

EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS Y ACUERDOS LESIVOS (ARTS. 291 Y 292 DEL CÓDIGO PENAL)

SÁNCHEZ MELGAR, Julián

Al tratar de los delitos a que me voy a referir, principalmente el delito de imposición de acuerdos abusivos para los demás socios en prevalimiento de una situación mayoritaria, previsto hoy en el art. 291 del Código penal, y también, aunque en menor medida, por ofrecer contornos más claros, el siguiente precepto, el art. 292, que incrimina las conductas relativas a los acuerdos lesivos para la sociedad o para los socios, adoptado por una mayoría ficticia, se hace necesario, establecer su encuadramiento sistemático como delitos societarios, dentro del Capítulo XIII, del propio Título XIII de nuestro Código penal, que lleva por epígrafe "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico".

Como han dicho Martínez-Pereda y Rodríguez Mourullo, la nueva realidad sociológica de las grandes sociedades hace fracasar los mecanismos de control previstos por el Derecho privado y que parecen provenir de una época calificada de paleocapitalista. Las asambleas de accionistas pueden controlar a las pequeñas sociedades, pero la realidad es que las grandes funcionan oligárquicamente y la mayoría de los votos necesaria para la aprobación de una decisión, refleja, en realidad, los intereses de una minoría de socios, cuya participación social es más exigua cuanto más elevado es el número de accionistas. Se sustituye así la base democrática por el abstencionismo de los accionistas, el desplazamiento del poder económico de la sociedad al denominado por Garrigues "capitalismo de grupo", vieniendo a representar este ente colectivo una especie de microcosmos de la historia económica y política.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, las tradicionales figuras delictivas de estafa, apropiación indebida, falsedades documentales, no siempre resultaban aplicables a las peculiaridades del mundo societario y habían quedado obsoletas e ineficaces para perseguir los graves perjuicios originados por los administradores de las sociedades capitalistas. Sin embargo, importantes y noticiosos procesos que afectan a grandes intereses económicos están siendo aún enjuiciados por conductas tachadas como tradicionales por la doctrina científica, y la respuesta penal se ha revelado adecuada para la gravedad de tales comportamientos.

Por otro lado, la entrada de España en la Unión Europea, determinó la incorporación a nuestro derecho interno de una serie de directivas que fortalecieron, en unos casos, las garantías civiles frente a los abusos de dominio, aparentemente obtenidos de forma lícita, o en otros casos, ilegítimamente logrados, entrando, por primera vez, la órbita punitiva para reprimir una serie de conductas que, a lo máximo, hasta ahora podían ser reparadas por la jurisdicción civil. Nos referimos naturalmente a los delitos societarios que, como ha dicho el profesor Martínez-Buján cubren una de las lagunas más llamativas existentes hasta la fecha en nuestro Derecho penal.

En general, tal creación ha sido plenamente justificada por la doctrina científica, por concurrir en esta materia tanto una necesidad dogmática como una necesidad político-criminal, apreciada, entre otros, por Stampa y por Bacigalupo, pues la incorporación de estos delitos societarios al Código penal suponía adherirse a una línea, doctrinal y jurisprudencial, cada vez más asentada, mientras otros autores, como Gómez Benítez, juzgaron oportuno que quedasen extramuros del texto penal común.

Ahora bien, no todo comportamiento antijurídico debe ser sometido a la sanción penal, pues el principio de intervención mínima que ya resaltaba la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 de reforma del Código Penal, diciendo que "el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso de la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva o subjetiva de las conductas que los ofenden", y que hoy, tal principio de intervención mínima es llevado también a la Exposición de Motivos del nuevo Código penal de 1995; pues bien, tal principio, como decimos, no puede tolerar la entrada del Derecho penal en todos los ámbitos de la actividad mercantil. Al respecto, se ha distinguido por Schlnemenn entre criminalidad en la empresa y criminalidad de la empresa. Únicamente en la primera podemos encuadrar este tipo de

delitos, que, por lo demás, y con esto adelantamos una conclusión, el primero de los tipos que vamos a estudiar tiene una justificación penal muy mermada, por lo que ha recibido una crítica general por parte de la comunidad científica.

