

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE Y RETRIBUCIONES O INDEMNIZACIONES A DIRECTIVOS DE SOCIEDADES¹

Diego-Manuel Luñón Peña².

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES. 1. Posición del TS español: el caso BSCH. 2. Posición del BGH alemán: el caso Mannesmann. 3. Posiciones en Derecho norteamericano: el principio de la abstención judicial por la discrecionalidad empresarial y la transparencia y la excepción del pago por función o prestación. III. TOMA DE POSICIÓN. 1. ¿Concurso entre administración fraudulenta y apropiación indebida? 2. Núcleo del tipo objetivo del art. 295: abuso del cargo de administrador, conductas típicas alternativas y resultado de perjuicio. Consecuencias para estos supuestos. 3. Relevancia o no del consentimiento o de la ratificación posterior de los órganos colegiados societarios. 4. Falta de transparencia, opacidad, secreto o clandestinidad en la asignación de esas retribuciones o pensiones. 5. Abuso de funciones del cargo; regulación legislativa o ausencia de regulación de las cuantías o criterios de las remuneraciones. 6. Carácter perjudicial y abuso de funciones del cargo. Resultado de perjuicio. 7. Posibilidad subsidiaria: responsabilidad según el art. 291 por perjuicio no a la sociedad, sino a los socios minoritarios. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La concesión de elevadísimas, a veces exorbitantes retribuciones, remuneraciones o percepciones en diversos conceptos a altos directivos de empresas, especialmente de sociedades, acordada por otros altos directivos con funciones de administración y decisión, y a veces acordadas por los propios perceptores que se las otorgan a sí mismos —auto-retribuciones—, puede considerarse en muchos casos inmoral y por ello está provocando escándalo e indignación social, sobre todo en una época de profunda crisis económica como la que vienen atravesando muchos países, entre otros

¹ Los artículos sin indicación de ley o indicando solamente CP corresponden al actual CP español de 1995. El artículo está elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2011-24011, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por el anterior Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación, actual Ministerio de Economía y Competitividad.

Abreviaturas: BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán); FJ: Fundamento Jurídico; LL: La Ley (Revista Jurídica, Madrid); RGDP: Revista General de Derecho Penal, Madrid, Iustel (electrónica: www.iustel.com); SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

² Prof. Dr. Dr. h. c. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá, Madrid, España. Presidente de honor de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (<http://www.ficp.es>)

España. Pero además puede causar perjuicios patrimoniales considerables e infringir, por ello o por otras razones, normas jurídicas, y entonces estamos ante ilícitos: mercantiles, administrativos o incluso, en los casos más graves, penales.

Si la concesión de las retribuciones por los administradores societarios puede ser considerada claramente excesiva e injustificada y por ello vulneradora de los deberes de lealtad para con la sociedad y sus accionistas o socios y generadora de claros perjuicios patrimoniales para los mismos, se plantea, como ahora veremos, la posibilidad de apreciar, si se traspasa el límite, muchas veces dudoso, entre lo lícito y lo ilícito e incluso el de la irregularidad jurídico-mercantil, delitos de administración fraudulenta o desleal, en concurso o no con falsedades o con otros delitos, dependiendo de la regulación de la correspondiente legislación penal.

E incluso el grave perjuicio puede ser para los intereses públicos, colectivos y del Estado o de la Unión Europea o de otros organismos internacionales, como se ha planteado en el caso de concesión de retribuciones o indemnizaciones claramente abusivas a directivos de entidades financieras que estaban en situación de grave crisis y que por ello, dada la importancia estratégica y vital del sector financiero para la economía en su conjunto, han recibido para sanearlas o “rescatarlas” cuantiosas ayudas o subvenciones públicas, como ha ocurrido en España con los fondos que ha inyectado el FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) a entidades bancarias, principalmente cajas de ahorros en grave situación. De estos supuestos, en los que un sector doctrinal ha sostenido con razón la tesis de que bajo determinadas condiciones y presupuestos pueden constituir delitos de fraude de subvenciones del art. 208 CP esp., por destinar las subvenciones recibidas fraudulenta e ilícitamente a fines privados distintos del saneamiento de la entidad³, y que incluso cabría plantear si algún supuesto (de entes financieros públicos o de particulares encargados de la administración de fondos públicos) podría encajar en el delito de malversación de fondos públicos, sin embargo por razones de espacio no nos vamos a ocupar.

II. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

Doctrina y jurisprudencia discuten en diversos países si en estos supuestos de elevadísimas retribuciones o indemnizaciones a directivos de empresas puede haber responsabilidades jurídicas, incluso penales de los responsables de las sociedades que toman tales decisiones, en este último caso fundamentalmente

³ Así LUZÓN CAMPOS, *¿Sanciones penales a los altos directivos de la banca?*, LL 2011-5, (706 ss.), 708 s.

por delitos de administración fraudulenta, distintos según las legislaciones, o si por el contrario no se rebasa el margen de lo admisible y por ello jurídicamente permitido dentro de las facultades decisorias de la gestión empresarial.

1. Posición del TS español: el caso BSCH

En España ha tenido especial repercusión, por la importancia de los bancos y la notoriedad de sus directivos, el llamado caso BSCH, que se produjo en los acuerdos de fusión en 1999 del Banco de Santander con el Banco Central Hispanoamericano, creándose el que se denominó banco Santander Central Hispano (BSCH, que años después volvió a denominarse simplemente Banco Santander); en el proceso de dichos acuerdos se firmaron sendos contratos: uno entre el nuevo presidente del BSCH, el anterior presidente del BS, y el copresidente (anterior presidente) del BCH, en el que se acordaba para la jubilación de este segundo, prevista para 2002 aunque luego se anticipó un año, el pago de un *bonus* de reconocimiento de 43,75 millones de euros más una pensión anual de 7 millones €, y otro contrato entre el presidente y el consejero delegado en el que a éste se le asignan más de 108 millones de € de *bonus* para su jubilación anticipada además de una pensión anual de 1,8 millones € que incrementarían la pensión abonada por la Seguridad Social; aunque inicialmente dichas cantidades por pensiones y *boni* (plural de *bonus*) elevadísimos se llevaron con todo sigilo, luego dichos contratos fueron ratificados por el consejo de administración en agosto de 2001 y posteriormente los pagos hechos a ambos obrantes en las memorias anuales de 2001 y 2002 fueron aprobados por la junta general de accionistas en sesiones de junio de 2002 y de 2003 mediante voto mayoritario de accionistas pero con un elevado porcentaje de votos en contra y abstenciones. Como consecuencia de querellas de accionistas que se consideraron gravemente perjudicados por una defraudación tuvo lugar un procedimiento penal contra los citados presidente, copresidente y consejero delegado del nuevo BSCH. Sin embargo, primero la Audiencia Nacional en SAN (Secc. 3ª Sala penal) 15/2005, de 14-4, y finalmente el TS en STS 841/2006, de 17-6, absolvieron a los acusados del delito de administración desleal societaria del art. 295 por los siguientes argumentos⁴:

⁴ Comentarios de la STS 841/2006: cfr. LUZÓN CAMPOS, LL 2011-5, en 707 ampliamente sobre la solución absolutoria adoptada, y en 708 sobre la posibilidad de condena si los presupuestos fueran los inversos; GÓMEZ BENÍTEZ, *Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores*, en Bajo (dir.)/Bacigalupo/Gómez-Jara (coords.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Madrid, Ceura, 2008, 229 ss.; GÓMEZ-JARA, *Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?*, InDret 2009-2,

