

26

Revista

Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

Penal



Revista Penal

Número 26

Sumario

Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vázquez* 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* 177
- Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal 187
- Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* 235
- Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* 257
- Fe de erratas** 263



Universidad de Salamanca



Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Modena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I^o
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvas (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168
Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado¹

Stanisław Tosza

Jagiellonian University of Cracovia
Research Associate
Universidad de Luxemburgo

Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010

RESUMEN: Se considera que las decisiones empresariales demasiado arriesgadas es una de las causas principales de la crisis económica actual (por ejemplo, las especulaciones con títulos de valor inseguros o el otorgamiento de créditos sin la debida diligencia). Sin llegar a analizar los orígenes de la crisis, el artículo se refiere a la eventual responsabilidad penal por actos como los descritos supra en tres economías importantes de Europa: Alemania, Francia y Polonia. Además se ofrece un análisis dogmático comparado y se presenta el concepto de riesgo relevante para este tipo de delitos. A su vez el artículo pretende contestar a la pregunta si una armonización de la definición de los delitos examinados no tendría justificación a la luz de los desarrollos económicos más recientes y del artículo 83 apartado 1 del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: derecho penal económico, administración desleal, administración fraudulenta, riesgo, crisis económica.

ABSTRACT: Business decisions which bear too much risk are considered as one of the most important causes of the present economic crisis. These can entail speculations with securities having high risk level or granting credits to insecure debtors. Without entering into discussion about the origins of the crisis, this article aims at analysing the possible criminal responsibility for such acts in three important economies of Europe: France, Germany and Poland. Moreover the text provides for a dogmatical comparative analysis and presents the notion of risk relevant to the criminal responsibility for the offences in question. In addition the text attempts at resolving the issue of whether harmonisation of definitions of offences in question would be justified in the light of the recent economic developments and according to the new article 83 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

KEYWORDS: economic criminal law, breach of trust, criminal responsibility and company management, risk, economic crisis.

SUMARIO: I. Introducción. II. Riesgo. III. Los preceptos relevantes. IV. Análisis comparativo. a. Las personas responsables. b) La acción. c) El resultado. d) El tipo subjetivo. 4. Conclusión

1 El autor agradece al Dr. Pablo Galain Palermo del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional en Friburgo de Brisgovia por la lectura y corrección idiomática de este artículo. También agradezco la colaboración de Daniel Ariza Zapata, asistente en el Departamento de América Latina del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional en Friburgo de Brisgovia.

I. Introducción

Durante el interrogatorio ante el Congreso de los Estados Unidos en el cual se evaluó la actuación de las instituciones financieras para la crisis económica que tuvo lugar en enero de 2010, el ex-Presidente² de Morgan Stanley: John J. Mack, dijo que las empresas corrieron un riesgo demasiado grande y luego no guardaron suficientes recursos como para poder controlarlo.³ Entre las posibles causas de la crisis actual se menciona la política del riesgo exagerado de las empresas, por ejemplo los bancos u otras instituciones financieras, quienes invirtieron fondos en los títulos de valor de alto riesgo o quienes otorgaron préstamos sin la debida diligencia, en el sentido de no prestar demasiado atención si los destinatarios tenían un crédito suficiente. Sin ingresar en las discusiones sobre las causas de la crisis, parece interesante analizar si los actos mencionados pueden ser castigados por el derecho penal. Por lo tanto, el objetivo de este artículo es el examen de la posibilidad de sancionar los actos de administración o los negocios que corren un alto riesgo. El estudio atañe a tres países europeos, de los cuales posiblemente dos de ellos son las economías más importantes de la «vieja» Unión Europea (Alemania y Francia) y el tercero es el mercado más grande de la «nueva» Unión (Polonia).

El riesgo como factor que lleva a cometer una infracción está presente en varios tipos penales, como por ejemplo los delitos relativos a las insolvencias. Este artículo pretende buscar la posibilidad de condenar el autor por el mero hecho de hacer correr un riesgo de menoscabo del patrimonio del cual tiene la custodia. De este modo la conducta delictiva se presenta como el hecho de tomar una decisión que lleva en sí misma el peligro del nivel elevado y el resultado, si es que se trata de un delito de resultado, puede interpretarse como el hecho de que la empresa está expuesta a dicho riesgo o como la realización de este riesgo. Por lo tanto, el estudio se limitará a los delitos del tipo de apropiación indebida y administración fraudulenta o desleal, que en opinión del autor pueden reflejar mejor la conducta en cuestión según las condiciones que se acaban

de formular. Este trabajo se concentra en la responsabilidad de los administradores y de otros empleados con poder de decisión en las sociedades de capital (sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima), considerando que la gran mayoría de las empresas importantes guardan esta forma.⁴

El estudio se refiere en primer lugar al concepto de riesgo relevante y a los preceptos más relevantes en cada uno de los sistemas penales de Alemania, Francia y Polonia. En segundo lugar se analiza de forma comparada los elementos constitutivos de los delitos más relevantes en las órdenes jurídicas en cuestión. Finalmente a modo de conclusión se sugiere la posibilidad de castigar penalmente a los responsables por el mero hecho de tomar decisiones económicas demasiado arriesgadas y se valoran los modos de penalización.

