

PATRICIA FARALDO CABANA

**Doctora en Derecho y Diplomada en Criminología
Becaria de FPU en el Área de Derecho Penal de
la Universidad de A Coruña**

Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995¹

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación sobre “Delitos económicos” que se desarrolla en el Área de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña, y que ha sido financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia (núm. de referencia PB93-1168).

Sumario

1. DETERMINACIONES PREVIAS; 2. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA JUNTA GENERAL DE LA ENTIDAD EN LOS NEGOCIOS DE RIESGO; 3. RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO. CONCEPTO, CARACTERES Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA; 4. CONCLUSIONES.

1. DETERMINACIONES PREVIAS

La aprobación de un nuevo Código Penal de 1995, en el que aparece por primera vez en España un Título dedicado a los “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” (el XIII del Libro II), permitirá sancionar penalmente una amplia serie de conductas ilícitas en el ámbito de la empresa que con la legislación anterior no encontraban claro acomodo en ninguna de las figuras delictivas existentes.

Hasta la aparición de este nuevo texto punitivo, el delito de apropiación indebida era casi la única forma de castigo en el Derecho penal español de la administración desleal del patrimonio ajeno, como críticamente habían puesto de manifiesto en la doctrina, entre otros, TERRADILLOS BASOCO², BAJO FERNANDEZ³ o MARTINEZ PEREZ⁴. El Código penal derogado, a diferencia de los de los países de nuestro entorno cultural inmediato, no conocía el delito de administración fraudulen-

2 Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos societarios: el Derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*. Madrid, 1987, págs.44 y siguiente.

3 Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO FERNANDEZ, M./ PEREZ MANZANO, M./ SUAREZ GONZALEZ, C.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 2. ed. Madrid, 1993, págs.404 y siguiente.

4 Cfr. MARTINEZ PEREZ, C.: *El delito societario de administración fraudulenta*. “EPC” XVII, 1994, especialmente págs.305 y siguientes.

ta o desleal. De esta forma, “al limitarse a castigar los supuestos en que ese abuso (de confianza) determine una ilícita apropiación, sigue (seguida) la pauta genérica de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la forma jurídica y no a las verdaderas relaciones de poder, a la forma jurídica y no a la realidad económica. Con ello quedan en el campo del ilícito civil atentados patrimoniales muy graves que, desde luego, han de estimarse merecedores de castigo”⁵. La existencia de dicha laguna había determinado en ocasiones la aplicación por los Tribunales del delito de apropiación indebida y, menos frecuentemente, de la estafa, a supuestos de administración desleal del patrimonio ajeno que no les eran propios⁶. Y aunque no existen inconvenientes en apreciar el delito de apropiación indebida o la estafa en ciertos supuestos de administración desleal o de infidelidad patrimonial de socios y administradores⁷, es preciso reconocer una amplia gama de conductas que sólo difícilmente podría ser abarcada por estos clásicos delitos patrimoniales, bien porque caen directamente fuera de su ámbito de aplicación, bien porque constituyen formas imperfectas de ejecución cuya persecución no suele interesar a la Administración de Justicia al no materializarse el perjuicio patrimonial, o bien, por último, por-

5 VIVES en VIVES ANTON, T. S./ BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 1993, pág. 962.

6 Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Hurto y apropiación indebida: criterios de demarcación*. “CPC” núm.28, 1986, pág.125. Vid. las SSTs 23 junio 1973 (Ar. 2896), 29 enero (Ar. 579) y 30 marzo 1991 (Ar. 2480). La segunda STS mencionada señala específicamente que “los supuestos de administraciones fraudulentas, no pueden integrar los tipos de estafa... ni el de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no la propiedad de cosas determinadas”.

7 Vid. por ejemplo, la STS de 23 de junio de 1973 (Ar. 2896), en la que el Tribunal Supremo no dudó en aplicar el delito de apropiación indebida a la conducta del presidente del consejo de administración de un banco, que era a su vez único accionista del mismo, que utilizó indebidamente el capital social en perjuicio de los cuentacorrentistas e impositores.

que se entienda que en la apropiación indebida no se castigan las formas imperfectas de ejecución.

Esto es lo que sucede con los negocios de riesgo⁸. Ya el mismo concepto es problemático, habiendo ofrecido los autores diversas definiciones que no contribuyen a dar mayor claridad al tema⁹. Debemos partir de que no existe un concepto legal del negocio de riesgo, expresión descriptiva que alude simplemente a una serie de casos que se estiman merecedores de un tratamiento jurídico unitario¹⁰.

HILLENKAMP describe el negocio de riesgo como “disposición negocial que puede ser un desacierto”, posibilidad que existe únicamente allí donde hay al menos dos vías abiertas de actuación¹¹. La doctrina ha criticado con dureza la excesiva extensión de esta definición, puesto que siempre existe la posibilidad de que se malogren las decisiones negociales: la posibilidad de que la decisión que se tome sea desafortunada es una característica de toda decisión empresarial, y no sólo de los

8 Vid. en general, al hilo del estudio acerca del delito de infidelidad patrimonial (*Untreue*) regulado en el parágrafo 266 del Código penal alemán (StGB), DREHER, E./ TRÖNDLE, H.: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. München, 1995, § 266, Rn.25 (pág.1360); LACKNER, K.: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. München, 1995, §266, Rn.7 (pág.1125); LENCKNER en SCHÖNKE, A./ SCHRÖDER, H.: *StGB Kommentar*. 24. Aufl. München, 1991, § 266, Rn.20, págs.1977 y siguiente, y Rn.45; MAURACH, R./ SCHRÖDER, H./ MAIWALD, M.: *Strafrecht. BT*. 7. Aufl. Heidelberg, 1988, págs.506 y siguiente, Rn.44 y siguientes. En especial sobre los negocios de riesgo, vid. BRINGEWAT, P.: *Finanzmanipulation im Ligafußball- ein Risikogeschäft?*. “JZ” 1977, págs.667 y siguientes; HILLENKAMP, T.: *Risikogeschäft und Untreue*. “NSZ” 1981, págs.161 y siguientes.

9 Vid. una panorámica general de la doctrina hasta 1981 en HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs.162 y siguiente. Sobre la situación a la altura de 1990, cfr. NELLES, U.: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. Berlin, 1990, págs.563 y siguientes.

10 Cfr. NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág.563.

11 HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.165.

negocios de riesgo¹². PRIESS ha tratado de concretar la característica del desacierto, señalando que existe un negocio de riesgo cuando se cambia una expectativa de ganancias relativamente segura por otra que conlleva un riesgo o un mayor riesgo de pérdidas¹³.

Se trata, en fin, de negocios que comprometen el crédito de la sociedad en operaciones en las que el riesgo de un resultado perjudicial es de tal grado que se hace intolerable desde el punto de vista de los intereses de la entidad¹⁴. Con el Código Penal de 1944 en la mano era imposible considerar delictiva esta conducta. Pretender incluir el negocio de riesgo en la apropiación indebida era y “es un empeño llamado de antemano al fracaso”¹⁵.

12 Cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. §266, Rn.20 (pág. 1977); LLEBOT MAJO, J. O.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Madrid, 1996, págs.75 y siguiente.

13 PRIESS: *Aktienrechtliche Untreue*. cit. pág.36: “*daß der Gewinnerwartung wegen relativ sichere Vermögenswerte gegen unsicherere eingetauscht werden, die mit dem Risiko oder einem höheren Risiko des Verlustes behaftet sind*”. En el mismo sentido señala NACK, A.: *Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten*. “NJW” 1980, pág.1602, que existe un negocio de riesgo cuando el riesgo de pérdida es injustificablemente alto. En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*. En AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid, 1995, pág.391, define estos negocios como “aquellos en los que la obtención de beneficios es altamente insegura”.

