

La panoplia de prácticas opresivas que causan el estrangulamiento corporativo o financiero del minoritario es interminable. Ejemplos habituales, que a menudo concurren en un mismo caso, son el atesoramiento injustificado de beneficios, las retribuciones tóxicas en forma de incremento desproporcionado de la remuneración del administrador, el desvío de activos o de fondos (*tunneling*) o de oportunidades de negocio (*siphoning*) hacia empresas propiedad de los mayoritarios, las operaciones dilutorias de la participación de los minoritarios mediante aumentos de capital artificiales o conversión de créditos de los mayoritarios, la filialización mediante la creación de empresas dominadas, etc, etc.

Todas estas prácticas opresivas tienen a menudo el objetivo final de expulsar al minoritario al menor coste posible (*squeeze-out* o *freeze-out*).

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

El fenómeno del abuso de mayoría puede también concurrir con un fenómeno paralelo cual es el del *abuso de minoría*, en el que el minoritario explota sus derechos como tal con la finalidad de obstaculizar el normal funcionamiento de la empresa, a través habitualmente de peticiones exorbitadas de información y de las consiguientes acciones de impugnación de acuerdos sociales o de responsabilidad de administradores.

Pero la mala noticia para los minoritarios es que a menudo la legislación societaria no les ofrece una protección satisfactoria para sus intereses. La vigente regulación ha reducido notablemente el alcance del derecho de información de los socios, entre otras cosas limitando las posibilidades de éxito de la falta de información como causa de impugnación de acuerdos, precisamente con el objetivo de disuadir el abuso de minoría. Y las acciones de impugnación de acuerdos y de responsabilidad de administradores también están sujeta a exigentes requisitos que a menudo convierten esta litigación en un verdadero *via crucis* para los minoritarios. *Via crucis* que con frecuencia acaba no solo sin resultados positivos, sino en términos contraproducentes, por ejemplo en forma de condena en costas.

Incluso cuando el minoritario sale triunfante de la batalla legal, con ello no siempre consigue alzarse con la victoria en la guerra societaria. Los mayoritarios suelen tener una especie de “segunda vuelta” o “segunda oportunidad”, y pueden volver a tomar decisiones y a aprobar acuerdos que neutralicen lo conseguido en la litigación. Una especie de vuelta a empezar que multiplica el sufrimiento del minoritario.

El acuerdo extrajudicial tampoco suele vislumbrarse como una solución real. Entre otras cosas porque el conflicto suele haberse enquistado. Pero, sobre todo, porque no existe un poder de negociación simétrico de las partes en contienda que favorezca el acuerdo. Los mayoritarios no tienen incentivos para negociar, porque el minoritario apenas tiene nada que ofrecer, más que reducir su precio de salida hasta límites que seguramente no está dispuesto a cruzar.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

2. La vía penal como válvula de escape del minoritario por sus ventajas estratégicas

En este caldo de cultivo, desesperante para el minoritario, es donde florecen las acciones penales. La criminalización del conflicto se visualiza como una suerte de válvula de escape que le permite al minoritario recuperar la iniciativa e incluso reequilibrar su poder de negociación. Es un revulsivo ante las deficiencias de la vía civil. Una defensa ofensiva, una especie de huida hacia adelante. Este fenómeno es generalizable a otros ámbitos mercantiles y en general civiles, pero se está dando de forma muy acusada en el contexto societario por sus especificidades. El minoritario encuentra en la vía penal notables ventajas en comparación con la vía mercantil, lo que le permite vislumbrar la luz al final del tunel. Entre otras ventajas, cabría destacar las siguientes.

En primer lugar, y de forma destacada, el *efecto disuasorio, atemorizador y estigmatizador de la amenaza penal*. La instrucción penal no es plato de buen gusto para nadie. Menos cuando el objeto de la fiscalización penal es una empresa, con la complejidad y el dilatado histórico temporal que suele haber detrás de estas organizaciones. La amenaza se multiplica por el hecho de que uno de los principales activos de la empresa es su reputación en el mercado, la cual puede verse muy dañada, más allá de la reputación de las personas de los socios y/o administradores investigados.

Esta ventaja contrasta con la comodidad con la que los socios mayoritarios y administradores pueden defenderse en la vía civil de las peticiones y de las acciones planteadas por el minoritario. En el ámbito mercantil los mayoritarios gozan de una posición de superioridad que se transforma en inferioridad en el ámbito penal.