II. Riesgo

La doctrina alemana propone varias definiciones para determinar a las operaciones de alto riesgo. Según Hillenkamp un negocio de riesgo (Risikogeschaft) es una operación comercial que puede resultar de una decisión errónea.⁵ De manera similar lo define Kindhäuser, es decir, como una operación que puede venir acompañada de un peligro de fracaso.⁶ Análoga a estas es también la definición de Waßmer, para quien un negocio de riesgo es una operación comercial para la cual no se sabe si el resultado puede consistir en un daño patrimonial.⁷ A su vez hay que subrayar una característica importante del mercado, esto es, que cada decisión o cada operación lleva en sí misma una cierta probabilidad de que su resultado no será beneficioso. Por lo tanto, se puede formular conceptualmente al negocio de riesgo como un negocio para cuya naturaleza es esencial que el pronóstico del beneficio o la pérdida (daño) esté asociado a un nivel más elevado de incertidumbre.⁸ La definición en la literatura francesa describe la decisión de este tipo como un acto que expone sin necesidad a la sociedad a un riesgo anormal y grave.⁹

2 CEO – Chief Executive Officer.

3 «Im Nachhinein muss man sagen, dass viele Unternehmen zu viele Risiken eingegangen sind und dann nicht die Ressourcen hatten, sie zu beherrschen», citado de: » Sehnsucht nach Sühne » de B. Balzli, D. Hipp, F. Hornig, A. Mahler, C. Pauly, M. Rosenbach, T. Schulz, T. Tuma y S. Winter publicado en *Der Spiegel* el 1 febrero 2010.

4 En derecho alemán está también popular la forma del «GmbH und Co KG», pero ésta no existe en Francia y Polonia.

5 «ein Risikogeschaft [ist] eine geschäftliche Disposition, die eine Fehlentscheidung sein kann», Thomas HILLENKAMP, «Risikogeschaft und Untreue», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 5/1981, pág. 165.

6 ein Geschäft, «bei denen die Gefahr eines Fehlschlages besteht» Urs KINDHÄUSER, en: Urs KINDHÄUSER, Ulfried NEUMANN, Hans-Ulrich PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Tomo 2, Segunda Edición, Baden-Baden, 2005. § 266 Rdn. 73.

7 «eine geschäftliche Disposition, bei der es ungewiss ist, ob die Konsequenz eine Vermögensschädigung ist» Martin Paul WASSMER, «Untreue bei Risikogeschaften», Heidelberg 1997. pág. 10.

8 «die, für [die] wesentlich ist, dass die Prognose, ob die fragliche Maßnahme zu einem Gewinn oder Verlust führt mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet ist» Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rdn. 20. Parecido: «mit einem erhöhten Maß an Ungewissheit belastet [sind]» Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 200.

9 Mirelle DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, tomo II, PUF, coll. «Thémis», 1990, pág. 289.

Son dos los tipos de actos que pueden generar riesgo para las sociedades. El primero son las decisiones comerciales legales (eventualmente nulos) con las cuales está asociado el peligro que proviene de los factores del mercado (por ejemplo, las variaciones de valor de los títulos de valor). El segundo tipo lo constituyen los actos ilegales beneficiosos para la sociedad por los que corre el riesgo de ser descubierta y por los que la sociedad tendrá que sufrir las consecuencias (por ejemplo, los actos de corrupción¹⁰). Los dos tipos tienen como consecuencia diferentes factores que influyen en la cuestión de la responsabilidad penal. En mi opinión, aunque se trata de un problema de gran importancia, el segundo tipo de operaciones de alto riesgo no parece ser una causa importante en la crisis económica de hoy en día. Por lo tanto el estudio se limitará al primer tipo de peligro.

Son varios los tipos de operaciones de alto riesgo que se conocen. El primer y más clásico grupo está formado por los contratos bilaterales, según los cuales una parte ejecuta su prestación de forma inmediata y la ejecución de la otra se retrasa o dilata en el tiempo. Siempre existe un riesgo de que la parte que todavía tiene que cumplir con

sus obligaciones no pueda hacerlo por haberse insolventado. Un ejemplo típico de este grupo de negocios son los créditos.¹¹ El segundo grupo lo conforman los negocios, cuyos resultados están directamente asociados a las variaciones del valor de las cosas o del capital (negocios especulativos). Las operaciones de este tipo están sobre todo presentes en el comercio del mercado de valores, sobre todo en las bolsas.¹² En el tercer grupo ingresan todos los negocios dirigidos al resultado que no se puede prever por adelantado, como la inversión en investigación científica o la publicidad.¹³

III. Los preceptos relevantes

En los órdenes jurídicos de los países enumerados existen varios delitos que podrían castigar operaciones del riesgo elevado:

1. En Alemania
 - a. «die Untreue» (abuso de confianza)¹⁴
2. En Francia
 - a. «l'abus de confiance» (abuso de confianza)¹⁵

10 Uno de los casos más famoso de este tipo es el escándalo Siemens: BGH, Sentencia del 29 Agosto 2008 - 2 StR 587/07, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2009, p. 95 y ss.

11 Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 207 y s.

12 Uwe HELLMANN, «Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit», en Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 11/2007, pág. 433.

13 Andreas RANSIEK, «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 3/2004, pág. 634.

14 § 266 Strafgesetzbuch (StGB)

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 266 Código penal alemán

(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

15 Article 314-1 Code pénal

L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.

Artículo 314-1 Código penal francés.

Es apropiación indebida el hecho, cometido por una persona, de distraer, en perjuicio ajeno, fondos, valores o cualquier bien que le hayan sido entregados y que haya aceptado con la obligación de devolverlos, presentarlos o hacer de ellos un uso determinado.