Críticamente acerca de la doctrina que trata de proceder a la diferenciación entre un negocio de riesgo punible y uno atípico fundamentándose en la característica de la “alta probabilidad de las expectativas de ganancias”, vid. KOHLMANN, G.: *Wider die Furcht vor § 266 StGB*. “JA” 1980, pág.231.

14 Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.: *El Derecho Penal bancario en España*. “AP” 1994-2, marginal 908. Consideremos, por ejemplo, el tema de la adquisición de autocartera con cargo al capital social, con el peligro que ello conlleva de “aguamiento” del mismo, al suponer una devolución encubierta de aportaciones a los socios, con el fin de especular con su posterior reventa o para mantener a toda costa un valor de cotización elevado.

15 SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginal 908.

La razón es clara. En estos supuestos no existe un acto de disposición objetivamente idóneo para lesionar el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, esto es, los derechos de propiedad y de crédito¹⁶: no aparece en la dinámica comisiva un acto de disposición de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver, constitutivo del comportamiento típico en la apropiación indebida¹⁷. Son, pues, casos en los que no cabe hablar de actos ejecutivos o de formas imperfectas de ejecución de la apropiación indebida¹⁸, y ni siquiera de simples actos preparatorios impunes, incluso adoptando la interpretación extensiva que utiliza la jurisprudencia, en virtud de la cual se incluyen en el tipo los casos de “asunción de facultades de disposición que sólo al dueño competen” aunque no exista apropiación.

Esta notoria laguna de punibilidad ha sido cubierta en gran medida por el artículo 295 del Código Penal de 1995, que sanciona a “los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando

16 Vid. ORTS BERENGUER, E.: *La administración fraudulenta de bienes ajenos en el Ordenamiento vigente y en el PCP de 1994*. “CDJ” XI, 1995, págs.218 y siguientes. Sobre el bien jurídico en el delito de apropiación indebida, vid. ampliamente DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. Barcelona, 1994, págs.53 y siguientes; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. cit. págs.415 y siguiente; MANJON-CABEZA OLMEDA, A.: *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*. Madrid, 1988, págs. 221 y siguientes y 224.

17 Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. cit. pág.418.

18 Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs. 316 y siguiente, quien afirma que la jurisprudencia dominante niega la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución de la apropiación indebida.

directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, con pena de prisión de seis meses a cuatro años o, alternativamente, multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

Los múltiples problemas que plantea este precepto no serán objeto de comentario en las páginas siguientes. Este trabajo se centrará únicamente en un aspecto del delito de administración social fraudulenta, que a mi juicio está directamente relacionado con la solución jurídico-penal que corresponde dar a los negocios de riesgo: el relativo a los efectos del consentimiento expreso y previo prestado por la junta general de la entidad a las actuaciones de los administradores arriesgadas para el patrimonio social, que se completará con el estudio de los efectos del consentimiento presunto.

Es obvio que la toma de una decisión arriesgada, por sí sola, no implica indefectiblemente una conducta punible, toda vez que el riesgo, dentro de ciertos límites, es consustancial al mundo de los negocios¹⁹. Un comerciante que no se atreve a tomar en situaciones especiales decisiones especiales no es más que un burócrata²⁰. A partir de la relación interna, esto es, tanto de la forma y el contenido de las instrucciones recibidas como del nivel de diligencia con el que actúa, se ha de determinar si y hasta qué punto el administrador de una entidad mercantil puede exponer el patrimonio social a un determinado riesgo social²¹.

19 Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág. 279; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn.20 (pág.1977); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1.* cit. pág.506, Rn.44 y siguiente.

20 Cfr. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1.* cit. pág. 506, Rn. 44.

21 La doctrina y la jurisprudencia alemanas consideran mayoritariamente que el negocio de riesgo debe analizarse como un problema del tipo objetivo del delito de infidelidad patrimonial, de forma que ha de determinarse si y cuándo una conducta arriesgada es contraria al deber según la relación interna que une al sujeto activo con el titular del patrimonio. En este sentido, NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág. 567. Vid.

Y ello puesto que la asunción del riesgo puede implicar un eventual beneficio de los propios administradores o de terceros, sean socios o no, a costa del interés de la sociedad y de los demás socios.

En la realización de un negocio de riesgo se pueden dar fundamentalmente dos situaciones: a) que el sujeto activo administrador se encuentre expresamente facultado por el titular del patrimonio afectado para la realización de negocios de riesgo en virtud de órdenes especiales, esto es, que cuente con un consentimiento expreso y previo de la entidad mercantil; y b) que no haya recibido instrucciones específicas con respecto a la asunción de riesgos en la administración del patrimonio que le ha sido confiado²². Procederemos en las siguientes páginas a su análisis pormenorizado.

Para llevar a cabo este análisis es necesario determinar el papel que el consentimiento juega en el seno de la teoría del delito. Y ello puesto que la cuestión acerca de si en un supuesto concreto el consentimiento excluye ya el tipo indiciario, constituye una causa de exclusión del injusto penal o bien una causa de justificación en sentido estricto podría eludirse en el supues-

ampliamente LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn.20 (pág. 1977), con ulteriores indicaciones bibliográficas; SAMSON en RUDOLPHI, H.-J./ HORN, E./ SAMSON, E.: *Systematischer Kommentar zum StGB. Band II.* BT. 5. Aufl. Berlin, 1994, § 266, Rn. 17. Vid. también DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze. cit.* § 266, Rn. 25 (pág. 1360); HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue.* cit. págs. 165 y siguiente; LABSCH, K. H.: *Grundprobleme des Mißbrauchstatbestands der Untreue (II).* "Jura" 1987, pág.414; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen.* Cit. §266, Rn.3b. Esta es también la opinión de KOHLMANN: *Wider die Furcht vor § 266 StGB.* cit. pág. 231, quien pone de relieve que no es lo mismo la situación de un tutor con respecto a los bienes de su pupilo que la del representante de una empresa destinada a la especulación con el tráfico de divisas.

22 Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta.* Cit. pág. 279. Vid. especialmente HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue.* cit. pág. 161 y 165 y siguientes; y MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. I.* cit. págs.506 y siguiente, Rn. 45.

to de que careciera de interés práctico, pero no es éste el caso²³. Por esta razón, en los siguientes apartados se procederá a determinar la naturaleza jurídica del consentimiento expreso y previo prestado por la junta general de la entidad a actuaciones de los administradores peligrosas para el patrimonio social, así como la del consentimiento presunto.

2. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA JUNTA GENERAL DE LA ENTIDAD EN LOS NEGOCIOS DE RIESGO

Según un sector doctrinal hoy mayoritario, el consentimiento del sujeto pasivo juega un doble papel en el seno de la teoría del delito²⁴: “como *causa de exclusión de la tipicidad*, allí

23 Vid. LUZON PEÑA, D. M.: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. en LUZON PEÑA, D. M./ MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. Pamplona, 1995, pág.22, donde alude a las diferencias que en materia de error y de iniciación del procedimiento se derivan de la distinción entre causas de exclusión del tipo indiciario y causas de justificación. En las págs. 27 y siguiente, a las que remito, se refiere con mayor detenimiento a las diferencias procedentes de apreciar una causa de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal o una causa de justificación en sentido estricto. Vid. también JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho Penal*. Granada, 1993, pág. 337. No obstante, relativizando las eventuales consecuencias prácticas de la controversia en torno a la ubicación del consentimiento en la teoría del delito, vid. MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht. AT. I*. cit. § 17, III, Rn. 34.

