



Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo¹

Luigi Foffani
Adán Nieto Martín

Università di Modena e Reggio Emilia
Universidad de Castilla-La Mancha

*Dedicado a la memoria del Prof. Cesare Pedrazzi,
maestro insigne del Derecho penal económico
y punto de referencia de generaciones
de penalistas europeos.*

SUMARIO: I. Buena Gobernanza y Derecho penal de la empresa. II. El delito de administración desleal en la UE: una breve reseña. III. Actos de gestión discrecionales y administración desleal. A) Good citizen corporations. B) Remuneraciones, indemnizaciones y administración desleal (casos Mannesmann y BSCH). C) Conclusiones. IV. La administración desleal en un contexto ilícito de base. A) Infidelidad patrimonial y corrupción pasiva. B) Administración desleal y cohecho activo. C) Administración desleal y constitución de «cajas negras» (también: administración desleal por la comisión de delitos en interés de la empresa por parte del gestor desleal). V. Conclusión.

I. Buena gobernanza y Derecho penal de la empresa

Como es bien conocido el fenómeno de la globalización está generando retos importantes a los ordenamientos jurídicos, que en el derecho de los negocios obedecen a dos grandes desafíos. El primero de ellos es cómo garantizar la eficacia de las normas jurídicas en un mundo donde las empresas pueden deslocalizar con facilidad su actividad y situarla allí donde las reglas son más amables con los costes de producción (mano de obra, consumidores, medio ambiente, etc.) o resulta más fácil su elusión a través de la corrupción. El segundo desafío radica en cómo generar «confianza

recíproca». Un mercado financiero global, en el que es posible invertir en empresas sometidas a distintos ordenamientos, sólo es posible si las normas, éticas y jurídicas, que regulan la gestión y la responsabilidad empresarial resultan homogéneas. Esta doble necesidad se está abordando a través de diversas estrategias legislativas que, más allá de sus diferencias, evidencian un hecho bien conocido en Europa: la integración económica conduce irremediabilmente a la jurídica, a través de procesos de armonización.

El ordenamiento más fuerte del planeta, el de los Estados Unidos, ha adoptado como estrategia la aplicación extraterritorial de sus normas. La *Sarbanes Oxley Act* es la plasmación más impor-

¹ El trabajo es fruto fundamentalmente de una reflexión común de ambos. Queriendo no obstante subdividir la paternidad deben atribuirse a Luigi FOFFANI los apartados II, y IV y a Adán NIETO el apartado I y III.

tante, aunque no única², de esta política legislativa. La regla es sencilla: las sociedades que quieran operar en el mercado financiero norteamericano deben someterse a la misma y están sujetas a su draconiano aparato penal³. Sin embargo, la estrategia más común es la consistente en un proceso voluntario de aproximación por parte de empresas y ordenamientos a reglas de gestión y responsabilidad comunes. La fuerza que alimenta este proceso de armonización es una suerte de «lucha por el mejor de derecho». Tras los Códigos éticos o de buen gobierno a los que voluntariamente se someten las empresas⁴, o algunas de las últimas muchas reformas legislativas⁵, no hay sino un afán de publicitar al mercado que existen reglas eficaces y seguras. Este conjunto de nuevas normas que regulan el modo en que se debe organizar, decidir y responsabilizar dentro de una empresa suele designarse con el término de *corporate governance*⁶.

El carácter de última ratio del Derecho penal ocasiona el que los movimientos legislativos que zarpan de otros sectores del ordenamiento tardan más en arribar a sus dominios. Ahora bien, su llegada es inevitable en aquellos lugares, como el Derecho penal societario, que son claramente accesorios, normativa o valorativamente, de otras ramas del ordenamiento. En síntesis, puede indicarse ya que el programa normativo del gobierno corporativo está llamado a desplegar su influencia en tres grandes áreas⁷. La primera de ellas es la que afecta a la tutela penal de la transparencia

empresarial. Las normas societarias que establecían los deberes de comunicación al mercado se centraban hasta hace bien poco exclusivamente en la transparencia patrimonial. Las últimas reformas del derecho de sociedades y bursátil han originado un incremento cuantitativo y cualitativo en las obligaciones de transparencia. Cuantitativo porque cada vez son más los aspectos que han de hacerse públicos: la forma en que está organizada la empresa, la procedencia, capacidad y retribuciones de los consejeros y altos cargos, la existencia de sistemas de control de riesgo, la adopción de Códigos de buen gobierno, etc.; cualitativo porque no sólo se trata de informar más, sino de informar mejor, por ello se han incrementado las obligaciones tendentes a mejorar la accesibilidad y la claridad de la información. Todas estas transformaciones han de afectar a las figuras delictivas que contemplan las falsedades en la información social. La línea político criminal a la que apuntan es justo la inversa a la seguida por el CP español (art. 290 CP) y, recientemente, por el legislador italiano⁸. Se trata de «despatrimonializar» el injusto de estos delitos y centrarlo en la tutela de la transparencia societaria como bien jurídico autónomo.

La segunda zona de influencia tiene que ver con otro de los ejes del *corporate governance*: la mejora de los sistemas de control sobre la gestión. Tradicionalmente las normas societarias en este punto habían descansado en el principio liberal de la autonomía de la voluntad, por ello otorgaban

2 Me refiero, por ejemplo, al derecho de la competencia, *vid.* HARDING, *The globalisation of anti cartel law and enforcement*, en Nahamowitz/Voigt (Hrsg), *Globalisierung des Rechts II: Internationale Organisationen und Regelungsbereiche*, Nomos, 2002, p. 319 y ss.

3 Por todos HEFENDEL, *Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernisse*, JZ 2004, pp. 18 y ss.; KERSTING, *Auswirkungen des Sarbanes Oxley Gesetzes in Deutschland: Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?*, ZIP 2003, p. 233 y ss.; SCHWARZ/HOLLAND, *Enron, WorldCom... und die Corporate-Government-Diskussion*, ZIP 2002, p. 1661 y ss.

4 Cfr. MALEM SENA, «Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción», en Arroyo/Nieto (coords), *Eurodelitos de fraude y corrupción. Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, Cuenca, 2005 (en prensa).

5 *Vid.* por ejemplo con gran claridad la exposición de motivos de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de reforma del sistema financiero: «En este momento y ante la variedad y sofisticación de los instrumentos financieros utilizados, se está observando que un factor competitivo de enorme importancia está formado por el ordenamiento jurídico al que se sujetan los intermediarios. En efecto, la competencia entre legislaciones está adquiriendo una fuerza creciente, siendo una práctica habitual que los grandes intermediarios establezcan filiales en aquellos países con normativas más permisivas a fin de ubicar en ellas gran parte de su operatividad». Por razones muy parecidas, en relación a uno de los supuestos prácticos más importantes sobre los que versará el presente trabajo, el caso *Mannesmann*, se ha discutido vivamente si el considerar los hechos constitutivos de delito no conllevaría consecuencias perjudiciales para la economía alemana, al sancionar penalmente formas de remunerar que en otros ordenamientos resultan habituales, y «espantar» a posibles empresas y ejecutivos mediante un derecho penal tan estricto; aunque en sentido totalmente contrario, *vid.* SCHÜNEMANN, *Organuntreue. Das Mannesmann Verfahren als Exemple*, Berlin, 2004, p. 42 y ss.

6 *Vid.* Esteban VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999.

7 *Vid.* en este sentido y en lo que sigue los análisis tendencialmente coincidentes de ALESSANDRI, «Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari», en *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, I, p. 521 y ss. y Nieto MARTÍN, «El programa político criminal del corporate government», *Revista de derecho y proceso penal*, nº 11, 2004, p. 259 y ss.

8 Cfr. FOFFANI, «Reati societari: la contraddizione della legge delega», *Diritto penale e processo*, nº 10, 2001, p. 1197 y ss.

grandes espacios de libertad a los socios a la hora de conformar los aspectos relativos a la organización interna de la sociedad, como, por ejemplo, el establecimiento de sistemas de control. Frente a ello los nuevos textos se preocupan por mejorar la objetividad de los auditores externos e internos; fomentar y proteger la delación por parte de los empleados (*whistleblowers*)⁹, por exigir el nombramiento de consejeros independientes o que representen a intereses colectivos; por concretar en el seno de la estructura empresarial quién es el responsable de la veracidad de las cuentas o del cumplimiento de la normativa medioambiental etc. Todo ello ha de desplegar consecuencias en la asignación de responsabilidades penales, como por ejemplo, el incremento de la responsabilidad a título de omisión¹⁰. Igualmente no puede pasarse por alto que la importancia asignada a la organización de la empresa y al control interno resulta una línea de política jurídica convergente con la construcción de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas cimentado en el «defecto de organización». En efecto, el sistema recientemente establecido en Italia que sigue de cerca la experiencia norteamericana del *Corporate Guidelines Sentencing* resulta por ello un sistema coherente con el gobierno corporativo, lo que en absoluto resulta casual. Ambas regulaciones responden a un mismo modelo de ética empresarial basada en el compromiso de las empresas por respetar la legalidad (*compliance*) y la necesidad de que actúen no sólo de acuerdo con criterios utilitaristas sino como buenos ciudadanos (*good citi-*

zen corporation). De este modo, un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas enderezado a motivar la implementación de un mejor sistema de organización puede considerarse como la última ratio del programa societario del gobierno corporativo¹¹.

El tercer gran tema del gobierno corporativo es el abuso de poder, y es el que va a ser analizado en este trabajo sobre la base de un grupo de casos procedentes de distintos países de la Unión Europea relativos al delito de administración, pues lógicamente cuando se habla de abuso de poder en el interior de las sociedades es este tipo penal el primero que entra en escena. Resulta por ello necesario exponer brevemente las líneas maestras de esta figura.

II. El delito de administración desleal en la UE: una breve reseña

Tal como acaba de señalarse en la introducción, la *corporate governance*, es decir el buen gobierno de las sociedades comerciales y de las técnicas jurídicas idóneas para garantizarlo, reclama cada vez con mayor intensidad la función del Derecho penal como instrumento de regulación de la comunidad de los negocios¹². Entre los aspectos centrales del debate, presente en todos los ordenamientos, tanto a uno como otro lado del Atlántico y de manera especial tras la hornada de escándalos financieros que han sacudido Europa y los Estados Unidos en los últimos años, se encuentra sin lugar a dudas el relativo al conflicto de

9 Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, «La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español», en Arroyo/Nieto (coords.), *Eurodelitos de fraude y corrupción*, op. cit.

10 Es significativo que en los casos de la jurisprudencia alemana que a continuación van a examinarse casi siempre resultan autores, aunque no a título de omisión, los miembros de un órgano que responde a las características arriba apuntadas. Como se ha expuesto en otro lugar, el establecimiento de estos deberes coloca en primer plano dentro del delito de administración la relevancia penal de los comportamientos omisivos. Esta cuestión además no resulta importante únicamente por la aparición de estos «nuevos garantes» sino porque como se pone de manifiesto en los Informes españoles de gobierno corporativo, la actividad del consejo de administración es básicamente la vigilancia. Con ello resulta imperioso reflexionar sobre la estructura típica del delito de administración fraudulenta español que cierra el paso casi totalmente a la tipicidad de los comportamientos omisivos. Sobre la responsabilidad por omisión en el caso del Consejo de Vigilancia alemán que puede ser un buen punto de partida para el análisis de estos supuestos, LÜDERSSEN, «Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats», en *Festschrift für Lampe*, 2003; POSECK, *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, 1997, y el trabajo clásico de TIEDEMANN, «Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern», en *Festschrift für Tröndle*, 1989, p. 319 y ss.

En Italia ha señalado también este problema PEDRAZZI, «Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?», en *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici*, per Guido ROSSI, Vol. II, Milano, Guiffirè, 2002, p. 1367.

11 Cfr. con ulteriores referencias y GÓMEZ JARA, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, 248 y ss.; NIETO MARTÍN, *El programa político criminal*, op. cit., p. 266 y ss.

12 Cfr. en este sentido ALESSANDRI, «Corporate governance...», op. cit., p. 521 y ss. (quien señala cómo «el catálogo de topois que trasluce de la discusión sobre la *corporate governance* posee un sonido muy familiar en los oídos del penalista»); PEDRAZZI, *Corporate Governance*, op. cit., p. 1367.

intereses entre los intereses de los administradores y el de los instrumentos que se ofrecen al legislador y/o a la autoridad reguladora del mercado con el fin de evitar su presencia o limitar sus efectos¹³. En la búsqueda de tales instrumentos no falta, por supuesto, una reflexión renovada sobre el tipo penal, la infidelidad patrimonial o la administración desleal, que representa todavía, en muchos ordenamientos europeos, uno de los puntos cardinales del moderno Derecho penal económico, tanto en su realidad normativa, como aplicativa. La infidelidad patrimonial representa por ello una atalaya óptima para realizar una aproximación de derecho comparado, sobre todo desde el punto de vista de dos ordenamientos, como son el español y el italiano, que sólo desde hace pocos años cuentan con una figura de delito similar: la «administración desleal» del art. 295 del Código Penal español de 1995 y la *infidelità patrimoniale* del art. 2634 del Código civil italiano, tal como ha sido redactado por la reforma de los delitos societarios del año 2002.

Si en ambos países la experiencia jurisprudencial relativa a este nuevo tipo penal está todavía en sus albores –en Italia no hay aún noticia de que haya sido aplicado, mientras que en España el Tribunal Supremo tiene en sus manos en estos momentos la resolución de un procedimiento por administración desleal que afecta a los administradores de uno de los bancos más importantes del país–, en otros ordenamientos, por el contrario, figuras penales similares, más ricas en historia y tradición normativa, son desde hace tiempo el centro del derecho penal viviente –y no sólo vigente–, y constituyen uno de los puntos de apoyo del estatuto jurídico de la empresa organizada en forma de sociedad. Tanto es así que hoy desde la perspectiva del *corporate governance* se tiende a atribuir al tipo penal de infidelidad un papel promocional, como instrumento jurídico llamado a favorecer la

implementación de una nueva y más rigurosa ética de los negocios, en la esfera específica de la administración de empresa. Todo lo anterior vale sin ningún género de dudas para el tipo penal de la *Untreue* alemana (§ 266 StGB)¹⁴ que representa el arquetipo original, el modelo más antiguo en la disciplina penal de la administración desleal, imitado y adoptado por numerosas legislaciones de otros países, europeos y extraeuropeos. De países del área de influencia germánica –Austria y Suiza– el modelo alemán se ha expandido a otros sistemas, de Portugal a Grecia, y de los países escandinavos a los nuevos códigos de la Europa del Éste, etc. Cuanto acaba de indicarse es válido igualmente, para el otro gran modelo histórico de referencia, esto es, el tipo penal francés de *abus des biens sociaux*, contenido hoy en el art. L. 241-3 del *Code de commerce*, en la versión efectuada por la Orden n° 2000-912 de 18 de septiembre de 2000¹⁵.

Se trata de ejemplos normativos bien conocidos, como lo son también los criterios subyacentes a partir de los que se estructura la intervención penal, razón por la cual resulta necesario únicamente en este lugar hacer referencia a sus características esenciales¹⁶: de un lado, un modelo de tipo común dentro de los delitos contra el patrimonio, situado en la PE del Código Penal, y dirigido contra todo aquel que investido, bajo cualquier título, de un poder para administrar el patrimonio ajeno, vulnere este vínculo de fidelidad, y abusando de los poderes propios o violando los deberes intrínsecos al dicho título, ocasione un daño al titular del patrimonio –modelo alemán–; de otro, por el contrario, un modelo de incriminación –el francés–, que se circunscribe a los administradores de sociedad, y que por consiguiente se sitúa en la legislación penal especial, y que sanciona cualquier uso de los bienes y de los poderes de la sociedad de forma contraria a su interés y realizado persiguiendo una finalidad per-

13 Sobre la dimensión actual de la problemática del conflicto de intereses, *vid.* por todos el análisis de G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, especialmente p. 47 y ss.

14 El § 266 (*Untreue*) sanciona con la pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa «a quien abuso del poder de disponer de un patrimonio de un tercero o de obligarlo, otorgado por la ley, por orden de la autoridad o por negocio jurídico, o infringe el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, que le ha sido impuesto por la ley, orden de la autoridad o negocio jurídico o por una relación de fidelidad, ocasionando con ello un perjuicio a aquél cuyo patrimonio está obligado a salvaguardar».

15 El art. L. 241-3 del *Code de commerce* sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años y con multa al presidente, los administradores y los directores generales de una sociedad anónima y a los administradores de una sociedad limitada, que, «de mala fe», han dado a los bienes o al crédito de la sociedad, o a los poderes que poseen o a los votos de que disponen en atención a esta cualidad, «un uso conscientemente contrario a los intereses de la sociedad, en atención a fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la cual estén interesados directa o indirectamente».

16 Para una extensa exposición del panorama comparado, *cfr.* L. FOFANI, *Infidelità patrimoniale e conflitto d'interesse nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, Giuffrè. 1997, p. 235 y ss.

sonal o beneficiar a otra sociedad o empresa con la cual el administrador está relacionado, directa o indirectamente.

Más que profundizar en el análisis de estos modelos diversos, interesa en este lugar recordar su constante y duradera vitalidad aplicativa: el delito de abuso de bienes y poderes sociales viene definido por la doctrina como la «piedra clave del derecho penal societario francés», ámbito en el cual representa «la figura delictiva que ha dado lugar a una jurisprudencia más abundante»¹⁷ (basta un rápido recorrido por cualquier colección de jurisprudencia para constatar este hecho¹⁸); en la doctrina alemana por su parte se habla significativamente de una *Untreumode*¹⁹: expresión que evoca otra muy similar en la doctrina italiana de hace algunos años, referente a la «moda de la acusación por falsedad en el balance» por parte de la Fiscalía²⁰.

No se trata, por supuesto, únicamente de una coincidencia causal de expresiones verbales, en cuanto que, como veremos después, al analizar los casos concretos, existe una singular analogía entre la experiencia italiana de las falsas comunicaciones sociales, antes de la reforma del 2002, y la experiencia acaecida en otros ordenamientos en el marco de la infidelidad patrimonial o administración desleal, en lo referente también al marco de intervención del derecho penal jurisprudencial. Normas bien diversas, falsas comunicaciones y administración desleal, que no tienen nada en común ni estructuralmente ni en lo que concierne a los bienes jurídicos tutelados, de hecho han cumplido una función análoga en la represión de idénticas tipologías de fenómenos delictivos: lo veremos, sobre todo, cuando analicemos los casos de constitución de cajas negras y de pago de sobornos.

Pero dejemos, por el momento, este paralelismo y retornemos a ilustrar con carácter general el contenido del trabajo que presentamos: lo que se intenta realizar –aunque sea de una manera un tanto artesanal y parcial– es una suerte de análisis transversal de un grupo de casos, extraídos de la jurisprudencia de los últimos años relativa al delito de

administración desleal, sobre todo de origen alemán, aunque no sólo, que nos aparecen particularmente significativos en la perspectiva general de la *corporate governance*, intentando con ello verificar qué aspectos de esta casuística, son o podrán ser en un próximo futuro acogidos en nuestros ordenamientos, a través de los nuevos tipos penales introducidos por el Código Penal de 1995 y por la reforma penal societaria italiana del 2000.