En segundo lugar, la *exhaustividad y celeridad de la información sobre la sociedad y sobre los socios y administradores* que la vía penal permite obtener fácilmente al minoritario mediante las diligencias de instrucción que puede solicitar a fin de que puedan comprobarse los hechos y los delitos que se imputan (art. 277.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se trata de

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

información que suministra al minoritario con nuevos datos que le permiten retroalimentar tanto la propia vía penal, como la mercantil.

Esta ventaja contrasta con la facilidad con la que, en la vía civil, los mayoritarios y administradores pueden denegar informaciones a los minoritarios utilizando argumentos legales como es típicamente el perjuicio a la sociedad por confidencialidad de la información requerida.

En tercer lugar, la *gratuidad de la vía penal*, dado que la condena en costas del minoritario querellante es algo muy excepcional.

Esta ventaja contrasta con el elevado coste que supone para el minoritario el empleo de los mecanismos societarios a su disposición. En general, el minoritario debe sufragar con sus recursos las peticiones que realice y las acciones que ejerza frente a la sociedad, sometiéndose además al riesgo de una condena en costas.

En cuarto lugar, la *lentitud de la vía penal, particularmente la lentitud de la fase de instrucción*. Esta lentitud constituye una ventaja para el minoritario por cuanto permite alargar de forma indefinida la potencial superioridad que gana frente al mayoritario gracias a la vía penal.

Ciertamente la lentitud de la justicia es un mal endémico que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales. Pero en el ámbito penal es más acusado por sus especificidades. En concreto, por el carácter más abierto de la fase de instrucción, hasta el punto de que el legislador penal ha intentado poner coto a esta lentitud poniendo límites temporales a la instrucción (art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero el plazo de 6 meses aprobado en 2015 se ha alargado de nuevo a 12 meses en 2020, y en todo caso la práctica demuestra que esta limitación temporal no está teniendo los efectos deseados.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

En quinto lugar, la *compatibilidad de la vía penal y la vía mercantil*, de modo que el ejercicio de la acción penal no impide la vigencia de las potenciales acciones mercantiles. En otras palabras, no es preciso escoger entre la vía penal y la mercantil, puesto que ambas tienen objetivos distintos que pueden desplegarse autónomamente. Basta con que el minoritario ejercite las acciones civiles inmediatamente antes de la acción penal a fin de que estas últimas no prescriban y, una vez ejercitada la vía penal y admitida a trámite la correspondiente querrela, solicite la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal.

III. La comparativa entre la vía mercantil y la vía penal

1. La modernización del régimen mercantil del abuso de mayoría

a) *El abuso de mayoría en la reforma de 2014*

Desde antiguo, nuestros tribunales han desarrollado en el ámbito mercantil una abundante y consolidada jurisprudencia claramente orientada a reforzar la protección de la minoría frente a conductas opresivas de la mayoría, que por otra parte son relativamente frecuentes en la praxis societaria (*vid.*, por todas, la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2011 de 7 diciembre).

En 2014, nuestro legislador reformó la normativa societaria a fin de cimentar y fortalecer esta doctrina jurisprudencial en protección de la minoría. En concreto, la LSC de 2010 fue sustancialmente modificada mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Esta reforma introdujo diversas medidas en protección de la minoría, entre las que sin duda destaca el explícito reconocimiento del abuso de mayoría como causa de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC). Este precepto se expresa en los siguientes términos:

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

“Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

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

La reforma de 2014 ha supuesto un incremento sustancial en el control judicial del abuso de mayoría. Ello es así, de un lado, porque la nueva regulación introduce parámetros legales más estrictos para la mayoría, como por ejemplo la exigencia de una “*necesidad razonable de la sociedad*”. Y, de otro lado, porque en la práctica los tribunales están interpretando y aplicando esta reforma en términos que potencian una mayor protección de la minoría y una mayor fiscalización de las decisiones empresariales.

b) Los parámetros para verificar la existencia de abuso de mayoría

A fin de fundamentar la existencia de un abuso de mayoría resulta esencial aplicar los parámetros desarrollados por nuestra doctrina científica¹ y por nuestra jurisprudencia² en interpretación de la vigente legislación societaria. Estos parámetros se basan, por otra parte, en los seguidos en otros ordenamientos donde también se ha regulado explícitamente el abuso de mayoría como causa de impugnación, como sucede en Alemania (art. 243.2 de la *Aktiengesetz*) o en Portugal (art. 58.1.b del *Código das Sociedades Comerciais*).