24 La distinción procede de GEERDS, F.: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. “GA” 1954, págs. 262 y siguientes, y ha sido asumida por un sector doctrinal mayoritario tanto en Alemania como en España. En Alemania, vid. por todos HIRSCH: *LK*. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.96 y siguientes; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. págs. 334 y siguientes; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor § 32, Rn. 29 y siguientes (págs. 482 y siguientes). En España, también por todos, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*. II. 2. Madrid, 1990, págs. 80 y siguientes.

La diferenciación entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluye la antijuricidad es cuestionada por un importante sector de la

donde su presencia enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y como *causa de justificación* allí, donde subsistiendo dicha lesión, recae, sin embargo, sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente en favor del autor²⁵. La esencia de la justificación radica, como se sabe, en la necesidad de solventar los conflictos de intereses que surgen en la dinámica de la vida social, de forma que “cuando no hay conflicto de intereses no cabe hablar de justificación, sino de atipicidad”²⁶. Y ello en tanto en cuanto, como bien seña-

doctrina, que afirma únicamente el efecto excluyente de la tipicidad. Sobre todo, vid. ROXIN, C.: *Über die mutmaßliche Einwilligung*. Fests. für H. Welzel. Berlin/ New York, 1974, pág. 449; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. I. AT*. cit. Vor § 32, Rn. 56 y siguientes, quien, aunque recoge la bipartición tradicional, apunta y se une a la tendencia que propone reducir las diferencias (Rn. 63); ZIPF, H.: *Einwilligung und Risikouübernahme*. Neuwied/ Berlin, 1970, págs. 20 y 28 y siguientes. En España, por todos, BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Barcelona, 1994, págs. 303 y siguiente; GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid, 1984, págs. 422 y siguientes; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Barcelona, 1990, pág. 556. En contra, vid. por todos MUÑOZ CONDE, F./ GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1993, pág. 312, quienes afirman que se trata en todo caso de una causa de justificación, por considerar que el consentimiento delimita el ámbito de realización de los demás elementos típicos y, con ello, la protección del bien jurídico, razón por la cual, señalan estos autores, “parece más correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento en los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites”.

- 25 COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Valencia, 1991, pág. 375. La consideración del consentimiento del titular como causa de justificación en ciertos tipos responde a una jurisprudencia constante en Alemania y es defendida hoy por una parte importante de la doctrina. Vid. por ejemplo HIRSCH: *LK*. cit. Vor § 32, Rn. 92 y siguientes, con ulteriores comentarios; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. págs. 337 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor § 32, Rn. 33 y siguientes (págs. 484 y siguientes). Tanto en Alemania como en España se ha de partir de la ausencia de una disposición general referente a la eficacia del consentimiento.
- 26 COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág. 375. En el mismo sentido, vid. CARBONELL MATEU, J. L.: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Madrid, 1982, págs. 47 y siguientes, especial

la MIR PUIG²⁷, todo depende de si la conformidad del afectado impide ya la lesión del bien jurídico o únicamente la permite: en el primer caso se debe hablar de ausencia de la tipicidad específica descrita como regla en la Parte especial, y sólo en el segundo caso de causas de justificación, las cuales presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido.

Dentro de esta distinción mayoritariamente asumida entre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y como causa de justificación, es posible precisar con mayor detenimiento los efectos del consentimiento estableciendo una nueva y sugestiva terminología que adoptaré en las siguientes páginas. En la doctrina española, LUZON PEÑA²⁸ propone distinguir entre el consentimiento como “causa de exclusión del tipo indiciario”, cuando excluye ya la lesión o afectación del bien jurídico (“como en el hurto el consentimiento válido del dueño en que otro se apodere de la cosa, pues no se ataca su derecho de propiedad y facultades inherentes, sino que se ejercita precisa-

mente pág. 63. Sin embargo, una parte de la doctrina española considera, siguiendo a MEZGER, E.: *Lehrbuch. AT.* 3. Aufl. 1949, págs. 204 y siguientes, que el consentimiento expreso y el presunto se basan respectivamente en el principio de la ausencia de interés y en el principio del interés preponderante. Vid. RODRIGUEZ DEVESA, J. M./ SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General.* Madrid, 1994, pág.506; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* II. 3. ed. Barcelona, 1990, págs. 319 y siguiente. En Alemania, por todos, LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor § 32, Rn. 7 (pág. 472).

27 Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General.* cit. págs. 555 y siguiente, quien no obstante afirma, como se ha visto, que el consentimiento sólo opera como causa de atipicidad. Conviene tener en cuenta que algunas causas de justificación pueden ser simultáneamente causas de atipicidad, entre ellas el consentimiento. Cfr. LUZON PEÑA, D. M.: *Causas de atipicidad y causas de justificación.* En LUZON PEÑA, D. M./ MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal.* Pamplona, 1995, pág. 35.

28 Cfr. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación.* cit. *pássim.*

mente tal derecho al usar de la facultad de disposición²⁹); como causa de justificación en sentido estricto cuando el consentimiento da lugar a que la conducta del tercero sea perfectamente lícita (casos de consentimiento que excluye toda la antijuridicidad, y no sólo la penal)³⁰; y, por último, como “causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal” cuando la acción consentida no es, pese a la concurrencia del consentimiento, jurídicamente lícita, pero tampoco es considerada lo suficientemente grave como para constituir el respectivo ilícito penal (son los casos de consentimiento o acuerdo fáctico no plenamente válido jurídicamente pero penalmente relevante, que excluye la antijuridicidad penal³¹).

A diferencia de GÜNTHER³², quien ha propuesto en Alemania una discutida teoría que presenta algunas semejanzas

29 LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág. 23.

30 Cfr. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág. 23.

31 Cfr. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. págs. 30 y siguiente. Menciona LUZON los mismos ejemplos que al tratar del consentimiento que excluye la tipicidad (hurto, allanamiento de morada), pero puntualizando que aquí el consentimiento es jurídicamente inválido, por ejemplo porque quien lo otorga es un menor de edad o un incapaz que, pese a todo, comprenden suficientemente el significado del mismo.

32 Vid. ampliamente GÜNTHER, H. L.: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1983, *passim*; del mismo autor: *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*. En Fests. für G. Spendel. Berlin/ New York, 1992, págs. 189 y siguientes; del mismo autor: *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal*. En LUZON PEÑA/ MIR PUIG (coords.): *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. cit. *passim*. Este autor establece una clasificación de las causas de justificación de mayor a menor intensidad, comenzando por las que suponen deberes jurídicos de actuación, continuando por las que suponen una autorización garantizada por la Constitución y terminando con las que implican derechos de intromisión para garantizar intereses preponderantes o únicamente debidos a la renuncia del titular del bien jurídico (GÜNTHER: op. cit. en lengua española, págs. 53 y siguientes). Incluye entre las causas de justificación las causas de mera exclusión del injusto penal, afirmando además que dichas causas de exclusión del injusto penal “no deciden sobre la cuestión de si, además de ello, la acción no sólo no re-

con la aquí expuesta³³, LUZON considera que cuando concurre una causa de exclusión del injusto penal no queda abierta la cuestión de si la conducta es o no ilícita en otros sectores del Ordenamiento jurídico, reservando precisamente esa denominación (“causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal”) sólo para aquellos supuestos en que la conducta sigue siendo antijurídica conforme a otras ramas del Ordenamiento, pero no ya para el Derecho Penal³⁴.