Con este fin hemos subdividido esta rica elaboración jurisprudencial y doctrinal en tres grandes grupos. El primero tiene como nexo común el control del abuso de poder en relación a decisiones empresariales donde la discrecionalidad del gestor es muy amplia. Se trata de operaciones en principio absolutamente lícitas en las cuales el tipo de administración desleal opera como una suerte de límite exterior a estos poderes discrecionales, con el que se marca la frontera de un correcto gobierno corporativo. La pregunta a resolver, pese a su complejidad, resulta sencilla de formular: ¿en qué medida puede el juez penal adentrarse en este margen de discrecionalidad y sustituir la decisión del administrador por la suya propia y considerar además que la decisión adoptada resulta delictiva? (III). El segundo grupo de casos afecta a operaciones que aparecen, por el contrario en un contexto ilícito, en relación al cual la infidelidad patrimonial opera como *Auffangtatbestand*, es decir, como un tipo penal de clausura, una norma útil para interceptar –*ex ante* o *ex post*– formas de ilegalidad que aparecen en la gestión de la empresa, a las que resulta mucho más complejo dar respuesta desde la práctica de otros instrumentos sancionadores –civiles, administrativos o penales–. En todos estos casos puede apreciarse cómo la utilización del delito de infidelidad patrimonial persigue, en buena medida, moralizar la gestión empresarial, lo que sin duda conecta con uno de los fundamentos del *corporate governance*, la ética de empresa, pero también con una nada deseable tendencia a la etización del derecho penal de los negocios (IV)²¹.

17 M. DELMAS MARTY, *Le droit pénal des sociétés commerciales et la discipline pénale des marches mobiliers en France*, en C. PE-DRAZZI/G. S. Coco (cur.), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 547 y s.

18 Cfr. por ejemplo, *Code de sociétés*, Paris, Dalloz, 1995, p. 547 y s.

19 Se trata del título del trabajo de R. VOLHARD, *Die Untreumode. Ist die Abgabe eines unvollständigen Rechenschaftsberichts einer politischen Partei wegen Untreue strafbar?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, a cargo de, C. PRITZWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER, L. KUHLEN, R. MERKEL, C. NESTLER, L. SCHULZ, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 673 y ss.

20 Cfr. G. E. COLOMBO, «La moda dell'acusa di falso in bilancio nelle indagini delle procure della repubblica», en *Riv. Soc.*, 1996, p. 713 y ss.

21 Señala esta tendencia antiliberal en el derecho penal económico actual VOGEL, «Einflüsse des Nationalsozialismus auf den Strafrecht», *ZStW*, 115 (3), 2003, p. 688 y ss.; en relación específicamente al delito de administración desleal y estafa constata esta moralización, SALIGER, «Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes», *ZStW* (2000), Heft 3, p. 600.

III. Actos de gestión discrecionales y administración desleal

Dentro de los supuestos de administración desleal relativos a actos de gestión discrecionales a los que se hacía referencia, se abordará, en primer lugar, la relevancia penal de las decisiones empresariales que ocasionan una disminución de activos patrimoniales de la empresa, sin que a cambio se produzca una contraprestación que equilibre conforme al principio del saldo el patrimonio, o, que de producirse, lo sea a través de valores tampoco susceptibles de ser monetarizados como la imagen de la empresa. Ante la volatilidad o inexistencia de beneficio, en la mayoría de estos supuestos, de la realización de la conducta típica, la infracción del deber de salvaguarda, suele derivarse de un modo excesivamente automático el perjuicio patrimonial (A). Seguidamente, se analizarán los casos de indemnizaciones o retribuciones excesivas a administradores. A diferencia del caso anterior, ciertamente, existe una contraprestación: el trabajo, las capacidades o experiencia profesional del directivo, que recibe la remuneración. No obstante se trata de una contraprestación cuyo valor es complejo de determinar y que además tiene lugar en un ámbito de constante conflicto de intereses, pues es habitual que el propio administrador, como consecuencia de una regulación deficiente, acabe decidiendo acerca de sus retribuciones o al menos, intervenga en el proceso de negociación, como cualquier otro oferente de bienes y servicios. En este contexto, muy cercano a la autocontratación y, por tanto, de sospecha permanente, existe de nuevo el peligro de establecer responsabilidades penales con tal de que la remuneración sea llamativa o haya existido alguna irregularidad (B). Expuestos los casos, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones doctrinales, se realizará una valoración de todo ello (C).

A) *Good citizen corporations*

El caso del Atlético de Madrid²² nos sirve de punto de partida de la primera constelación de supuestos. Con cargo al patrimonio de una empresa

municipal, que aunque con forma privada pertenecía enteramente al Ayuntamiento de Marbella, el acusado, alcalde de la ciudad, patrocinó durante dos temporadas al club de fútbol del que además era accionista mayoritario y presidente y a un equipo de baloncesto. Ambos clubes lucieron a cambio en sus camisetas el nombre de la ciudad. La Audiencia Provincial de Málaga, primero, y el Tribunal Supremo, después, condenaron por los delitos de tráfico de influencias y prevaricación, pues los contratos de publicidad se hicieron con todas las irregularidades administrativas que cabe imaginar, pero absolvió por el delito de malversación de caudales públicos²³, con el argumento de que el gasto no supuso perjuicio patrimonial alguno. A estos efectos se aduce que el municipio mediante el contrato de *sponsoring* mejoró su imagen y atrajo más turismo. La cantidad abonada además entraba dentro de lo razonable en la lógica del fútbol; adicionalmente se indicaba que el principio de *in dubio pro reo* conducía también a negar el perjuicio patrimonial, dado lo complejo que resultaba determinar si lo entregado por el Ayuntamiento (250.000.000 de ptas. al Atlético de Madrid) se correspondía en cualquier caso con el valor de la publicidad.

Pero el interés del asunto no radica sólo en la absolución. La acusación, el Ministerio Fiscal, mantenía que para afirmar la existencia de perjuicio patrimonial bastaba con comprobar que se había infringido la normativa administrativa que regula cómo y bajo qué procedimiento debe disponerse de caudales públicos. Frente a este argumento el TS y la AP señalan que estas irregularidades son relevantes a los efectos del delito de prevaricación, pero por sí solas no sirven para afirmar la existencia de un perjuicio patrimonial. Este debate nos coloca ante un aspecto clave: la necesidad o no de distinguir entre la corrección del proceso mediante el que se adopta una decisión, que puede ser irregular o adoptado por un órgano incompetente, y la existencia de perjuicio patrimonial o, expresado más correctamente, la corrección de la decisión desde un punto de vista material. En la doctrina existen voces, como después se verá, que mantienen una argumentación

²² STS de 5-4-2002, El Derecho 20002/6946.

²³ Como cada vez se reconoce más ampliamente en realidad se trata de un delito de administración desleal específico para funcionarios públicos, *vid.* DE LA MATA BARRANCO/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, 1995; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La malversación como delito de administración desleal», *La administración desleal, Cuadernos de Derecho judicial* VII, 1999; MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación, apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Pamplona, 1999; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, p. 240.

muy semejante a la de los Fiscales españoles, en aquellos supuestos en los que el acto de disposición representa una liberalidad o se endereza a la consecución de un beneficio tan difícil de monetizar como la buena imagen de la empresa.

El que el presente asunto afecte a fondos públicos y haya sido realizado por funcionarios públicos no impide trasladar toda esta discusión al ámbito privado. Primero, porque dentro de un análisis comparado como es el presente, no todos los sistemas europeos conocen la distinción entre administración desleal y malversación de caudales o peculado, como ocurre significativamente en el ordenamiento alemán; segundo, porque incluso desde una perspectiva interna, el injusto de los delitos de malversación se identifica ya mayoritariamente con la tutela patrimonial de la administración, lo que les despoja de cualquier peculiaridad y, tercero, porque estructuralmente se trata de un problema semejante. En efecto, también en una sociedad privada existen normas como el interés social que acotan las finalidades que pueden ser perseguidas por los administradores al disponer o comprometer los bienes de la empresa y también existen normas procesales que regulan, quién es el órgano competente y bajo qué procedimiento debe adoptar una decisión. Precisamente, el que en el derecho penal societario se carezca de un precepto semejante a la prevaricación o abuso de poder, que tutela precisamente la legalidad en la toma de decisiones, hace que sea más plausible *prima facie* seguir argumentaciones semejantes a las que proponía el Ministerio Fiscal, con el fin de simplificar el delito de administración desleal, en supuestos como el presente, a la infracción de normas de procedimiento y competencia relativas a la adopción de decisiones.

El segundo supuesto, el caso *Reutlingen*²⁴, transcurre en el mismo terreno de juego, las relaciones entre política local y fútbol. El administrador de una empresa municipal otorgó una serie de ayudas al club de fútbol de la ciudad en que ésta tiene su sede social. Las donaciones se hacen to-

das ellas en efectivo. Además del administrador de la entidad, la sentencia condena a un conocido político regional, antiguo ministro del *Land*, que presidía el Consejo de Vigilancia y que en realidad dio las instrucciones oportunas para que el administrador concediera las ayudas. Al poco tiempo este político alcanzaría la presidencia del club. La empresa municipal cuando se producen los hechos sufría pérdidas y las ayudas no se anotaron en la contabilidad.

Que este supuesto tiene una estructura similar al anterior resulta evidente; lo peculiar es que aquí la empresa municipal no recibe nada a cambio, no existe un contrato de publicidad como el anterior, por eso la defensa utilizaba argumentos para justificar las ayudas como la responsabilidad social, el compromiso con el entorno o la necesidad de aparecer como buenos ciudadanos. Como es bien sabido ambos términos son parte importante del ideario del *corporate governance*²⁵. Para las sociedades, sobre todo las de carácter bursátil, la buena imagen es un activo importante en los mercados financieros, por ello actuaciones como el mecenazgo no sólo resultan lícitas, sino incentivadas por el propio Estado²⁶. Mas la actividad de carácter social no sólo es lícita, de acuerdo a los criterios anteriores, si atiende a fines de buena imagen, caso en el que en última instancia se trata de un modo de publicidad indirecta, también puede estar amparada por razones exclusivamente éticas²⁷. Esta circunstancia aumenta los márgenes de discrecionalidad de los administradores a la hora de disponer o comprometer los bienes de la entidad. Pues al lado del criterio de eficiencia económica, que obliga a que todo gasto o inversión busque incrementar la cuenta de resultados, se permite a los gestores de la entidad emplear fondos con fines muy diversos y a través de decisiones que, como en parte ocurre en el caso *Reutlingen* no busquen publicidad, sino simplemente estar a bien con el entorno. El BGH, como después veremos, aunque emite una sentencia condenatoria, no niega, antes al contrario, la legítimi-

24 BGHst 47, 187 y s.

25 Cfr. Comisión Europea, *Libro Verde: Para fomentar un marco europeo de responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, 18 de julio del 2001, Com (2001), 2666 final; *vid.* igualmente acerca de los interrogantes que plantea la integración de estos fines en la gestión empresarial Westermann, *Gesellschaftliche Verantwortung des Unternehmens als Gesellschaftsrechtsproblem*, ZIP 1990, p. 771 y ss. Y las diversas contribuciones a DE LA CUESTA GONZALEZ/RODRÍGUEZ DUPLÁ (coord.), *Responsabilidad social corporativa*, 2004.

26 Así resultaría todo un contrasentido que se admitiese la existencia de administración desleal, por cantidades que pueden ser desgravadas en el impuesto de sociedades por la empresa, *vid.* con un argumento semejante para los casos de corrupción DANNECKER, «Die Rechtslage in Deutschland», en DANNECKER/LEITNER, *Schmiergelder*, Wien, 2004, p. 121 ss.

27 Cfr. OTTO, *Untreue der Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften durch Vergabe von Spenden*, *Festschrift für Kholmann*, 2003, p. 192 y ss.

dad de este tipo de gastos. Pese a lo burdo del caso, la existencia de administración desleal se produce a través de una argumentación muy cuidada y que además pretende sentar jurisprudencia. Dicho de forma breve, el BGH apuesta por la ponderación entre diversos factores a la hora de establecer la infracción del deber de salvaguarda y por tener en cuenta un criterio cuantitativo como es la especial gravedad de la infracción en el momento de apreciar la antijuridicidad específicamente penal.

Después analizaremos con detenimiento esta doctrina, por ahora interesa sólo indicar que los criterios de responsabilidad social pueden ser también utilizados para justificar decisiones empresariales que resultan antieconómicas y perjudiciales desde el punto de vista de los socios. Éste podría ser el caso de la decisión de realizar una costosa reparación ambiental, pese a que no exista obligación legal de hacerlo, o no deslocalizar una planta de producción pese a que en otro lugar, por las condiciones laborales, sería más rentable el desarrollo de la actividad. Ciertamente es que el capitalismo desgraciadamente no acostumbra a actuaciones de este tipo y que en cualquier caso si se realizan se hace pensando más en la posible «mala imagen» de la empresa que en criterios puramente éticos, lo que reconduce el caso a la racionalidad económica más habitual; pero también es verdad que muchas empresas destinan grandes cantidades de fondos a realizar lo que otrora se llamaba «obra social» y resulta necesario crear seguridad jurídica en un ámbito en el que fácilmente, ante cualquier pequeña irregularidad o interferencia de intereses particulares, puede plantearse un proceso penal, muy plausible ante la falta de compensación patrimonial.

No muy lejano de todo lo anterior se encuentran los supuestos de financiación de partidos políticos. Las donaciones a partidos sirven también para mejorar la buena imagen de la empresa; cierto es que no ante toda la sociedad, pero sí ante futuros o actuales gobernantes con capacidad para adoptar decisiones de contenido económico. Crear un buen clima de relaciones con el poder interesa a cualquier sociedad inteligentemente gobernada. El que todas estas cuestiones no resultan tan obvias cuando nos instalamos en la interpre-

tación clásica de los delitos patrimoniales, lo muestra por ejemplo el caso *Filesa*²⁸. El TS español afirmó la existencia de un delito de apropiación indebida por parte de las empresas que financiaron ilegalmente al PSOE con la utilización de un argumento formal, el carácter ilícito de la donación es contrario a los fines a los que debe atender la gestión social. Es cierto que la financiación resultó incorrecta o ilegal, pero cerrar aquí el razonamiento supone derivar el perjuicio y la ilicitud patrimonial de la infracción de una norma cuya finalidad no es la tutela patrimonial, sino la transparencia de la financiación, la igualdad de las fuerzas políticas, etc. La financiación encubierta a un partido, como se puso de relieve en Alemania en la discusión sobre el caso *Flick* a principios de la década de los ochenta, puede deberse simplemente a que se desea ocultar ante los consumidores este hecho, por la mala prensa del partido o de la propia política como actividad²⁹. Pero sobre todo, como se analizará en la segunda parte de este trabajo al hilo de los supuestos de corrupción, es al menos discutible que el empleo del capital social con fines delictivos, pero que atienda a beneficiar a la empresa, deba subsumirse en las figuras de la apropiación indebida o administración desleal.

A una lógica similar responden los casos de *sponsoring* de actividades realizadas por la Administración pública. Cuando una entidad subvenciona un determinado evento público pretende además de aparecer como buen ciudadano, crear un buen clima con el poder. En Alemania ha sido muy discutido el caso de *los marcapasos*³⁰ en los que una empresa farmacéutica subvencionó las investigaciones de un profesor universitario, director además de la clínica universitaria y por tanto encargado de decidir sobre la adquisición de los productos que ella fabricaba. Lo irregular del caso estribaba en que la subvención no se hizo a través de los cauces reglamentarios, esto es, a través de la universidad, sino de una fundación del investigador. Este supuesto ha sido discutido desde el punto de vista de los delitos de corrupción, concretamente del tipo de aceptación de regalos, pues no se llegó a probar un pacto entre profesor y empresa, e igualmente desde la perspectiva de la administración desleal por parte del

28 STS de 28-10-1997, RJ 1997/7843.

29 Cfr. KOHLMANN, *Parteifinanzierung «unter den Augen» der Behörden*, Wistra, 1983, p. 208; KOHLMANN/FELIX, *Zur Zulässigkeit der Förderung politischer Parteien durch Kapitalgesellschaften*, DB, 1983, p. 1059 y ss.

30 Cfr. BGH 1StR 372/01 y BGH 1 StR 541/01, también NSiZ 2002, p. 648 y ss.

médico. Mas no se ha planteado la posible administración desleal del empresario, lo que resulta contradictorio y por tanto llamativo en comparación con los casos anteriores. Pues nuevamente nos encontramos ante una liberalidad empresarial en cuya concesión han existido irregularidades.

Un punto ulterior en esta línea que enlaza los gastos de carácter social desinteresados, con los destinados a publicidad indirecta (buena imagen) o directa o aquellos otros que atienden a la creación de un buen clima, ya sea con el partido o con los concretos políticos, es el conformado por los gastos de representación, carentes de toda finalidad social y de los que tampoco puede decirse que persigan fines publicitarios: ¿cuándo puede decirse que los regalos, las grandes comidas de empresa o la financiación de congresos médicos constituyen un delito de administración desleal o, en lo público, malversación? En este contexto merece traerse a colación el que denominaré *caso de los cuadros*³¹: el dirigente de una empresa municipal compra unos cuadros para dar mejor presencia a sus locales y gasta también considerables cantidades en vino con el fin de efectuar regalos. El Tribunal, en contraposición con la decisión recaída en el *caso Reutlingen o Atlético de Madrid*, parte de un criterio muy riguroso: el fin de la empresa municipal es suministrar gas y otros servicios públicos a los ciudadanos por lo que este tipo de liberalidades suponen un acto de disposición ilícita. A diferencia de supuestos anteriores, el daño patrimonial en este caso podría ser difícil de explicar. Si se aplica el principio del saldo a cambio de una salida de bienes se recibe un bien tangible y más fácil de valorar económicamente. El Tribunal para la apreciación del perjuicio argumentó indicando que el acto de disposición había convertido parte del capital social en «capital muerto». Se trata de una argumentación que compite en formalismo con la del *caso Filesa*: ¿acaso tener «arte» en los locales no proporciona una buena imagen de la empresa –por ejemplo, de solvencia– y de sus dirigentes (gusto artístico, cultura...) que puede ser útil? Aplicada esta doctrina a las «cenas de empresa» o a cualquier regalo en forma de «cesta de Navidad» todo supone evidentemente administración desleal. La criminalización de prácticas acostumbres y socialmente aceptadas muestran cómo este tipo de razonamientos tan

formales y ajenos a la lógica de los negocios resulta, al menos desde la perspectiva patrimonial, inmantenible y denota una excesiva moralización en la utilización del Derecho penal.