A la vista de lo anterior, cabría mencionar los siguientes cinco parámetros:

¹ En la literatura científica, *vid.*, por todos, PAZ-ARES, “La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas”, *Indret*, núm. 1, 2014, pp. 27 ss.

² En la reciente jurisprudencia, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 357/2017 de 12 de septiembre; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 191/2019 de 16 de mayo.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Primero, el abuso de mayoría se regula en el art. 204 LSC como un supuesto de *infracción del interés social*, lo que exige delimitar el contenido de dicho interés. Siguiendo la llamada teoría contractualista, hoy imperante, el interés social se identifica con el interés común de todos los socios, que se fundamenta legalmente en lo establecido en el art. 1666 del Código Civil al regular la sociedad civil indicando que *“la sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios”*.

Este interés común de los socios se ha referido también como interés del socio común o del común de los socios. La vigente normativa societaria utiliza la expresión *“socio medio”*. La idea es objetivar la posición de socio, eliminando las circunstancias subjetivas o personales que puedan coexistir en cada caso. Sobre esta base, este interés común nos remite a las expectativas legítimas del inversor que invierte en un proyecto empresarial. Expectativas que también están directamente vinculadas al ánimo de lucro propio de las sociedades mercantiles.

Segundo, esta configuración del interés social como interés común de los socios constituye el fundamento de un *deber de lealtad o de fidelidad de los socios mayoritarios no solo frente a la sociedad, sino también frente a la minoría*. Dicho deber de lealtad (*Treuepflicht*) impide que aquellos puedan ejercitar su voto para adoptar acuerdos que les atribuyan a ellos mismos ventajas o beneficios especiales o particulares (excluyendo a los otros socios).

Tales ventajas especiales supondrían una expropiación del patrimonio social en perjuicio de la compañía o de la minoría. Obsérvese que la expropiación se produce tanto si perjudica a la sociedad (por ejemplo, mediante remuneraciones de administradores exorbitadas), como si perjudica a la minoría sin que ello implique un perjuicio para la compañía (por ejemplo, mediante atesoramiento injustificado de beneficios). Nuestra legislación vendría a contemplar esas ventajas especiales al hablar de la adopción de acuerdos *“por la mayoría en interés propio”* (art. 204. LSC).

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

En definitiva, el interés social opera como límite a la discrecionalidad de la mayoría para decidir en nombre de la sociedad al amparo de la libertad de empresa. Las decisiones de la mayoría están sujetas a un control de fondo basado en su equidad (*fairness*), medida sobre la base del interés común y de las expectativas comunes de todos los socios. La ruptura de esas expectativas mediante la adopción de acuerdos expropiatorios constituiría una infracción del principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos (art. 1258 del Código Civil), en nuestro caso el contrato de sociedad; y de la prohibición de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (art. 1256 del Código Civil).

Tercero, la expresión legal “*necesidad razonable de la sociedad*” incorpora un estándar riguroso, puesto que la necesidad constituye un parámetro más estricto que el de la mera conveniencia. La necesidad exige una comparación entre las distintas posibles alternativas existentes para conseguir un mismo objetivo a fin de seleccionar la que resulte menos gravosa para la minoría. Además, también es relevante la expresión legal “*razonable*”, combinada con la de “*injustificado*”, que aparece en el mismo art. 204 LSC cuando habla de acuerdos adoptados “*en detrimento injustificado de los demás socios*”. Ambas expresiones se traducen en la necesidad de que exista una justificación objetiva y razonable basada en el interés social que explique el sacrificio del interés de la minoría. Además, cronológicamente dicha justificación debe venir referida al momento de adopción del acuerdo social y aportarse a los socios en dicho momento, sin que pueda venir referida a circunstancias posteriores ni explicitada o motivada *a posteriori*.