La determinación de los supuestos en los que el sujeto pasivo puede disponer libremente acerca del aseguramiento

liza un injusto penal, sino que no realiza ningún injusto en absoluto; no se prejuzga el enjuiciamiento de la antijuridicidad por parte del Derecho civil o del Derecho público” (GÜNTHER: op. cit. págs. 48 y siguiente). Para una crítica exhaustiva de los ejemplos ofrecidos por GÜNTHER, cfr. HIRSCH: *LK*. cit. Vor § 32, Rn. 10; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor §§ 32, Rn. 8. Otros autores sostienen teorías relacionadas con la de GÜNTHER, como GÖSSEL: *Recensión a la obra de GÜNTHER: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. “GA” 1984, págs. 520 y siguientes; del mismo autor en MAURACH, R./ ZIPF, H.: *Strafrecht. AT*. 2. 8. Aufl. Heidelberg, 1992, § 44, I, Rn. 8; o SCHÜNEMANN, B.: *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*. “GA” 1985, págs. 347 y siguientes, y “GA” 1986, págs. 299 y siguientes, quien considera el consentimiento como “causa de tolerancia”, esto es, causa de exclusión de la nocividad social cualificada, no de la antijuridicidad. Sobre las posturas relacionadas con la de GÜNTHER, vid. la amplia panorámica que ofrece DIEZ RIPOLLES, J. L.: *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*. “ADPCP” 1991, págs. 103 y siguientes.

33 El propio LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. págs. 26 y siguiente, afirma que la idea de GÜNTHER “es sustancialmente la misma que la aquí defendida, hasta el punto de que se pueden utilizar como equivalentes los conceptos causa de atipicidad penal y causa de exclusión del injusto penal”, pero efectúa diversas puntualizaciones: 1º) no coinciden los casos concretos incluidos por cada autor en la categoría en cuestión; y 2º) considera LUZON más exacto referir la expresión “causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal” sólo a los casos en que se excluye el injusto penal pero la conducta sigue siendo antijurídica en general.

34 Cfr. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. págs. 26 y siguiente.

penal efectivo del bien jurídico constituye un problema de interpretación de los tipos penales. Y ello dado que “la eficacia del consentimiento en Derecho Penal se encuentra en estrecha relación con la condición del sujeto pasivo y con la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados”³⁵. En consecuencia, para determinar la naturaleza y eficacia del consentimiento expreso en los negocios de riesgo se hace necesario determinar, en primer lugar, quién es el titular del bien jurídico penalmente protegido, y en un segundo momento hasta qué punto puede disponer el titular de dicho bien³⁶. Ya por último, habrá que comprobar si subsiste la lesión del bien jurídico pese al otorgamiento del consentimiento por parte del sujeto pasivo.

Si se sostiene, como sostenemos, que el bien jurídico protegido en los delitos societarios es el patrimonio³⁷, podría pensarse que el consentimiento del titular del mismo constituye una causa de atipicidad³⁸. El patrimonio es, por regla general, un bien jurídico eminentemente disponible; dado el acuerdo del titular parece que no cabría pensar en una lesión o puesta en peligro necesitada de justificación. Un sector de la doctrina alemana afirma que si se sostiene que los delitos societarios son de-

35 ROMEO CASABONA, C. M.: *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980*. “CPC” núm. 17, 1982, pág. 275. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. cit. págs. 558 y siguientes.

36 Cfr. CASAS BARQUERO, E.: *El consentimiento en el Derecho Penal. Córdoba*, 1987, pág. 90. En el mismo sentido, vid. ROMEO CASABONA: *El consentimiento en las lesiones en el PCP de 1980*. cit. pág. 275.

37 De igual manera que en el delito alemán de infidelidad patrimonial (*Untreue*). Esta coincidencia nos permite adaptar aquí las soluciones que la doctrina alemana ha ofrecido en torno al problema del consentimiento prestado por los socios a actuaciones de los administradores en perjuicio de la sociedad.

38 En este sentido, vid. por todos LABSCH, K. H.: *Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers*. “JuS” 1985, págs. 602 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn. 21. Afirma que se trata de la opinión mayoritaria HELLMANN, U.: *Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers*. “Wistra” 1989, pág. 217.

litos contra el patrimonio, y el patrimonio es un bien jurídico completamente disponible por su titular, el consentimiento expreso de éste supone sin más límites la atipicidad del comportamiento; para estos autores, admitir limitaciones al consentimiento expreso del titular supondría consecuentemente admitir en los delitos societarios se protegen otros bienes jurídicos además del patrimonio³⁹. Ahora bien, no estamos ante delitos con estructura semejante, por ejemplo, al de hurto. En mi opinión, en el caso de un consentimiento lícito prestado por la junta general a las actuaciones lesivas o peligrosas de los administradores, éste opera simultáneamente como causa de justificación y como causa de atipicidad⁴⁰. En el caso de que el consentimiento no sea jurídicamente lícito, como veremos, el consentimiento despliega una eficacia únicamente excluyente de la tipicidad penal o del injusto penal, esto es, sólo elimina la antijuridicidad penal.

En los delitos societarios conviene distinguir entre la protección de patrimonios individuales, cuyos titulares son los socios, los acreedores de la sociedad o los terceros, y la protección del patrimonio social, cuyo titular es la propia entidad mercantil como persona jurídica independiente⁴¹.

En Alemania, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias afirman que una actuación lesiva o peligrosa para el patrimonio social también es punible aunque todos los socios hayan consentido, e incluso cuando se trata de una sociedad unipersonal y el socio único ha dado su consentimiento⁴². El patrimonio

39 Cfr. LABSCH: *Einverständliche Schädigung*, cit. pág. 118; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT.* cit. § 266, Rn. 40 (pág. 102).

40 Sobre las causas de justificación que son simultáneamente causas de atipicidad, vid. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág. 35.

41 Vid. KOHLMANN, G.: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. En Fests. für W. Werner. Berlin/ New York, 1984, págs. 395 y siguientes.

42 Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. cit. § 266, Rn. 14; HÜBNER: LK. cit. § 266, Rn. 87. Vid. amplias referencias jurisprudencia-

de la sociedad y el patrimonio de los socios son completamente independientes, en virtud del principio de separación. Y es que la afirmación conforme a la cual los socios son los “verdaderos” propietarios del patrimonio social sólo es parcialmente exacta⁴³. En efecto, desde un punto de vista jurídico es la persona jurídica societaria la única propietaria del patrimonio de su titularidad, y ello aunque se reconozca como un lugar común en la doctrina que la sociedad mercantil sirve a los intereses de sus socios⁴⁴. Y si un consentimiento eficaz presupone sin duda que el que consiente es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro⁴⁵, de este punto de partida se deriva que el consentimiento

les en KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 387, nota núm. 1, y págs. 388 y siguientes. Por su parte, ULMER, P.: *Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter?*. En Fests. für G. Pfeiffer. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1988, págs. 853 y siguientes, ofrece un amplio análisis del tema también desde el punto de vista de la regulación mercantil.

- 43 Sobre las dificultades de afirmar la “ajeneidad” cuando son los socios quienes perjudican el patrimonio social, LABSCH: *Einverständliche Schädigung*, cit. pág. 604.
- 44 En este sentido, cfr. por todos ZIELINSKI, D.: *Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft*. “Wistra” 1993, pág. 6.
- 45 La doctrina dominante destaca que únicamente el propietario o persona que pueda disponer del objeto en cuestión puede otorgar un consentimiento plenamente válido y eficaz. Es doctrina mayoritaria. Vid. por todos BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. cit. pág. 77; CERESO MIR: *Curso de Derecho Penal español*. II. 2. cit. pág. 88; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. págs. 278, 280 y siguiente; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág. 313. Vid. también, con interesantes matizaciones, MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. cit. págs. 563 y siguiente; y VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. cit. pág. 828.