Conviene adelantar ya desde este momento que, apartándose de sus precedentes legislativos, en cuanto a las condiciones de perseguitabilidad, el Código actual recoge en su art. 296 que los hechos descritos en el Capítulo de los delitos societarios sólo serán perseguitables mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, matizando que cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal. Sin embargo, hay un caso de delito estrictamente público, no siendo necesaria la denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o una pluralidad de personas, de donde habrá de interpretarse, para no encontrarnos en un caso de plenos, pues los intereses de muchos suelen ser generales, a la afectación a intereses públicos, entendido sea en sentido amplio, en donde la querella del Fiscal estaría plenamente justificada. Y en contra de lo mantenido por algunos autores, sobre la naturaleza privada de estos delitos, entendemos que, en todos ellos, superadas las condiciones de perseguitabilidad ejercitará la acción penal, conjunta o aisladamente, si hay base para ello, el Ministerio fiscal.

Los delitos que trataremos a continuación, y prácticamente todos ellos, excepto el art. 295, se encuentran, por su penalidad, sometidos al conocimiento, en primera instancia, de los Juzgados de lo Penal, y en apelación, ante la correspondiente Audiencia Provincial, ya que el Juez –en los arts. 291 y 292– puede optar por una pena privativa de libertad, de seis meses a tres años de prisión, o por una pena de multa del tanto al triple del beneficio obtenido. Critica el tristemente desaparecido profesor Valle Muñiz que en la imposición de la pena al legislador, separándose del criterio seguido en el Proyecto de 1994, se incline por el sistema proporcional en lugar del sistema escandinavo, de "días-multa", cuando este último hubiera resultado más congruente, dado que el tipo penal no exige, como luego veremos, para su consumación beneficio alguno, y ni siquiera perjuicio efectivo para los demás socios. Añadiendo que puede producir serias distorsiones en la labor de determinación judicial de la pena, ya que de no haberse podido constatar beneficio efectivo, el juez estaría compelido a aplicar la pena privativa de libertad, mientras que en casos más graves, en los que se pruebe el beneficio económico, el juez podría aplicar la pena de multa, como con acierto expone Granados Pérez.

IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS EN PERJUICIO DE LOS DEMÁS SOCIOS

Con relación ya más concreta al análisis del art. 291 del Código penal, dispone este precepto que *"los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido"*.

La conducta típica, por consiguiente, consiste en la imposición de acuerdos abusivos, prevaliéndose de una situación mayoritaria lícitamente obtenida, a diferencia de la conducta incriminada en el artículo siguiente, en la cual el acuerdo lesivo para la sociedad o para los socios es adoptado por una mayoría ficticia, que es obtenida por medios espurios.

La legislación de sociedades anónimas declara impugnables por la vía judicial privada "los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, los intereses de la sociedad" (art. 115.1). Es por ello que, entre otros autores como Faraldo, Valle Muñiz critica la incriminación de esta conducta, del citado art. 291 del Código penal, y recuerda, como escribe Granados Pérez, que los acuerdos abusivos criminalizados se obtienen en virtud de una representación lícitamente obtenida, sin que estemos ante un supuesto de manipulación fraudulenta de las cuotas de representación en los órganos sociales, pues no se trata de mayorías ficticiamente obtenidas. El acuerdo abusivo se impone sencillamente por la mayoría en detrimento de la minoría, por lo que no se considera necesaria la intervención del Derecho penal, estimando suficientes otros instrumentos normativos, sin olvidar que los comportamientos que pudieran dañar los derechos básicos de los socios se hallan expresamente criminalizados en el art. 293 y que las conductas desleales más gravemente nocivas para sus intereses patrimoniales están previstas en el art. 295. En este mismo sentido, Terradillos, quien sugirió que se separaran los comportamientos delictivos previstos en los artículos 291 y 292, imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos, llamando la atención sobre la necesidad de deslindar nítidamente estos dos comportamientos, propugnando la criminalización del segundo y poniendo en tela de juicio la tipificación del primero, en cuanto, como dice Del Rosal Blasco, no es más que un mero refuerzo de la interdicción general del abuso del derecho contenida en el art. 7 del Código civil.