Aunque pertenece, a primera vista, a un ámbito distinto a los supuestos anteriores, en realidad plantea problemas jurídico penales similares la siguiente pregunta: ¿pueden los administradores hacer frente, disponiendo de los fondos de la empresa, al pago de multas impuestas a empleados por delitos cometidos en el ejercicio de su actividad empresarial o hacer frente a los cuantiosos gastos de defensa de estos procesos? Dentro del Derecho penal societario europeo, los tribunales franceses se han pronunciado con cierta asiduidad sobre estas cuestiones, considerando que el pago de los gastos de defensa o multas representan una disposición de fondos contrarios al interés social y ello porque en realidad sólo atienden al interés personal del administrador. La jurisprudencia francesa relativa al delito de *abus de biens sociaux* conoce desde hace tiempo la distinción entre objeto social, equivalente a la actividad comercial que realiza, y el interés social, que es un concepto mucho más amplio y que legitima más usos patrimoniales. Sin embargo, en los casos aludidos considera que el gasto atiende a un objeto puramente personal³².

En realidad este conjunto resulta muy similar, en casi todos sus aspectos, a los anteriores. De un lado, supone una disposición de fondos gratuita, en el sentido de que la empresa no tiene ninguna obligación para hacerse cargo de estos gastos. De nuevo, pues, nos encontramos ante supuestos de «donaciones» o liberalidades, pero, a diferencia de lo que opina la jurisprudencia francesa, sí que es posible que con ellas se cree valor de empresa y que, conforme a los criterios examinados anteriormente, sean gastos razonables y no supongan dilapidación alguna de activos sociales. En unos casos, el asumir multas y gastos de defensa de los empleados puede resultar necesario para crear un «buen clima» dentro de la empresa, demostrando que ésta se encuentra al lado de los trabajadores. Lógicamente en otros pueden existir razones de *good will*, evitar el ruido de un proceso contra uno de sus directivos o empleados. Mucho más lógico incluso es atender a estos gastos cuando de ellos puede derivarse la responsabilidad civil subsidia-

31 La sentencia pertenece al OLG de Hamm, NJW, 1986, p 119; sobre esta sentencia y otras similares Seier, *Die Untreue (§ 266) in der Rechtspraxis*, en Bernsmann/Ulsenheimer (hrsg.), *Bochumer Beiträge zur aktuellen Strafrechtsthemen*, 2003, p. 147 y ss.

32 Cfr. DELMAS MARTY, *Droit penal des affaires*, Paris, 2000, p. 348.

ria o incluso penal de la persona jurídica, en aquellos sistemas que parten de un modelo vicarial de responsabilidad, como el recientemente introducido art. 31.2 del Código Penal español. Un supuesto particularmente complejo es si además de la responsabilidad por el delito principal a título de inductor o cómplice, existe administración desleal cuando el pago de la multa o los gastos de defensa se pacta antes de la realización del hecho delictivo. La resolución de este supuesto ha de hacerse a partir de los criterios elaborados en la segunda parte de este trabajo, pero en general puede ya avanzarse que resulta equivocada una respuesta categórica a favor de la existencia de la administración desleal como por ejemplo ocurre en la jurisprudencia alemana³³.

Enunciados los supuestos, las diversas cuestiones que plantean y esbozadas también algunas soluciones es momento de analizar más pausadamente el contenido de la decisión más meditada y mejor construida de todas, la del BGH en el caso *del Reutlingen*³⁴, pues en el resto o bien se orillan estos temas o se abordan, como se ha visto, desde argumentaciones excesivamente simples. Su contenido es el siguiente:

El punto de partida es que el Consejo de administración de una sociedad o cualquiera de sus miembros tiene concedido un amplio margen de discrecionalidad, sin el cual la gestión empresarial resulta inimaginable. Este amplio espacio de juego existe también sin lugar a dudas a la hora de disponer de bienes con fines de mecenazgo, cultural, deportivo o científico, y ello pese a que no exista contraprestación alguna. Estos gastos no resultan contrarios a los principios de buena gestión y no pueden ser considerados contrarios al fin de lucro que guía a toda empresa. Llegados a este punto el BGH se hace eco de uno de los pilares del *corporate governance*, la redefinición del concepto de interés social en una clave más colectiva: el mecenazgo sirve para crear valor de empresa, concepto que trasciende al interés de los socios por obtener ganancias, y contribuye al valor

de la empresa su buena reputación en el lugar donde ésta desarrolla la actividad³⁵.

Partiendo de este presupuesto, el BGH señala que los límites de la discrecionalidad terminan cuando concurre una serie de factores a tenor de los cuales la infracción del deber de salvaguarda patrimonial, que como sabemos conforma la conducta típica de la administración desleal, resulta especialmente cualificada³⁶. Esta afirmación en apariencia sencilla supone uno de los aspectos más novedosos de la sentencia. En efecto, la zona penal de esta infracción no comenzaría con cualquier infracción del deber de salvaguarda patrimonial, sino sólo con una de especial intensidad. Con ello se abandonan razonamientos formales en los que bastaba la infracción de un precepto del derecho de societario o de los estatutos para entender cometido el tipo penal. Igualmente tampoco se deja la delimitación del ámbito típico, como normalmente se hace en los «casos difíciles», en manos del tipo subjetivo. Las infracciones dolosas del deber de salvaguarda no son delictivas si éste no alcanza el mencionado límite cuantitativo.

La constatación de la infracción del deber de salvaguarda es fruto de la ponderación entre distintos factores³⁷. El BGH enuncia varios de ellos: la existencia de un interés particular del administrador (conflicto de intereses); si la decisión se ha adoptado tras una consideración cuidadosa de los diversos factores; si ha sido transparente y con amplio consenso, entendiéndose además la transparencia tanto como método, como cumplimiento de obligaciones (anotación en los balances, correcta contabilización, etc.); y, finalmente, si la situación económica de la empresa hace razonable atender a objetivos de carácter social, de creación de buen clima. Resulta importante destacar que ninguno de estos factores resulta por sí solo determinante, sino que forman parte de un juicio de ponderación. Así por ejemplo el BGH señala que es posible subvencionar el equipo de fútbol del agrado del administrador o el partido político al que es más afín, mas en estos casos, la presencia

33 Más detalles en IGNOR/RIXEN, *Untreue durch Zahlung von Geldauflagen?*, Wistra 2000, p. 448 y ss.; VOLKER/WISSMANN, *Die Erstattung von Geldstrafen, Geldauflagen und Verfahrenskosten im Strafverfahren durch Wirtschaftsunternehmen gegenüber ihren Mitarbeitern*, StV 2001, p. 249 y ss. Una cuestión conexas con la anterior sería la relativa a la licitud de suscribir seguros a los administradores que contemplen este tipo de gastos, en aquellos sistemas en donde resulta posible asegurar la cuantía de una multa.

34 BGHSt 47, 187 y ss.

35 BGHSt 47, 192 y ss.

36 BGHSt 47, 197 y ss.

37 BGHSt 47, 195 y ss; 197 y ss.

de un interés personal, y por tanto de un conflicto de intereses, debe compensarse con mayores cotas de transparencia.

Antes de la sentencia del *caso Reutlingen*, la doctrina había construido dos líneas de argumentación diversas en relación a este grupo de casos, que habían sido discutidos al hilo de escándalos de financiación ilegal de partidos políticos, del *caso Flick*³⁸. SCHÜNEMANN representaba la tendencia más punitiva, al considerar que la infracción del deber de salvaguarda se produce automáticamente cuando el patrimonio de la sociedad se emplea para la comisión de un hecho delictivo o ajeno al fin social, como es la financiación de un partido político. La única dificultad a la hora de apreciar la existencia de un delito de administración desleal radicaba en la comprobación del perjuicio patrimonial, pues de algún modo la creación de un «buen clima» podía compensar la salida de fondos³⁹. Dicho de otro modo, la constatación de la infracción del deber de salvaguarda se efectúa de un modo formal, basta con que los fondos se utilicen con una finalidad que escape del objeto social, las consideraciones materiales, por ejemplo la razonabilidad de la medida desde un punto de vista empresarial, sólo tendrían cabida en la discusión del perjuicio patrimonial. Con estos presupuestos no debe extrañar que este autor se haya mostrado contrario a la doctrina establecida en el *caso Reutlingen*⁴⁰. Para SCHÜNEMANN la exigencia de la especial gravedad de la infracción del deber de vigilancia resulta equivocada. Primero, porque debe ser cada sociedad en sus estatutos quien autorice al consejo para a través de actos de filantropía actuar como un *good corporate citizen*. La sentencia del BGH supone una autorización a los administradores para dilapidar el capital social en aras al «bien común». Y segundo, porque la administración desleal no requiere de requisito adicional alguno en orden a establecer su injusto: basta con que el administrador viole dolosamente el deber de salvaguarda cuando de ello se deriva un perjuicio

patrimonial que está obligado a resarcir. Al igual que el trabajador de una bodega, señala gráficamente SCHÜNEMANN, que, violando sus deberes, se le castiga por apropiación indebida o hurto, si se apodera de un par de botellas para regalar a una amiga, el administrador debe ser sancionado por administración desleal si indebidamente organiza una fiesta, con vino de la casa, para homenajear a una artista, amiga suya. No existen razones para buscar en este segundo supuesto una violación especialmente grave del deber de salvaguarda como requisito típico.

Una posición contraria era y es la mantenida por OTTO. El presupuesto de partida era enteramente distinto y conecta ya con la doctrina del BGH en el *caso Reutlingen*: las empresas son parte de la sociedad y por tanto al lado de los fines económicos, puede tener fines sociales, como las donaciones a partidos políticos, que además en cuanto actos de gestión ordinaria pueden ser efectuadas por los órganos de administración⁴¹. Esta idea, esbozada en relación al *caso Flick*, ha sido desarrollada posteriormente a partir de la doctrina del *caso Reutlingen*. Lo importante en este punto es que OTTO inserta su argumentación, alabando la resolución del BGH de la que apenas se desmarca, en el contexto del gobierno corporativo y de la nueva conformación del interés social: la creación de valor de empresa⁴².

B) Remuneraciones, indemnizaciones y administración desleal (casos Mannesmann y BSCH)

Uno de los temas más discutidos dentro del gobierno corporativo es el relativo al modo en que deben ser remunerados los directivos de una sociedad. De este modo han adquirido popularidad modelos de retribuciones como las *stock options* y otros cuya finalidad es vincular las remuneraciones al éxito económico de la gestión. Esta forma de retribuciones ha provocado supuestos de abuso de información privilegiada⁴³, o incluso de ma-

38 La bibliografía que generó este grupo de casos fue muy numerosa, *vid.* por ejemplo abordando los distintos aspectos del caso de Boor/Pfeiffer/Schünemann, *Parteispendenproblematik*, Köln, 1986 y el número monográfico que se le dedicó en *Wistra*, 1983, 207 y ss.

39 Cfr. SCHÜNEMANN, «Dis strafrechtlichen Aspekte der Parteispendenaffäre», en DE BOOR/PFEIFFER/SCHÜNEMANN, *Parteispendenproblematik*, *op. cit.*, p. 63 y ss.

40 Cfr. SCHÜNEMANN, *Organuntreue*, *op. cit.*, p. 28 s.

41 Cfr. OTTO, *Können Parteispenden Betriebsausgaben sein?*, *Wistra*, 1983, p. 215.

42 Cfr. OTTO, *Untreue der Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften*, *op. cit.*, *passim* y especialmente p. 200 y ss.

43 En España, por ejemplo, el *caso Villalonga*, en el que el presidente de Telefónica y un Consejero independiente ejercitaron su derecho de opción en los días anteriores a un importante acuerdo entre Telefónica, Worldcom y British Telecom. La Comisión Nacional del Mercado de Valores no llegó a demostrar la existencia de uso de información privilegiada.

nipulación de balances, pues los administradores tienen un claro interés en aumentar la cuenta de resultados de la empresa para aumentar sus beneficios⁴⁴. Pero al lado de estos casos, en la mayoría de los países han saltado a la opinión pública procesos penales debidos a remuneraciones de dirigentes empresariales. La resonancia y el debate de esta oleada de casos se ha debido tanto a las astronómicas cifras que se barajaban, como a que los procesados eran en su mayoría conocidos hombres de negocios. Casualmente la mayoría de estos supuestos han tenido como escenario común el proceso de fusiones que ha acaecido en la economía europea en el sector de las telecomunicaciones y en el bancario.

En nuestro país el supuesto más espectacular es el caso *BSCH*⁴⁵. Los hechos en síntesis son los siguientes: En los primeros días de enero de 1999, a la par que se negocia la fusión entre dos entidades bancarias, se negocian las remuneraciones de dos antiguos consejeros, fundamentales en el proceso de fusión y de gran peso y valía en una de las entidades fusionadas, en el nuevo banco que habría de resultar de la fusión empresarial. Estos contratos se aprueban posteriormente por el Consejo de Administración, que también conoce y aprueba en fechas sucesivas los documentos de ejecución de los mismos y concretamente las pensiones de jubilación que recibieron, según lo pactado, al dejar la entidad. Aunque los consejeros tuvieron en las distintas reuniones toda la documentación necesaria a su disposición, la discusión de este asunto fue muy rápida. Todas las cantidades fueron anotadas en las cuentas anuales que aprobó la Junta General y fueron sometidas a auditoría. Incluso en uno de los casos, el que ocurrió con posterioridad, fue partícipe la comisión de retribuciones, que conoció las cuantías y no puso objeción alguna. La acusación además de lo elevado de las cuantías (108 millones € y 43 millones €) se formulaba alegando que la decisión correspondía a la Junta de Accionistas. Esta competencia resulta discutida conforme al derecho societario y, en

cualquier caso, no es seguida por la práctica societaria española en la que el Consejo de Administración determina usualmente las retribuciones de los consejeros delegados y se admite la existencia de una doble retribución de los administradores, como tales y como consejero delegado o ejecutivo⁴⁶.

El caso *Manesmann*, en Alemania, tiene contornos muy similares. Tras la absorción de la entidad Manesmann por la inglesa Vodafone, los acusados miembros del Consejo de vigilancia concedieron una prima de reconocimiento (*appreciation award*) por valor de 32 millones de DM a un alto directivo miembro del Consejo de administración que iba a cesar en breve en su cargo (Dr. Esser) y una prima por valor de 6 millones de DM a un antiguo miembro del Consejo de administración (Prof. Dr. Funk). Aunque la acusación se plantea también por otras primas, éstos son los supuestos más relevantes. Ambas decisiones fueron adoptadas en sendas reuniones del Consejo de vigilancia, órgano competente según la legislación alemana, también tras un proceso de deliberación muy breve. La discusión principal gira en torno a la licitud de este tipo de recompensas como forma de remuneración de los administradores⁴⁷. Tanto en el caso español como en alemán ambas sociedades gozaban de una excelente situación patrimonial y sus cotizaciones en bolsa no habían dejado de subir.

Antes de emitirse la sentencia *Manesmann* se habían producido ya algunos comentarios doctrinales, ciertamente encontrados, que conviene exponer sucintamente. La postura más estricta y punitiva era la mantenida nuevamente por SCHÜNEMANN, quien se ha ocupado monográficamente del caso. Tras analizar con detenimiento la racionalidad económica de la medida⁴⁸, el proceso de deliberación por el que fue adoptada⁴⁹ y la competencia del órgano que la adoptó⁵⁰ y llegar en todos estos puestos a conclusiones negativas en lo concerniente a su corrección, afirma que existe una infracción del deber de salvaguarda. A partir de aquí la constatación del perjuicio patrimonial

44 Cfr. NIETO MARTÍN, *Corporate Governance y derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 272 y s.

45 Sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 de abril, de 2005 (ARP 1005/172).

46 Acerca de las remuneraciones a consejeros ejecutivos y su marco legal, vid. JUSTE MENCÍA, «Retribución de consejeros», en ESTEBAN VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, op. cit., p. 497 y ss., Tusquets; TRIAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998. Específicamente sobre las indemnizaciones, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA J., «Los pactos de indemnización por el administrador cesado», *RDM*, 1995, n. 216, p. 473 y ss.

47 La sentencia del OLG Düsseldorf, de 22.7.2004, puede verse en *NJW* 2004, p. 3275 ss.

48 SCHÜNEMANN, *Organuntrue*, p. 49 y ss.

49 SCHÜNEMANN, *Organuntrue*, p. 54 y ss.

50 SCHÜNEMANN, *Organuntrue*, p. 57 y ss.

surge automáticamente. Es cierto, indica SCHÜNEMANN, que normalmente y aplicando la teoría de la imputación objetiva, debe comprobarse que las normas infringidas que comportan el deber de salvaguarda tienen como función precisamente evitar que se produzca un perjuicio patrimonial. Por ello si una decisión es económicamente racional *ex ante*, aunque en su adopción no se hayan respetado las normas de competencia y procedimiento no puede afirmarse la existencia del tipo. Pero esto no ocurre, y ésta es a mi juicio la conclusión más importante del trabajo de SCHÜNEMANN, allí donde no existe compensación para la empresa, pues en estos casos el perjuicio patrimonial surge *ipso facto* de la infracción de estos deberes. Se trata, por tanto, de un supuesto muy similar a los supuestos que en Alemania se denominan como *Haushaltuntreue* y que entre nosotros equivaldría a la malversación de caudales públicos: existe malversación si un funcionario no competente concede una subvención, por mucho que materialmente esté bien concedida y la instancia competente la hubiera otorgado⁵¹. La argumentación, como puede apreciarse, resulta similar a la de los fiscales en el *caso del Atlético de Madrid*: de la infracción de las reglas de competencia (de la prevaricación) se extrae sin más el perjuicio patrimonial. Con ello la estructura binaria del delito de administración desleal (violación del deber de salvaguarda + perjuicio patrimonial) queda reducida de hecho a un único elemento, que además se compone exclusivamente de la infracción de las reglas procesales (competencia y procedimiento).

En las antípodas se encuentran RÖNNAU/HOHN⁵². Si para SCHÜNEMANN, los acentos a la hora de determinar la infracción del deber, se sitúan en el procedimiento de adopción de la decisión y en la competencia del órgano, estos autores colocan el énfasis en los aspectos materiales⁵³; en

concreto, en la adecuación existente entre la retribución y los rendimientos que el administrador presta con su trabajo. Cuando existe una desproporción entre salario y rendimientos, así sería en síntesis su tesis, se producen al mismo tiempo el perjuicio patrimonial y la infracción del deber de salvaguarda: «en estos supuestos la afirmación de la infracción del deber de salvaguarda va unida al cumplimiento del requisito típico del perjuicio»⁵⁴. Aunque para determinar la adecuación deben tenerse en cuenta distintas variables (mercado, situación patrimonial de la empresa, dificultad de la prestación), que varían además dependiendo del tipo de retribución (retribución fija, variable o *appreciations awards*), finalmente acaban señalando que sólo en los casos de una evidente o grave desproporción entre la remuneración y los rendimientos del directivo existe tipicidad. Esta restricción se fundamenta en un argumento que ya desde hace tiempo había enunciado TIEDEMANN⁵⁵: el principio de determinación requiere una interpretación restrictiva de los tipos penales, reduciendo la tipicidad a aquellos supuestos, a aquellos comportamientos, que resultan inequívocamente inmantenibles. Cualquier acto de disposición que atienda a fines económicamente razonables no puede considerarse típico⁵⁶. Por ello, y tal como señalan a modo de conclusión a su trabajo, el margen de libertad a la hora de fijar las retribuciones que tienen los órganos de la sociedad resulta considerable y sólo en casos excepcionales existe responsabilidad penal. El riesgo de punibilidad de este tipo de decisiones debe considerarse muy bajo⁵⁷.