La apropiación indebida será castigada con tres años de prisión y multa de 275.000 euros. (citado del servicio oficial francés: www.legifrance.gouv.fr)

- b. «l'abus de biens sociaux» en una sociedad de responsabilidad limitada¹⁶ y en una sociedad anónima (abuso de los bienes de la sociedad)¹⁷
3. En Polonia
 - a. «nadużycie zaufania» (abuso de confianza)¹⁸
 - b. «działanie na szkodę spółki» (actuar en detrimento de la sociedad)¹⁹

Es necesario acentuar que el abuso de confianza en el derecho penal alemán y polaco no se refiere al mismo tipo de conducta que el abuso de confianza en el derecho francés. La tradición francesa asocia esta noción a un delito general

de apropiarse la cosa ajena confiada al autor, similar del delito de apropiación indebida español o *Unterschlagung* en el derecho alemán²⁰. El abuso de confianza en el lenguaje jurídico alemán y polaco se refiere solamente a los delitos que suponen que se confía los bienes a una persona con determinados poderes y con el objetivo de guardar estos bienes y/o procurar ganancias, de modo similar a los delitos de administración desleal o fraudulenta en el derecho español.

El ordenamiento jurídico alemán contiene solamente un delito de abuso de confianza (*Untreue*) definido de una

16 Article L241-3 4° Code de commerce:

Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros: [...]

Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

Artículo L241-3 4° del Código de comercio francés

Será castigado con dos años de prisión y 375.000 euros de multa:

4° Los gerentes que hubieran hecho un uso de los bienes o del crédito de la sociedad de mala fe, con pleno conocimiento de que es contrario al interés de ésta, con fines personales o para favorecer a otra sociedad en la que estuvieran interesados directa o indirectamente; (citado del servicio oficial francés: www.legifrance.gouv.fr).

17 Article L242-6 3° Code de commerce

Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour:

[...] Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

Artículo L242-6 3° Código de comercio francés

Será castigado con cinco años de prisión y 375.000 euros de multa:

3° El presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que hicieran de los bienes o del crédito de la sociedad, de mala fe, un uso contrario al interés de ésta, con pleno conocimiento de ello, para fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que estén interesados directa o indirectamente; (citado del servicio oficial francés: www.legifrance.gouv.fr).

18 Artikel 296 Kodeks karny (StGB)

Untreue:

§ 1. Wer aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift, aufgrund der Entscheidung eines zuständigen Organs oder aufgrund eines Vertrags zur Betreuung von Vermögensangelegenheiten oder zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Tätigkeit einer natürlichen Person, einer juristischen Person oder einer Organisationseinheit ohne Rechtspersönlichkeit verpflichtet ist und durch Missbrauch der ihm eingeräumten Befugnisse oder durch die Nichterfüllung der ihm obliegenden Pflichten einem dieser Rechtssubjekte einen bedeutenden Vermögensschaden zufügt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

§ 4. Handelt der Täter einer Tat im Sinne der §§ 1 oder 3 fahrlässig, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Traducción según: Ewa WEIGEND, «Das polnische Strafgesetzbuch», Ed. Iuscrim, Freiburg im Breisgau 1998.

Artículo 296 del Código penal polaco.

§1 Quien, siendo obligado por medio de la ley o una decisión de un órgano competente o un contrato a ocuparse de los intereses patrimoniales o actividad económica de una persona física, moral o otra entidad careciendo de personalidad jurídica, abusando de las funciones conferidas a incumpliendo sus obligaciones, causa un daño patrimonial de significancia será castigado con la pena de privación de libertad de 3 meses hasta 5 años.

§4 Si el reo actúa con imprudencia, será castigado con la pena de privación de libertad hasta 3 años.

19 Artikel 585 § 1 des Handelsgesellschaftengesetzbuchs

Handeln zum Nachteil der Gesellschaft:

Wer an der Gründung einer Handelsgesellschaft teilnehmend oder als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats, der Revisionskommission oder als ihr Abwickler/Liquidator sich betätigend, zu seinem Nachteil handelt, wird mit der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. (Traducido por E. Weigend und S. Tosza).

Artículo 585 § 1 del Código de las sociedades comerciales polaco.

Quien, participando a la creación de una sociedad comercial o siendo miembro de su consejo de administración o consejo de vigilancia o siendo su liquidador, actúa en detrimento de ella, sea castigado con la pena de privación de libertad hasta 5 años y multa.

20 § 246 StGB.

manera muy amplia.²¹ El sistema penal francés y el polaco contienen cada uno dos delitos que pueden ser analizados en el contexto de este artículo. La relación entre el abuso de los bienes de la sociedad y el abuso de confianza en el derecho francés no ofrece mayores inconvenientes, siendo el primero un delito especial y el segundo un delito general. En cambio, la responsabilidad en los preceptos del derecho penal polaco no está definida con claridad. En muchas ocasiones es posible una condena por ambos delitos.²²

IV. Análisis comparativo

a. Las personas responsables

El primer elemento del delito a analizar tiene relación con la persona que puede ser responsabilizada por las operaciones de alto riesgo en las sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas. Para abordar esta pregunta se tiene primero que especificar qué cargos son los que pueden ser responsabilizados penalmente.