Por lo demás, como dice Martínez-Buján, la situación mayoritaria puede de consistir tanto en una mayoría de capital (en las sociedades capitalistas: sociedad anónima, de responsabilidad limitada y sociedad comanditaria por acciones), como en una mayoría de personas (sociedades personalistas: sociedad colectiva y comanditaria simple). Teniendo en cuenta que, aunque el texto diga expresamente "en la Junta de accionistas o (en) el órgano de administración de cualquier sociedad", debamos restringir la aplicación de este tipo penal a los casos de abuso mayoritario en el seno de las sociedades mercantiles, pues tal "Junta de accionistas" no debe ser entendida en sentido técnico mercantil, sino en un sentido específicamente técnico-penal, que permitirá abarcar todos los diversos tipos de sociedades, aun cuando en ellas, como se ha dicho, no exista accionista alguno. El propio Código penal nos da una interpretación auténtica, al decir en el art. 297 que "a los efectos de este Capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad deanáloga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado". La expresión "de modo permanente en el mercado", dará mucho que hablar, y en todo caso, será una restricción intolerable de comportamientos delictivos en sociedades de objetivo cuasi-instantáneo.

El verbo "imponer", en el sentido definido por Terradillos es tanto como "lograr el consenso de una voluntad anteriormente contraria que se doblega mediante el prevalimiento". Para Del Rosal Blasco la imposición del acuerdo implica que se obliga o fuerza a aceptar y a pasar por él y por sus consecuencias a los socios disidentes, mediante la utilización de los mecanismos legales que, de por sí, se ponen al servicio de los socios mayoritarios y que les confieren esa situación de superioridad o prevalencia frente a los socios minoritarios.

Veamos algunos ejemplos. Una sociedad anónima decide en Junta General comprar las acciones de otra sociedad en la que participan los socios mayoritarios de la primera, a un precio muy superior al de mercado, impugnando tal acuerdo los socios minoritarios. O como variante del ejemplo anterior, la ampliación de capital con los mismos fines (adquisición de nueva sociedad deficitaria). O bien una sociedad que, tras la compra de la mayoría del capital de sus competidoras, tome el acuerdo mayoritario de cesión o supresión de las marcas comerciales o los modelos industriales o de utilidad, lo que supone la pérdida de mercado y la clientela, con utilización de posición de dominio o de monopolio. En fin, los ejemplos pueden ser innumerables, y sobre todo, en muchos casos, estarán suficientemente maquillados, mediante lo que se ha llamado la ingeniería societaria y financiera, lo que producirá, primero, importantes problemas probatorios

y, luego, un difícil encaje jurídico-penal, ya que, como a continuación veremos, será en la práctica muy difícil integrar el elemento normativo del "acuerdo abusivo" en la jurisdicción civil o en la jurisdicción penal.

Es muy posible, además, que, en la práctica, ofrecerá muy sugestivas posibilidades en este tipo de delitos la teoría del error, que será generalmente de tipo y no de prohibición, dados los términos en que está redactado, pues muestra el aspecto valorativo de las condiciones sociales negativas de tal conducta, y al ser el acuerdo mayoritario, formalmente lícito, y no obtenido por mayoría ficticia, el error vencible dará lugar a la absolución, por no estar previstas fórmulas imprudentes.

Los elementos nucleares de este delito, a nuestro juicio, son los siguientes: a) Que exista un acuerdo tomado en la junta de accionistas o (en) el órgano de administración de cualquier sociedad; b) que tal acuerdo sea abusivo; c) que sea de contenido económico; d) que se adopte con prevalimiento de una situación mayoritaria; y e) que no se reporten beneficios a la sociedad. Estudiemos cada uno de estos elementos.

a) Que exista un acuerdo tomado en la junta de accionistas o (en) el órgano de administración de cualquier sociedad.

No es necesario más que exista un acuerdo, ya que, aunque el legislador utiliza el plural "acuerdos abusivos", hay que entender, como dice Martínez-Buján, que para la integración del tipo bastará con un único acuerdo y que si se imponen varios acuerdos (con una unidad jurídica de acción) existirá un solo delito, sin que venga en aplicación la figura del delito continuado definida en el art. 74.

Ha de ser tomado tal acuerdo en junta de accionistas o en el órgano de administración de cualquier sociedad, lo que, significa, primeramente, que la sociedad debe ser tomada en el sentido amplio dispuesto en el art. 297, como antes expusimos, y en segundo lugar, que, al hablar de órgano de administración, no está excluido como partícipe el que no sea "socio", al poder tomar parte del mismo, lo que nos lleva a analizar el sujeto activo de este delito, oscurecida su configuración jurídica por la mención legal "los demás socios".