HÜFFER, que realiza un análisis del caso a partir esencialmente del derecho de sociedades, a fin de demostrar la corrección de la decisión, parte en lo que se refiere a la concepción y estructura del delito de administración desleal, de consideraciones parecidas⁵⁸. Las normas de carácter procesal

51 SCHÜNEMANN, *Organuntreue*, op. cit., pp. 63-64, donde se contienen las conclusiones esenciales.

52 RÖNNAU/HOHN, *Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat ein Fall für den Staatsanwalt?*, NSZ, 2004, p. 113 yss.

53 De hecho señalan expresamente que los aspectos «procesales» o formales tienen un valor muy secundario y tienen una importancia sólo indirecta en la protección del patrimonio: quien sabe que su decisión ha de ser transparente se esfuerza más en su corrección, RÖNNAU/HOHN, *Die Festsetzung*, p. 115.

54 RÖNNAU/HOHN, *Die Festsetzung*, pp. 117, 121

55 Y que el propio TIEDEMANN la ha empleado recientemente para mantener la atipicidad de las *appreciations awards* del *caso Mammesmann*, vid. *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, § 4, marg. 120 y ss.

56 RÖNNAU/HOHN, *Die Festsetzung*, p. 118.

57 RÖNNAU/HOHN, *Die Festsetzung*, p. 122 y s.

58 Su trabajo constituye un dictamen a instancias del Deutsche Bank, pues uno de los principales acusados era el presidente de esta entidad, HÜFFER, *Mannesmann/Vodafone: Präsidiumsbeschlüsse des Aufsichtsrats für die Gewährung von Appreciation Awards an Vorstandsmitglieder*, BB, Beilage 7, Heft 43.

que establecen cómo y quién ha de adoptar la decisión tendrían a su juicio una importancia marginal. A diferencia de lo que acaece con la discrecionalidad administrativa, donde el error en el proceso de ponderación, da lugar a la posibilidad de impugnar una decisión, el control de las decisiones discrecionales en el derecho privado es menor⁵⁹. Las reglas formales tienen sólo un carácter indiciario, en el sentido de que una decisión adoptada conforme a las mismas es presumiblemente correcta. Por ello, la posible infracción de este tipo de reglas quizás existente, no puede servir para afirmar la existencia de la infracción del deber relevante para el delito administración desleal⁶⁰.

En segundo lugar, para HÜFFER, ya en el propio derecho de sociedades el control material de la discrecionalidad de los gestores es limitado. Recogiendo la doctrina de una de las decisiones más importantes de los últimos años de la sala civil del BGH (el caso *Arag*)⁶¹, señala que únicamente cuando se infringe de forma indubitada el margen de apreciación de las decisiones discrecionales o se aceptan riesgos de forma irresponsable surge la responsabilidad en el ámbito civil de los administradores. Si se acepta, lo que es obligado en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico y del principio de proporcionalidad, que sólo lo civilmente ilícito puede ser antijurídico para el derecho penal, la inexistencia de responsabilidad en este terreno impide plantearse la posible responsabilidad penal.

La decisión de la Audiencia Provincial de Düsseldorf⁶² supone claramente una tercera vía. Tanto los aspectos procesales o formales, que afectan al cómo de la decisión, como los materiales son irrelevantes a la hora de constatar que existe una infracción del deber de salvaguarda patrimonial lo suficientemente relevante como para ser penalmente relevante. Esta doctrina es sobre todo relevante en lo concerniente a la prima de reconocimiento otorgada al consejero aún en activo (Dr. Esser). Para el tribunal la decisión es contraria al derecho de sociedades. La concesión de una prima de reconocimiento al administrador ni responde al interés de empresa; ni resulta una remun-

neración adecuada en cuanto que no premia el trabajo realizado; ni puede justificarse por el mero hecho de que la empresa aumentó su cotización bursátil en el tiempo en que el administrador gestionó la sociedad; ni finalmente puede justificarse señalando que con ello la empresa muestra a futuros administradores que está dispuesta a compensar más el trabajo bien hecho, haciendo con ello más atractivo el mercado alemán de altos ejecutivos. El contrato de remuneración fijado (*ex ante*) al aceptar el cargo ya retribuía todas estas tareas, por ello no puede justificarse en modo alguno una prima, o si se prefiere una revisión del contrato al alza, a posteriori⁶³.

Pese a la rotundidad con la que se afirma esta circunstancia, el Tribunal, invocando expresamente el caso *Reutlingen*, afirma que la infracción no es lo suficientemente relevante tras analizar en una visión de conjunto de la decisión. En concreto y en el presente caso, considera de interés examinar como criterios rectores para establecer el nivel de antijuridicidad específicamente penal: la situación patrimonial de la empresa; la transparencia intrasocietaria con que se adoptó la decisión; el cumplimiento de las obligaciones de información y de comprobación; la capacidad para adoptar la decisión y los motivos que han llevado a tomarla, así como el modo y la forma en que ha indagado los fundamentos de la decisión. Pues bien, a juicio del tribunal, la prima al Dr. Eser no afectó patrimonialmente a la empresa, por ser su situación excelente; fue adoptada por los consejeros tras examinar con suficiente atención los presupuestos sobre los que había de adoptarse la decisión; respondió a un grado de transparencia suficiente, pues se adoptaron siguiendo un procedimiento normal, se anotaron correctamente en la contabilidad, se sometieron a auditoría y se hicieron públicas ante los accionistas; la decisión fue tomada por el órgano societario competente; finalmente los motivos o la finalidad a que atendió la decisión no tenían nada de espurios, simplemente deseaban retribuir más el trabajo del consejero por entender que su rendimiento había sido superior a la remuneración originalmente fijada,

59 HÜFFER, *Mannesmann/Vodafone*, p. 21.

60 HÜFFER, *Mannesmann/Vodafone*, p. 30.

61 BGHZ 135, 244 = NJW 1997, p. 1926.; Huffer, *Mannesmann/Vodafone*, p. 28.

62 NJW 45/2004, p. 3275 y ss.

63 Radica aquí sin duda una de las principales diferencias con el caso BSCH, pues en el caso de Corcóstequi, la prima a recibir en el momento de su jubilación fue fijada inicialmente en el momento de establecer las retribuciones; era por tanto desde un principio parte integrante de su salario y retribución por un actividad a realizar.

mediante la *appreciation awards* los consejeros no obtuvieron ningún tipo de beneficio personal, ni mucho menos existía un comportamiento colusivo entre ellos o buscaban mediante la prima «comprar» la aceptación del consejero para que diera el visto bueno a la absorción. Incluso aunque el tribunal no lo incluye inicialmente entre los criterios que conforman el juicio de ponderación, se tiene en cuenta que la empresa absorbente y por tanto futura accionista mayoritaria, la inglesa Vodafone, estaba al corriente de esta retribución y había dado su consentimiento⁶⁴.

La sentencia se pronuncia también sobre otra cuestión que resulta de interés, el título de imputación del beneficiario de la prima de reconocimiento (Dr. Esser), que aunque no era miembro del Consejo de Vigilancia, el órgano que adoptó la decisión, era consejero de la entidad. Para el Tribunal su responsabilidad sólo puede constituirse a título de cómplice. Ello es debido a que la infracción del deber de vigilancia ha de determinarse sobre el caso en concreto y en este caso la decisión pertenece al Consejo de vigilancia. Es más, su relación con este órgano es la de un tercero que defiende exclusivamente sus propios intereses, en este caso alcanzar una remuneración lo mayor posible. Su cargo no le obliga a posponer sus intereses frente a los de la empresa, cuando en casos como el presente su posición no es distinta a la de cualquier tercero que negocia con la empresa un determinado contrato. Incluso, continúa la resolución, aunque hubiere actuado de forma colusiva con el resto de imputados esta circunstancia no hubiera bastado para considerarlo autor, al no infringir el deber de cuidado patrimonial⁶⁵.

En el caso *BSCH* la decisión de la Audiencia Nacional, aunque no de forma tan clara como el *Landgericht* de Dusseldorf, apunta hacia una dirección similar. Para ello distingue dos componentes dentro de la conducta típica de la administración desleal: el abuso y el término «fraudulentamente»⁶⁶. El abuso, como elemento típico requiere que los autores hayan actuado fue-

ra de sus competencias legalmente establecidas. Si se lee atentamente la sentencia estas competencias se refieren a los aspectos formales o procedimentales de la decisión; es decir, a la competencia del órgano y el respeto al proceso legal para adoptar una decisión. En lo que concierne a este último punto, la sentencia pone buen cuidado en demostrar que los contratos no sólo fueron ratificados «mecánicamente por el consejo», sino que se había conocido y revisado su discutido. El aspecto probablemente más novedoso de la sentencia es el que dota de contenido al término «fraudulentamente» del delito de administración desleal español, término que hasta ahora había vagado sin contenido alguno por la estructura típica y que la mayoría de la doctrina lo calificaba de innecesario⁶⁷. El fraude para el tribunal equivale a la violación del deber de lealtad, el cual se descompone a su vez en tres «subdeberes»: el de transparencia, el de observancia de un procedimiento que elimine los abusos de intereses, y la observancia de la equidad en la actuación del administrador.

Con independencia de las críticas puntuales que puedan efectuarse a la decisión del tribunal, lo cierto es que, claramente en consonancia con todo lo que estamos viendo, vuelve a combinar en la determinación del deber de salvaguarda patrimonial aspectos materiales y procedimentales. Ahora bien, hay dos rasgos importantes que la distinguen de la jurisprudencia alemana. La primera es la primacía de los aspectos formales, es decir, del elemento típico abuso. La Audiencia señala expresamente que cuando un administrador actúa dentro de sus funciones no existe ya posibilidad de apreciar administración desleal. Con ello parece establecerse un doble filtro típico. La conducta típica del art. 295 requeriría, al menos en lo que atañe a comportamientos de gestión discrecionales, como los que nos ocupan, conjuntamente de la violación de los aspectos procedimentales y materiales (la razonabilidad económica) de una decisión. Dicho de otro modo, aunque una decisión

64 Sobre la relevancia del consentimiento de los socios en los casos de administración desleal, *vid.* TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, § 4, 212 y ss.; en la doctrina española FARALDO, «Consentimiento de la junta general de socios y administración desleal de sociedades», *Revista de sociedades*, 2002, n. 18, p. 203.

65 NJW45/2004, p. 3281 y s.

66 Además de esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Nacional resulta también interesante por la relación concursal que establece entre los delitos de administración desleal (art. 295) y apropiación indebida (art. 252), señalando que la administración desleal constituye un tipo penal especial y por tanto de aplicación preferente. Con ello se produce un viraje notorio entre las relaciones concursales entre ambos delitos, pues hasta ahora la aplicación del delito de apropiación indebida había eclipsado totalmente a la administración desleal. *Vid.* por todos MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª ed. 2005, p. 477 y ss.

67 Con ulteriores referencias MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, *op. cit.*, p. 464.

sea materialmente inmantenible, si ha sido adoptada por el órgano competente de acuerdo con el procedimiento prescrito no existe comportamiento típico. Así en el presente caso, la competencia del Consejo de administración para aprobar las retribuciones, todo lo demás resulta un mero *obiter dicta*, en aras de establecer la atipicidad. El segundo aspecto es que, quizás como consecuencia de esta estructura, no concibe la infracción penal del deber de salvaguarda patrimonial en términos cuantitativos tal como hace la jurisprudencia alemana, en el sentido de que resulta necesario traspasar un umbral dentro de lo antijurídico, para entender que existe un grado de antijuridicidad penalmente relevante.

C) Conclusiones

La doctrina sentada por las sentencias *Reutlingen* y *Mannesmann* me parece correcta y representa un buen ejemplo de unidad valorativa entre el Derecho de sociedades y penal, lo que permite una visión menos simplista de un grupo de casos que automáticamente tendía a reconducirse a la administración desleal. En consonancia con lo que apuntábamos en los primeros compases del trabajo, estas decisiones suponen además que muchas de las valoraciones y nuevos presupuestos del *corporate governance* están ya arribando a los puertos del derecho penal.

Mas, aparte de esta valoración, que después se completará, debe subrayarse también que ambas decisiones resultan muy interesantes desde el punto de vista metodológico⁶⁸. Aunque no se indique expresamente, el criterio de infracción lo suficientemente grave supone dar entrada al principio político criminal de *ultima ratio* en la interpretación del tipo penal, exigiendo una cierta gravedad al que la infracción del deber de salvaguarda, algo no tan obvio para quien lo relegan a simple principio de política criminal⁶⁹. Asimismo debe destacarse el desplazamiento del silogismo como método de *Rechtsfindung* por el más complejo de la

ponderación. Lo que coincide por ejemplo con la forma de determinar el riesgo permitido y, por tanto, el comportamiento típico en los delitos imprudentes pero también en los dolosos⁷⁰.

La mezcla de ambos criterios resulta afortunada. A diferencia del silogismo, la ponderación como método para determinar la tipicidad de un comportamiento genera mayores cotas de indeterminación, lo que sólo puede remediarse si en atención al principio de proporcionalidad penal (*ultima ratio*), pero también por mandato del principio de determinación penal, el ámbito de lo penal se reduce a los supuestos más claros. Por ello no deja de ser sorprendente la aplicación del error invencible de prohibición en el caso *Mannesmann*, que con el fin de absolver en el segundo supuesto mencionado (Prof. Dr. Ackermann) considera que existe un error de prohibición invencible, con los argumentos, primero, de que los informes jurídicos que se habían recabado previamente no señalaban la ilegalidad y, segundo, que la posibilidad de conceder primas, una vez cesado en el cargo de miembro del consejo, apenas si había sido objeto de atención por la doctrina y jurisprudencia. Entre ambas argumentaciones, la infracción gravemente calificada, y la relativa a la invencibilidad del error existe una clara contradicción. Pues o bien la infracción resulta evidente y entonces el espacio para el error es muy reducido, o bien la infracción no es ya notoria, en cuyo caso la antijuridicidad específicamente penal sería discutible. En cualquier caso, la primera parte de la sentencia, que permite poner fin a la ausencia de taxatividad en el tipo objetivo y no el subjetivo, como con frecuencia se hace en los casos difíciles, resulta un camino más respetuoso con el principio de determinación, por mucho que cuando ello no sea posible deba utilizarse el error de prohibición⁷¹.

La discusión anterior ha ayudado además a concretar más la conducta típica del delito de administración desleal⁷², al evidenciar cómo el deber de salvaguarda está integrado tanto por normas

68 Destaca este aspecto SCHÜNEMANN, *Organuntreue*, op. cit., p. 26 y ss.

69 Dicho sea de pasao esta construcción, aunque nada se diga, coincide en buena medida con el intento de GÜNTHER (*Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, Berlin, 1983) a principios de los años 80 de establecer un concepto de antijuridicidad específicamente penal basado en criterios cuantitativos; vid. el propio GÜNTHER y el trabajo de DÍAZ RIPOLLÉS («La categoría de la antijuridicidad en el Derecho penal»), en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, *Causas de atipicidad y justificación en el Derecho penal*, Pamplona, 1995.

70 FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá/de la Gándara/Jaén Vallejo/Reyes Alvarado), Madrid, 1995, p 71 y ss.

71 NIETO MARTÍN, *El conocimiento del derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 2000, p. 192 y ss.

72 Sobre la determinación del deber de salvaguarda patrimonial con ulteriores referencias, vid. CASTRO MORENO, *El delito societario*, op. cit, p. 281 y ss.

materiales, como procesales o formales, que establecen el órgano competente, el mecanismo de adopción de la decisión o cómo ésta ha de ser publicitada (transparencia). Allí donde los criterios de justificación material de una decisión, su razonabilidad, sean más complejos de establecer o incluso más discutibles, como ocurre con las decisiones discrecionales, el respeto de los criterios procesales debe llevar a apreciar que no se ha infringido deber de salvaguarda alguno. Ahora bien, lo que resulta equivocado es absolutizar el valor de las normas de procedimiento, como hemos visto hacen algunos autores y hace también la Audiencia Nacional, quien otorga una importancia trascendental al elemento competencia.

Del hecho de que una decisión discrecional se haya tomado sin seguir un cauce totalmente adecuado no puede extraerse la infracción del deber de salvaguarda, sobre todo cuando se considera que ésta ha de alcanzar una determinada importancia para ser penalmente relevante. Igualmente también se ha de ser especialmente cuidadoso a la hora de comprobar si la norma procesal infringida tiene como finalidad la salvaguarda patrimonial y cuál es su importancia en este punto. Ahora bien, inversamente, lo claramente perjudicial para la empresa y lo abusivo, no se legitima por mucho que se hayan respetado escrupulosamente todas las reglas de procedimiento en la adopción de la decisión. Por ello, y en lo que atañe al caso BSCH, la sentencia está claramente equivocada en este punto. Los aspectos relativos a la transparencia, a la razonabilidad y a la evitación del conflicto de intereses son esenciales y no pueden constituir un mero *obiter dicta*. En realidad, lo que ocurre es que la Audiencia Nacional ha realizado una interpretación innecesariamente complicada del delito de administración desleal, intentando dotar de contenidos autónomo al término fraudulento, que en realidad es reiterativo del «abuso».

Es más, cuando colegiadamente se emite una decisión colectiva materialmente irrazonable, lo que ocurre es que, lejos de legitimarlo, si se dan el resto de los presupuestos subjetivos y objetivos del tipo, los miembros del órganos se convierten en cómplices o coautores. Carece de explicación por ello y resulta una medida un tanto arbitraria, co-

mo ha ocurrido en el caso BSCH, imputar únicamente a un miembro, el presidente, del órgano que adopta la decisión, pese a que se trataba de un acuerdo colegiado.