La sent. en sus FJ 10.º a 13.º alega que en principio las discrepancias de socios respecto de acuerdos, incluso irregulares, de administradores, en virtud de la subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, han de ser objeto de tratamiento por el Derecho mercantil y no por el Derecho penal, a no ser que se produzca claramente el perjuicio que requiere el delito societario del art. 295; que en cuanto a los contratos de alta dirección con sus elevadísimas remuneraciones, que son debidas a los beneficios que dichos directivos aportan, no existen regulaciones ni límites legales, reglamentarios, estatutarios ni siquiera convencionales, similares a los de los convenios directivos para los contratos laborales ordinarios, por lo cual es el mercado el que marca las circunstancias de lo que se considera adecuado remunerar según un amplio margen de discrecionalidad en la decisión empresarial, y contra lo que reclamaban los querellantes, no hay por ello términos para poder considerar desproporcionadas tales pensiones o remuneraciones; y por último, se niega que concurrieran los requisitos típicos de la administración desleal, el carácter abusivo y el perjuicio, porque hubo transparencia, al informarse de la decisión a los órganos sociales colegiados y al Banco de España y sobre todo la decisión fue sometida a posterior aprobación (por mayoría) de esos órganos, primero el consejo de administración y luego la junta general de accionistas, con lo que la STS afirma que el consentimiento excluye por definición el perjuicio de la sociedad que consiente⁵.

Ahora bien, como se ha destacado en la doctrina, esta STS deja una puerta abierta a los ilícitos penales cuando las retribuciones no se ajusten en absoluto a criterios de mercado, por ser claramente desproporcionadas, se

27, exponiéndola brevemente, y en 28 destaca que llama la atención que el TS español considerara habituales en el mercado remuneraciones de más de 100 millones de euros, mientras que el BGH alemán en el similar caso Mannesmann consideró exorbitantes retribuciones sustancialmente inferiores, cuando además las remuneraciones alemanas a altos directivos son muy superiores a las españolas, y añade como otros contrastes entre las dos sentencias que el TS admite la aprobación, incluso ex post, por la junta general y el BGH la niega, aun siendo mayor que en el caso BSCH el porcentaje de socios que ratificó el acuerdo en la empresa alemana, y que la STS da la mayor relevancia a la observancia de las reglas procedimentales, mientras que el BGH considera decisivo el elemento material del beneficio o perjuicio. Desde la óptica mercantilista comenta dicha STS FARRANDO MIGUEL, La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos (Un primer examen desde la óptica mercantil a la STS, Sala 2.ª de lo Penal, de 17-7-2006), Rev Derecho de Sociedades, 27 2006, 355 ss.

⁵ En el FJ 10.º la STS 841/2006 en su parte final afirma: “indefectiblemente los acuerdos sociales no pueden ser perjudiciales para la sociedad en la manera que ésta los acepta y adopta como propios (‘voluntas non fit iniuria’)”. Al margen de que es incorrecta la formulación del aforismo “*volenti non fit iniuria*” [*volenti*: dativo del participio presente del verbo *volere*: al que quiere o consiente (no se le hace injuria, daño); no ‘*voluntas*’: voluntad, en nominativo], el argumento no es correcto: para una crítica amplia v. *infra* n. 21.

hayan establecido sin criterios de transparencia o no hayan sido aprobadas por los órganos colegiados sociales ⁶.

2. Posición del BGH alemán: el caso Mannesmann

Frente a esto, en el caso Mannesmann, resuelto por sent. BGH de 21-12-2005, en el que altos directivos de la igualmente importantísima multinacional alemana Manesmann, que en 2000 fue absorbida por Vodafone, se habían concedido remuneraciones en concepto de *boni* o primas de reconocimiento y pensiones de jubilación, concretamente 31 y 4,8 millones € al presidente y anterior presidente y entre 1,9 y 0,8 millones € a varios consejeros, cantidades muy importantes pero como se ve bastante inferiores a las asignadas a los directivos del BSCH, el BGH alemán condenó a los acusados (frente a las resoluciones exoneratorias de instancias inferiores) por delito de administración desleal (*Untreue* del § 266 StGB), que requiere causación de perjuicio a los intereses patrimoniales administrados. Ello se fundamenta en que se considera irrelevante el consentimiento que se produjo por amplia mayoría de capital en la junta de accionistas, dado que las decisiones no se produjeron en interés social o de la empresa, que incluye no sólo el interés de los accionistas, sino también el de grupos de interés y el del público en general, y en cambio las remuneraciones, que se consideraron exorbitantes y necesitadas de especial justificación, vulneraban el requisito de proporcionalidad en la remuneración de directivos, contenido expresamente en el § 87, ap. 1 AktG (Aktiengesetz, la ley alemana de sociedades por acciones o anónimas), y no reportaban beneficios a la sociedad ni eran en interés de la misma, sino en su perjuicio, con las indicadas repercusiones para terceros⁷.

3. Posiciones en Derecho norteamericano: el principio de la abstención judicial por la discrecionalidad empresarial y la transparencia y la excepción del pago por función o prestación

⁶ Así LUZÓN CAMPOS, LL 2011-5, 707 s.

⁷ Entre los comentarios doctrinales a la sent. BGH 21.12.2005, en general bastante favorables, cfr. p.ej. RANSIEK, Anerkennungsprämien und Untreue – Das “Mannesmann” Urteil des BGH, NJW 2006, 814 ss.; RÖNNAU, Anmerkung zu BGH, Urteil von 21.12.2005 („Mannesmann“), NSTZ 2006, 214 ss.; VOGEL/HOCKE, Anmerkung zum Urteil des BGH von 21.12.2005, JZ 2006, 568 ss.; SCHÜNEMANN, *La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann*; y: *El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal*, ambos en GÓMEZ-JARA (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona, Atelier, 2008, 19 ss., 61 ss.; 123 ss.; GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 27 ss., resaltando el contraste con la STS 841/2006 del caso BSCH.

Es interesante al respecto la situación del Derecho norteamericano, con legislaciones en parte diversas según los Estados y con vigencia en buena medida del Derecho jurisprudencial del caso.

Como principio se parte de la “regla del enjuiciamiento del negocio” (*Business Judgment Rule*), que sostiene que el tercero extraño, incluso el juez, no puede enjuiciar si es adecuado o excesivo fijar esas remuneraciones a directivos porque no puede entender las razones de la empresa para tal decisión y por ello se permite en principio la discrecionalidad de la empresa al respecto⁸. Pero para admitir esa discrecionalidad la doctrina establece las siguientes condiciones: que se trate de decisiones empresariales, tomadas de buena fe, que el consejero haya informado razonablemente (transparencia) y que no tenga un interés financiero en el asunto⁹. Es notable que la legislación de algún Estado norteamericano permite sin embargo que el propio directivo retribuido forme parte, incluso como miembro único, de la comisión de retribuciones¹⁰. En cuanto a la transparencia, en algunos Estados, para admitir la discrecionalidad empresarial, se exige al consejo de administración requerir la previa aprobación de los accionistas para cualquier remuneración basada en prestación que el directivo deba darle a la empresa¹¹.