Se puede distinguir hasta tres grupos de oficios en las sociedades. El primer grupo refiere a los que ocupan cargos de dirigencia en la sociedad: el gerente en una sociedad de responsabilidad limitada, el presidente, los administradores o los directores generales como los miembros del consejo de administración de una sociedad anónima. Estas personas son las que toman las decisiones sobre la estrategia de la sociedad, que serán ejecutadas por medio de las personas ubicadas en el nivel más bajo de la jerarquía de la sociedad o las que toman decisiones concretas de mayor importancia para la sociedad. El segundo grupo lo constituyen los miembros de los cuerpos con función de vigilancia (el consejo de vigilancia). Finalmente el tercer grupo está formado por los empleados de la sociedad que no pertenecen a ninguno de los dos grupos mencionados, pero quienes disponen de un cierto poder de decisión con relevancia económica para la sociedad. Estas personas, para poder ser potencialmente responsables, tienen que tener un cierto espacio de libertad a la hora de tomar sus decisiones y no solamente limitarse a ejecutar las decisiones de los funcionarios de un nivel más alto en la jerarquía de la sociedad. Como ejemplo puede indicar a un empleado de banco que concede discrecionalmente un crédito.

Aunque la orden jurídica francesa provee un complejo de preceptos muy complicado, determinando la responsabilidad por el delito del abuso de los bienes de la sociedad, no cabe duda alguna sobre quien puede ser responsable por estos delitos, puesto que los preceptos lo determinan

de forma expresa. Estas personas son determinadas por la norma:

- En una sociedad de responsabilidad limitada: el gerente (L241-3 4° del Código de Comercio)
- En una sociedad anónima de tipo «clásico» francés: el presidente, los administradores o los directores generales (L242-6 3° del Código de Comercio)
- En una sociedad anónima de tipo «alemán»: los miembros del consejo de administración o del consejo de vigilancia (L242-30 del Código de Comercio)

Esta regulación permite entonces responsabilizar penalmente a todas las personas del primer y del segundo grupo. Los miembros del tercer grupo están exentos de responsabilidad en calidad de autor, aunque pueden ser castigados como cómplices. Sin entrar en los detalles de la teoría del delito francesa, se tiene que subrayar que para que el cómplice pueda ser condenado penalmente es necesario que el autor principal ejecute su acción.²³ Además, el elemento subjetivo también tiene que estar realizado. Por lo tanto, es necesario que el cómplice sea consciente del carácter delictivo del acto del autor principal y quiera participar en ello.²⁴

Cuando no sea posible imputar el delito de abuso de los bienes de la sociedad, se puede imputar el delito común del abuso de confianza, porque este precepto no contiene la exigencia típica e que el autor ejerza un cargo particular. Basta entonces que se puede determinar que el bien ha sido entregado y que el autor lo ha aceptado con la obligación de devolverlos, presentarlos o hacer de ellos un uso determinado (Art. 314-1 del Código Penal francés).

La legislación polaca ofrece dos preceptos que definen delitos especiales que pueden castigar operaciones del tipo de riesgo elevado. El primero, el abuso de confianza del artículo 296 del Código Penal polaco, prevé que puede ser autor de este delito quien es «obligado por un precepto de la ley, una decisión de un órgano competente o un contrato a ocuparse de los intereses patrimoniales o actividad económica de una persona física, moral o otra entidad careciendo de personalidad jurídica». Todas las personas mencionadas previamente son pasibles de ser autor de este delito, porque están obligadas por la ley (por ejemplo, los miembros del consejo de administración) o por contrato (los empleados) a ocuparse de los intereses patrimoniales de una persona jurídica (sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima). Los empleados, para poder ser autores del delito descrito en el artículo 296 del Código Penal polaco, tienen por lo menos que disponer de un cierto margen de libertad en la ejecución de sus funciones.²⁵

21 La doctrina alemana adopta una posición crítica frente a esta amplitud, por ejemplo: Andreas RANSIEK, «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3/2004, pág. 654.

22 Piotr KARDAS en A. ZOLL (edición), «Kodeks karny, Część szczególna, komentarz do art. 278 - 363 k. k.», Zakamycze, 2004, Rdn. 99.

23 Frédéric DESPORTES, Francis LEGUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, pág. 513.

24 Frédéric DESPORTES, Francis LEGUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, pág. 516.

25 Piotr KARDAS en A. ZOLL (edición), «Kodeks karny, Część szczególna, komentarz do art. 278 - 363 k. k.», Zakamycze, 2004, Rdn. 56 y s.

El segundo delito previsto en la legislación polaca, el actuar en detrimento de la sociedad (art. 585 del Código de las sociedades comerciales polacas) enumera expresamente a las personas que pueden cometer esta infracción en calidad de autor. Estas personas son los miembros del consejo de administración, los miembros del consejo de vigilancia y los liquidadores de la sociedad. Por lo tanto, no cabe duda alguna que todas las personas mencionadas anteriormente (con la excepción de los empleados) pueden ser sujetos activos de este delito. En cuanto a los empleados, solo es posible una responsabilidad penal por complicidad. En el derecho penal polaco las reglas que conciernen a esta forma de participación en el delito son reguladas de un modo muy particular según la tradición que remonta al Código penal del 1932. Aunque por lo menos dos teorías describen la acción del cómplice, la doctrina dominante está de acuerdo con que es suficiente que el cómplice realice la acción de facilitar la comisión del delito sin que el autor principal tenga que realizar actividad alguna.²⁶ La primera teoría ve en la complicidad un delito de simple actividad exigiendo solamente que el cómplice realice una acción de colaborar con el autor principal.²⁷ La segunda teoría entiende la complicidad como un delito de resultado, que se realiza en la creación de una situación fáctica que facilita la comisión del delito.²⁸ En ambas teorías el derecho polaco trata la complicidad como un delito propio con sus propios elementos del tipo (la acción de colaborar).²⁹ En consecuencia, el ámbito de penalización es mucho más amplio que en los otros ordenamientos jurídicos. No hay que olvidar que los elementos del tipo subjetivo también tienen que ser cumplidos. De esta manera, el cómplice tiene que querer que el autor principal actúe en detrimento de la sociedad.³⁰