Se trata, como dice Granados Pérez, de un delito especial, en cuanto que para la autoría del tipo se requiere la concurrencia de una determinada cualidad, cual es la de ser socio mayoritario en la Junta de accionistas o miembro del órgano de administración, en el que igualmente detente una posición mayoritaria. Y dentro de la categoría de los delitos especiales, hay que considerarlo "especial propio" en cuanto no tiene correspondencia con un delito común, como indica Gimbernat.

Tenemos que indicar, en primer lugar, que el texto legal recurre, de nuevo, incorrectamente al plural "los que", lo que podría inducir a pensar que estamos en presencia de un delito pluripersonal, requiriéndose varios sujetos activos, que, en absoluto, puede sostenerse, ya que es posible que una sola persona cometa este delito, con tal de que se prevalga de su situación mayoritaria, en las condiciones legales. Habrá que interpretar, dice Martínez-Buján, que, como todos los delitos del Capítulo comienzan con la mención del sujeto en plural, el legislador se vio invadido por una especie de "contagio morfológico".

En principio, hay que convenir que difícilmente será posible la participación del "estraneus" en el delito, que es tanto, como conseguir la mayoría abusiva, de un no socio o partícipe social. Sin embargo, tal conducta podría constituir la autoría asimilada en la inducción o en la cooperación necesaria, con las ventajas, en su caso, del art. 65.1 del Código penal.

b) Que tal acuerdo sea abusivo.

Como dice Granados Pérez, la concreción de abusivo de un acuerdo vendrá orientada por dos notas afirmativas y un elemento negativo. Se requiere que se tome con ánimo de lucro, propio o ajeno, es decir que el acuerdo beneficie, a priori, a quienes detentando una posición mayoritaria, deciden tomarlo, o en beneficio de otras personas distintas, y que del acuerdo puedan resultar —o resulten efectivamente— perjudicados en sus intereses patrimoniales los socios minoritarios. Y como elemento negativo, que, en ningún caso, reporte beneficio a la sociedad, pues si el acuerdo beneficia, en mayor o en menor medida, a los intereses societarios, esca- paría de la órbita del precepto y resultaría atípico.

La cuestión nuclear para la concurrencia de este delito es el carácter abusivo de tal acuerdo, lo que significa un verdadero elemento normativo del tipo, y lo difícil será trazar la frontera entre el ilícito civil y el ilícito penal, encuadrable en este delito. La única noción delimitadora será la gravedad del abuso, el grosero prevalimiento de la situación mayoritaria, la naturaleza del acuerdo, los intereses económicos en juego, como luego veremos, y el perjuicio potencialmente causado ("en perjuicio de", dice el precepto, de) los demás socios y no en perjuicio de la sociedad, la cual no se protege, incomprensiblemente, en la letra del precepto. No se comprende que para la impugnación civil de acuerdos, conforme a la Ley de Sociedades Anónimas, se garanticen y tutelen los intereses de la sociedad (art. 115) y no se tengan en cuenta a los efectos penales. ¿Podríamos entender que lo que no beneficia a la sociedad, la perjudica?, ¿o existen acuerdos neutros o inocuos? Para Valle Muñiz, tal redacción le parece desafortunada, ya que la propia sociedad también debería figurar como su-

jeto pasivo. Por lo demás, volvemos otra vez al plural, "los demás socios", cuando perfectamente es posible que los intereses de un solo socio sean perjudicados por el delito.

c) Que sea de contenido económico.

No es pacífica la doctrina sobre la concurrencia de este elemento o requisito del delito. Así, Martínez-Buján entiende que el perjuicio no tiene que ser de índole económica, y pone como ejemplo la imposibilidad de ejecutar determinados derechos a consecuencia de un acuerdo de reducción del capital.

Nosotros no compartimos tal tesis, pues tales derechos tendrán, a buen seguro, traducción económica, y estamos más conformes con Del Rosal Blasco, que mantiene que, dada la rúbrica del Título XIII, en donde se encuadran tales delitos, han de tener contenido económico y que existe expresa mención al perjuicio económico en otros apartados del mismo Capítulo.

d) Que se adopte con prevalimiento de una situación mayoritaria.