No obstante, paulatinamente se va extendiendo e imponiendo, sobre todo en los contratos en empresas, que luego aplican los tribunales, el criterio denominado “pago por función o prestación (*Pay for performance*)”, que consiste en que las remuneraciones, globales o complementarias, se pactan por prestaciones o rendimientos realizados o a realizar por el directivo: se realizan en forma de *bonus* u otra retribución al directivo por una específica prestación realizada en el año actual en comparación con ejercicios anteriores, lo que estimula el rendimiento y evita la aleatoriedad de las remuneraciones, o también en la forma de opciones sobre acciones de la sociedad (las *stock options*) que se le dan al directivo y suben de

⁸ Cfr. ampliamente GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 25 ss., que lo califica como criterio “procedimental”.

⁹ Cfr. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, VandLRev (Vanderbilt Law Review), 57, 2004, 83 ss., cit. por GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 25 s. n. 63.

¹⁰ Así sucede en la legislación del Estado de Delaware según expone GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 31, que destaca que sin embargo en el caso Brocade Communications el hecho de que el director ejecutivo (C.E.O.) fuera el único miembro de la comisión de retribuciones y de que había disimulado la información que proporcionó a los accionistas pesó decisivamente en su condena penal por una pre-datación de opciones sobre acciones (*stock options*) con una enorme ganancia.

¹¹ Cfr. GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 31 s.

cotización si mejora la marcha de la empresa, que es lo que se pretende incentivar¹².

Como se ve, el primer criterio coincide sustancialmente con las pautas de discrecionalidad empresarial, información y transparencia y aprobación – aquí previa, eso sí– de los órganos colegiados, mantenidas en la STS del caso BSCH. En cambio, el segundo criterio, si exige seriamente la prestación por la remuneración, podría conducir en algunos casos a considerar injustificada una remuneración que materialmente está burlando la proporción entre la cuantía de la retribución y la prestación o función desempeñada.

III. TOMA DE POSICIÓN

A continuación formularé una serie de observaciones sobre esta problemática exponiendo mi posición respecto de las diferentes cuestiones.

1. ¿Concurso entre administración fraudulenta y apropiación indebida?

Vamos a prescindir de la *posibilidad en Derecho español de concurso entre administración desleal o fraudulenta societaria del art. 295 y apropiación indebida del art. 252 CP* en los casos de disposición fraudulenta definitiva de bienes societarios por el administrador que al mismo tiempo suponga apropiarse de los mismos, disponer de ellos como dueño o distraerlos. En tales casos doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que hay un concurso de leyes, para el que se proponen soluciones diversas, pero una posición minoritaria, que considero correcta, sostiene que ninguna de las dos calificaciones típicas agota o abarca todo el desvalor del hecho y por tanto hay que apreciar un concurso (normalmente ideal) de delitos entre apropiación indebida y el delito societario de administración desleal¹³.

¹² Cfr. GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 26 ss.

¹³ Cfr. ampliamente sobre las diversas posiciones y las propias al respecto LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, en Boix/Lloria, *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 2008, 181-203; *La administración desleal societaria en el Derecho Penal español*, InDret, 3/2010, www.indret.com, 2 ss., concretamente en 27 s.; *Untreuestrafbarkeit im spanischen Strafrecht*, ZStW 122 2010, (354 ss.), 372. Además de nosotros admiten tb. la posibilidad de concurso de delitos p.ej. MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, Comares, 2005, 275 ss., 374 ss.; GÓMEZ-JARA, La

Sin embargo, en la gran mayoría de los supuestos de asignación de elevadas retribuciones o indemnizaciones a directivos no se planteará la posibilidad de calificar por apropiación indebida, ya que normalmente el responsable o administrador, individual o colegiado, no realiza la primera modalidad típica del 295, la de disposición de bienes, que es en la que se puede plantear que tal disposición, si es definitiva y de todas las facultades dominicales, pueda constituir simultáneamente apropiación indebida (ya que no es normal que el administrador para pagar al directivo tome directamente y le entregue dinero, valores, acciones etc. de la sociedad administrada); sino lo que hace es pactar un acuerdo con el directivo o directivos beneficiados en el que la sociedad se compromete a pagarle(s) determinadas retribuciones, incentivos, “bonus” o complementos o indemnizaciones o pensiones por jubilaciones normales o anticipadas o por retirarse voluntariamente de la empresa, es decir, que se podrá plantear más bien la segunda modalidad típica del art. 295, la de contraer obligaciones a cargo de la sociedad (frente al directivo) que pueden ser gravemente perjudiciales. Aunque en algunos casos, si la retribución o beneficio que se pacta con el alto directivo se le va a satisfacer de inmediato y por una sola vez, como complementos de un ejercicio anual o como indemnización única, ciertamente también se puede entender que el

administración desleal de los órganos societarios, 2008, pp. 194 n. 69, 199; InDret 2009-2, 20 n. 47.

Aparte de ello también hay múltiples intentos en doctrina y jurisprudencia de evitar el problema concursal buscando campos de aplicación distintos para el art. 252 y el 295 (cfr. LUZÓN/ROSO, Concurso entre aprop. indebida y adm. desleal, en Boix/Lloria, Diccionario de DP económico, 2008, 182 s.), que según eso no coincidirían –lo que no es cierto, pues hay supuestos que son simultáneamente actos de disposición fraudulenta de bienes y de apropiación de los mismos, aunque efectivamente sí hay múltiples supuestos de administración desleal societaria que no llegan a la apropiación indebida: cfr. detalladamente LUZÓN/ROSO, *Administración desleal*, en Boix/Lloria, Diccionario de DP económico, 2008, 29 ss.; Concurso cit., en Boix/Lloria, Diccionario de DP económico, 2008, 182 ss.; InDret, 3/2010, 5 ss.; ZStW 122 2010, 355 ss. –. Así p.ej. la STS 841/2006, de 17-6, y la 4016/2007, 21-6, señalan, en una distinción paralela a la del exceso extensivo/intensivo en las causas de justificación, que en la apropiación indebida el poseedor, administrador en su caso, actúa fuera de lo que permite el título de recepción, es un abuso extensivo, más allá de entrada de las facultades, mientras que en la administración desleal del art. 295 el administrador actúa en el ejercicio de sus facultades, dentro de ellas, aunque abusivo, es un abuso de deberes internos o intensivos; como dice la primera STS cit. sobre el art. 295: “El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas”. O en la doctrina consideran p.ej. que las conductas de administración desleal, por ser usos temporales ilícitos, son menos graves que las de apropiación indebida, que son usos ilícitos definitivos, GÓMEZ BENÍTEZ, El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles, LL 1997-1, 2053 ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (art. 295 CP), p. 458; siguiéndolos: MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant, p. 84 s., y GÓMEZ-JARA, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 194 n. 69, 199; InDret 2009-2, 11 n. 32

administrador no sólo ha contraído una obligación a cargo de la sociedad sino, al ser su pago inmediato, simultáneamente está realizando un acto de disposición (por cierto definitiva, no simplemente temporal) de bienes de la sociedad.