El § 266 Código Penal Alemán dispone: «Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar

los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar». Los gerentes³¹, los miembros del consejo de administración³² y del consejo de vigilancia³³ cumplen con estos requisitos del tipo penal alemán. Además, siempre que los empleados referidos supra dispongan de alguna responsabilidad y libertad de decisión sobre asuntos de cierta relevancia, también pueden ser sujetos activos del delito de abuso de confianza.³⁴

En conclusión, en cuanto al requisito para ser sujeto activo del delito, todos los regímenes analizados incluyen la responsabilidad penal de los más altos cargos en las empresas y los managers de nivel medio por aquellos actos que perjudiquen el patrimonio que tienen la obligación de salvaguardar o disponer.

b) La acción

Para analizar si los delitos en cuestión pueden servir para castigar las decisiones arriesgadas, se tiene primero que analizar cuáles son los tipos de actuación que pueden poner en riesgo a la sociedad. Con ese propósito se puede diferenciar cuatro situaciones:

- a) Una persona que tiene función de dirección en la sociedad (solo o con otras personas, el gerente, un miembro del consejo de dirección, un presidente de la sociedad, los administradores o los directores generales) toma una decisión que excede el nivel de riesgo que sería permitido según las reglas del «empresario cuidadoso» (sorgfältiger Kaufmann).³⁵
- b) Una persona que tiene la función de dirección en la sociedad (solo o con otras personas, el gerente, un miembro del consejo de dirección, el presidente de la sociedad, los administradores o los directores generales) determina una política que permite u obliga a los empleados a tomar decisiones que exceden el

26 Piotr KARDAS, Comentario al Art. 18, en: A. ZOLL (edición), «Kodeks karny. Komentarz», tomo I, Wolters Kluwer, Warszawa, 2007, pág. 327.

27 Andrzej ZOLL, Comentario al Art. 13, en: A. ZOLL (edición), «Kodeks karny. Komentarz», tomo I, Wolters Kluwer, Warszawa, 2007, pág. 201 y s.

28 Kazimierz BUCHAŁA, Andrzej ZOLL, «Polskie Prawo Karne», Warszawa 1997, pág. 295 y s.; Piotr KARDAS, Comentario al Art. 18, en: A. ZOLL (edición), «Kodeks karny. Komentarz», tomo I, Wolters Kluwer, Warszawa, 2007, pág. 328.

29 Piotr KARDAS, Comentario al Art. 18, en: A. ZOLL (edición), «Kodeks karny. Komentarz», tomo I, Wolters Kluwer, Warszawa, 2007, pág. 327.

30 Piotr KARDAS, Comentario al Art. 18, en: A. ZOLL (edición), «Kodeks karny. Komentarz», tomo I, Zakamycze 2004, pág. 304 y ss.

31 Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 79.

32 Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 82.

33 BGH, Sentencia del 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187.

34 Véase Frank SALIGER, en: Helmut SATZGER (edición), Strafgesetzbuch, Kommentar, Heymanns, 2009. Rdn. 10.

35 Urs KINDHÄUSER, en: Urs KINDHÄUSER, Ulfrid NEUMANN, Hans-Ulrich PAEFFGEN, Strafgesetzbuch, Tomo 1, Segunda Edición, Baden-Baden, 2005. Rdn. 75.

nivel de riesgo permitido según las reglas del «empresario cuidadoso».

- c) Un administrador (en el derecho francés) o un miembro del consejo de vigilancia tolera o acepta una de las situaciones descritas en los literales a) y b).
- d) Un empleado toma, según su margen de libertad, una decisión que excede el nivel de riesgo que sería permitido según las reglas del «empresario cuidadoso».

Las reglas del «empresario cuidadoso» no se encuentran definidas por el derecho penal y son diferentes en cada país y, sobre todo, en cada mercado en el que se toma la decisión en cuestión. Como se ha dicho anteriormente, la vida económica trae aparejado un cierto nivel de riesgo. Un «empresario cuidadoso» debe tomar sus decisiones limitándose a este nivel de riesgo que será diferente dependiendo del tipo de patrimonio que se involucre en la transacción, a saber, el patrimonio de un cliente del banco o el patrimonio de un inversor en la bolsa que toma la decisión de especular con los papeles de valor de un nivel de riesgo elevado.