Es también doctrina dominante en Alemania. Vid. por todos DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. cit. Vor § 32, Rn. 3b (págs. 192 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor § 32, Rn. 35a (pág. 485); MAIWALD, M.: *El consentimiento del lesio-*

to de todos los socios no puede ser tenido en cuenta desde el momento en que no son los titulares del patrimonio social⁴⁶.

Ahora bien, cuando los socios se reúnen en junta general con todas las formalidades legales, actúan como órgano de formación de la voluntad social, esto es, como órgano de decisión con facultades de disposición sobre el patrimonio de la sociedad. Las decisiones que se adoptan en junta general son imputables a la propia entidad como persona jurídica. El problema se centra, pues, no en la titularidad del patrimonio⁴⁷, sino en si y en qué medida la entidad mercantil puede disponer de su patrimonio⁴⁸, puesto que no goza de la libertad de disposición que el Ordenamiento jurídico otorga por regla general a las personas físicas. Aun cuando habitualmente se considere que el patrimonio es un bien jurídico absolutamente disponible por su titular, de forma tal que se admite sin más la renuncia del mismo a la protección ofrecida por el Derecho Penal, se trata ésta de una afirmación que no puede ser aceptada sin más puntualizaciones en el ámbito de las sociedades mercantiles. El patrimonio social es un patrimonio vinculado a la consecución de determinados

nado en el Derecho y en la dogmática penal alemanas. En ESER, A. y otros (edits.): *Justificación y exculpación en Derecho Penal.* Madrid, 1995, págs. 135 y siguiente. En contra, por todos, LACKNER: *StGB mit Erläuterungen.* cit. Vor § 32, Rn. 16 (págs. 208 y siguiente).

Ha de tenerse en cuenta, además, que el consentimiento tiene que referirse necesariamente a un resultado de lesión o de peligro, puesto que se halla dentro de la esfera del poder de disposición del titular del bien jurídico sólo en cuanto sea entendido como una renuncia a dicho bien. Cfr. MAURACH/ZIPF: *Strafrecht.* AT. I. cit. § 17 III, Rn. 54 y siguientes.

- 46 Cfr. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 399; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor §§ 32 ff. Rn. 35 y siguiente (págs. 485 y siguiente).
- 47 En este sentido, cfr. LABSCH: *Einverständliche Schädigung.* cit. págs. 604 y siguiente.
- 48 Cfr. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 399.

finés, cuya integridad sirve como garantía de los derechos de socios y acreedores⁴⁹.

Respecto al consentimiento otorgado por la junta general a las actuaciones lesivas o peligrosas para el patrimonio social llevadas a cabo por los administradores, el problema que se plantea es ante todo un problema de límites de la eficacia. La capacidad de disposición de la sociedad mercantil sobre su propio patrimonio está sometida a numerosos límites impuestos por la ley, por los estatutos sociales y por el obligado respeto al interés social y a los derechos de socios y terceros. En caso de que no se respeten tales límites a la hora de otorgar el consentimiento, éste no operaría como causa de justificación, que excluye toda la antijuridicidad, pero sí como “causa de exclusión de la tipicidad penal”, subsistiendo entonces la antijuridicidad de la conducta fuera del sector penal del Ordenamiento jurídico. Veamos cuáles son esos límites impuestos por el Derecho Mercantil.

Como sabemos, la junta general es el órgano de formación y expresión de la voluntad de las sociedades mercantiles. La junta, como reunión de los socios debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre los asuntos sociales propios de su competencia, es el órgano soberano de las sociedades mercantiles. Sus decisiones obligan a los administradores y a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la junta (artículo 93 LSA).

Ahora bien, las leyes mercantiles establecen estrictas medidas de defensa del capital y del patrimonio social de obligado respeto por parte de la sociedad mercantil⁵⁰, a lo cual se

49 Sobre el contraste sólo aparente entre la protección del patrimonio social y la protección que se otorga al patrimonio de los acreedores, vid. ULMER: *Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter?*, cit. págs. 860 y siguiente.

50 La LSA establece, entre otras medidas dirigidas al mismo fin, el sistema de cautelas en la valoración de las aportaciones no dinerarias (artículos 38 y siguiente); la prohibición de emitir acciones por debajo de la par (artículo 47); la obligación de constituir una reserva especial con cargo a beneficios (artículo 214); la prohibición de pagar dividendos a las acciones como no

añade un sistema de publicidad legal o de derecho predominantemente obligatoria, que instituye un sistema orgánico de publicidad de aquellos actos y situaciones jurídicas más relevantes concernientes a la sociedad, así como un alto y fiable nivel de información contable que permita tomar decisiones adecuadamente fundadas en orden a inversiones, política de créditos, mercado de capitales, etc.

Gestado y publicado el Código de comercio en pleno apogeo del liberalismo, es lógico que responda al espíritu de esta doctrina y proclame, en su Exposición de Motivos, que la regulación de las sociedades está inspirada en la más amplia libertad de los socios para constituirse en sociedad como tengan por conveniente y en la completa ausencia de intervención gubernativa en la constitución y en el funcionamiento ulterior de las sociedades así creadas. Las normas del Código de comercio en materia de sociedades son, en efecto, normas que, salvo contadas excepciones, sólo entran en juego en defecto de pacto o condición contractual en contrario⁵¹. Ahora bien, este carácter dispositivo del Derecho regulador de las sociedades mercantiles cada día resulta menos adecuado para proteger convenientemente los grandes intereses económicos que ponen en juego, hecho que ha sido observado por el legislador. De ahí que en las vigentes leyes reguladoras de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada se altere ese carácter tradicional del Derecho de sociedades, imprimiendo a sus preceptos un carácter esencialmente coactivo⁵². También se observa una intensísima intervención de la Administración en los mercados de valo-

sea con cargo a beneficios realmente obtenidos (artículo 213. 2); la prohibición a la sociedad de suscribir sus propias acciones y las limitaciones a la adquisición de acciones propias ya emitidas (artículos 74, 75 y 76), etc. Más ampliamente, vid. supra.

- 51 Vid. el artículo 121 C. Co., el cual, anteponiendo la voluntad de los interesados al mandato de la ley, dice que “las compañías mercantiles se registrarán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código”.
- 52 Las disposiciones transitorias de la LSA y de la LSRL declaran que las escrituras sociales no podrán ser aplicadas en contradicción con la ley; y, acentuando al máximo el carácter de derecho necesario, las dos leyes obli-

res, en el ramo del seguro y en el sector financiero, intervención que tiene su reflejo, como no podía ser menos, en la imposición de cortapisas y límites a las facultades de disposición sobre su propio patrimonio de que gozan las entidades que se mueven en tales ámbitos.

En consecuencia, mientras que las sociedades colectivas y comanditarias, reguladas exclusivamente por el Código de comercio, están sometidas en su funcionamiento a un régimen legal en gran parte dispositivo, las SRL y las SA⁵³ están rígidamente reguladas por un régimen legal coactivo e inderogable por la voluntad de los socios contratantes, con el fin de permitir al Estado mantener un control indirecto de esas sociedades sin atentar contra el principio de la libertad de iniciativa del empresario. La junta, en fin, debe respetar los preceptos de carácter imperativo que establece la propia Ley⁵⁴. Igualmente sucede con las entidades financieras, de seguros y del mercado de valores.

Esta inderogabilidad de numerosos preceptos legales por la voluntad mayoritaria de los socios niega, como no podía ser menos, tanto la eficacia civil como la exclusión del tipo indicario a causa del consentimiento expresa y previamente manifestado en junta general que los contradiga. El consentimiento ni siquiera opera como causa de justificación en sentido estricto, excluyente de toda la antijuridicidad. Y es que los intereses

gan a las sociedades anteriormente creadas a adaptar sus estatutos o escrituras a los nuevos preceptos legales.