2. Núcleo del tipo objetivo del art. 295: abuso del cargo de administrador, conductas típicas alternativas y resultado de perjuicio. Consecuencias para estos supuestos

Según la regulación del delito societario de administración desleal o fraudulenta del art. 295, prescindiendo ahora del elemento subjetivo específico del tipo de actuar en beneficio propio o ajeno¹⁴, el *núcleo del tipo* lo constituye que en el administrador societario haya un *abuso de las funciones propias de su cargo* al realizar *una de las dos conductas típicas*, disposición de bienes o contracción de obligaciones, causantes de sus *respectivos resultados de perjuicios*: El abuso de funciones del cargo de administrador es un requisito típico, del desvalor de la acción, que implica la infracción de los deberes del administrador, especialmente los de lealtad, buena fe e información hacia la sociedad y los socios, y por otra parte obrar excediéndose en el uso de las competencias o incluso fuera del ámbito de las competencias pero aprovechando la posición de administrador¹⁵; el alcance de lo abusivo variará obviamente según la mayor o menor regulación legal, reglamentaria o incluso contractual de las competencias, facultades y deberes del administrador en los distintos ámbitos negociales. Las conductas típicas alternativas, presupuesto ese abuso, pueden ser la disposición fraudulenta de bienes sociales o la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad, pero en ambos casos se requiere además para la consumación el requisito de la causación de perjuicio: en la disposición de bienes la exigencia de perjuicio va contenida en el adjetivo “fraudulenta”, que en su componente objetiva implica defraudación y perjuicio patrimonial, pudiendo en este caso tal perjuicio ser económico o meramente jurídico, y en la modalidad alternativa de la asunción de obligaciones sociales, por ser en principio menos gravosa que la disposición de bienes, la ley exige adicionalmente un perjuicio económico directo para socios u otros terceros equiparados (“causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios,

¹⁴ Cfr. sobre por qué es preferible interpretar “en beneficio” como elemento subjetivo del injusto o del tipo y no como resultado objetivo de la acción LUZÓN PEÑA/ROSO, *Administración desleal*, en Boix/Lloria, *Diccionario de DP económico*, 2008, 61 s.; InDret, 3/2010, 25; ZStW 122 2010, 370.

¹⁵ Cfr. con más detalles LUZÓN PEÑA/ROSO, *Administración desleal*, en Boix/Lloria, *Diccionario de DP económico*, 2008, 56 ss.; InDret, 3/2010, 21 s.; ZStW 122 2010, 367 s.

cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”)¹⁶.

La consecuencia de esto, a mi juicio, es que en los casos que nos ocupan de las asignaciones de retribuciones, similares o pensiones a directivos de las sociedades, parece sustancialmente *más correcta la interpretación objetivo-material del BGH alemán en el caso Manesmann*, es decir, *puede haber administración desleal o fraudulenta si la asignación de retribuciones no es en interés social, sino que al contrario, aunque haya habido información y aprobación del órgano colegiado, objetivamente es abusiva*, supone abuso de las funciones y facultades del cargo de administrador, *y sobre todo causa claramente perjuicio* a la sociedad y también a los socios. Ahora bien, la cuestión difícil de resolver en el caso concreto es cuándo y a partir de qué límites la asignación de retribuciones o indemnizaciones muy elevadas cumple el doble requisito

¹⁶ Cfr. *ampliamente sobre las dos modalidades alternativas de conductas típicas y el resultado de perjuicio en cada una*, LUZÓN PEÑA/ROSO, Luzón/Roso, en Boix/Lloria, Diccionario de DP económico, 2008, 41 ss., 58 ss.; InDret, 3/2010, 10 ss., 23 ss.; ZStW 122 2010, 361 ss., 368 ss.

Aunque en esos trabajos he defendido que en ambas alternativas de conducta puede haber perjuicio para la sociedad o sólo para los socios y en la segunda modalidad de conducta típica, la contracción o asunción de obligaciones, la ley exige siempre perjuicio económico directo para socios o asimilados por ser esta alternativa típica normalmente menos grave, ahora **considero preferible** una interpretación restrictiva del tenor literal típico y en virtud de ella **entender que en todas las modalidades típicas tiene que haber resultado de perjuicio para la propia sociedad**, pudiendo haberlo o no para los socios o asimilados en la disposición fraudulenta de bienes, mientras que efectivamente en la contracción obligaciones ha de producirse además el perjuicio directo económicamente evaluable a los socios o asimilados que expresamente requiere el tenor legal del 295. Ello por las siguientes razones: 1.^a) Ya el primer requisito típico objetivo, el abuso de funciones del cargo de administrador, puede consistir según las leyes mercantiles en infringir diversos deberes de lealtad y buena fe tanto frente a la sociedad primariamente como frente a los socios, por lo que parece sistemáticamente coherente con ello que el perjuicio haya de afectar siempre primariamente a la sociedad y que también pueda afectar a los socios en la modalidad de disposición y que en la modalidad de asunción de obligaciones deba necesariamente, como exige el 295, afectar a socios o asimilados. 2.^a) Además estamos ante un delito societario, donde lo fundamental ha de ser el perjuicio causado a la propia sociedad, mediante una disposición fraudulenta precisamente de bienes de ésta o mediante una asunción de obligaciones precisamente por la sociedad, ya que tal perjuicio para la sociedad con las repercusiones negativas que conlleva para muy diversos terceros – empleados, acreedores, accionistas, partícipes etc.– es a su vez lo que afecta al bien jurídico supraindividual de la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento societario. 3.^a) Esta solución la puede confirmar una interpretación sistemática con la existencia de otro tipo de delito societario: el art. 291, donde basta con el perjuicio para una minoría de socios, pero no se exige un resultado de perjuicio para la sociedad, sino sólo de no reportarle beneficio (“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”), pero por ello la pena de prisión es menor, de 6 meses a 3 años, que la de 6 meses a 4 años del art. 295.

de ser abusiva y perjudicial socialmente. Y no son decisivos, aunque sí tengan su relevancia, los criterios del conocimiento y consentimiento o no por la junta general de la sociedad, ni el de la transparencia o por el contrario falta de transparencia, opacidad o secreto de las decisiones. Veámoslo.

3. Relevancia o no del consentimiento o de la ratificación posterior de los órganos colegiados societarios

a) Desde luego la *ratificación posterior por los órganos sociales* (normalmente su mayoría, pues al menos en la junta general, sobre todo si es una sociedad por acciones será rarísima la unanimidad) de una decisión de este tipo, y que cumpliera los demás requisitos típicos, sería, contra lo que hemos visto que sostiene la STS 841/2006, *totalmente irrelevante para excluir la tipicidad*.

Ya con carácter general, no sólo en el tipo delictivo del 295, sino para todos los delitos que admiten la eficacia eximente del consentimiento, el consentimiento a posteriori o ratificación por el sujeto pasivo de la actuación de un autor que obró sin consentimiento del mismo en el momento de su acción, no es eximente, pues no es consentimiento (actual) y en principio sólo equivale al perdón, que es penalmente irrelevante salvo en contadísimos delitos, los privados o en las legislaciones algún delito semi-privado; y sólo hay una excepción a esto, la de que se dieran las circunstancias que permitirían al autor tener un consentimiento presunto en el momento de actuar por no poder consultar al sujeto pasivo y poder presumir razonablemente que éste consentiría si pudiera¹⁷.