El abuso de los bienes de la empresa es definido por los artículos que prevén la responsabilidad en el derecho penal francés como la utilización de los bienes de la sociedad, con pleno conocimiento de que tal uso es contrario a los intereses de ésta. La última parte del texto sugiere, no sin razón, la exigencia de un elemento subjetivo para la configuración del tipo. Sin embargo, esta descripción define también cómo tiene que ser el uso para que pueda conducir a su autor a la responsabilidad penal.³⁶ Sin duda el hecho de tomar una decisión que genere demasiados riesgos para la sociedad involucra el uso de los bienes de la sociedad. Además el derecho francés castiga el abuso del crédito de la sociedad y el abuso del poder en las mismas circunstancias en las que castiga el abuso de los bienes de la sociedad. Un negocio demasiado arriesgado podría caer en efecto en cada una de estas tres categorías. Si esta acción puede ser considerada como contraria a los intereses de la empresa, es algo que deberá ser determinado por los tribunales. Estos reconocen que la asunción de un cierto riesgo es necesaria para el desarrollo de los negocios y exigen, por tanto, que el riesgo considerado como contrario al interés de la sociedad sea un riesgo calificado, es decir un riesgo para el activo de la sociedad al cual ésta no debía ser expuesta.³⁷

Frente al delito de abuso de confianza en el derecho francés, la ley requiere que el autor distrae fondos, valo-

res o cualquier bien. Aunque la jurisprudencia considera suficiente que el autor actúe como si fuera propietario solamente durante un momento muy breve³⁸, el hecho de tomar una decisión demasiado arriesgada no parece ser suficiente como para predicar el cumplimiento de este requisito. Sería entonces incorrecto afirmar que la decisión que queda cobijada por el riesgo permitido se ajusta necesariamente a la voluntad del propietario mientras que una que lo excede es, por este simple hecho, contraria a esta voluntad y por lo tanto llevaría a considerar que el autor se ha comportado como si fuera propietario. Esta interpretación implicaría la utilización del mecanismo penal para juzgar a todos los usuarios de los bienes confiados si el uso que le dan a los mismos no es el mismo definido por las reglas del contrato. Así la función del derecho penal desaparecería, convirtiéndose en instrumento del derecho civil para vigilar el cumplimiento de las obligaciones.

El art. 296 del Código Penal polaco exige que el autor del delito abuse de sus funciones o incumpla una de sus obligaciones. Según conocimiento del autor, no se han expedido sentencias que tengan relación con el tema de este artículo. Sin embargo las acciones descritas anteriormente parecen coincidir con estos elementos del delito. Una de las obligaciones de un gerente o miembro del consejo de administración consiste en vigilar el patrimonio de la sociedad. Si una de estas personas expone la sociedad a un riesgo excesivo, estará incumpliendo esta obligación y, por lo tanto, puede ser sujeto activo del delito en cuestión.

La segunda posibilidad que ofrece el derecho penal polaco —el actuar en detrimento de la sociedad— sólo exige que el autor actúe en detrimento de la sociedad. Considerando que el riesgo permitido está considerado como necesario para que la sociedad sea rentable, el riesgo no permitido y al mismo tiempo no necesario para que lo sea, puede ser considerado sin duda como perjudicial para ella.

El artículo § 266 del Código penal alemán describe la acción en los siguientes términos: abusar de las facultades otorgadas para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro (1) o lesionar el deber de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos (2). La descripción de acción es uno de los problemas más debatidos para que pueda predicarse la configuración del tipo de abuso de confianza en la doctrina alemana.³⁹ La doctrina dominante diferencia hoy en día entre el variante (1) que castiga las situaciones en las cuales el autor actúa dentro de los poderes conferidos a él pero fuera de lo que debía hacer⁴⁰ y la variante (2), cuando el autor actúa fuera de los poderes confiados, exigiendo para ambas variantes que se lesione el deber de

36 Eva JOLY, Caroline JOLY-BAUMGARTNER, «L'abus de biens sociaux. A l'épreuve de la pratique», *Economica*, 2002, pág. 55.

37 A Annie MÉDINA, «Abus de biens sociaux. Prévention – Détection – Poursuite», *Dalloz*, 2001, pág. 100.

38 Mirelle DELMAS-MARTY, Genviève GIUDICELLI-DÉLAGE, «Droit pénal des affaires», Paris, 2000 pág. 276.

39 Urs KINDHÄUSER, en: Urs. KINDHÄUSER, Ulfried, NEUMANN, Hans-Ulrich PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Tomo 1, Segunda Edición, Baden-Baden, 2005. Rdn. 11; Bernd SCHÜNEMANN en: Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE, Walter ODERSKY, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Tomo 7, Edición 11, Berlin, Rdn. 4.

40 Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 22.

salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos (Vermögensbetreuungspflicht). La primera posibilidad está considerada como *lex specialis* de la segunda. Entonces si el autor lesiona el deber mencionado y cumple un negocio jurídico válido —comete el delito de la primera variante. Si el negocio no es válido o su acción no es un negocio jurídico— comete el abuso descrito en la segunda variante.⁴¹

Los tribunales alemanes confirmaron en varias ocasiones que un acto que pone en riesgo al patrimonio conferido, superando el nivel de riesgo permitido según las reglas del «empresario cuidadoso», lesiona el deber de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos. Además la jurisprudencia alemana ha establecido varias reglas que precisan el límite del riesgo en función del tipo de negocio de que se trate⁴², de la relación entre el autor y el propietario (existencia del acuerdo sobre el nivel de riesgo)⁴³ o del tipo de sociedad⁴⁴.

Para concluir, la forma en que se encuentra descrita la acción en los delitos en cuestión permite considerar que un negocio demasiado arriesgado cumple con este requisito a excepción del tipo de abuso de confianza francés que exige la distracción o desviación de los bienes o fondos conferidos. El hecho de que el patrimonio pueda llegar a correr riesgos no puede ser interpretado como una distracción o desviación de bienes o fondos.

c) El resultado

Los delitos en cuestión difieren de manera importante en cuanto al resultado exigido. El abuso de los bienes de la sociedad en el derecho francés así como el actuar en detrimento de la sociedad en el derecho polaco son delitos de simple actividad. Contrariamente, el delito de abuso de confianza previsto en el código penal alemán y en el código penal polaco exigen un resultado.