Igualmente resulta de interés, para aclarar la esencia y los límites de las situaciones de conflicto de intereses, la cuestión relativa al título de imputación de quienes han sido beneficiados por la conducta ilícita. Como ya había puesto de manifiesto THOMAS⁷³ el tipo de administración desleal se ocupa de los ataques al patrimonio que proceden de dentro. El administrador o directivo que negocia sus retribuciones con la empresa no se encuentra en esta situación, sino en la de un tercero. Igual que un abogado puede exigir a la empresa que defiende altos honorarios, pese a conocer sus dificultades económicas, o quien ha vendido una maquinaria puede exigir el pago de la deuda, pese a que ello ocasione problemas económicos a la entidad, el administrador también puede negociar libremente sin temor a incurrir en responsabilidad alguna sus retribuciones. Esta circunstancia pone de nuevo de relieve lo importante de las reglas procesales, de competencia y de transparencia, a la hora de fijar el deber de salvaguarda patrimonial. Lo importante es que el administrador negocie de forma transparente, con el órgano competente sus retribuciones y no, tanto, la cuantía de las mismas. Aunque desgraciadamente la sentencia alemana no entra a discutir esta cuestión, dado que el principio de accesoriedad en la participación hace inútil plantearse la posible responsabilidad penal del imputado Dr. Esser, sería de enorme interés fijar los límites de la responsabilidad a título de cómplice del administrador. En principio, así podría ser el argumento más radical, su único límite de responsabilidad es el que existe para cualquier tercero: esto es el engaño típico de la estafa⁷⁴. Siempre y cuando no actúe de manera transparente su comportamiento no genera ningún riesgo jurídicamente desaprobado, por lo que no debe imputársele, ni aun a título de cómplice, el resultado típico. Sería un caso de lo que actualmente se conoce como actos de cooperación a través de comportamientos naturales⁷⁵. A los casos de «engaño» deben añadirse los supuestos en los que existe colusión para perjudi-

73 SVEN THOMAS, *Untreue in der Wirtschaft, Festschrift für Peter Riss*, 2002, p. 795 y ss.

74 Caso en el que se serviría de instrumento de los órganos societarios para ocasionar un perjuicio patrimonial a la empresa y en los que mediante el engaño provocaría un error de tipo o, incluso, de prohibición a los administradores.

75 Vid. sobre los comportamientos neutrales en esta figura delictiva, como argumento teórico para justificar la actitud de quien se beneficia del acto de disposición patrimonial SCHÜNEMANN, *LK* § 266, marg. 163.

car el patrimonio administrado⁷⁶; no obstante y aun en este supuesto su responsabilidad deberá ser a título de cómplice, o entre nosotros cooperador necesario, pues el acto de disposición patrimonial no ha sido realizado en este caso mediante un abuso específico de las funciones que tiene atribuidas. En el supuesto del *BSCH* este argumento hace más endeble aún las acusaciones contra *Corcóstegui* y *Amusátegui*, pues como el propio tribunal reconoce implícitamente «los ejecutivos estipulan las condiciones de prestación de sus servicios, conforme al principio de general de libertad de pactos».

Como se advertía al principio del trabajo, todos los casos planteados ponen en tela de juicio la estructura binaria básica del delito de administración desleal: infracción del deber patrimonial + causación de perjuicio. En efecto, esto es evidente en los supuestos de liberalidades (*good citizens corporations*) donde constatada la infracción del deber de salvaguarda emerge automáticamente el perjuicio. Pero también en otros casos como las remuneraciones. La razonabilidad de la medida, implica ya discutir por ejemplo la proporcionalidad entre la remuneración y los rendimientos que esperan obtenerse del administrador, la dificultad de su tarea, su dedicación, etc. Es decir, supone ya realizar la operación que normalmente conocemos como «principio del saldo», la comparación entre la disminución patrimonial consecuencia del comportamiento típico y lo que ocasionalmente se recibe a cambio. La jurisprudencia y doctrina comentadas son sin lugar a dudas un avance, en la comprensión de la estructura típica en relación a la mantenida en asuntos como el *caso de la Bundesliga*⁷⁷. En el que, como después se analizará con mayor detalle, la infracción del deber de salvaguarda no tuvo en cuenta el sentido material de la conducta, que sólo era considerado a la hora de establecer la existencia del perjuicio patrimonial. La doble posición de este criterio se observa perfectamente en la sentencia del *caso BSCH*, donde la compensación se discute tanto al analizar la equidad de la retribución, dentro del comportamiento típico, como en el momento del perjuicio patrimonial. Mantener ambos elementos típicos de

forma diferenciada tiene sentido. Primero, porque, al menos en el ordenamiento español, resulta necesario para el castigo de la tentativa⁷⁸ y, segundo, porque en el delito de administración desleal a la hora de calcular el perjuicio patrimonial se efectúa una valoración global del hecho, con el fin de tener en cuenta efectos colaterales positivos del comportamiento típico que pueden compensar el posible perjuicio patrimonial⁷⁹.

Un último aspecto a resaltar es que la jurisprudencia comentada supone el aterrizaje del programa normativo del gobierno corporativo en la interpretación del tipo penal. La formulación del interés de empresa como la creación del valor de empresa otorga a los administradores de la sociedad un mayor margen de discrecionalidad y de autonomía en las sociedades, pues como se ha comprobado en el primer apartado, legitima un mayor número de actos de disposición patrimonial o de asunción de obligaciones con cargo al patrimonio societario. Además de la lógica del beneficio a corto plazo, que normalmente constituye el principal interés de los socios, se dan pasos a otros intereses en la construcción del interés social. Se trata de uno de los ejes del gobierno corporativo en donde la gestión empresarial se conforma dialécticamente a partir del *Shareholdervalue* y de otro grupo heterogéneo de intereses que comprende a los trabajadores, acreedores, accionistas o incluso intereses públicos como el medio ambiente (*Stakeholder*)⁸⁰.

Mas las reglas del gobierno corporativo no sólo han sido importantes en este punto, también han ayudado y pueden hacerlo más aún en la determinación del comportamiento típico de la administración desleal. Los Códigos de buen gobierno y la legislación que ha ido positivizando sucesivamente sus contenidos contienen normas de carácter procesal, sobre todo, pero también material que facilitan el análisis de la infracción del deber de salvaguarda. Así, y como es bien conocido, han aparecido nuevos órganos independientes como la comisión de auditoría, de retribuciones, los consejeros independientes, etc. Esta nueva tipología de órganos u otros que hayan creado las empresas voluntariamente mediante la asunción de Códigos

76 Ejemplo: el administrador que obtiene una alta retribución ha acordado con los miembros del órgano que la establece, repartirse después la cuantía; *vid.* nuevamente SCHÜNEMANN, *LK* § 266, marg. 163.

77 NJW 1975, p. 1243 y ss. (BGH, 27-2-1975).

78 Ejemplo: una vez aprobado un contrato de remuneración abusivo, un miembro del Consejo lo impugna e impide que se realice la transferencia de fondos.

79 Cfr., NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.*, p. 27.

80 *Vid.* por ejemplo haciéndose eco de esta cuestión el primer informe de gobierno corporativo español (Informe Olivencia), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, 1998, p. 18.

de conducta, aportan mayores dosis de legitimidad procesal a una decisión, lo que aleja la sombra del comportamiento típico, aun cuando haya podido existir algún tipo de irregularidad. En otras ocasiones se arbitran auténticos procesos que han de preceder a la toma de una decisión. Un buen ejemplo, y que afecta de lleno a la administración desleal, es la regulación de conflictos de intereses arquetípicos como el «aprovechamiento de oportunidades de negocio para la sociedad por consejeros y altos ejecutivos» en la que se establece el procedimiento que ha de seguir un administrador que decida aprovechar en beneficio propio una oportunidad de negocio de la sociedad que administra⁸¹. La estructura de estas normas, pese a ser eminentemente procesal, contiene también elementos de carácter material de gran valor para la interpretación del delito de administración desleal. En relación a este supuesto destaca, por ejemplo, la definición expresa de oportunidad de negocio para la empresa que limita los supuestos en que el administrador tiene la obligación de abstenerse y no aprovechar la oportunidad en beneficio de la empresa. Dentro de este contexto, con buen criterio, en el caso *BSCH* se considera relevante en aras de evaluar la transparencia, y por tanto la infracción del deber de lealtad, la intervención de la Comisión de remuneraciones, en la aprobación de las retribuciones de *Corcóstegui*.

Los criterios más conocidos e importantes, por formar parte de un buen número de normas, son sin duda alguna la denominada regla del criterio empresarial (*business judgement rule*) y la dilapidación de activos sociales (*waste of corporate assets*). El primer criterio puede ser de utilidad para orientar al juez penal a la hora de ponderar la importancia de las normas materiales y procesales. La regla del criterio empresarial, constituye un claro caso de *self restraint* judicial a la hora de enjuiciar decisiones empresariales. En síntesis su contenido indica que toda decisión empresarial que se haya efectuado siguiendo las reglas «de procedimiento» establecidas, goza de una presunción de corrección de haberse tomado de buena, y no resulta revisable por los órganos judiciales, ni puede dar lugar a reclamaciones contra los administra-

dores. Esta presunción sólo se rompe cuando existe un interés personal o una clara falta de información relativa a los presupuestos de la decisión⁸². La sentencia del caso *BSCH* se hace cierto eco de este criterio cuando señala que en lo que atañe a la fijación de la cuantía «el Tribunal, y mucho menos un Tribunal penal, no pueden suplir los mecanismos del mercado financiero. Los criterios para la fijación de estas remuneraciones deben ser fijados por quien contrata». Igualmente, aunque la jurisprudencia alemana no haya invocado expresamente esta regla, el criterio cuantitativo de infracción del deber tiene efectos semejantes, pues amplía el marco de la presunción de validez, por lo que en cierto modo, como ha señalado algún autor, podría suponer la introducción de la *business judgement rule* en el derecho europeo⁸³.

Con todo, debe reconocerse que esta regla tampoco termina de establecer una limitación precisa entre el ámbito civil y penal de responsabilidad. En efecto, si este criterio opera y ha sido formulado sobre todo para reclamaciones de responsabilidad civil y ya aquí establece un primer requisito cuantitativo, exigir ulteriormente un escalón de gravedad más para llegar al ámbito penal, quizás puede llevar a restricciones excesivas. Ejemplifica bien este problema el comentario de HÜFFER que utilizando la jurisprudencia civil alemana (caso *ARAG*) que de algún modo ha acogido estos criterios, mantiene ya la irrelevancia civil de las indemnizaciones, sin necesidad de tener que subir al escalón penal⁸⁴. Por tanto, una tarea pendiente para el futuro es discutir si admitido el criterio cuantitativo o la *business judgement rule* éste es común a la antijuricidad penal y civil o apostamos por una suerte de graduación, muy compleja de realizar técnicamente y, más aún, difícil de justificar políticamente.

La dilapidación de activos tiene fundamentalmente un contenido material, que apunta en idéntico sentido, fijar el límite entre lo controlable judicialmente y el ámbito de decisión propio: «una operación constituye dilapidación de activos sociales cuando implica un gasto de fondos sociales o una liquidación de activos sociales sin recibir contraprestación alguna y sin que exista un obje-

81 American Law Institute, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, secc. 5.05

82 Vid. la definición de este criterio en American Law Institute, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, secc. 4.01. c).

83 Con ulteriores referencias HÜFFER, *Mannesmann/Vodafone*, p. 28.

84 HÜFFER, *Mannesmann/Vodafone*, p. 28.

85 Vid. American Law Institute, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, secc. 1.42. Se hace eco de este criterio con el fin de proponer una interpretación restrictiva TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, §4, 123.

tivo empresarial racional...»⁸⁵. La razonabilidad de una operación económica no siempre resulta sencilla de apreciar para los profanos. Dentro de la constelación de supuestos que nos ocupan, las retribuciones a consejeros y en concreto las indemnizaciones por cese, la práctica empresarial norteamericana e incluso su derecho positivo conocen desde hace tiempo la figura de los paracaídas dorados (*golden parachutes*), que explican la lógica de esta parte de las retribuciones de altos directivos. Los directivos de una entidad en muchos supuestos son contrarios a las operaciones de fusión empresarial, por la sencilla razón de que su posición puede peligrar o desaparecer en la nueva firma, en la que quizás ya no sean necesarios o simplemente no merezcan la confianza de los nuevos accionistas. Por ello los directivos se encuentran en bastantes ocasiones en una situación de conflicto de intereses ante procesos de fusión que pueden conllevar enormes beneficios a los accionistas. Las indemnizaciones en casos de fusión, como son en realidad las que han dado lugar a los procesos citados y a otros como el caso *Messier* en Francia⁸⁶, tienen como objetivo remunerar a los administradores para que en situaciones como la descrita adopten decisiones objetivas.

Cuanto acaba de exponerse muestra cómo el proceso de globalización del derecho de sociedades, consecuencia a su vez de la globalización económica, ha llegado al Derecho penal. El programa legislativo mundial de gestión de las sociedades, cuyas reglas y principios se plasman en códigos de buen gobierno y en una reciente hornada de normas que positivizan sus aspectos principales, está destinado a producir una armonización del Derecho penal societario. No es sensato pensar que pueden existir reglas de gestión comunes con sistemas penales de responsabilidad diferentes. Es más que dudoso que un ordenamiento pueda poner freno a usos y prácticas normales en la gestión empresarial internacional, como los *golden parachutes*, a través de su Derecho penal, por mucho que considere que éste responde a una moral de los negocios más estricta o particular⁸⁷. Los casos comentados muestran que cuando nos encontremos ante tipos penales abiertos, como lo es la administración desleal o el delito

de estafa, la jurisprudencia va a encargarse de efectuar poco a poco este proceso de aproximación entre ordenamientos.

IV. La administración desleal en un contexto ilícito de base

El segundo grupo de casos se presenta igualmente rico y variado; su elemento común viene dado por la definición de los límites y de las condiciones de operatividad del tipo de infidelidad patrimonial o administración desleal –en sus dos variantes nacionales– cuando se enfrenta con operaciones y comportamientos de los administradores situados en un contexto ilícito de base. Con tal expresión, entiéndase bien, no se desea aludir a la problemática de las empresas criminales⁸⁸, que presenta aspectos de naturaleza distinta, sino sobre todo a conductas que aparecen en la gestión de la empresa, a las que además no resulta extraño un componente de racionalidad económica, pese a que presentan contornos más o menos amplios de antijuridicidad –civil, administrativa o penal–: esto es, una ilegalidad que ha de buscarse *aliunde*, y no en el tipo de administración desleal en cuanto tal.

Los casos más recurrentes –bajo ordenamientos y sistemas jurídicos diversos– son aquéllos relativos a la constitución de cajas negras y al pago de *tangenti*, *Schmiergeld*, en los países alemanes, o *post de vin* en Francia. El fenómeno, como es de todos conocido, puede ser contemplado, al igual que hace el Derecho penal, tanto en su faceta activa (*Bestechung*), como en su lado pasivo (*Bestechlichkeit*), bajo ambos puntos de vista puede aparecer un comportamiento de administración desleal, si se realiza por un sujeto investido de poder para gestionar patrimonios ajenos⁸⁹; todo ello dejando de lado, obviamente, toda la fenomenología de la corrupción pública, que en cada ordenamiento recibe una respuesta específica a través del estatuto penal de la administración pública. El recurso a la figura de la administración desleal puede igualmente entrar en escena cuando se trata de fenómenos de corrupción *latu sensu*, que tienen lugar en el ejercicio de una actividad económica privada; y ello con independencia igualmente de la existen-

86 Vid. <http://www.zdnet.fr/actualites/business/0.39020715.2118888.00.htm>

87 Vid. por ejemplo SCHÜNEMANN, *Organuntreue*, p. 9 y s.

88 Sobre este punto, vid. FOFFANI, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», en *Rev. Pen.*, 2001, n. 7, p. 55 y ss.

89 Indica expresamente cómo la concesión de una donación o promesa puede constituir un comportamiento de infidelidad patrimonial para ambas partes del intercambio ilícito, LÜDERSEN, «Nützliche Aufwendungen und strafrechtliche Untreue», in *Grundfragen staatlichen Strafsens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, a cargo de G. Britz, H. Jung, H. Koriath ed E. Müller, München, Beck, 2001, p. 467.

cia, en muchos ordenamientos, de un tipo penal que sancione la corrupción en el sector privado, y con independencia también de que éste se enderece a proteger la competencia legal –como en Alemania– o las relaciones de trabajo –como ocurre en Francia⁹⁰–.

A) Infidelidad patrimonial y corrupción pasiva

Comenzando por las hipótesis de corrupción pasiva, debe observarse cómo el ordenamiento alemán ofrece desde hace tiempo una respuesta penal *ad hoc*, de gran importancia desde el punto de vista político criminal. Se trata del tipo penal que incrimina la corrupción de empleados –*Bestechlikeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*– ya previsto en el § 12 de la Ley de competencia desleal de 1902 (UWG, *Gesetz gegen den untauteren Wettbewerb*) y recogido desde hace unos años en el Código penal (§ 299 StGB) en el capítulo relativo a los delitos contra la competencia. El tipo penal sanciona, castigando a ambas partes del intercambio ilícito, la corrupción de los administradores y dependientes, realizada el fin de alterar la competencia⁹¹.

La presencia de este tipo penal no ha restringido, al menos teóricamente, el espacio de operatividad de la figura de *Untreue* –que contiene además una pena mayor–: la jurisprudencia del BGH es constante en afirmar la aplicación del § 266 StGB, eventualmente en concurso ideal con el delito de corrupción entre privados, cuando el soborno percibido por el administrador, empleado o representante se ha recibido a cambio de renunciar a la búsqueda de las mejores condiciones contractuales para la sociedad⁹².

El perjuicio característico de la administración desleal se produce, esencialmente, cuando debido a la provisión indebidamente percibida por el administrador o dependiente en una determinada operación, a la empresa contratante se le ocasiona un aumento de los costes o una reducción en sus

beneficios, todo ello en comparación con los que hubiesen sido apropiados en ese tipo de operación. La jurisprudencia camina además en otra dirección y establece el perjuicio del § 266 también en aquellos casos en los que, aunque existe en abstracto un equilibrio entre prestación y contraprestación, el autor debería haber utilizado en concreto la posibilidad de negociar con la contraparte una reducción ulterior del precio, u otras condiciones contractuales más favorables, en una medida equivalente a la entidad de la provisión indebidamente recibida o pactada⁹³.

El umbral que, en cualquier caso, no puede pasarse es el consistente en establecer el perjuicio patrimonial en la fase de aceptación o de acuerdo sobre el soborno relativo a un determinado negocio o, igualmente, a un vasto complejo de relaciones económicas. En ningún caso, además, podría considerarse como administración desleal la pura y simple omisión de entregar al mandante la provisión recibida por el mandatario, en este caso no podría establecerse perjuicio patrimonial alguno, al menos en los términos que acaban de describirse. La obligación del administrador o del dependiente consiste en realizar contratos que sean lo más ventajoso posibles para la sociedad o la empresa. Una vez que esta obligación se ha cumplido, o no puede establecerse la posibilidad concreta de negociar condiciones más favorables, no resulta suficiente para fundamentar la imputación por administración desleal el simple hecho de quedarse para sí las provisiones o los premios recibidos a título personal y cuya concesión no ha perjudicado de ningún modo a la empresa estipulante⁹⁴.