Pero es que además en el delito de administración desleal societaria no es posible siquiera esa excepción de consentimiento presunto, que vendría a ser confirmado por la posterior ratificación o refrendo. Pues el consentimiento presunto, con carácter general, sólo es admisible si resulta objetivamente razonable una presunción de consentimiento del sujeto pasivo si pudiera, pero de un consentimiento que, de darse como consentimiento real, sería eficaz como eximente por excluir la

¹⁷ Cfr. en ese sentido al respecto sobre la regla de la irrelevancia de la ratificación y la excepción del consentimiento presunto, LUZÓN PEÑA, *El consentimiento en Derecho penal: Causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal*, RGDP 18, 2012, 43 (con citas de doctrina sobre la irrelevancia de la ratificación); Lecciones de DP, PG, Valencia, Tirant, 2.ª, 2012, 22/115. Aunque no se pronuncia rajantemente, GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 28, sí parece tener sus dudas sobre la validez de una ratificación a posteriori cuando habla de la relevancia que otorga el TS español “a la aprobación por la Junta General –aunque fuera ex-post–”.

antijuridicidad o la tipicidad de la conducta ¹⁸. Sin embargo, como ahora mismo vamos a ver, en el art. 295 no es válido como eximente el consentimiento real; por lo que tampoco puede operar un consentimiento presunto o presunción de tal consentimiento real.

b) Por mucho que haya un consentimiento real del órgano colegiado societario correspondiente (el consejo de administración o incluso la junta general) antes de la decisión de asignación de las elevadísimas retribuciones o pensiones, **si realmente concurren** los requisitos típicos del **abuso del cargo** y de **causación de perjuicio** a la sociedad o a todos o parte de los socios (o asimilados del art. 295), contra lo que sostiene la citada STS 841/2006, **el consentimiento del órgano colegiado no es válido y no puede operar por tanto como eximente**¹⁹. En efecto, el delito societario de administración desleal del art. 295 afecta a una pluralidad de bienes jurídicos, no sólo el patrimonio individual de la sociedad administrada, con sus repercusiones negativas además para la solvencia de ésta frente a empleados, acreedores y terceros, sino los intereses patrimoniales de los socios y otros legalmente asimilados (depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren) y además el interés supraindividual de la fiabilidad para la comunidad del correcto funcionamiento del sistema societario como pieza clave del sistema económico²⁰, lo que en la redacción típica se refleja en que, abusivamente (frente a la sociedad y los socios o asimilados), se dispone fraudulentamente de bienes de la sociedad, defraudación que implica perjuicio para la sociedad o también para socios o asimilados, o se contraen obligaciones perjudiciales a cargo de ésta que causan perjuicio económico a socios o asimilados²¹.

¹⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos*, RDP 38, 2013, 9 ss. (con citas de doctrina sobre la irrelevancia de la ratificación); Lecciones de DP, PG, 2.^a, 2012, 22/119 ss.

¹⁹ Así LUZÓN PEÑA/ROSO, Luzón/Roso, en Boix/Lloria, *Diccionario de DP económico*, 2008, 62; InDret, 3/2010, 25; ZStW 122 2010, 368. Igual, y por las mismas razones que ahora veremos, la sent BGH 21.12.2005, del caso Mannesmann.

En cambio, LUZÓN CAMPOS, LL 2011-5, 707 s., al exponer la posición de la STS 841/2006 sobre la atipicidad de los hechos si ha habido aprobación o ratificación social, sólo plantea (708) la posibilidad de encaje en el tipo penal de los casos en que la aprobación o ratificación por los órganos de gobierno se haya obtenido de forma fraudulenta, ocultando u omitiendo a los órganos de gobierno detalles o información precisa para conocer el alcance del acuerdo adoptado; ello ciertamente viciaría e invalidaría el consentimiento si éste pudiera ser eficaz en este delito.

²⁰ Así LUZÓN PEÑA/ROSO, Luzón/Roso, en Boix/Lloria, *Diccionario de DP económico*, 2008, 33 ss., 53 ss.; InDret, 3/2010, 6 ss., 18 ss.; ZStW 122 2010, 356 ss., 365 ss., 368. Tb. lo destaca la sent BGH 21.12.2005, del caso Mannesmann.

²¹ Así LUZÓN PEÑA/ROSO, Luzón/Roso, en Boix/Lloria, *Diccionario de DP económico*, 2008, 41 ss., 58 ss.; InDret, 3/2010, 10 ss., 23 ss.; ZStW 122 2010, 361 ss., 368 ss.

Por esas razones no puede ser eficaz y válido un consentimiento de los órganos colegiados en una actuación abusiva y perjudicial, porque tal consentimiento nunca cubriría la totalidad de aspectos de la pluralidad de bienes jurídicos individuales y colectivos afectados y la totalidad de aspectos de los resultados de perjuicio. Por eso, aunque en un caso excepcional la totalidad de los socios aprobara un acuerdo de actos de disposición que supongan la descapitalización de la sociedad, tal consentimiento no excluiría la responsabilidad penal, ya que, por mucho que no sufrieran o incluso pudieran salir beneficiados los intereses de los socios que por eso votan el acuerdo, la descapitalización supondría un grave perjuicio para el patrimonio de la sociedad y por ello también para terceros acreedores, depositarios etc. frente a la misma y repercusiones perjudiciales para la confianza comunitaria²². Pero además, en la inmensa mayoría de los casos no existe unanimidad, sino simple mayoría en el acuerdo, lo que significa que los socios, accionistas etc. minoritarios se oponen precisamente porque el acuerdo será patrimonial y económicamente perjudicial también para ellos (como requiere la modalidad típica de asunción de obligaciones sociales)²³.

c) A la inversa, la ***ausencia de consentimiento de los órganos colegiados*** en la toma de decisión del administrador societario de asignar esas muy elevadas retribuciones por sí sola no es decisiva para que se

²² Así LUZÓN PEÑA/ROSO, Luzón/Roso, en Boix/Lloria, Diccionario de DP económico, 2008, 36 s., 54 s., 62; InDret, 3/2010, 18, 25; ZStW 122 2010, 365, 368.

²³ Por todas estas razones no es exacto ni aceptable este razonamiento del FJ 10.º de la STS 841/2006 en su parte final: “no se trata de exonerar de responsabilidad (penal) porque el acto o el acuerdo lesivo haya sido aprobado, autorizado o ratificado por la junta general (lo que impide mercantilmente el art. 133.4 LSA), sino que indefectiblemente los acuerdos sociales no pueden ser perjudiciales para la sociedad en la manera que ésta los acepta y adopta como propios (‘voluntas non fit injuria’)”. El razonamiento no puede convencer: no es la sociedad misma quien consiente, sino los miembros de los órganos colegiados suyos, y además no por unanimidad, sino sólo por mayoría; pero incluso aunque hubiera unanimidad, claro que el acuerdo de los administradores o accionistas puede ser, aunque beneficioso para ellos en sus intereses particulares, materialmente perjudicial para la sociedad, que es distinta de los votantes, y dicho perjuicio para la sociedad con sus inmediatas repercusiones negativas para terceros acreedores, empleados u otros interesados implica un daño para el indicado bien jurídico supraindividual de la credibilidad para la comunidad del correcto funcionamiento societario; por esa razón el consentimiento de órganos colegiados no puede legitimar ese perjuicio social. En cambio, como destacamos en LUZÓN PEÑA/ROSO, Luzón/Roso, en Boix/Lloria, Diccionario de DP económico, 2008, 62; InDret, 3/2010, 25, *el consentimiento del órgano social o de los socios podría plantearse como causa de atipicidad por falta de entrada de toda relevancia jurídica* “cuando la operación no sea perjudicial ni para la sociedad ni para los socios o equiparados, ya que materialmente faltará ya la lesión del bien jurídico (patrimonial, pero también el supraindividual). No obstante, realmente no hace falta recurrir al consentimiento como causa de atipicidad, pues a tal conducta le faltan ya los requisitos típicos del perjuicio y del abuso de funciones del cargo”.