Cuarto, corresponde a la sociedad y no al socio afectado la carga de probar adecuadamente la existencia de un interés social o, en palabras del legislador, de una necesidad razonable de la sociedad, que justifique la lesión del interés del socio minoritario. Esta carga de la prueba de la compañía se fundamenta en el denominado principio de facilidad o disponibilidad probatoria, consagrado con carácter general en el art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que establece lo siguiente: “*el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Quinto, la existencia de abuso de mayoría debe valorarse a la vista de las *circunstancias del caso concreto*. Dichas circunstancias permiten identificar si la intención de la mayoría es lícita por dirigirse a promover el interés social o, en cambio, es una intención ilícita al encaminarse a perjudicar a la minoría sin responder al interés social.

2. La fosilización del régimen penal del abuso de mayoría

Frente a la sofisticada elaboración legislativa, jurisprudencial y doctrinal del abuso de mayoría en el ámbito mercantil, el régimen penal ofrece un panorama altamente criticable.

El punto de partida es la regulación del delito de imposición de acuerdos abusivos (art. 291 CP), que se tipifica en los siguientes términos:

“Los que, prevaleciendo 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 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 triplo del beneficio obtenido”.

Este tipo penal merece, al menos, dos críticas sustanciales.

En primer lugar, por su *regulación obsoleta y técnicamente deficiente*. Recordemos que la redacción de este precepto es exactamente la misma que se aprobó en la versión original del CP de 1995, hace más de un cuarto de siglo.

Manifestaciones de este desfase son, entre otras, la referencia al *“ánimo de lucro”* de los socios mayoritarios (o administradores) como sujetos activos, cuyo equivalente en la legislación mercantil se condensa en la locución *“en interés propio”*, expresión más acertada por ser omnicompreensiva, incluyendo no solo los beneficios patrimoniales que el abuso pueda reportar, sino también otras ventajas no estrictamente económicas, sino organizativas, como sucedería por ejemplo en el caso de un aumento de capital con finalidad dilutoria de la participación del minoritario.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Lo mismo puede decirse del requisito de no reportar beneficios a la sociedad, que situaría extramuros del tipo penal el acuerdo que, a pesar de perjudicar al minoritario, beneficia a la compañía. Bajo esta tipificación, un aumento de capital con finalidad dilutoria o un atesoramiento injustificado de beneficios serían atípicos porque beneficiarían a la sociedad. En este punto la legislación societaria ofrece una versión mejorada, puesto que admite la abusividad “*aun no causando daño al patrimonio social*”. Y ofrece un criterio clave de valoración: la existencia o no una necesidad razonable de la sociedad. En nuestro caso, la necesidad de la sociedad en realizar este aumento de capital o en remansar sus beneficios.

En segundo lugar, y de forma más destacable, el delito de abuso de mayoría es también criticable por el solapamiento que genera entre la infracción penal y la mercantil. Más allá de las diferencias en la redacción, el tipo penal no parece añadir ningún plus de gravedad que justifique la aplicación del Derecho penal. Esto supondría una grave vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal y concretamente de su subsidiariedad como *ultima ratio*.

Esta crítica se agranda aun más si cabe a la vista de la antes comentada tendencia legislativa y jurisprudencial en el ámbito mercantil a reforzar la protección del socio minoritario por vía del abuso de mayoría, puesto que existiendo un remedio mercantil elaborado, carece de sentido introducir un equivalente penal que además muestra muchas carencias y plantea muchas disfuncionalidades.

III. Una reflexión crítica y varias propuestas de solución: *unfair prejudice* y ADR

El problema analizado en las páginas precedentes puede resumirse en que los socios minoritarios recurren a la vía penal porque la vía mercantil, aunque teóricamente más desarrollada y perfeccionada que la penal, tampoco ofrece en la práctica una protección satisfactoria.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Más concretamente, la legislación define abuso de mayoría de forma muy elaborada intentando objetivar los contornos de esta difusa figura, pero al final la aplicación práctica depende de las circunstancias concretas del caso y sobre todo del criterio judicial, que suele ser dispar y subjetivo por definición.

Al amparo del derecho fundamental a la libertad de empresa, los jueces mercantiles suelen huir del intervencionismo judicial en el control de las decisiones empresariales, lo que es acertado, pero en casos patológicos, que son frecuentes, conducen a una protección insatisfactoria del minoritario, pues las limitadas facultades de los jueces les impiden excluir de raíz estrategias opresivas recalcitrantes.

La solución quizá resida en eliminar la tipificación penal del abuso de mayoría, que tantas disfunciones genera y que poco aporta a la solución del conflicto, y en cambio dedicar todas las energías a mejorar los mecanismos mercantiles de protección del socio minoritario, siempre de una forma equilibrada con el interés de la sociedad, que también merece protección.