Creemos que valdrá con cualquier mayoría, con tal que sea la legalmente necesaria para tomar el acuerdo, sin que el precepto exija, ni una interpretación teleológica del mismo lo precise, que se trate de una gran mayoría frente a una mínima, esto es, que puede cometerse el delito aún cuando las partes enfrentadas en la Junta u órgano de administración cuenten con parecidas porciones de "poder". Ahora bien, como dice Martínez-Buján, conviene tener en cuenta que no es suficiente con la simple utilización de la aludida situación mayoritaria. El sujeto activo ha de prevalerse de la misma. Por consiguiente, hay que dotar además a este verbo del significado gramatical que doctrina y jurisprudencia vienen otorgándole cuando se incorpora como elemento típico de las conductas delictivas o de las circunstancias agravantes genéricas de prevalimiento, cuyo fundamento reside en la especial facilidad de comisión (Mir Puig). De conformidad con ello, dicho prevalimiento comporta, ante todo, objetivamente, un abuso de poder propio del socio mayoritario y, además, subjetivamente, entraña la finalidad de éste de utilizar las ventajas de su posición para ejecutar el delito.

e) Que no se reporten beneficios a la sociedad.

Sobre este apartado, ya hemos expuesto nuestro criterio y exponemos a continuación el funcionamiento de esta circunstancia dentro de la culpabilidad.

Con relación a la misma, este delito requiere que el sujeto activo actúe con dolo, tanto directo como eventual (en contra Rosal Blasco), y como elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, propio o ajeno.

Nosotros entendemos que el dolo del agente tiene que abarcar que se toma un acuerdo, que se impondrá por mayoritario, y que reportará un beneficio personal, con ánimo de lucro, propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios; ahora bien, la circunstancia que no reporte beneficio a la sociedad no tiene por qué ser abarcada por el dolo del autor, pero es absolutamente necesaria que se dé su concurrencia porque si existen beneficios, el comportamiento se convierte en atípico, de ahí que consideramos estamos en presencia de una condición objetiva de punibilidad.

No cabe, naturalmente, por impedirlo el art. 12 del Código penal, la comisión imprudente.

Por último, en cuanto a la consumación, se ha discutido en la doctrina si el delito se consuma cuando "se impone" el acuerdo o cuando se origina el perjuicio para los demás socios. Desde luego, la expresión "en perjuicio de los demás socios", no denota que el legislador exija un resultado material, a modo de producción efectiva de ningún perjuicio. Se trata simplemente de un resultado de peligro, pudiendo ser configurado como de peligro concreto (Faraldo), o hipotético (Terradillos).

La consecuencia final del delito, por vía de responsabilidad civil, como dice Granados Pérez, es la restauración del orden jurídico perturbado, mediante la nulidad del acuerdo, y el consiguiente pronunciamiento sobre la reparación del perjuicio económico causado, si éste ha llegado a producirse.

ACUERDOS LESIVOS PARA LA SOCIEDAD O SUS SOCIOS ADOPTADO POR UNA MAYORÍA FICTICIA

Dispone el art. 292 del Código penal que "*la misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*".

Como antes expusimos, se trata de una conducta mucho más reprochable que la anterior, en cuanto se obtiene la mayoría, que se impone o se aprovecha, por medios ilícitos, mereciendo tal conducta por la generalidad de la doctrina la criminalización de la misma.

Los requisitos que requiere este delito son los siguientes: a) existencia de un acuerdo lesivo, o aprovechamiento del mismo; b) que el acuerdo esté adoptado por mayoría ficticia obtenida de las formas señaladas por la ley; y c) perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios. Estudiemos separadamente cada uno de estos requisitos.

a) Existencia de un acuerdo lesivo, o aprovechamiento del mismo.

El término de la imposición de un acuerdo, que aquí no es abusivo, si no lesivo, plantea los mismos problemas que en el artículo anterior, y que ya han sido estudiados, añadiendo que la noción gramatical "acuerdo lesivo" refuerza el sentido del contenido del precepto, apareciendo con un resultado ya definido, no simplemente abusivo, sino lesivo, esto es, perjudicial para los socios o la sociedad, en los términos que después analizaremos. Pero lo verdaderamente sorprendente de esta norma penal es la segunda parte, la alocución "o se aprovecharen para sí o para un tercero", novedad introducida a última hora, pues no la contenía el Proyecto de 1994, lo que, en opinión de Martínez-Buján, introduce verdaderamente una insólita modalidad de conducta, pues gramaticalmente significa "sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso", figura próxima al encubrimiento o a la receptación, por lo que no parece correcto equiparar dos conductas tan desiguales en un mismo precepto, teniendo en cuenta que el Código penal cuenta ya en el art. 298 con una genérica receptación de delitos. Por ello, para una adecuada interpretación del precepto tenemos que convenir con que "ese" que se aprovecha tiene que estar en estrecha relación no sólo con la sociedad, sino con el acuerdo lesivo que propicia tal aprovechamiento. No puede ser un ajeno por completo, ya que, en ese caso, su conducta, si cabe, estaría tipificada en la receptación genérica de toda clase de delitos patrimoniales. Y en este mismo sentido, Valle Muñiz descarta que cualquier persona ajena a la sociedad puede cometer este delito, pues sistemáticamente todo el Capítulo está dedicado a los delitos societarios.