produzca un delito de administración fraudulenta como da a entender la STS 841/2006 y la doc. norteamericana mencionada. Ciertamente el no consentimiento de tal órgano será un indicio del abuso del cargo o incluso constitutiva de actuación con abuso de funciones en aquellos casos en que el administrador estaría obligado a someter a aprobación del órgano colegiado la decisión sobre las retribuciones por exceder claramente del marco o límites de sus atribuciones (porque si la decisión, aunque sea por un monto muy elevado, encajara todavía dentro de los límites de su poder y atribuciones, no habría abuso del cargo por esa cuestión formal²⁴; por ello el indicio de abuso del cargo estaría en los casos en que la decisión esté justo en el límite del marco de competencias del administrador y por ello sea dudoso si las ha rebasado o no); y sobre todo, la ausencia de consentimiento del órgano colegiado correspondiente será un indicio del carácter perjudicial –que es lo decisivo– de la decisión para la sociedad y los socios y terceros, pero nada más. Ese indicio se podrá ver efectivamente confirmado si se comprueba que la asignación de tales retribuciones o indemnizaciones muy elevadas supone un claro perjuicio económico para la sociedad.

Pero si el pacto de otorgar elevadísimas retribuciones etc. a un alto directivo no produce el resultado típico del perjuicio patrimonial a la sociedad y los socios, sino que se demuestra que era conveniente o incluso necesario para los intereses empresariales de la sociedad por las prestaciones y ventajas que la incorporación o la nueva actividad del directivo le reporta, entonces no habrá administración desleal punible y la falta de aprobación de la decisión por el órgano colegiado será a lo sumo, si era obligada o posible que lo fuera por las razones expuestas de exceder la decisión del marco competencial del administrador, un ilícito mercantil del administrador social –actuación infractora de sus deberes formales y por tanto ejercicio abusivo formal del cargo–, pero no ilícito penal.

4. Falta de transparencia, opacidad, secreto o clandestinidad en la asignación de esas retribuciones o pensiones

Hemos visto que para parte de la doctrina española o en la norteamericana éste se considera un criterio decisivo para considerar que hay *actuación abusiva*, y p.ej. también en la citada STS 841/2006. La información sobre decisiones de gran trascendencia económica, como es el caso de estas asignaciones de retribuciones, complementos o pensiones, es aún más importante para los socios y demás interesados que el consentimiento,

²⁴ Otra cosa es que, aun no habiendo abuso formal del marco competencial, la decisión del administrador pueda considerarse materialmente abusiva precisamente porque resulte que en las circunstancias concretas es claramente perjudicial para la sociedad.

porque habrá muchos casos en que no sea preciso el consentimiento o aprobación de la junta general u órgano colegiado equivalente, pero en los que los socios o determinados afectados tengan derecho a recibir información sobre tales decisiones, porque les afectan mucho en sus legítimos intereses. Por ello la falta de información y transparencia y por tanto la opacidad y secreto sobre estas decisiones constituye ciertamente infracción deberes de información y lealtad del administrador para con la sociedad y los socios o asimilados impuestos por las legislaciones civil y mercantil. En tanto en cuanto hay en el administrador abuso de los deberes del cargo y ya se da ese primer requisito del art. 295 CP para la acción típica, pero *por sí sola la actuación no transparente u opaca del administrador, si no tiene carácter perjudicial para los intereses sociales y de los socios, si no les causa un claro y definido perjuicio* –que es el otro elemento típico adicional, decisivo para la consumación en las dos modalidades típicas–, es insuficiente para que haya una conducta punible: esa infracción de deberes de información del administrador *será un ilícito mercantil, pero no delictivo*. Si p. ej. un administrador o administradores de una sociedad anónima en buena situación económica y de producción contratan con una retribución muy elevada a un alto directivo sumamente competente y cualificado que es muy conveniente o necesario para una determinada línea de actividad de la empresa, pero por la razón que sea, al menos durante un tiempo, no informan a los órganos colegiados sociales de la cuantía y detalles de las retribuciones y contraprestaciones pactadas, habrán infringido los deberes de información y lealtad en ese aspecto y habrá un abuso de deberes formales del cargo, pero si las retribuciones son adecuadas para la valía y contraprestaciones que se van a obtener del directivo fichado y no crean problemas económicos a la sociedad, la actuación de tales administradores no es materialmente abusiva ni desde luego produce perjuicio –sino incluso beneficia a la sociedad– y por tanto no es delito de administración fraudulenta.

Otra cosa es la posibilidad, que algunos destacan, de remuneraciones encubiertas, camufladas o simuladas²⁵. En este caso, en el que el motivo de la simulación, falsedad o camuflaje es evitar la indignación que la asignación de las enormes remuneraciones, generalmente no relacionadas con las prestaciones efectuadas por los directivos, podría provocar entre accionistas, terceros vinculados a la sociedad, incluyendo a otros

²⁵ .Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores*, en Bajo (dir.)/Bacigalupo/Gómez-Jara (coords.), *Gobierno corporativo y DP*, 2008, 229 ss.; GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 26; en 25 y 26 n. 65 cita en la doc. norteamericana a BEBCHUK/FRIED, *Pay without Performance. The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, 2004; *Executive Compensation at Fannie Mae: A Case Study of Perverse Incentives, Nonperformance Pay and Camouflage*, JCorpL (Journal of Corporation Law).

directivos, e incluso el público²⁶, es más grave aún la vulneración de los deberes informativos del cargo de administrador con este falseamiento activo que con la mera omisión de información, y el indicio de claro perjuicio a los intereses de la sociedad y los socios es mucho más vehemente y probablemente quedará confirmado ese resultado en la inmensa mayoría de los casos; la excepción podrá ser que pese a todo la asignación de remuneraciones no sea perjudicial, p. ej. porque estuviera claramente indicado empresarialmente contratar con una muy alta remuneración a un nuevo directivo con una cualificación excepcional en un determinado campo, pero a los administradores de la sociedad les interesara simular una retribución inferior para evitar conflictos con otros altos directivos, en cuyo caso habría únicamente un ilícito mercantil de incumplimiento de deberes de información a los órganos sociales, salvo que la simulación constituyera una falsedad documental.