El artículo § 266 del Código Penal alemán, describe el resultado en los términos de una afectación para la persona cuyos intereses que el autor debe cuidar. Este elemento del delito ha sido objeto de una abundante jurisprudencia y ha suscitado el interés de la doctrina.⁴⁵

Además del daño real, para interpretar cómo puede definirse la afectación se ha incorporado la teoría desarrollada para el delito de estafa: la teoría de la puesta en peligro (schadensgleiche Vermögensgefährdung)⁴⁶. Esta teoría permite igualar la afectación con un daño real, consistente en el hecho de que el patrimonio de la sociedad está expuesto a un riesgo equivalente a un daño realizado.⁴⁷ La jurisprudencia alemana ha seguido esta teoría durante varios años, aunque se le han formulado numerosas críticas.⁴⁸ En consecuencia el requisito de la afectación no imposibilita el castigo por la realización de negocios de riesgo exagerado.

Ni en la jurisprudencia ni en la doctrina polaca se ha popularizado una teoría parecida a la teoría de la puesta en peligro. Además, el art. 296 de Código Penal exige que el perjuicio sea de un valor calificado (200 veces el salario mínimo mensual vigente al momento de cometer el delito⁴⁹). Por lo tanto no es posible castigar las actuaciones que hasta ahora hemos analizado en caso de no producirse un daño. Una vez verificada la producción de éste, la afectación sobrepasaría probablemente el nivel tolerado.⁵⁰ Sin embargo, recordando que el derecho polaco dispone de un delito de simple actividad, que permite castigar las mismas conductas sin que sea necesario comprobar el resultado, no parece extraño que la jurisprudencia no desarrolle teorías parecidas a la teoría de la puesta en peligro y se limite a aplicar el delito del art. 585 del Código de las Sociedades Comerciales.

Como se ha podido demostrar, los sistemas jurídicos estudiados no impiden la punición de las conductas analizadas a pesar de tener consagrado diferentes exigencias frente al resultado del delito. Para unos delitos esta exigencia no ha sido incluido en el texto de la ley, para otros la jurisprudencia ha encontrado soluciones que permiten una interpretación amplia de este elemento.

d) El tipo subjetivo

Los delitos de abuso de confianza previstos en el derecho penal polaco, francés y alemán exigen el dolo – directo

41 Urs KINDHÄUSER, en: Urs. KINDHÄUSER, Ulfried, NEUMANN, Hans-Ulrich PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Tomo 1, Segunda Edición, Baden-Baden, 2005. Rdn. 26 y s.

42 P. ej. BGH, Sentencia del 27 febrero 1975 - 4 StR 571/74, *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, pág. 1236.

43 BGH, Sentencia del 6.04.1982 - 5 StR 8/82, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1982, pág. 624; BGH, Sentencia del 1.08.1984 - 2 StR 341/84, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* 1985, pág. 69 y s.

44 BGH, Sentencia del 11.10.2000 - 3 StR 336/00, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2001, pág. 155.

45 Véase p. ej. Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 177 y ss. y Frank SALIGER, en: Helmut SATZGER (edición), *Strafgesetzbuch, Kommentar, Heymanns*, 2009. Rdn. 50 y ss y la literatura citada allí.

46 Gustavo BALMACEDA HOYOS, Michael FERDINAND PELLER, *Análisis Dogmatico del Concepto de «Perjuicio» en el Delito de Estafa* (Especial referencia al concepto de «perjuicio en forma de peligro»), *Revista de Estudios de la Justicia*, 7/2006, pág. 185.

47 Thomas FISCHER, «Strafgesetzbuch und Nebengesetze», C.H. Beck, München, 2010, Rdn. 150.

48 Por. ej. Alfred DIERLAMM, en: Roland Hefendehl, Olaf Hohmann, «Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch», Tomo 4, (edición 2006), § 266 Rdn. 195

49 Art. 115 § 5 del Código Penal polaco.

50 Según las tasas actuales este nivel equivale aproximadamente a 66.000 Euros.

o eventual⁵¹, mientras que el derecho francés exige para el abuso de los bienes de la sociedad, además del dolo, que el autor cometa al abuso con fines personales o para favorecer a otra sociedad en la que tuviera un interés directo o indirecto. Aunque la jurisprudencia ha estado dispuesta a interpretar éste elemento del delito de manera amplia, parece que, precisamente por este elemento, la responsabilidad por las decisiones demasiado arriesgadas está excluida, salvo en el caso en el que el autor esté motivado a tomar estas decisiones por razones personales.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, es posible considerar que el elemento subjetivo se configura si el autor actúa para preservar la reputación de la familia, las relaciones de amistad o para ganar agradecimiento de las personas que se ven beneficiadas con el abuso.⁵² El simple hecho de realizar un negocio que involucre un riesgo excesivo podría estar motivado por la voluntad del autor de parecer un empresario exitoso, caso en el cual, aparentemente, podría justificarse la existencia del interés personal. Sin embargo al autor no tendría por qué conocer el alcance de las sentencias reseñadas y la amplia interpretación que del elemento subjetivo proponen. Teniendo en cuenta que el hombre tiene en casi todas sus actividades un motivo personal más o menos apreciable, esta interpretación dejaría sin sentido a la exigencia de un elemento subjetivo calificado.