Las dificultades probatorias particulares que surgen inevitablemente al realizar este tipo de prueba son relevantes, lo que muestra de forma paradigmática la experiencia austriaca. El tipo penal de *Untreue*, introducido por primera vez en Austria los años treinta⁹⁵, al socaire de graves escándalos financieros, respondía a necesidades de tutela tan impe-

90 En relación con la corrupción en el sector privado y la variedad de los modelos de intervención en la experiencia comparada cfr. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en *Rev. pen.*, 2002, n. 10, p. 55 y ss.; FOFFANI, *La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado*, *ivi*, 2003, n. 12, p. 61 y ss.; ACQUAROLI/FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2003; VOGEL, «Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht», in *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag* 18. September 2004, coord. B. Heinrich, E. Hilgendorf, W. Mitsch e D. Sternberg-Lieben, Gieseking, 2004, p. 395 y ss.

91 *Vid.* al respecto por todos, VOGEL, «La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca», en ACQUAROLI/FOFFANI (cur.), *La corruzione tra privati*, cit., p. 75 y ss.

92 Cfr. las referencias MÜLLER/WABNITZ, *Wirtschaftskriminalität. Eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung*, 3ª ed., München Beck, 1993, pp. 200-201.

93 BGH, 28 enero 1983, *wistra*, 1983, p. 149; BGH, 20 enero 1984, *ivi*, 1984, p. 109.

94 BGH, 13 octubre 1994, *wistra*, 1995, p. 61.

95 Con la *Strafgesetznovelle 1931*, en BGBl, 1931/365 («lex Ehrenfest»).

riosas que se estableció su aplicación retroactiva⁹⁶. Hoy a la luz de una historia construida por grandes casos judiciales⁹⁷, el § 153 del Código penal austriaco se considera «la mejor herramienta en la lucha contra la criminalidad económica, en particular contra la corrupción en la economía»⁹⁸. Se trata éste de un juicio de valor confirmado por la casuística judicial, que demuestra cómo la *Untreue* ha sido de aplicación a las formas más sutiles y significativas de la criminalidad de los negocios: la realización de operaciones de alto riesgo o especulativas⁹⁹, la oferta o solicitud de sobornos o la utilización del patrimonio administrado en la realización de contratos que obedecen a una lógica empresarial (esponsorización ilícita, financiación ilegal de partidos políticos, etc.).

La experiencia vivida en el ordenamiento austriaco en materia de corrupción en las relaciones comerciales, entendidas en sentido lato, resulta de gran interés: a la posición inicial de *self restraint* judicial, sucedió a finales de los años cincuenta¹⁰⁰ una fase de intervención muy intensa, en la que el delito de administración desleal fue utilizado frente a administradores o representantes de empresas públicas que habían recibido indebidamente provisiones en relación a contratos celebrados en nombre o por cuenta del ente¹⁰¹. La aplicación de la administración desleal a este tipo de hechos tenía que salvar inevitablemente el obstáculo que representa la individualización de un resultado consistente en un daño patrimonial para la sociedad o para el mandante.

En un primer momento la jurisprudencia, en relación a este problema, tendía a identificar el daño

con la no puesta a disposición del representado de la provisión recibida. Sin embargo, dado que el lucro cesante del mandante integra el perjuicio típico únicamente cuando es consecuencia directa del abuso de poder de representación, lo que no ocurre cuando el contrato no es contrario a los intereses del manante, esta jurisprudencia hace desaparecer la esencia del delito de administración desleal. La necesidad de reconducir la fuente del perjuicio al contenido del contrato ha inducido a la jurisprudencia más reciente a considerar el «daño del soborno» desde la óptica de la agravación de los costes –o bien de la reducción de las ganancias– para la parte contratante cuyo representante se ha beneficiado de la provisión. Con ello la dádiva asume «el significado de un reducción –oculta– del precio, cuya apropiación por parte del representante tiene carácter antijurídico y prueba el daño patrimonial al mandante»¹⁰². La demostración de este perjuicio económico amenaza con convertirse en una auténtica *probatio diabolica*: pues la efectiva incidencia de la provisión en la formación de los previos debe ser objeto de prueba y no de presunción. Es necesario por ello determinar que el representante tenía efectivamente la posibilidad, rechazando el soborno, de obtener de la contraparte condiciones contractuales más favorables para su mandante.

Pese a este esfuerzo, si tuviera que mantenerse que, cuando se ofrece un soborno, el representante está efectivamente obligado a intentar conseguir siempre una mejora de las condiciones negociales ventajosas para el representado¹⁰³, no

96 Lo pone de relieve BERTEL, «Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante (§§ 153, 153a c.p. austriaco)», en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 43; KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil, II, Delikte gegen Vermögenswerte*, 3ª ed., Wien, Mainz, 1993, p. 290, Rn. 1.

97 Muestra la vitalidad del tipo penal el incremento cuantitativo de las sentencias de condena pronunciadas durante los años 70: de una media de 15 sentencias al año en el primer quinquenio, se pasa a una media de cerca de 140 en el segundo (la fuente es la *Gerichtliche Kriminalstatistik*, mencionada por BERTEL, *Infedeltà...*, cit., p. 55, nota 2).

98 KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 291, Rn. 12.

99 PLATZGUMMER, *Unternehmerrisiko und Strafrecht*, en *JBl*, 1987, p. 761 y ss.

100 Cfr. las referencias en BERTEL, *Infedeltà...*, cit., p. 44; KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 291, Rn. 12; STEININGER, *Typische Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und ihre Bekämpfung*, *ÖJZ*, 1982, p. 595; PALLIN, *Die neue Strafrechtsreform. Wirtschaftsstrafrecht –Strafmittelkombinationen– bedingte Entlassung*, *ivi*, 1987, p. 4 (también en *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer, zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, hrsg. O.F.F. von Gamm, P. Reisch, K. Tiedemann, Köln-Berlin-Bonn-München, p. 125 y s.).

101 El caso más relevante, y que ha suscitado una mayor atención por parte de la doctrina (para una síntesis del debate cfr. BERTEL, *Infedeltà...*, cit., p. 46 y ss.; KIENAPFEL, *Der bestechliche Machthaber (§§ 153, 153a StGB)*, *RZ*, 1988, p. 74 y ss.), es el relativo a los sobornos en la construcción del Hospital GENERAL de Viena (AKH), al inicio de los años 80. Tras el clamor que tal episodio suscitó nació la iniciativa legislativa que condujo a la introducción en el Código penal del § 153a.

102 Se trata de un pasaje de la sentencia del *Oberster Gerichtshof* relativa al caso del Hospital de Viena, que reproducen Bertel, *Infedeltà*, cit., p. 57; Kienapfel, *Der bestechliche Machthaber*, cit., p. 74.

103 Se trata de una afirmación recurrente en la jurisprudencia que el titular de poderes de disposición de intereses patrimoniales ajenos debe no únicamente evitar no perjudicar los intereses que tiene el deber jurídico de tutelar, sino también que debe procurar a los mismos «la mayor ventaja patrimonial posible (*größtmöglicher Nutzen*)»: cfr. con referencias FORGGER/SERINI, *Strafgesetzbuch. StGB samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkommentar mit einer Einführung und Erläuterungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums*, 4.ª ed., Wien, Manz, 1988, p. 379. Críticamente KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 301, Rn. 67, que muestra el peligro que contiene la asunción de esta fórmula en términos absolutos.

bastaría el simple rechazo de la provisión ilícita para excluir la responsabilidad penal por administración desleal, conclusión esta que resulta sin lugar a dudas inaceptable. Resulta difícil, además, mantener que el mandante ha experimentado un perjuicio patrimonial cuando, a la vista de una pluralidad de ofertas equivalentes, el representante ha escogido a un oferente en concreto sólo porque este último le había prometido un premio determinado o una provisión. El soborno, en fin, puede perseguir en algunos casos establecer relaciones privilegiadas con un determinado administrador o representante, a la vista de negocios futuros con el fin de asegurarlos; lo que no significa, sin embargo, que el oferente esté interesado en conceder una reducción en el precio a la sociedad demandante¹⁰⁴.

Debido a la falta de adecuación congénita del tipo de administración desleal para afrontar estos supuestos de corrupción en la actividad económica pública y privada¹⁰⁵, y frente al peligro que interpretaciones extensivas pueden acabar por hacer excesivamente elásticos e indeterminados los contornos del delito de administración desleal¹⁰⁶, el legislador decidió asumir la iniciativa: estableciendo, en primer lugar, preceptos *ad hoc* para el sector de la empresa pública (§§ 305 y 307 StGB)¹⁰⁷ y posteriormente situando en el ámbito previo de la *Untreue* un conjunto de tipos penales, a caballo entre el modelo de la administración patrimonial y el de corrupción, construida «a medida» para contrarrestar el fenómeno de la aceptación indebida de ventajas por parte de los representantes (§ 153 a StGB: *Geschenkannahme durch Machthaber*)¹⁰⁸.

Éste es, por tanto, el origen de la tipificación del comportamiento de «quien, en el ejercicio de su

capacidad para disponer u obligar un patrimonio ajeno, que le ha sido conferida por la ley, encargo de la autoridad o por un negocio jurídico, ha aceptado y retenido indebidamente una ventaja patrimonial no insignificante». La pena de este precepto, considerablemente leve en comparación con la administración desleal¹⁰⁹, pena privativa de libertad de hasta un año, frente a la pena de uno a diez años del § 153 CP austriaco, indican que el tipo penal tiene claramente una función de anticipación de la punibilidad en relación a los requisitos mínimos de la administración desleal: es suficiente que subsista una conexión –una relación interna consistente, en el sentido del *do ut des*¹¹⁰– entre la reacción indebida de la contraparte o de un tercero y el ejercicio de poderes de administración y representación (*Machthaber*). No es necesario, sin embargo, que se realice un abuso o se ocasione un daño patrimonial: el tipo penal, en lo referente a los intereses del representado (*Machtgeber*), se conforma como un delito de peligro abstracto y la esencia del ilícito radica en el enriquecimiento ilícito¹¹¹ por parte de quien debería salvaguardar exclusivamente los intereses patrimoniales de un tercero.

El comportamiento típico se escinde, además, en dos momentos diferentes: la aceptación de la ventaja patrimonial por parte del *Machthaber* y su falta de puesta a disposición del *Machtgeber*. Una estructura bifásica que obedece quizás al intento del legislador de excluir un posible concurso de delitos entre administración desleal y aceptación de regalos¹¹² y de dejar la puerta abierta al «arrepentimiento activo» del autor¹¹³. En cualquier caso se trata además de una estructura que aparece excesivamente artificiosa, al situar el centro de gravedad del delito en una fase omisiva que no es apta para reflejar las for-

104 En relación a estas consideraciones cfr. BERTEL, *Infedeltà*, cit., pp. 48-49; Id., «I più importanti delitti contro il patrimonio nel codice penale austriaco», *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 906.

105 En realidad el ordenamiento austriaco dispone también de un tipo penal que sanciona la competencia desleal (§ 10 2° UWG) similar al que existe en Alemania; se trata de una infracción de carácter bagatelar y cuya persecución depende de la interposición de una querrela, razones por las que la norma parece estar condenada a una situación de práctica inutilidad (KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 312, Rn. 18; Id., *Der bestechliche Machthaber*, cit., p. 77).

106 Acerca de las razones de la intervención del legislador cfr. KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 309; Id., *Der bestechliche Machthaber*, cit., p. 75; PALLIN, *Die neue Strafrechtsreform*, cit., p. 5.

107 Tipo penal introducido por la ley de lucha contra la corrupción (*Antikorruptionsgesetz*) del 1964 y del 1982.

108 Tipo penal introducido *ex novo* por la ley de reforma del sistema (*Strafrechtsänderungsgesetz*) del 1987.

109 Que es duramente criticada por KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 309-310, Rn. 4; Id., *Der bestechliche Machthaber*, cit., p. 76, quien habla de un «*Quasi-Kavaliersdelikt*», que contradice los objetivos de una lucha más intensa contra la corrupción en la vida económica, que se perseguían con la reforma de 1987. Defiende por el contrario la elección del legislador, que respeta los equilibrios existentes en los delitos contra el patrimonio Bertel, *Infedeltà...*, cit., pp. 50-51.

110 KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 313.

111 Tanto es así que la rúbrica originariamente elegida por el § 153a era «enriquecimiento ilícito del representante (*unrechtmäßige Bereicherung des Machthabers*)»: cfr. al respecto PALLIN, *Die neue Strafrechtsreform*, cit., p. 5.

112 Se trata de la tesis de BERTEL, *Infedeltà...*, cit., p. 52.

113 Tanto la *Untreue* como la *Geschenkannahme* son en efecto expresamente mencionadas por la disposición especial referente a la «*tätige Reue*» en los delitos contra el patrimonio (§ 167).

mas Más aparición reales de este tipo de ilícitos¹¹⁴.

B) Administración desleal y cohecho activo

La corrupción activa en el ejercicio de la gestión de empresa pertenece también a la órbita de la *Untreue*¹¹⁵: dejando de lado cualquier tipo de valoración jurídico penal relativa a los delitos de funcionarios públicos, de lo que se trata es de establecer la relevancia interna del comportamiento –entrega o promesa de una ventaja patrimonial– en el marco de las relaciones entre administrador –o dependiente o representante– y el titular del patrimonio en nombre del cual se efectúa la entrega o promesa ilícita. Bajo este ángulo, el pago de un soborno (*Schmiergeld*), o de cualquier otra tipología de dación *latu sensu* corruptiva, es considerado de forma pacífica como un caso de administración desleal cuando se trata de un comportamiento completamente extraño a toda lógica empresarial y realizado, exclusivamente, en atención a un interés individual –o de cualquier otro modo extrasocial– contrario al interés de la sociedad o del representado. Cosa bien distinta ocurre, en cambio, cuando no existe este conflicto y el soborno se inscribe por el contrario en una estrategia consistente en perseguir el interés social o del representa-

do. Ante este tipo de supuestos, en la práctica, el pago ilícito de sobornos se asimila a un «negocio de riesgo» (*Risikogeschäft*), para a partir de aquí valorar la posible aplicación del § 266 CP alemán, utilizando criterios como el riesgo permitido (*erlaubtes Risiko*)¹¹⁶, la adecuación social (*Sozialadäquanz*)¹¹⁷ o la política de riesgos (*Risikopolitik*), esto es, la «violación de las reglas relativas a la política de riesgo establecidas con el fin de tutelar el patrimonio» que han sido determinadas o consentidas tácitamente por el titular del interés protegido¹¹⁸.

Desde este punto de vista resulta paradigmático el caso de la *Bundesliga* de 1970/71, auténtico *leading case* en lo concerniente a los límites de aplicación del tipo penal de administración desleal en los casos de corrupción. El comportamiento del presidente de una sociedad deportiva, el Schalke 04 de Gelsenkirchen, que había empleado una cantidad perteneciente al patrimonio de la empresa para corromper a los jugadores del equipo adversario y evitar así el descenso de su club, fue objeto de un proceso por administración desleal, con numerosas visicitudes judiciales, que acaba con una sentencia absolutoria del Tribunal Supremo alemán (BGH)¹¹⁹. En la misma, dando por descontento el carácter abusivo y contrario al deber de este tipo de comportamientos, de lo que se trata, a

114 En este sentido KIENAPFEL, *Grundriß*, cit., p. 310-311, Rn. 9; *Id.*, *Der bestechliche Machthaber*, cit., p. 78.

115 Más allá naturalmente de los comportamientos que ya entran como cohecho activo del § 299, 2 StGB.

116 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblodt, 1978, § 36, p. 326; con una opinión que ha sido modificada en la última edición del manual, donde –al negarle al «*erlaubtes Risiko*» el papel de una «*causa de justificación autónoma*», con el fin de encuadrarlo como un «*principio de estructura común* a distintas causas de justificación»– se hace referencia al criterio del consentimiento del titular del patrimonio, entendido como una causa de exclusión de la tipicidad, si es real, o de la antijuridicidad, si es presunto (JESCHECK, *op. cit.*, 4ª ed., § 36, p. 363, nota 14; JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, 5ª ed., § 36, p. 404, nota 16).

117 Vid. especialmente SCHMIDT, *Aktienstrafrecht. Kommentar zu den §§ 288-304 des Aktiengesetzes. Sonderabdruck aus: Großkommentar zum Aktiengesetz*, 1ª ed., Berlin, de Gruyter, 1940, p. 1215-1217, Rn. 20-21; SCHWINGE/SIEBERT, *Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung für die Praxis dargestellt*, Berlin, 1933, p. 44-50. Un modelo de solución a dos niveles, fundamentado en la distinción entre riesgo permitido (*erlaubtes Risiko*) –fuera del ámbito penal en cuanto «socialmente adecuado»– y «riesgo impuesto» (*gebotes Risiko*) –atípico en cuanto «socialmente congruente»– es sugerido por KLUG, *Aktienstrafrecht. Kommentar zu den §§ 288-304 des Aktiengesetzes*, in AA.VV., *Großkommentar zum Aktiengesetz*, 2ª ed., vol. II, Berlin, de Gruyter, 1964, p. 745, Rn. 45; *Id.*, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Hrsg. P. Bockelmann e W. Gallas, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 257 y ss.

118 HILLEKAMP, «*Risikogeschäft und Untreue*», in *NSfZ*, 1981, p. 164 y ss. En el mismo sentido la doctrina actualmente mayoritaria: cfr. especialmente FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1983, p. 146; REINHARDT, «*Risikogeschäft*», in *Hnadwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts mit Ordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht*, Hrsg. W. Krekeler, K. Tiedemann, K. Ulsenheimer e G. Weinmann, 2ª agg., Heidelberg, Müller, 1987; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil, I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 8ª ed., Heidelberg, Müller, 1995, p. 535, Rn. 48-50; Leckner, § 266 *Untreue*, SCHÖNKE/SCHROEDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26ª ed., Hrsg. T. Lenckner, A. Eser, P. Cramer, W. Stree, G. Heine, W. Perron e D. Sternberg-Lieben, München, Beck, 2001, p. 2177-2178, Rn. 20; SCHÜNEMANN, § 266 *Untreue*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª ed. a cura di Jähnke, Laufhütte e Odersky, vol. VI, Berlin-New York, de Gruyter, 1997, Rn. 95 y ss.; WESSELS/HILLEKAMP, *Strafrecht. Besonderer Teil/2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 28ª ed., Heidelberg, Müller, 2005, 291; WABMER, *Untreue bei Risikogeschäften*, Heidelberg, Müller, 1997, p. 51 y ss. En relación expresa al ámbito societario, cfr. sobre todo NELLES, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblodt, 1991, p. 563-576; KOHLMANN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers*, Heidelberg, Müller, 1990, p. 166 y ss., Rn. 316 ss.; TIEDEMANN, *GmbH-Strafrecht. §§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften*, 4ª ed., Köln, Schmidt, 2002, pp. 25-26, Rn. 19.