b) Que el acuerdo esté adoptado por mayoría ficticia obtenida de las formas señaladas por la ley.

La ley contempla "ad exemplum" una serie de modalidades comisivas, sin perjuicio de establecer, finalmente, una fórmula amplia que puede abarcar todos los casos posibles de mayoría ficticia, bajo la expresión "o

por cualquier otro medio o procedimiento semejante". Los medios reconocidos por el legislador son los siguientes:

a') Por abuso de firma en blanco. La jurisprudencia se ha encargado de delimitar tal concepto de forma suficiente al interpretar el subtipo agravado del art. 250, relativo a la estafa. Martínez-Pereda expone algunos casos, como informaciones inexactas en la cesión de firma, uso para finalidades distintas de las concedidas, etc.

b') Por atribución indebida del derecho de voto a quien legalmente carezcan del mismo. Bien porque se conceda ese derecho de voto a quien no lo tiene, por no ser socio, o bien, siéndolo, tenga restringido o prohibido el mismo, como en los casos de acciones sin voto, mora en el pago de dividendos pasivos, o supuestos de usufructo o prenda de acciones (Granados Pérez).

c') Por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quien lo tengan reconocido por la Ley. Jugará en este caso la teoría del error para exonerar de responsabilidad criminal, por excluir el dolo, tratándose de elementos normativos del tipo.

d') O por cualquier otro medio o procedimiento similar.

Y, c) perjuicio de la sociedad o de alguno de los socios. A diferencia del tipo penal anterior, aquí se contempla específicamente el perjuicio de la sociedad, atendiendo las indicaciones del profesor Terradillos, debiendo tratarse, a nuestro juicio, de un perjuicio económico, como en el caso precedente.

En lo referente a la culpabilidad, cabe tanto el dolo directo como el eventual, aunque sea forzado admitir supuestos en que concurra el mismo, dado el tipo finalista que contempla este delito, pero dogmáticamente no hay base para ninguna restricción, siendo un dolo de peligro, por lo que la modalidad del dolo eventual quedaría excluida en los casos en que la acción típica y la puesta en peligro fuesen simultáneas y el autor lo supiese (R. Montañés, Valle Muñiz, Martínez-Buján, Granados Pérez).

La consumación se produce como delito de peligro concreto que es, sin necesidad de la causación de un perjuicio económico materializado, no exigiendo la efectiva lesión de los intereses patrimoniales de la sociedad o de los socios, lo que no quiere decir que no pueda producirse efectivamente, lo que tendrá efectos en la responsabilidad civil, colmándose la consumación con la adopción del acuerdo lesivo. En opinión de Martínez-Buján, cabe la tentativa cuando el sujeto ha dado comienzo ya a las acciones encaminadas a formar la mayoría ficticia.

Y, por fin, en cuanto al último párrafo del precepto, que dice "sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito", es obvio que se trata de una norma concursal, que previene al intérprete que pueden cometerse otros delitos, como las falsedades documentales, delitos contra la libertad, incluso el delito de estafa. Sin embargo, con el art. 293 estaremos en presencia de un concurso de normas en su modalidad de negación ilícita del ejercicio del derecho de voto, que se resolverá con arreglo al principio de consunción, o de progresión delictiva, como le llama Valle Muñiz, desde la perspectiva de la criminalización de la obstrucción del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

En lo tocante a responsabilidad civil, debemos repetir lo que dijimos antes, pues el acuerdo deberá ser declarado nulo, para restablecer el orden jurídico-mercantil perturbado, y reparar, en su caso, las consecuencias perjudiciales patrimoniales, o incluso morales, que se hayan podido producir.