Además de castigar el abuso de confianza doloso, el derecho penal polaco ofrece la posibilidad de castigar también este delito si se ha cometido por imprudencia (art. 296 § 4 del Código penal polaco). Esta tremenda extensión en la barrera de punibilidad permite, teóricamente, castigar a los empresarios que no hayan previsto el alto riesgo del negocio, pudiendo provocar un daño considerable a la sociedad, que podría haberse tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión negocial.⁵³

4. Conclusión

Como se ha podido demostrar, los preceptos que penalizan los abusos en la administración de las sociedades difieren entre sí de manera importante en las distintas legislaciones estudiadas. El abuso de los bienes de la sociedad en derecho francés castiga los actos abusivos de los administradores que actúan motivados por un interés personal —aunque tal interés se ha interpretado de manera amplia—. El abuso de confianza no puede aplicarse en este caso, pues no parece plausible considerar que el hecho

de tomar una decisión cuyo único vicio es ser demasiado arriesgada, deba asimilarse a la actuación en calidad de propietario, siendo éste el requisito exigido para considerar que el autor ha desviado los bienes, fondos o valores y por lo tanto ha cometido el delito de abuso de confianza.

A diferencia del sistema francés, el derecho penal polaco ofrece amplias posibilidades de castigo para los actos de negocio incorrecto, no sólo a título doloso sino también cuando han sido realizados imprudentemente. Además, el código de las sociedades mercantiles en su parte referida a la responsabilidad penal prevé un delito de simple actividad con una formulación extremadamente larga, exigiendo solamente que el autor actúe en detrimento de la sociedad, sin precisar cómo debe interpretarse este precepto. Afortunadamente la ley limita la responsabilidad a los delitos dolosos y a las personas por ella definidas. La investigación penal polaca no está regida por el principio de oportunidad sino de legalidad y la fiscalía tiene limitadas posibilidades para renunciar a la investigación.⁵⁴ Por lo tanto, el sentido común de los fiscales es el responsable de aplicar el art. 585 del Código de las sociedades mercantiles de tal forma que su contenido no se convierta en obstáculo para el normal desarrollo de los negocios, recurriendo al proceso penal sólo cuando ser verdaderamente necesario. El derecho alemán, por su parte, prevé un delito que permite castigar las decisiones de alto riesgo sin describir el espectro de la punibilidad de una manera exagerada.

El resultado de este estudio demuestra que el derecho penal alemán y polaco prevén delitos que de hecho castigan la mala administración de las sociedades, si de la misma se deriva un daño patrimonial. El derecho penal alemán exige que esta conducta sea dolosa, el derecho penal polaco consagra además el tipo imprudente. Por lo tanto el derecho penal polaco permite juzgar no solamente los actos con las cuales los administradores exponen a las sociedades al riesgo económico de forma intencional, sino también los actos que generan riesgos que no han sido previstos por los administradores. Por el contrario, el orden jurídico francés no permite juzgar la forma en que se ha administrado la sociedad si el administrador no ha actuado ni decidido atendiendo a un interés personal.

A la luz de la crisis económica actual, en la cual, como se sabe, se han tomado múltiples decisiones que generan riesgos elevados, sobre todo en el ámbito del mercado financiero, el derecho penal puede jugar un papel importante. Teniendo en cuenta la creciente internalización de los negocios, tomando como referencia particular el funcio-

51 Piotr KARDAS en A. ZOLL (edición), «Kodeks karny, Część szczególna, komentarz do art. 278 - 363 k. k.», Zakamycze, 2004, Rdn. 6; Jacques-Henri ROBERT, Haritini MATSOPOULOU, «Traité de droit pénal des affaires», Presses Universitaires de France, Paris, 2004, pág. 109 y s.; Theodor LENCKNER, Walter PERRON, en: A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Edición 27, 2006, Rdn. 49.

52 E. Joly, C. Joly-Baumgartner, «L'abus de biens sociaux. A l'épreuve de la pratique», *Economica*, 2002, p. 140.

53 Piotr KARDAS, Comentario al Art. 18, en: A. ZOLL (edición), «Kodeks karny. Komentarz», tomo I, Zakamycze 2004, pág. 150 y ss.

54 Es posible, si la nocividad social de un delito cometido esta considerablemente menor a la nocividad social prevista por el legislador (Art. 1 § 3 del Código penal polaco).

namiento del mercado común europeo, es pertinente preguntar si la magnitud de las diferencias existentes entre los delitos analizados en el presente artículo no lleva a obtener resultados injustos y a generar una cuota considerable de inseguridad jurídica para los administradores de las sociedades que funcionan, por ejemplo, en los tres países cuyas leyes se han estudiado. Considerando la importancia de la realización de estos actos para garantizar la estabilidad financiera del mercado europeo, surge una nueva pregunta: ¿deben los delitos que se denominan en este texto como abuso en la administración de las sociedades ser objeto de

una cierta armonización en el nivel europeo? El Art. 83 apartado. 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁵ ofrece un fundamento legal para la armonización de las definiciones de los delitos «que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes». Este tipo de abusos no está incluido en el catalogo de este artículo y, por lo tanto, tendría que ser sujeto de aprobación del Parlamento Europeo y contar con la decisión unánime del Consejo.

⁵⁵ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, Numero C 83 del 30 Marzo 2010, p. 81-82.