119 LG Bielefeld, 9 febrero 1977, *JZ*, 1977, p. 692 y ss.

juicio del tribunal, es de colocar en los dos platillos de la balanza, tal como ocurre en el análisis de los negocios de riesgo (*Risikogeschäft*), de un lado, el valor de las sumas investidas en el negocio corrupción y, de otro, el posible valor económico de un año de permanencia del club en la división de honor de la liga de fútbol. No se tiene en cuenta sin embargo, el posible descubrimiento del ilícito y la sanción que de ello se derivaría –como luego efectivamente sucede–, consistente en el descenso automático del club, pues ello sólo tendría lugar en la liga posterior a la que se produjo el soborno¹²⁰.

El ordenamiento francés suministra también otra experiencia de gran interés relativa al fenómeno de la corrupción activa en el ejercicio de la actividad empresarial, que concierne a la «variante francesa» de la administración desleal, el abuso de bienes sociales situado en el art. L. 241-3 del *Code de commerce*¹²¹. Y es que, en efecto, durante la década de los 90 del pasado siglo, el abuso de bienes sociales y la corrupción experimentaron en Francia un auténtico periodo de convulsión aplicativa, con analogías evidentes y significativas con la experiencia italiana de *Tangentopoli*¹²²; pues al igual que ocurrió en Italia, también en Francia muchos son los que señalan el carácter sistémico de la corrupción en determinados sectores de la actividad económica¹²³.

Dejando de lado los aspectos más genéricos de política criminal, lo que en este lugar interesa subrayar es sobre todo el grado de tensión hermenéutica al que se ha sometido –en el marco de la lucha contra la corrupción– al tipo penal de abuso de bienes sociales: fenómeno este que pre-

senta un parecido enorme con el aumento de las expectativas de tutela que en Italia circundaron a la apropiación indebida, hasta hace pocos años, lo que provocó una tendencia expansiva, que llevó a esta figura fuera de los confines trazados por el tipo¹²⁴.

En Francia, la atención de la jurisprudencia por los instrumentos del derecho penal de los negocios surge, en este terreno, debido a los obstáculos que normalmente rodean la aplicación de las figuras de corrupción activa y pasiva (arts. 432.11, 433.1 y 433.2 del *Code penal* de 1994): ya sea por la brevedad de los términos de prescripción¹²⁵, o bien por la dificultad de probar el *pactum sceleris* entre corruptor y corrupto, que además debido a la estructura del tipo penal debe necesariamente preexistir al intercambio ilícito.

El Ministerio Fiscal y el juez instructor al promover el ejercicio de la acción penal, en cuanto se vislumbra el *fumus* de la corrupción, tienden a situar en primera línea de fuego el «arsenal complementario» de los delitos patrimoniales y económicos. Y, en este marco, el esquema que al parecer resulta más adecuado es acusar al presunto corruptor de abuso de bienes sociales –si se trata obviamente de un administrador o dirigente, de hecho o de derecho, de una sociedad comercial– y quien es sospechoso de haber sido corrompido como receptor del dinero o de la ventaja patrimonial sobre la que se basa el delito societario¹²⁶.

También este aspecto de la experiencia francesa vuelve a tener un gran parecido con la experiencia italiana, cuando se reparara en la función de tipos de recogida, *Auffangstatabestände*, que desempeñó el Derecho penal societario y especialmente

120 Se suman a la línea seguida por el *Bundesgerichtshof*, en particular, SCHREIBER/BEULKE, *Untreue durch Verwendung von Vereinsgeldern zu Bestechungszwecken* – BGH, NJW 1975, 1234, JuS, 1977, p. 656 ss.; TRIFFTERER, *Vermögensdelikte im Bundesliga-Skandal*, NJW, 1975, p. 612 ss.; WEISE, *Finanzielle Beeinflussungen von sportlichen Wettkämpfen durch Vereinsfunktionäre – Überlegungen zur Missbrauchsuntreue auf der Grundlage des sog. Bundesliga-Skandals*, Gießen, 1982, spec. P. 321 ss.; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50ª ed., München, Beck, 2001, p. 1636, Rn. 25. En clave crítica, vid., sin embargo, las observaciones de BRINGEWAT, *Finanzmanipulation im Ligafußball – ein Risikogeschäft*, JZ, 1977, p. 667 ss.; HÜBNER, § 266 *Untreue*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10ª ed. Hrsg. H.-H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, vol. VI, Berlin-New York, de Gruyter, 1988, p. 466, Rn. 86.

121 Vid. *infra* parte II.

122 Una rápida panorámica informativa en clave criminológica puede verse en NELKEN, *Tangentopoli*, in *Storia d'Italia. Annali 13. Legge, Diritto, Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 2000.

123 DUCOULOUX-FAVARD, «Introduction», in *Entreprise et corruption. Conférence organisée à Paris IX Dauphine par la M.S.T.C.F. Dauphine et le Programme Finance, Éthique, Confiance*, in *Les Petites Affiches*, 20 marzo 1996, n. 35, p. 3.

124 Cfr. por todos en este sentido, Trib. Milano, 28 aprile 1994, Cusani, *Foro it.*, 1995, II, c. 24 ss. (spec. c. 96).

125 En la corrupción, como delito instantáneo, el término de prescripción de tres años, transcurre desde el momento de la consumación –el otorgamiento indebido de la cantidad o promesa–, mientras que en el abuso de bienes sociales, en razón del carácter simulado o, en cualquier caso, no evidente de la conducta típica, el término de prescripción para el ejercicio de la *action publique* empieza a transcurrir –en el sentido del art. 8 del Código de procedimiento penal y según una constante jurisprudencia– únicamente a partir del momento en que el comportamiento delictivo viene descubierto (cfr. por ejemplo Cass. crim., 13 febbraio 1989, *Rev. soc.*, 1989, p. 692, con nota a favor de Boulloc, *Abus de biens sociaux et point de départ du délai de prescription. Abus de biens sociaux at groupes de sociétés*).

126 Cfr. al respecto BOIZETTE, *Enquêtes sur la corruption en France*, en *Entreprise et corruption*, cit., pp. 6-8.

el delito de falsas comunicaciones sociales, antes de la reforma de 2002¹²⁷, en los procesos penales de *Tangentopoli*. La única diferencia consiste en que mientras que la falsedad en el balance constituía un hecho instrumental, a veces cronológicamente anterior a la verdadera y propia corrupción —la constitución de la provisión o de la caja negra— y otra posterior, consistente en la ocultación del pago ya realizado¹²⁸, el papel del binomio abuso de bienes sociales-receptación constituye más claramente un «sucedáneo» de la corrupción activa y pasiva, pues al menos desde el punto de vista procesal se trata de una acusación perfectamente fungible, *ad libitum* de los órganos que realizan la acusación y le juicio.

El *scamotage* de la acusación ha sido además extraordinariamente eficaz, en la medida que la jurisprudencia de estos últimos años ha considerado que constituye un comportamiento «extraño al objeto social» la utilización de fondos por parte del administrador o dirigente con el fin de cometer un comportamiento corrupto, llegando incluso a la conclusión más general que «el uso de bienes de la sociedad es necesariamente abusivo cuando se efectúa con un fin ilícito»¹²⁹; e igual ocurre cuando «los fines personales perseguidos por el dirigente social son sólo indirectos o de orden moral»¹³⁰.

En relación a todo lo anterior, es preciso realizar alguna consideración crítica, no tanto en lo concerniente a la afirmación del carácter abusivo del soborno, o *post de vin* en terminología

francesa; nadie discute que operaciones de esta naturaleza son extrañas a los límites legales y estatutarios que fijan el poder de los administradores y dirigentes sociales. La cuestión es, más bien, otra: se trata de establecer si este tipo de gestión tan heterodoxo, en el caso concreto, supone una vulneración real del interés social, esto es, si efectivamente representa un riesgo anormal y grave para el patrimonio administrado.

La jurisprudencia examinada prescinde de este tipo de consideraciones, identificando de una forma bastante axiomática el abuso con la ilicitud genérica de los fines perseguidos; de modo idéntico, en el fondo procede un sector doctrinal, que aunque criticando la jurisprudencia anterior, se limita a abordar el problema desde un punto de vista puramente subjetivo, señalando la necesidad de establecer en qué medida el comportamiento ilícito podía haber beneficiado a los dirigentes sociales, o era posible sostener de algún modo la «búsqueda de un interés personal»¹³¹.

Una posición más meditada es la que parece surgir de una reciente sentencia de la *Cour de cassation*¹³²: en este caso el juez de instancia consideró la existencia de un delito de abuso de bienes sociales en relación a dos pagos, efectuados a un pariente del entonces ministro de comercio exterior, que sumaban conjuntamente 760.000 francos, y que en principio no significaban ninguna contraprestación inmediata para la

127 Para un análisis crítico véase FOFFANI, «Cronica de una muerte anunciada. La reforma de los delitos societarios en Italia», *Rev. pen.*, 2005, n. 15, p. 57 y ss.

128 A salvo naturalmente, en esta última hipótesis, de las diversas opciones interpretativas en orden al carácter substancial del principio *nemo tenetur se detegere*: principio afirmado por Cass., 21 gennaio 1987, Masselli, en *Cass. pen.*, 1988, p. 379; Cass., 14 marzo 1989, De Nile, *ivi*, 1990, p. 2208; respetado en la forma, pero no en su substancia Trib. Milano, 28 aprile 1994, cit. (cfr. sobre este aspecto spec. c. 85-86); disaplicado en concreto por Cass., 9 luglio 1992, Boyer, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2108; y, finalmente, aparentemente respetado Cass., 22 gennaio 1992, Zampini, *ivi*, 1992, p. 2118. En la doctrina cfr., con una orientación diversa, ZANOTTI, «Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 178 y ss.; MAZZACUVA, «Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative (rassegna di giurisprudenza)», en *Crit. Dir.*, 1995, p. 287 y ss.; *Id.*, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, CEDAM, 1996, p. 177 y ss.; FOFFANI, «Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria (osservazioni in margine alle "proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti)», *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 960 y s.; NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 289 y ss.

129 Cass. crim., 22 aprile 1992, *Rev. soc.*, 1993, p. 124, con nota de BOULOC; Cass. crim., 11 enero 1996, en *Les Petites Affiches*, 3 abril 1996, n. 41, p. 23, con nota de DUCOULOUX-FAVARD; *Rev. soc.*, 1996, p. 590, con nota de BOULOC; Cass. crim., 20 enero 1996, *Les Petites Affiches*, 24 julio 1996, n. 89, p. 31, con nota de DUCOULOUX-FAVARD; en *Dalloz*, 1996, con nota de Bouloc.

130 Cass. crim., 20 junio 1991 (inédita), citada por DUCOULOUX-FAVARD, «De la corruption par abus de biens sociaux et "reel-conséquent"», *Les Petites Affiches*, 14 febrero 1997, n. 20, p. 23, nota 1.

131 Así BOULOC, *Rev. soc.*, 1993, p. 126.

132 Cass. crim., 6 febrero 1997, *Les Petites Affiches*, 14 febbraio 1997, n. 20, p. 12, con nota de DUCOULOUX-FAVARD; *Rev. soc.*, 1997, p. 146, con nota de BOULOC. Cfr. al respecto también GODON, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, *Rev. soc.*, 1997, p. 311. La sentencia tuvo bastante resonancia en los *mass-media*: cfr. por todos *Le Monde*, 8 febrero 1997, p. 34. Parece seguir aún el orientamiento de mayor rigor, sucesivamente, Cass. crim., 27 octubre 1997, *Les Petites Affiches*, 7 novembre 1997, n. 134, p. 6, con nota a p. 31 de DUCOULOUX-FAVARD (al respecto *vid.* también la entrevista a la propia Ducouloux-Favard, *Arrêt "Carignon": un vraifaux revirement?*, *Dalloz Affaires*, 1997, p. 1375-1377).

empresa, ni iban en cualquier caso en el futuro a producir una contraprestación lícita. No obstante, de la motivación de la sentencia trasluce cómo la sociedad que había pagado el soborno, corría el riesgo de verse obligada a restituir, como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones, una subvención a la exportación recibida hacía tiempo y que fue concedida por dicho ministerio, habiéndose beneficiado, en el lapso de tiempo existente entre los dos pagos, de una reducción de su deuda hacia el Estado, de 15 a 5 millones de Francos.

El Tribunal, en este caso, anula la sentencia por defecto de motivación reenviándola al tribunal de instancia, con ello puede entenderse que de un modo implícito aunque inequívoco revoca su jurisprudencia anterior: no resulta ya suficiente para condenar por *abus de biens socieaux* la pura y simple constatación de que el destino final de los fondos resulta ilícito, resulta además necesario establecer las razones –materiales y específicas– por las que es contrario al fin de la sociedad. De este modo se impone un análisis que ha de efectuarse caso por caso, en atención a criterios económico-empresariales, en el que, sin embargo, ha de tenerse necesariamente en cuenta la peculiaridad del tipo de operación: el resultado del acto de gestión ilícito¹³³ no podrá ser valorado «conforme a una óptica puramente patrimonial y sobre la base de un simple cálculo aritmético», como si se tratara de cualquier otro negocio, necesariamente se deberá tener en cuenta, en la ponderación de los costes y beneficios, el perjuicio social que eventualmente podría derivarse, a largo plazo, de una política de gestión corrupta¹³⁴.

Episodios judiciales muy similares al que acaba de exponerse han tenido también lugar en

Italia en la época de los procesos judiciales de «manos limpias», en relación al delito, en este caso de apropiación indebida del art. 646 del *Code penale*¹³⁵. (Debe recordarse, para contextualizar los hechos, que estos procesos tuvieron lugar en los años 90 y por tanto antes de la introducción del delito de infidelidad patrimonial, obra de la reforma penal del año 2002¹³⁶). Con esquemas argumentales muy similares a los que acabamos de ver en la jurisprudencia francesa en relación al abuso de bienes sociales, los jueces italianos intentaron numerosas veces, durante este periodo, situar los sobornos dentro del tipo de apropiación indebida «a beneficio de otro», transformando con ello el art. 646 del Código penal italiano en una suerte de *passepars-tout* en lo relativo al control penal de la corrección de la administración social.

En este sentido, resulta paradigmática la conocida¹³⁷ sentencia pronunciada en primera instancia por el Tribunal de Milán en el proceso *Cusani*¹³⁸: de las premisas de la motivación se desprende una reducción de la tipicidad de la conducta del art. 646 Código penal a «una actividad encaminada a disponer de forma automática e incontrolada de fondos de la sociedad... con la voluntad de no tener en cuenta ni a los socios ni al resto de órganos sociales»¹³⁹. Con ello, no sólo se esfuma el momento *appropriativo*, desapareciendo completamente del horizonte del tipo penal; sino que también la averiguación relativa al contraste, substancial, con el interés social y la posible existencia de una justificación empresarial de las donaciones a partidos políticos –en relación a las cuales estos episodios judiciales ofrecen ejemplos abundantes y muy substanciosos–, es desplazada por la simple constatación del carácter

133 Ilegal, naturalmente, desde el punto de vista de la corrupción, cuando también este último delito ha prescrito, como ocurrió en el caso examinado por el Tribunal.

134 Cfr. en este sentido DUCOULOUX-FAVARD, *De la corruption*, cit., p. 22. Cfr. sobre esta cuestión también el comentario de BOULOC, «Abus de bien sociaux, un demi-pas en arrière, un pas en avant», *Rev. soc.*, 1997, p. 155.

135 Art. 646 c.p. (*appropriazione indebita*): «quien, para procurarse a sí o a un tercero un beneficio injusto, se apropió del dinero o de las cosas muebles de otro cuya posesión tiene, bajo cualquier título, será castigado, interpuesta la querrela de la persona ofendida, con la reclusión de hasta tres años y con la multa de hasta € 1.032».

136 El nuevo art. 2634 c.c. (*infedeltà patrimoniale*) perteneciente al ámbito de los delitos societarios (y por tanto como apéndice de la disciplina civil de la sociedad está situado fuera de la parte especial del código penal) castiga con la reclusión de seis meses a tres años, interpuesta querrela del ofendido, a «los administradores, directores generales y liquidadores, que, teniendo un interés en conflicto con el de la sociedad, con el fin de procurarse a sí mismos o a un tercero un beneficio patrimonial injusto o otra ventaja, realizan o participan en la deliberación de actos de disposición de bienes sociales, ocasionando intencionalmente a la empresa un daño patrimonial». «La misma pena se aplica si el hecho es cometido en relación a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, ocasionando a estos últimos un daño patrimonial».

137 Lo que también fue debido a la extraordinaria repercusión mediática del debate, que afectaba a varias personas políticas y empresariales de primer orden, de primera línea en la historia de la denominada como «Prima Repubblica».

138 Trib. Milano, 28 aprile 1994, cit. (*supra*, nota 125).

139 Trib. Milano, 28 aprile 1994, cit., c. 54 e 51.

oculto de una operación, no reflejada en el balance, y por la violación de las reglas de división de poderes entre los órganos sociales. De este modo se olvida, sobre todo, en relación a este último tipo de patología administrativa, que las normas del derecho penal societario que deben tomarse en consideración son bien distintas –y deben continuar siéndolo–. Estas normas, de las que existen –o existían antes de la reciente reforma–, importantes huellas en la normativa penal societaria han sido siempre especialmente sensibles en la tutela de la corrección y del equilibrio en el reparto de las competencias internas entre los órganos de la sociedad y en cómo éstas se ejercen. No es ésta, ciertamente, la dimensión substancial de la figura de la apropiación indebida, ni tampoco hoy, del nuevo tipo penal de infidelidad patrimonial contemplado en el art. 2634 del *Codice civile*¹⁴⁰.

Pocos meses después de esta sentencia, y en contraste con la dirección que allí se apuntaba, se produjeron oscilaciones fuertes y significativas, con argumentaciones muy similares a las de la jurisprudencia francesa que acaba de examinarse: así, mientras que el tribunal de casación en algunos casos ha establecido que «existe delito de apropiación indebida en el caso del administrador de la sociedad que constituye un fondo fuera del balance y, gestionándolo de modo oculto, lo distrae a favor de terceros con una finalidad ilícita, extraña al objeto social y a la finalidad de la empresa, procurando de este modo un beneficio ilícito»¹⁴¹, en la sentencia que puso fin al proceso *Cusani*, una sección distinta del mismo tribunal, se pronunció de forma absolutamente distinta¹⁴²: «ni la colocación de fondos fuera del balance en cuentas que formalmente no pueden ser reconducibles a la sociedad, ni utilizar estos fondos con el fin de perseguir el interés social, con medios ilícitos, como por ejemplo la realización de contribu-

ciones ilícitas a partidos políticos o periodistas, pueden ser integrados en los contornos de la apropiación indebida». La finalidad ilícita –continúa señalando el Tribunal– «no excluye *per se* que puedan ser reconducidas al objeto social de la administración de una sociedad de capitales... puesto que resulta indiscutido que la distracción requiere destinar un bien a un fin diverso al que se ha establecido previamente, debe excluirse su calificación como distracción, mucho menos todavía puede ser calificada de apropiación, la concesión de dinero, que aunque se realiza violando las normas de organización de la sociedad, responde a un interés reconducible, aunque sólo sea indirectamente, al interés social». En este caso, la apropiación indebida del patrimonio social, establecida por el tribunal de instancia, que había sido realizada por el imputado, consejero financiero de *Montedison s.p.a.*, «al destinar fondos con el fin de acreditar al nuevo *staff* de directivos de la sociedad ante los partidos políticos, ante la proximidad de la campaña electoral de 1992, y ante los medios de comunicación» fue casada en este punto, por considerar que no existía delito alguno¹⁴³.