- 53 En las sociedades anónimas privadas, que persiguen intereses privados de sus accionistas, se observa un fenómeno de intervencionismo normativo del Estado, que las somete a un status jurídico-público especial e imperativo que se justifica por la importancia económica general de la actividad económica que tales sociedades explotan. Por ejemplo, SA bancarias, de seguros, sociedades de inversión mobiliaria. En otras sociedades se observa un fenómeno de previsión y tutela, puesto que, aun estando presentes los intereses privados de sus socios, éstos poseen un contenido y una intensidad diversa a la que tradicionalmente corresponde a los accionistas de una SA. Así, la SA laboral, la sociedad mutua, etc.
- 54 Cfr. STS (Sala 1ª) de 2 mayo 1984 (Ar. 2392). Vid. también BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 1994, pág. 287; GARCIA LUENGO, R./ SOTO VAZQUEZ, R.: *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*. Granada, 1991, pág. 445.

patrimoniales de la entidad no son ilimitadamente disponibles⁵⁵. La tutela del patrimonio social supone la convergencia de una pluralidad de intereses heterogéneos que no son reducibles a los intereses de la propia sociedad mercantil o de sus socios, sino que de manera refleja se extienden a los de los acreedores sociales, de los trabajadores, de los futuros adquirentes de participaciones sociales y del mercado en general⁵⁶.

Como puede observarse, la sociedad mercantil no puede disponer libremente de su patrimonio durante el período activo de la vida social⁵⁷. El patrimonio social está sustraído al poder de disposición de la propia sociedad en la medida en que el ejercicio de dicho poder afecte al principio de conservación del patrimonio y del capital social⁵⁸. Los actos de disposición sobre el

55 Vid. ampliamente GIULIANI BALESTRINO, U.: *I problemi generali dei reati societari*. Milano, 1978, págs. 35 y siguientes.

56 Vid. *supra*. En este mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia alemana. Vid. por ejemplo la sentencia del BGH publicada en "NJW" 1981, 1793, que sostiene que el único socio administrador de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada sólo resulta amparado por un consentimiento eficaz en tanto en cuanto su actuación se mantenga "en el marco de las leyes y principios de un comerciante ordenado". Críticamente, LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn. 21 (págs. 1978 y siguiente). Esta protección indirecta de los intereses de los acreedores, trabajadores y terceros no obliga, en modo alguno, a recabar su consentimiento. Cfr. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 398.

57 Cfr. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 396.

58 Cfr. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 397. En este sentido se ha manifestado también la jurisprudencia alemana. Cfr. HELLMANN: *Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers*. cit. págs. 215 y siguientes. Es característica ya tradicional del régimen jurídico de las sociedades mercantiles, y especialmente de la anónima, la preocupación por proteger el patrimonio de la sociedad, poniendo especial énfasis en la integridad del capital social. Deben distinguirse las nociones de capital social y patrimonio social, netamente diferenciadas desde el punto de vista técnico-jurídico pero no tanto desde una óptica más común o vulgar. En sentido estricto, al hablar del capital social se alude únicamente a la cifra escriturada en los estatutos sociales. Cfr. MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.): *Estudios sobre la Sociedad Anónima* I. Madrid, 1993, pág. 312; NAPOLEONI, V.: *I reati societari*. I.

patrimonio social, aprobados por la junta general, son perfectamente legítimos siempre que no afecten a este principio⁵⁹, de

La tutela penale del capitale sociale. Milano, 1991, pág. 8; VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1*. Barcelona, 1991, págs. 421 y siguiente. Es la suma de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios, mientras que el concepto técnico de patrimonio social hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social. Cfr. LA MONICA, M.: *Reati societari*. "Enc. dir." Vol. XXXVIII. Milano, 1987, págs. 980 y siguiente; TRIMARCHI: *Patrimonio (nozione generale)*. en la misma obra cit. págs. 271 y siguientes; URIA GONZALEZ, R.: *Derecho Mercantil*. Madrid, 1993, pág. 235. Y si bien en el momento fundacional de la sociedad es frecuente que coincidan el capital y el importe del patrimonio social, esa coincidencia inicial desaparece en cuanto la sociedad comienza su actividad económica, puesto que dicha actividad repercute necesariamente de forma positiva o negativa sobre el patrimonio de la entidad, mientras que la cifra del capital permanece indiferente a dichos cambios, pudiendo únicamente ser modificada previo acuerdo social de aumento o reducción del capital tomado con las formalidades legales oportunas. El capital social se configura de este modo como la parte del patrimonio social afectada por un vínculo legal de indisponibilidad, junto con las reservas legales y estatutarias. Cfr. CONTI, L.: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. En SCIALOJA-BRANCA (dir.): *Commentario del Codice civile*. V. 3. ed. Bologna-Roma, 1979, pág. 29; LA MONICA: *Reati societari*. cit. pág. 981; MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA (dir.): *Estudios sobre la SA. II*. cit. págs. 312 y siguiente.

La tutela de la integridad del capital y del patrimonio social supone la convergencia de una pluralidad de intereses heterogéneos. Resultan parciales las numerosas tesis que se mantienen sobre la justificación de su tutela con base en uno solo de los intereses subyacentes, puesto que únicamente su combinación permite llegar a una solución correcta en tanto que ecléctica. Esta solución radica en considerar que son susceptibles de converger armónicamente el interés de los acreedores sociales, presentes y futuros, en la existencia y conservación de una adecuada garantía patrimonial (la función principal del capital social es servir de garantía a los acreedores, como señalan GARRIGUES, J.: *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, lecciones y conferencias*. Madrid, 1971, pág. 164; LOJENDIO OSBORNE, I.: *Aportaciones sociales*. En URIA, R./ MENENDEZ, A./ OLIVENCIA, M. (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. III. 3º. Madrid, 1994, pág. 33); el interés de la sociedad y de los socios (cfr. MARTINEZ FERNANDEZ en op. cit. págs. 313 y siguiente); el interés de los trabajadores; y los intereses, en fin, de los futuros adquirentes de participaciones sociales, y del mercado en general, en la correspondencia entre el valor nominal y la consistencia patrimonial efectiva de la entidad.

59 Cfr. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág. 397. Vid. también HELLMANN: *Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH*

forma que el consentimiento de todos los socios excluye ya el tipo indiciario.

En fin, a efectos penales cabe negar la eficacia como causa de exclusión de la tipicidad penal y como causa de justificación que excluye toda la antijuridicidad del consentimiento expreso, aun del formalmente válido y manifestado a priori, por la junta general de la sociedad cuyo patrimonio se ve afectado cuando contradiga preceptos legales o reglamentarios inderogables por la voluntad de los destinatarios, o los estatutos sociales, o no respete el interés social. Con ello se trata de instrumentar un sistema eficaz para constreñir a los poderes mayoritarios en la junta a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades, además de proteger a los acreedores y a las minorías frente a las maniobras de la mayoría que amparen los actos de los administradores lesivos o peligrosos para el patrimonio social.

3. RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO. CONCEPTO, CARACTERES Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

La segunda posibilidad objeto de análisis se centra en que el sujeto activo no haya recibido una autorización previa y expresa para la realización de negocios de riesgo, ni órdenes especiales en tal sentido. Pese a esta ausencia de consentimiento expreso, el administrador puede alegar en su descargo la existencia de un consentimiento presunto de la entidad mercantil.

“El consentimiento presunto supone la realización de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico penalmente protegido hubiera hecho si poseyese un conoci-

Geschäftsführers. cit. págs. 215 y siguiente; ULLMER: Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter?. cit. págs. 861 y siguientes y 868 y siguientes.

miento adecuado de la situación”⁶⁰. Dicho juicio hipotético no toma como punto de partida lo que hubiese decidido una voluntad racionalmente dirigida⁶¹, sino que se fundamenta en lo que hubiera decidido el titular del bien jurídico protegido.