5. Abuso de funciones del cargo; regulación legislativa o ausencia de regulación de las cuantías o criterios de las remuneraciones

En España *no existe una regulación legal o reglamentaria de las cuantías de las retribuciones*, complementos o pensiones a altos directivos de empresas, ni con topes máximos desde luego (salvo una mínima excepción en los arts. 217-219 de la nueva LSCap: v. *infra* n. 25), ni tampoco con criterios como el de la proporcionalidad, que vimos que fija la ley alemana de sociedades anónimas (§ 87 I AktG), ni el del pago por prestaciones, beneficios o incremento del rendimiento respecto de ejercicios anteriores, como los que se aplican en Derecho norteamericano por tribunales u organismos supervisores. *Si existieran esos criterios y límites como en otros ordenamientos, el no respeto de los mismos*, rebasándolos claramente, en los pactos sobre retribuciones etc. a altos directivos sí podría *considerarse ya un claro abuso de las funciones propias del cargo* y un indicio de muy probable resultado de perjuicio, a no ser que se demuestren circunstancias excepcionales en el caso concreto que pese a todo justificaran esa superación. Pero no siendo así, este no sirve de criterio para determinar cuándo el administrador ha obrado con abuso de las funciones del cargo, salvo que la actuación se pueda considerar abusiva precisamente porque vaya a ser perjudicial para la sociedad y los socios en virtud de los criterios de mercado y de circunstancias concretas de la empresa que veremos a continuación. Es correcta por tanto la apreciación de la STS 841/2006 cuando argumenta que en nuestro país no existen límites legales –en aquel momento ninguno, hoy muy limitados–, ni convencionales ni estatutarios a la

²⁶ .Cfr. GÓMEZ-JARA, InDret 2009-2, 26 y n. 67, citando a BEBCHUK/FRIED, *Stealth Compensation via retirement benefits*, Berkeley Business Law Journal 1, (293 ss.), 298 ss.

fijación de pensiones (e igual sucede para las retribuciones y similares) dentro de las relaciones laborales de alta dirección y tiene razón en principio cuando de ahí deriva que por tanto tales asignaciones se rigen por los criterios del mercado (ahora veremos que dicho criterio debe complementarse con las concretas circunstancias económicas de esa sociedad) y sólo se entrará en el campo de lo punible cuando las asignaciones sean claramente desproporcionadas respecto de los límites vigentes en el mercado.

6. Carácter perjudicial y abuso de funciones del cargo. Resultado de perjuicio

a) Además de la infracción de deberes de lealtad y buena fe en el administrador frente a la sociedad y los socios, antes de 2010 establecidos en los arts. 127 y 133 LSA o los similares 61 y 69 LSRL, y actualmente en la LSCap (Ley de Sociedades de Capital) de 2010 –que las ha sustituido– en sus arts. 225 s., y además de otros deberes de los arts. 227-232 y derivados de los derechos del socio (arts. 93 ss.), entre otros el de información, y aparte de eventuales regulaciones legales, reglamentarias o contractuales para campos o supuestos concretos, desde el punto de vista material el carácter abusivo en el desempeño de las funciones del cargo está precisamente en relación *ex ante-ex post* con el resultado de perjuicio: materialmente abusivas son las conductas del administrador que se sabe seguro que van a ser perjudiciales o que *ex ante*, en el momento de su actuación es objetivamente previsible o incluso probable para el espectador medio conocedor de ese ámbito que pueden causar claramente perjuicio a la sociedad.

Con ello ya habrá un comienzo de ejecución típica y por tanto, si el administrador obra con dolo al menos eventual, *tentativa* de administración fraudulenta, calificación que se confirmaría si por alguna razón no prevista no se llega a producir el resultado perjudicial (p.ej. si el directivo así remunerado consiguiera unas inesperadas ganancias excepcionales para la sociedad). Pero *la consumación* del delito requiere además en las dos modalidades típicas, tanto la de disposición fraudulenta de bienes como la de contracción de obligaciones, el *resultado de efectivo perjuicio, al menos para la sociedad* y los terceros a los que ello afecta, *y en la modalidad de asunción de obligaciones además necesariamente un perjuicio directo económico para los socios o asimilados.*

b) En primer lugar serán indiscutiblemente perjudiciales y por ello abusivas las asignaciones de altas remuneraciones totalmente injustificadas

por no realizar ninguna función real el beneficiario presuntamente contratado como directivo. Ello responderá además normalmente a otras finalidades ilícitas, como pago de favores inconfesables al falso directivo que podría constituir corrupción entre particulares del nuevo art. 286 bis CP, o cohecho sobornando a algún familiar suyo que sea autoridad o funcionario, y podrá ir unido a veces a falsedades documentales (otra cuestión será su tipicidad si son ideales o “ideológicas” y no encajaran en los n.ºs 2º o 3º del art. 390.1).

c) En los restantes supuestos en que los altos directivos a los que se remunera sí que desempeñan funciones relevantes en la sociedad, es cierto que en Derecho español, a falta de eventuales previsiones estatutarias o reglamentarias de la sociedad, actualmente prácticamente no hay detallada regulación legal o reglamentaria al respecto²⁷, por lo que en principio tendría razón la STS de la que nos ocupamos en que hay un amplio margen de libertad o discrecionalidad para las decisiones empresariales y que serían criterios de lo que rige en el mercado los indicadores de las posibilidades de decisión. Sin embargo, **que no haya detalladas previsiones legales no significa, ni mucho menos, ausencia total de regulación y criterios legales y jurídicos** para enjuiciar si las decisiones son correctas y aceptables o injustificadas e inaceptables; por ello la toma de las decisiones de los administradores **no puede ser totalmente discrecional y sin límites**, y ni siquiera se puede afirmar que únicamente cuentan las retribuciones habituales en el mercado.

En primer lugar, aunque no esté legal ni reglamentariamente regulado, el criterio de la *proporcionalidad*, en este caso entre el coste de las remuneraciones y las aportaciones los directivos, y en su caso el de la necesidad y conveniencia (de los costes y gastos), son principios generales que operan en todo el Derecho, y por ello también en el Derecho privado y que en este caso sirven *para concretar los deberes legales* (de la LSA o la LSRL) de *buena fe y lealtad de los administradores* frente a la sociedad y los socios. Y sobre todo, el tipo legal del art. 295 CP *prohíbe* el *abuso* de funciones del cargo de administrador, que ya hemos visto que materialmente supone precisamente el *carácter perjudicial ex ante* de la

²⁷ En la nueva LSCap de 2010 los arts. 217-219 fijan algunas limitaciones a ciertos porcentajes máximos para las retribuciones o remuneraciones, pero sólo para los administradores (e igual en el art. 4 bis para administradores y socios en las sociedades en régimen de formación sucesiva), no para los directivos en general. Para un supuesto muy especial, el de las prestaciones accesorias retribuidas efectuadas por socios (no por directivos que no sean socios), el art. 87. dispone en el ap. 1 prevé que sean determinadas por los estatutos y en el ap. 2 sí establece ciertamente un principio equivalente al de proporcionalidad: “La cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación”.

actuación, y como **resultado la causación de perjuicios** –con el alcance antes expuesto– a la sociedad y a los socios y asimilados.

Pues bien, para que no se pueda decir que unas elevadísimas remuneraciones a altos directivos causan perjuicio a la sociedad, socios y terceros tiene que haber, ciertamente no una correspondencia exacta entre el coste de las retribuciones y las aportaciones de esos directivos, no rige por tanto un estricto y exacto “pago por función o por prestación” realizada, pero sí una proporción y un cierto grado de correspondencia entre esos factores: si una sociedad se compromete a o efectúa una importantísima remuneración a un alto directivo, pero con ello está recompensando una elevadísima aportación realizada por éste o incentivando la que vaya a realizar y tal aportación es igual o superior al gasto de las remuneraciones, no habrá perjuicio para la sociedad e incluso puede haber beneficio. Pero si las remuneraciones son en su importe muy superiores a los beneficios obtenidos o que se esperen obtener de las aportaciones del alto directivo, entonces naturalmente que habrá un perjuicio económico directo para la sociedad y también para los intereses de los socios o asimilados y, si eso era ya objetivamente previsible *ex ante*, la operación tendrá carácter abusivo (desproporcionado, perjudicial *ex ante*) y por tanto se cumplirán los requisitos de una administración desleal o fraudulenta societaria del art. 295.