En este punto, el Derecho comparado nos ofrece experiencias interesantes. En el Reino Unido la legislación societaria faculta a los jueces a aplicar soluciones más eficaces a los conflictos societarios que se han enquistado y para los que la simple nulidad de un acuerdo abusivo no resulta suficiente. Este es el objetivo del denominado remedio en caso de perjuicio injusto (*remedy for unfair prejudice*) del art. 459 de la Companies Act. En caso de que el juez considere acreditado un abuso de mayoría en perjuicio de un determinado socio, tiene la facultad de aplicar, entre otros remedios, el de obligar a los demás socios o a la propia compañía a comprar las participaciones del socio oprimido. Se trata de un derecho de separación judicial que ofrece una solución satisfactoria y definitiva al conflicto, y que en la praxis británica se aplica con considerable frecuencia.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Nuestros tribunales no han podido llegar tan lejos como los británicos por falta de cobertura jurídica. Pero algunos se han esforzado en agotar al límite todas las facultades que les ofrece la ley para dar una respuesta más satisfactoria al abuso de mayoría. En concreto, algunas sentencias no se han limitado a declarar la nulidad de un acuerdo abusivo, sino que han llegado al controvertido extremo de sustituir la voluntad de la sociedad para obligarla directamente a realizar una conducta compatible con el interés de los minoritarios. Este es, entre otros ejemplos excepcionales, el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 2541/2020 de 30 de noviembre, que consideró que un reparto de un tercio de los beneficios sociales como dividendo era abusivo y, dada la recalcitrante estrategia obstructiva de la compañía, impuso a la misma la obligación de repartir la totalidad de los beneficios. El Tribunal respalda su decisión, que considera excepcional dadas las circunstancias del caso, manifestando que *“cuando pueda considerarse que el proceder de la junta constituye una reiterada violación de los derechos del socio minoritario, tal solución no ofrece una respuesta adecuada a los intereses en conflicto, pues la tutela del socio se convertiría en ilusoria o ficticia”*.

Finalmente, la asignatura pendiente de nuestro sistema legal que sería de enorme utilidad para resolver estos conflictos societarios de una forma más satisfactoria que la actual sería que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) fueran una alternativa real a la litigación. Algo que por desgracia cada vez parece más lejos, porque, no obstante los denodados esfuerzos de nuestro legislador en reforzar el arbitraje y la mediación, la litigación sigue reinando como medio de resolución de conflictos, a pesar de estar sentada en un trono lastrado por una lentitud endémica que contrasta con la celeridad que la actividad empresarial demanda. En este punto, el flamante Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, que actualmente se halla en tramitación, parece ofrecer un tenue rayo de esperanza. Entre otras cosas, esta propuesta intenta potenciar de forma más intensa los ADR, que denomina medios alternativos para la solución de controversias (MASC). Se intenta que el recurso a la litigación solo sea posible si realmente se ha agotado la vía de los medios alternativos, vinculando esto a las costas. Y se contemplan nuevos mecanismos utilizados con éxito en la práctica anglosajona, más allá de los tradicionales arbitraje y mediación. Entre ellos, uno que ha dado buenos resultados, el conocido

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es
info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

internacionalmente como *Early Neutral Evaluation* (ENA), que nuestro Proyecto bautiza como opinión de experto independiente.

El papel de las abogadas y abogados que asesoren en este tipo de conflictos siempre ha sido y será diseñar cuidadosamente una estrategia a medida de los intereses de cada cliente, tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes del caso concreto. Para ello, debemos escoger la herramienta legal disponible en cada momento que sea más adecuada a los objetivos del cliente, valorando las consecuencias y los riesgos inherentes.

Si el legislador no se renueva y actualiza esas herramientas, éstas pueden llegar a ser ineficaces en la práctica en algunos casos, y no llegar a tiempo para solucionar el conflicto. Es conveniente que esas herramientas se vayan adaptando a los nuevos tiempos y contribuyan a acelerar la solución de este tipo de controversias, que de otra forma, erosionan la actividad y el crecimiento empresarial.

Estos prometedores mecanismos alternativos pueden contribuir decisivamente a evitar un mayor número de procedimientos judiciales. Confiemos pues en que estas y otras mejoras lleguen y lo hagan pronto.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business