A la vista de todo este conjunto constataciones –realizadas en el marco de una reseña jurisprudencial «trasversal», a través de diversos ordenamientos y modelos de intervención penal– únicamente puede considerarse enteramente pacífico un aspecto puramente preliminar: el pago de sobornos sólo es susceptible de ser atraído a la órbita de la administración desleal cuando sus autores provengan del interior de una estructura empresarial societaria y comprometan objetivamente el patrimonio social. Por el contrario, si quien paga el soborno es un empresario individual –o el administrador de una sociedad, más con sumas que provienen de su propio patrimonio personal y con fines que no tienen nada que ver con la consecución del objeto social– la dimensión criminal de este comportamiento sólo

140 Parte de premisas análogas a las que aquí se mantienen FLICK, «Responsabilità penali dell'imprenditore indagato per tangenti, nell'ottica dei reati societari e fallimentari», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1450: «nell'ipotesi dell'imprenditore che paga una tangente, non sembra [...] ricorrere una condotta appropriativa, neanche con modalità distrattive, dal momento che l'imprenditore, nella normalità dei casi, si fa espressione di una volontà d'impresa, agisce nell'interesse della medesima e come [...] suo "organo": sfumando, sino ad annullarlo, quell'*uti dominus* che connota l'elemento oggettivo [dell'appropriazione indebita], in una penetrazione [...] stretta con l'atteggiamento soggettivo». En igual sentido aunque en el marco del delito de quiebra PEDRAZZI, en PEDRAZZI/SGUBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito, Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare una macchia di penale illiceità basterebbe a snaturare la destinazione aziendale: un episodio di corruzione o di illecito finanziamento politico, punibile a tale titolo, non integra una dissipazione (né una distrazione) se i favori delittuosamente propizi*

141 Cass., sez. II, 4 aprile 1997, Bussei, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1435 ss., con nota crítica de PEDRAZZI, *Sui limiti dell'«appropriazione»*.

142 Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 301 ss., con nota substancialmente adhesiva de PEDRAZZI.

143 Sí que fueron confirmadas, por el contrario, el resto de las imputaciones, y en concreto las relativas a la ilícita financiación de partidos políticos y a la falsedad en el balance.

lo puede reconducirse a la esfera de los delitos contra la administración pública¹⁴⁴.

En el supuesto en que el pago del soborno se inserte efectivamente –tanto desde el punto de vista objetivo, como en lo que concierne a los autores– en el marco de la actividad de gestión social, se trata de distinguir, en concreto, entre aquellas hipótesis que revelan un conflicto sustancial de intereses entre el agente y el ente, con reflejos perjudiciales para el patrimonio de la sociedad, de aquellas otras en que, por el contrario, se ha actuado exclusiva y efectivamente en el interés de la sociedad¹⁴⁵.

Sin prejuizar, naturalmente, en ambos casos, la posible relevancia del acto de disposición bajo el punto de vista de la corrupción o de otros tipos penales distintos a los que disciplinan la gestión de empresa, podría probablemente entenderse que aún no se ha traspasado el umbral de la infidelidad cuando la entrega del soborno pueda aparecer *ex ante* como una operación encuadrable dentro de una lógica estrictamente empresarial –aunque viciada por una patología criminosa–, como un medio efectivamente funcional y adecuado para conseguir un objetivo que puede enmarcarse dentro del objeto social¹⁴⁶. Las hipótesis denominadas como «soborno ambiental», aun en los casos en que resultan espontáneas y no derivadas de una auténtica extorsión por parte del funcionario público¹⁴⁷, son susceptibles también de analizarse a partir de este enfoque, siempre y cuando en el momento de su pago pueda resultar verosímil que el mismo constituye un presupuesto ordinario e indispensable (entiéndase bien, en la medida y en la forma del caso concreto) para poder operar en un mercado en el que las reglas de la competencia están notoriamente alteradas como consecuencia

de la extensión alcanzada por el pago de sobornos.

Mucho más incierta resulta en cambio la posibilidad de absolución, cuando el soborno representa un instrumento agresivo de captación de nuevos espacios de mercado y de ruptura de las reglas de competencia seguidas por la mayoría de los operadores, con el consiguiente ingreso por parte de la sociedad –o, mejor dicho, de los administradores si de sanciones penales se trata– que ha iniciado una aventura, en una zona de riesgo penal de empresa absolutamente anómalo; riesgo susceptible de situarse ya en el terreno de la administración desleal, sobre todo cuando se asuma teniendo en cuenta objetivos extraños a la esfera del interés social, y con una concreta incidencia negativa en el equilibrio patrimonial del ente.

Debe observarse que también en este caso el juicio acerca de la anomalía del riesgo tiene que derivarse de una valoración de la operación realizada desde una perspectiva estrictamente económico empresarial; es decir, bien lejos de cualquier tentación de identificación automática o superposición entre la asunción consciente de un riesgo de empresa anómalo y la pura y simple aceptación de un riesgo de sanción derivado de la antijuridicidad penal del soborno bajo el ángulo de los delitos de cohecho o de –en el caso de Italia– la financiación ilegal de partidos políticos. Los confines del tipo penal se acabarían por desnaturalizar y dilatar, abriendo incongruentemente el tipo a hechos absolutamente heterogéneos –en la práctica, cualquier tipo de delito realizado en el marco de la gestión de empresa, como el fraude fiscal o los delitos ambientales–, enderezados a su vez a la lesión de un bien jurídico que nada tiene que ver con el interés patrimonial de la sociedad¹⁴⁸.

144 A no ser que, eventualmente, pueda también incluirse en el delito de quiebra: para una hipótesis en que la financiación política fue calificada de *bancarotta fraudolenta* (por distracción) –en cuanto «hecho mediante el cual el empresario hace salir bienes del patrimonio sin una contrapartida efectivo o atendiendo a fines ajenos a la empresa»– cfr. por ejemplo en la jurisprudencia italiana, Cass., 20 novembre 1987, Cartotto, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 933.

145 En sentido similar FLICK, *Responsabilità penali*, cit., pp. 1457-1458, quien refiriéndose en concreto a la quiebra fraudolenta (art. 216 n. 1 de la ley concursal italiana) señala que «la condotta dell'imprenditore il quale paghi una tangente non dovrebbe [...] assumere rilievo penale, ogni qual volta essa abbia avuto come *pendant* un qualche vantaggio per la società». Esta opinión, tal como el autor reconoce, contrasta con una orientación muy extendida, en virtud de la cual únicamente pueden ser considerados como equivalentes «beni intesi come vere e proprie utilità economiche (effettive) e non soltanto come utilità valutabili in termini economici (quale potrebbe essere un provvedimento di "sgravio fiscale", l'attribuzione di un appalto o di una concessione, ecc.), rilevanti, tra l'altro eventualmente, in una prospettiva di lungo termine».

146 In senso contrario, dunque, alla linea perseguita da una parte significativa della giurisprudenza fin qui esaminata: v. ad esempio, in Francia, Cass. crim., 27 maggio 1992, cit.; in Italia, Trib. Milano, 28 aprile 1994, cit.

147 Calificable entonces como «*concussione*» –en vez de «*corruzione*»– según establece el derecho italiano: cfr. art. 317 c.p.

148 El mismo problema se establece también en materia concursal, en relación a la aplicación del tipo de *bancarotta fraudolenta*: también en este caso, en efecto, se trata de establecer si «se nella fattispecie siano inquadabili anche illeciti che, pur aggredendo interessi affatto distinti da quelli della società e dei creditori sociali, in concreto finiscano per ripercuotersi negativamente, con effetti rovinosi, sul patrimonio sociale, assoggettato all'onere di sanzioni pecuniarie di ordine sia civile che penale o amministrativo. [...] E' innegabile, anche in casi del genere, la violazione, in ipotesi dolosa, di doveri di posizione, attinenti alla conduzione della società e dell'impresa sociale. Senonché la riconducibilità alla fattispecie in esame incontra ostacoli già sul terreno letterale: l'esito fallimentare sarebbe imputabile non alla

Por el contrario, el umbral de la administración desleal debe sin duda cruzarse en aquellas ocasiones en que estemos en presencia de operaciones que, por la evidente desproporción entre los medios empleados en relación al fin empresarial deseado, o en virtud de otros indicios (intento de favorecer a un partido político, etc.), se revelen perturbadoras por la incidencia de intereses extraños y contrarios a la lógica empresarial y den lugar a un empleo al menos improductivo, y por ello lesivo, del patrimonio social.

C) Administración desleal y constitución de «cajas negras» (también: administración desleal por la comisión de delitos en interés de la empresa por parte del gestor desleal)

Conectada estrechamente con la temática que acaba de ser analizada (administración desleal y corrupción activa) está la constitución de «cajas negras» situadas fuera del balance. La jurisprudencia relativa a este punto, utilizando un concepto no formal de distracción del patrimonio social, considera que aunque «la utilización fuera del balance de fondos sociales no es suficiente para integrar por sí sola el tipo de apropiación indebida, sobre su gestor oculto pesa un deber riguroso de probar su efectivo destino»¹⁴⁹.

Las consecuencias más extremas de este tipo de aproximación se han evidenciado de forma particularmente ejemplar en el proceso judicial que se siguió, hace pocos años, contra el ex canciller Helmut Kohl, quien tras una serie de noticias aparecidas en los medios de comunicación, fue procesado por un delito de administración desleal, en relación a la gestión de fondos negros del CDU¹⁵⁰. Tal como el propio Kohl admitió, entre los años 1993 y 1998 recibió financiación privada por una cantidad que en su conjunto asciende a unos 1,5 millones de marcos, los cuales, aunque fueron contabilizados regularmente en las listas de donantes (*Spendenliste*), tal como exigía la legislación alemana

relativa a la financiación de partidos políticos, eran derivados para ser gestionados fiduciariamente o reservadamente, con el fin de poder satisfacer el deseo expreso de los donantes de permanecer en el anonimato. Aunque no existen dudas acerca de que estos fondos eran administrados en el interés del partido, sin que existiera ningún tipo de intento de enriquecimiento personal por parte de Helmut Kohl o de otras personas, se imputó al ex canciller un delito de *Untreue*, considerando que el partido fue expuesto a un «riesgo de sanción» –consistente en el caso concreto en sanciones pecuniarias impuestas por el presidente del *Bundestag*, sanciones que después fueron efectivamente impuestas– como consecuencia del comportamiento de quien en la época de los hechos tenía el cargo de presidente del partido y del gobierno federal.

La conclusión es absolutamente paradójica: la admisión de un riesgo sancionatorio como posible perjuicio del delito de administración desleal, hace que cualquier delito cometido en la administración del patrimonio administrado, abarcando también aquellos delitos eventualmente cometidos por el administrador en el interés del mandante, puedan dar lugar a una imputación por delito de administración desleal; tal conclusión sería obligada además donde existan mecanismos jurídicos capaces de establecer una posible responsabilidad de las personas jurídicas o de las asociaciones por ilícitos cometidos por sus propios representantes, administradores o dependientes en el ejercicio de sus respectivas funciones y en el interés del ente; como sería por ejemplo el caso del derecho alemán (§ 30 OWiG), del derecho italiano, a partir de la normativa contenida en el d.lgs. 231/2001, e igualmente del derecho español en los casos donde pudiera ser de aplicación el art. 129 del CP o, tras la reforma del 2003, el art. 31.2. Mediante esta dilatación de su ámbito de aplicación, el tipo penal de la *Untreue* está destinado inevitablemente a perder su identidad originaria y su razón de ser, haciendo prevalecer sobre la exigencia de tutela

violazione come tale, alla sua intima direzionalità, bensì alla reazione sanzionatoria dell'ordinamento [...]. Sotto il profilo psicologico avremmo una doloità focalizzata su interessi di nessun rilievo nell'ottica fallimentare: verrebbero anzi ricondotti alla bancarotta illeciti commessi nell'interesse, sia pur male inteso, della società» (PEDRAZZI, en PEDRAZZI/SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., p. 326).

¹⁴⁹ Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, cit.

¹⁵⁰ I.G. Bonn, Beschl. v. 28.2.2001, NJW, 2001, p. 1736 ss. Y en NStZ, 2001, p. 375 ss. La amplia repercusión que el caso Kohl ha encontrado en la opinión pública y no sólo en la alemana, encuentra un significativo eco en el debate doctrinal: cfr. VELTEN, *Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteifinanzierung*, NJW, 2000, p. 2852 ss.; HAMM, *Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert*, ivi, 2001, p. 1694 y ss.; SCHWIND, *Zur Strafbarkeit der Entgegennahme von anonymer Parteispenden als Untreue (§ 266 StGB) – dargestellt am Fall Dr. Helmut Kohl*, NStZ, 2001, p. 349; TASCHKE, *Straftaten im Interesse von Unternehmen – auch strafbar wegen Untreue?*, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 664 y ss.

patrimonial de aquellos que confían la gestión de sus propios bienes a un tercero, razones que atienden a la moralización de la vida económica. El hecho de que, en este concreto caso, no se haya producido ninguna sentencia condenatoria, sino de un sobreseimiento, fundamentado en el § 153 de la Ley procesal penal alemana (StPO) que establece la posibilidad de renunciar a la acción penal, tras haber abonado el imputado 300.000 marcos a favor del Estado e instituciones benéficas, no hace sino acentuar la sensación de un uso fuertemente simbólico del instrumento penal y de una acentuada moralización de este tipo penal, dentro de la cual no parece excesivo apreciar la amenazante sombra del *totales Vermögensstrafrecht*, esto es, de un derecho penal patrimonial invasivo y totalizador¹⁵¹.

V. Conclusión

A modo de conclusión, parcial y provisional, del trabajo, y a la vista de cuál era su motivación originaria, individualizar las relaciones entre infidelidad patrimonial y *corporate governance*, resulta conveniente subrayar de un lado los insuperables límites estructurales del tipo penal de administración desleal o *infidelità patrimoniale*, con el fin de evitar el riesgo y la tentación –que ha podido apreciarse a lo largo de la presente investigación– de sobrecargar este tipo penal, en sus diversas variantes nacionales e históricas, con expectativas excesivas, en la prospectiva que hoy se aprecia mejor que nunca, tanto a nivel político, como en el marco de la opinión pública, de una moralización de la vida económica y de una efectiva salvaguarda sancionadora de las reglas de la *corporate governance* (aspiración que debe conseguirse en términos generales en un plano extra penal). A este fin puede resultar útil un último ejemplo histórico, en relación al cual utilizaremos las palabras del Maestro al cual está dedicado el presente trabajo; se trata de un caso antiguo, más extraordinariamente instructivo, una suerte de *Tangentopoli*, a la francesa, y con aroma de *fin de siècle*: se trataba de un asunto judicial que

afectó a la sociedad fundada para la realización del canal de Panamá¹⁵², que representó en su tiempo «uno de los escándalos políticos y financieros más clamorosos de la Tercera República» francesa¹⁵³.

«A los administradores se les reprochaba en esencia, mediante el tipo del *abus de confiance*, de haber derrochado sumas astronómicas, varios millones de francos de entonces, al realizar una emisión de obligaciones de empresa con el fin de revitalizar a una sociedad que estaba ya en la ruina, sin que ello tuviera ninguna utilidad para ésta y además de manera contraria a la opinión de los accionistas y del conjunto de los miembros del Consejo. De los actos de disposición, enmascarados como gastos de publicidad, comisiones o gastos de representación, resultaban beneficiadas las figuras más dispares: los miembros de un falso sindicato que, sin garantizar en modo alguno la emisión, atendían únicamente a asegurar a los administradores algunos apoyos al influenciar a la opinión pública; banqueros rapaces que pretendían comisiones sin conseguir ningún intercambio; auténticos aventureros de las finanzas; hombres de mundo que prometían hacer de *réclame* a la emisión en su ambiente o, en el caso contrario, amenazaban con vilipendiarla; parlamentarios y ministros corrompidos con el fin de obtener la autorización que debía tener todo aquel que deseara emitir obligaciones; periodistas de todos los sectores de la prensa que fueron agasajados sin reparar en costes [...]. Sin embargo, los administradores no resultaron personalmente beneficiados por semejante disipación de activos. A éstos se les imputaba más bien el haber recurrido a «métodos extremos, tanto moralmente como financieramente reprobables, adaptándose frecuentemente a costumbres disolutas, por salvar a la sociedad y la ruina que la amenazaba, a la cual estaba ligada su reputación y su fortuna». Como podrá observarse, nada de nuevo bajo el sol... Resulta particularmente significativa la conclusión que se ofrece, que pudiera ser una posible clave para valorar cuanto ha sucedido en la reciente historia que ha marcado la jurisprudencia de al-

151 Sobre este riesgo –que se inspira en una advertencia similar a la formulada por HELLMUTH MAYER hace cincuenta años (MAYER, *Die Untreue*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954, p. 339), cfr. especialmente SALIGER, *Wider die Ausweitung des Untreueatbestandes*, cit., p. 607 y s., que ve en la «*Moralisierung*» una de las principales tendencias expansivas del tipo penal de la *Untreue* en Alemania.

152 *App. Paris*, 9 febbraio 1893, in *Rev. soc.*, 1893, p. 178.

153 PEDRAZZI, «Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori», *Riv. it. dir. pen.*, 1953, pp. 563-564.

gunos países europeos: se afirma en efecto la necesidad de «distinguir entre mala gestión, tal vez con derroche de bienes sociales, y el abuso mucho más grave de quien se enriquece a costa de la sociedad. Puede suceder que la primera forma sea inculpada como infidelidad, como es lógicamente posible. Sin embargo, su tratamiento debe reflejar la diferencia. [...]. Salvo en casos verdaderamente inimaginables de prodigalidad patológica, serán siempre fondos gastados, pese al «beneficio de terceros», en beneficio de la sociedad, aunque en

nombre de principios de administración muy discutibles. Para darse cuenta de esto basta pensar en la hipótesis, que no nos atrevemos a calificar de puramente escolástica, de financiamiento de partidos políticos con fondos sociales, cuando el administrador no busque ser personalmente bien visto, sino crear en torno a la actividad social un ambiente benévolo [...]; en todo caso cuando no esté en juego un interés personal del administrador, puede subsumirse bajo la forma más atenuada de la infidelidad, una mala gestión»¹⁵⁴.

154 PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, pp. 564-566.