Normalmente esa proporción ya se dará, al menos aproximadamente, en los criterios habituales en el mercado dentro de un sector a la hora de fijar las remuneraciones de altos directivos, ya que en el mercado suele regir la lógica de la proporción costes/beneficios, de modo que *generalmente habrá bastante coincidencia entre los usos del mercado y los criterios de proporcionalidad* entre costes y ganancias o beneficios. Pero creo que hay que hacer diversas **advertencias y salvedades**:

1) En el mercado, o un determinado sector del mismo en un territorio y durante un cierto tiempo, pueden haberse *extendido hábitos de retribuciones totalmente abusivas y desproporcionadas* para los beneficios que pueden aportar (corrupción en sectores empresariales), y en tal caso habrá que considerar perjudicial e ilícita la decisión.

2) Se debe tener en cuenta no sólo la situación general de lo usual en las remuneraciones en un sector del mercado, sino que es esencial tener en cuenta la *situación concreta de la empresa*, pues lógicamente no pueden ser iguales las remuneraciones en una sociedad o grupo con excelente situación

económica que en otra que atravesase una situación de graves dificultades²⁸; en este segundo caso, a partir de un determinado límite unas altísimas remuneraciones, por muy elevadas que sean las expectativas de futuras ganancias (a no ser que sean inmediatas) que pueda aportar el directivo, pueden resultar perjudiciales y no soportables para la sociedad o grupo, y no sólo a corto plazo, sino también, por agravar la situación de insolvencia, a medio o largo plazo. Tal resultado se comprobará a posteriori, pero para decidir la cuestión previa de si la decisión fue *ex ante* abusiva o no, el juzgador deberá recabar el informe pericial de expertos en el mundo empresarial y económico²⁹ sobre si una decisión de contratar a directivos con tales remuneraciones en una empresa en dificultades era o no aceptable ante las posibilidades ciertas de beneficios que trajera el directivo fichado (riesgo permitido, ejercicio legítimo de la profesión).

3) Aunque parece adecuado tomar como referencia comparativa la situación del mercado para un sector de actividad precisamente en un concreto país o región, sin embargo en el mundo cada vez más globalizado, especialmente en las multinacionales, *también* habrá que considerar como punto de referencia o comparación las *cuantías de las retribuciones en los diversos países del entorno* y de condiciones similares.

4) Un dato peculiar, pero importante, es que *a veces la ganancia que se espera obtener* no es estrictamente por las prestaciones aportadas o que vaya a aportar el directivo, sino por la posición de influencia o de capacidad de decisión que tiene éste quien *por ello puede acceder a la toma de una decisión muy ventajosa para la otra parte*, p.ej., un negocio importantísimo o una fusión o absorción, si se accede a las pretensiones que plantea en la negociación del contrato, *o negarse y frustrar la operación* en caso contrario³⁰. Así p.ej., aunque

²⁸ Similar LUZÓN CAMPOS, LL 2011-5, 708: “La duda que surge, dado que la sentencia del Tribunal Supremo se produjo en un momento en el que no había una grave crisis económica y financiera, es si al hablar de criterios de mercado, debe atenderse al mercado en condiciones económicas normales (fijándose únicamente en lo que pagan otros bancos o cajas), o si deben tenerse en cuenta condiciones particulares como la cuenta de resultados de la entidad, la variación de su cotización en bolsa como resultado de la gestión del (los) beneficiario(s) de la retribución, o el grado de cumplimiento de la entidad de las exigencias de capitalización por parte de Instituciones españolas o internacionales”.

²⁹ En el mismo sentido LUZÓN CAMPOS, LL 2011-5, 708: *habrá que atender a criterios técnicos y comparativos para saber si las cuantías de las pensiones o bonus establecidos por determinadas entidades financieras están dentro de parámetros normales del mercado.*

³⁰ Similar otra situación que plantea LUZÓN CAMPOS, LL 2011-5, 708: “precisamente por la situación de las entidades financieras, el pago de estas indemnizaciones o jubilaciones, puede ser entendido como un elemento beneficioso para la entidad, como un ‘mal menor’, que permite reducir costes estructurales, o facilitar el relevo o renovación de los cargos directivos evitando escenarios de confrontación que pueden resultar mucho más perjudiciales”.

los hechos probados de la STS del caso BSCH no lo explicitan, parece bastante evidente que las elevadísimas remuneraciones para jubilación que se asignaron a sí mismos en los contratos los integrantes de la nueva cúpula del BSCH, el anterior presidente del BS y los anteriores presidente y consejero delegado del BCH, formaban parte de las condiciones que estos pusieron en la negociación a partir de 1998 para acceder a la fusión de ambos bancos en uno nuevo mucho más potente, que se convirtió en el primer grupo bancario multinacional español. Tales exigencias podrán considerarse éticamente discutibles o por el contrario normales en la lógica del mundo empresarial; pero en cualquier caso hay que reconocer que, si la decisión que esos directivos tomarán si se accede a sus condiciones remuneratorias supone elevadísimos beneficios para la otra entidad negociante y para p.ej. la sociedad resultante, ello puede anular el carácter de perjuicio (y con ello el delito del art. 295) que de otro modo supondría el gasto de las enormes remuneraciones pactadas.

7. Posibilidad subsidiaria: responsabilidad según el art. 291 por perjuicio no a la sociedad, sino a los socios minoritarios

Por último, no se olvide que, cuando no exista perjuicio social, sino sólo para accionistas o socios minoritarios, no siempre es cierto que esta sea una cuestión que deba dirimirse exclusivamente en el Derecho mercantil como afirma la comentada STS 841/2006. Pues aunque sin perjuicio para la sociedad no podrá haber delito de administración fraudulenta o desleal del art. 295, existe como tipo penal residual, pero subsidiario, la figura del abuso de posición mayoritaria del art. 291. En el mismo se castiga, como figura algo menos grave (la prisión tiene un máximo de 3 años, en vez de 4 como en el art. 295), a “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”. Por tanto, acuerdos perjudiciales para los socios minoritarios, aunque no lo sean para la sociedad, podrán ser punibles si no le reportan beneficios a ésta (si fueran beneficiosos para la sociedad, prevalece el interés social frente al de los socios) y si pueden ser considerados abusivos, cuestión esta que ciertamente será la más controvertida y difícil de delimitar en los supuestos concretos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (art. 295 CP), Madrid, Pons, 1998.

- BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, VandLRev ([Vanderbilt Law Review](#)), 57, 2004.
- LUZÓN CAMPOS, ENRIQUE. *¿Sanciones penales a los altos directivos de la banca?*, LL 2011-5.
- FARRANDO MIGUEL, *La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos (Un primer examen desde la óptica mercantil a la STS, Sala 2.ª de lo Penal, de 17-7-2006)*, Rev. Derecho de Sociedades, 27 2006, 355 ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores*, en Bajo (dir.)/BACIGALUPO/GÓMEZ-JARA (COORDS.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal*, Madrid, Ceura, 2008.
- GÓMEZ-JARA, *Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?*, InDret 2009-2, 27.
- LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, en Boix/Lloria, *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 2008, 181-203; *La administración desleal societaria en el Derecho Penal español*, InDret, 3/2010, www.indret.com
- MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, Tirant, 2001.
- SCHÜNEMANN, *La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann; y: El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal*, ambos en GÓMEZ-JARA (ED.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona, Atelier, 2008.