En ocasiones, la figura del consentimiento presunto ha sido utilizada como criterio de resolución de supuestos problemáticos solventados hasta el momento atendiendo al expediente del error del sujeto activo⁶². Su naturaleza jurídica es confusa, discutiéndose todavía si se trata de una causa que excluye la tipicidad o únicamente la antijuridicidad o la culpabilidad del comportamiento analizado. La doctrina alemana mayoritaria lo considera causa de justificación⁶³. Esta es también la posición mayoritaria en España, donde un importante sector de la literatura penal reconoce significación dogmática al consentimiento pre-

60 COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág. 379.

61 Como señalan COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág. 379.

62 Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. págs. 282 y 287 y siguiente. En la doctrina española, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág. 380, señalan que el consentimiento presunto, en ocasiones, no tiene otro valor que el de una presunción de consentimiento con la que opera el sujeto activo, de forma que si a esa presunción corresponde un consentimiento efectivo nos movemos en el campo del consentimiento real que, según se ha visto, puede desplegar sus efectos aun cuando sea desconocido por el agente; si no es así son de aplicación las reglas del error, de modo que el consentimiento presunto no aparecería para estos autores como causa de justificación, sino de inculpabilidad.

63 Y ello aun cuando exista acuerdo también sobre que el consentimiento expreso excluye la tipicidad de la conducta. Vid. por todos DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. cit. Vor § 32, Rn. 4 (pág. 193); JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. págs. 347; GÜNTHER: *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*. cit. pág. 351; HIRSCH: *LK*. cit. Vor § 32, Rn. 129; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor §§ 32 ff. Rn. 54 (págs. 491 y siguiente); ROXIN: *Über die mutmaßliche Einwilligung*. cit. págs. 448 y siguiente; del mismo autor: *Strafrecht. AT. I. 2.* Aufl. Münche, 1994, § 18, Rn. 3 y siguientes. La jurisprudencia alemana considera también el consentimiento presunto como causa de justificación. Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. Vor § 32, Rn. 20 (pág. 209).

sunto como causa de justificación en el ámbito de los delitos de apropiación⁶⁴.

Buena parte de la confusión existente acerca de la posición del consentimiento presunto en la teoría del delito tiene su origen en que, en la actualidad, bajo el ámbito de aplicación de este concepto se engloba una extensa serie de supuestos de índole diferente entre sí, reconducible en su mayor parte a dos grupos de casos⁶⁵: 1º) aquel en el que el sujeto activo actúa en beneficio del titular del bien jurídico y sin interés personal; y 2º) el de los que implican una renuncia del sujeto pasivo a su interés, en favor del sujeto activo o de un tercero⁶⁶. En el primer supuesto se trata de colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del titular sujeto pasivo, en nuestro caso la sociedad, que se resuelven mediante una intervención externa porque no

64 Vid., entre otros, CUELLO CALON, E.: *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*. Vol. II. 14ª ed. Barcelona, 1980, pág. 848; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 9. ed. Valencia, 1993, pág. 220; QUERALT JIMENEZ, J. J.: *Derecho Penal español. Parte Especial. I*. Barcelona, 1986, pág. 256; QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. T. II*. Madrid, 1977, págs. 124 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: *Hurto*. “NEJ” XI, Barcelona, 1963, pág. 210; SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A.: *El delito de apropiación indebida*. Barcelona, 1978, pág. 151; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. cit. pág. 828. En contra, por todos, DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 286, quien afirma que el consentimiento presunto opera en los delitos de apropiación como causa de exclusión de la tipicidad, al igual que el consentimiento expreso.

65 Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 282. En la doctrina alemana efectúan esta distinción, entre otros, LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. Vor § 32, Rn. 19 (pág. 209); JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. págs. 347 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor §§ 32 ff. Rn. 55 (pág. 492); SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. I. AT*. cit. Vor § 32, Rn. 81 y siguientes.

66 Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. págs. 347 y siguiente. La aplicación del consentimiento presunto en este segundo grupo de casos no es pacífica en la doctrina alemana.

puede tomarse a tiempo la decisión propia⁶⁷. Este caso, según JESCHECK, se aproxima al estado de necesidad justificante, “dado que también aquí debe ponderarse si un interés supera esencialmente al otro”⁶⁸. La diferencia radicaría en que todos los intereses en juego pertenecen al mismo sujeto, correspondiendo la elección, por circunstancias del hecho, a un tercero en sí no competente para ello. Ahora bien, como señala críticamente CARBONELL MATEU⁶⁹, en este supuesto no basta con la simple evaluación de intereses “sino que será necesario acudir a la suplantación de la voluntad del titular de ambos intereses”. Estos casos no se pueden resolver por la vía del estado de necesidad⁷⁰.

En el segundo supuesto se requiere del sujeto la renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero. En esta situación, como señala JESCHECK, “la presunción de que el titular está de acuerdo descansa en su escaso interés respecto a la conservación del bien correspondiente, o en razones especiales concernientes a la persona del implicado”⁷¹. En la doctrina se discrepa respecto de la eficacia justificante del consentimiento presunto cuando éste opere en favor del autor o de un tercero, y no en favor del titular del bien jurídico⁷². En lo que a este

67 Como señala BACIGALUPO ZAPATER, E.: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles*. En ESER y otros (edits.): *Justificación y exculpación en Derecho Penal*. cit. pág. 121, se trata de casos en los que el autor asume el riesgo de resolver el conflicto de los intereses del afectado según la hipotética voluntad de éste.

68 JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. pág. 347.

69 Cfr. CARBONELL MATEU: *La justificación penal*. cit. pág. 52

70 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles*. cit. pág. 121.

71 JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. pág. 348. De nuevo en sentido crítico, vid. CARBONELL MATEU: *La justificación penal*. cit. págs. 52 y siguiente, quien señala que “será necesario, para que la conducta esté justificada, presumir que el destinatario consentiría. Y eso... nada tiene que ver con la valuación de intereses”.

72 Cfr. por todos ROXIN: *Strafrecht. AT. I*. cit. § 18, Rn. 15 y siguientes (págs. 680 y siguientes).

estudio se refiere interesa únicamente el primer supuesto, puesto que estamos analizando las conductas de los administradores que lesionan o ponen en peligro el patrimonio social en la realización de un negocio de riesgo, esto es, conductas de gestión de negocios ajenos.

El efecto justificante del consentimiento presunto se apoya en la combinación de tres puntos de vista: de una parte, la ponderación de intereses debe realizarse desde la posición del sujeto pasivo; de otro, ha de procederse a una suposición objetiva acerca de la decisión que hubiera cabido esperar, si aquel hubiese conocido la situación; y finalmente, debe tenerse en cuenta el riesgo permitido, de lo que se desprende el deber de efectuar un examen escrupuloso⁷³.

Destaca la doctrina alemana la imposibilidad de apreciar el consentimiento presunto cuando se constata que presumiblemente el titular hubiera denegado o desautorizado el comportamiento del sujeto activo. Y ello puesto que la admisibilidad del consentimiento presunto depende, en primer lugar, de la imposibilidad de obtener un consentimiento expreso⁷⁴, y en segundo término, de la probabilidad objetiva del consentimiento en caso de haber podido ser recabado⁷⁵.

En efecto, el consentimiento presunto sólo puede entrar en juego cuando no es posible conocer a tiempo la decisión real del sujeto pasivo, o bien no puede esperarse a que sea emitida sin peligro para sus intereses⁷⁶. Los supuestos en los que el admi-

73 Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. pág. 348; LENCKNER, T.: *Die Rechtsfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung*. Fests. für H. Mayer zum 70. Geburtstag. Berlin, 1966, pág. 181; ROXIN: *Über die mutmaßliche Einwilligung*. cit. pág. 453.

74 Cfr. HIRSCH: *LK*. cit. Vor § 32, Rn. 136; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor §§ 32 ff. Rn. 54 (pág. 492); ROXIN: *Strafrecht. AT. I*. cit. § 18, Rn.10.

75 Cfr. CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho penal*. cit. págs. 102 y siguiente.

76 Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Madrid, 1994, pág. 157; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. Vor § 32, Rn. 21 (págs. 209 y siguiente); ROXIN: *Strafrecht. AT. I*. cit. § 18, Rn. 10 (págs. 678 y siguiente).

nistrador actúa antes de conocer la verdadera decisión del sujeto pasivo sociedad por temor a que el consentimiento sea denegado en caso de ser solicitado, carecen de relevancia a la hora de alegar la presunción del consentimiento⁷⁷. Y ello puesto que el consentimiento presunto no es sino un complemento del consentimiento expreso: la presunción que se halla en su base es precisamente la dirigida al conocimiento de la voluntad real del titular del bien jurídico penalmente protegido, de manera que sólo aquella presunción sobre la voluntad del sujeto pasivo basada en criterios objetivos previamente establecidos goza de eficacia eximente, aun cuando posteriormente se demuestre que la voluntad real del titular era otra.

El criterio para determinar cuándo estamos realmente ante un consentimiento presunto y cuándo ante una actuación prescindiendo de la voluntad del titular, deseando quizás su complacencia, “es el del juicio objetivo que emitiría un observador imparcial con los conocimientos del sujeto activo sobre la efectiva voluntad del sujeto pasivo del posible delito. Y sólo si del juicio de ese observador imparcial se dedujera que esta voluntad era acorde con el comportamiento que el sujeto activo lleva a cabo, cabría hablar de una conducta conforme a derecho”⁷⁸. Este juicio objetivo ha de basarse en diferentes criterios entre los cuales la doctrina⁷⁹, en relación a los delitos contra la propiedad y el patrimonio, menciona la relación que exista entre los sujetos activo y pasivo y la costumbre o práctica diaria del concreto ámbito de actividad en el que se desarrolla la conducta del sujeto activo. También constituyen elementos de ponderación el criterio del riesgo permitido, que permite determinar hasta dónde se puede llegar en ausencia de un consentimiento expreso sin lesionar los deberes de lealtad y fidelidad que

77 Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 283.

78 DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 283.

79 Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. págs. 283 y siguiente.

incumben a los administradores en el ejercicio de sus cargos y del perjuicio efectivamente irrogado al sujeto pasivo⁸⁰.

De esta forma, en fin, el proceso que permitirá afirmar que la presunción del administrador está adecuadamente avalada habrá de desarrollarse del modo siguiente, según DE LA MATA BARRANCO⁸¹: “1º ponderar, desde la perspectiva del lesionado, los intereses que entran en juego; 2º determinar objetivamente cuál podría ser la declaración de voluntad que se pudiera esperar de aquél; y 3º atender al denominado criterio del “riesgo permitido” para ver hasta dónde se puede llegar sin un consentimiento expreso”.

Cumplidos estos requisitos, es irrelevante que la presunción se manifieste como errónea, y que de hecho el titular no hubiera consentido la actuación del sujeto activo de haberla conocido de antemano⁸². Lo definitivo es la presunción realizada objetivamente ex ante, atendiendo a las circunstancias objetivamente existentes y a los datos conocidos por el sujeto activo⁸³.

80 Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 287. Vid. también LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn.20 (págs. 1977 y siguiente). Señala por su parte NACK: *Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten*. cit. pág. 1599, que la determinación del nivel de riesgo se ha de concretar atendiendo al abuso o a la lesión del deber, al perjuicio y al dolo.

81 DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 287. Sustancialmente semejante, vid. CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho penal*. cit. págs. 102 y siguientes.

82 Cfr. por todos LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. Vor §§ 32 ff. Rn. 58 (pág. 493).

83 Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág. 287. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. cit. págs. 566 y siguiente.

4. CONCLUSIONES

Como puede observarse, el problema planteado por los negocios de riesgo no es tanto un problema vinculado al elemento típico del perjuicio, como se ha creído en ciertos momentos⁸⁴, o ligado al deber de fidelidad⁸⁵, cuanto un problema de límites de la eficacia del consentimiento⁸⁶.

En coherencia con lo señalado al tratar el consentimiento expreso y previo de la junta general, en el caso de que no se infrinjan limitaciones legales de ningún tipo el consentimiento de la sociedad mercantil opera como causa de justificación que excluye toda la antijuridicidad, y al mismo tiempo como causa de atipicidad⁸⁷. El comportamiento arriesgado del administrador

84 Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. § 266, Rn. 17 (págs. 1130 y siguiente); MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1.* cit. pág. 507, Rn. 46. Sobre la posición de la jurisprudencia histórica alemana, vid. NELLES: *Untreue zum Nachteil zum Gesellschaften*. cit. págs. 564 y siguiente, quien pone de relieve cómo la afirmación de que el peligro para el patrimonio constitutiva ya un perjuicio en el sentido de la Untreue permitía encajar típicamente el negocio de riesgo en este tipo delictivo, razón por la cual los intentos jurisprudenciales de limitar penalmente la punición del negocio de riesgo se centraron en una interpretación restrictiva del concepto de perjuicio.

85 En este sentido se han manifestado, entre otros, DREHER/ TRÖNDLE: *StGB mit Nebengesetze*. cit. § 266, Rn. 25; HÜBNER: LK. cit. § 266, Rn. 86; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn. 20 (pág. 1977).

86 Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs. 165 y siguientes.

87 Afirmando la atipicidad cuando “el administrador hubiera pedido permiso a los socios para efectuar la operación y éstos lo hubieran concedido”, vid. por todos ORTS BERENGUER: *La administración fraudulenta de bienes ajenos en el Ordenamiento vigente y en el PCP de 1994*. cit. págs. 226 y siguiente.

En relación con el delito alemán de infidelidad patrimonial, vid. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág. 280, quien habla de “causa de exclusión del tipo objetivo”. En Alemania, por todos, BRINGEWAT: *Finanzmanipulation im Ligafußball- ein Risikogeschäft?*. cit. pág. 669; HÜBNER: LK. cit. § 266, Rn. 86; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. pág. 363, nota núm. 14; LACK-

no será punible por muy peligrosa o lesiva que sea la conducta para el patrimonio, ya que resulta amparada por la voluntad expresa del titular del bien jurídico penalmente protegido⁸⁸. Si el titular del patrimonio afectado por el negocio de riesgo consiente, el autor puede malgastar el patrimonio que le ha sido confiado en el más desatinado negocio especulativo sin que por ello deba responder penalmente⁸⁹. Se tratará meramente de la causación de un autoperjuicio por el sujeto pasivo⁹⁰.

Ahora bien, como hemos visto, el titular del patrimonio no siempre está facultado para autorizar libremente operaciones de riesgo⁹¹. Se ha de tratar en todo caso de riesgos jurídicamen-

NER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. § 266, Rn. 20 (págs. 1130 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. § 266, Rn. 20 (págs. 1977 y siguiente); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1.* cit. pág. 507, Rn. 47; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT.* cit. § 266, Rn. 17.

- 88 Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschaft und Untreue*. cit. pág. 165; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. cit. pág. 363, nota núm.14; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT.* cit. § 266, Rn. 39. Vid. también BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español*. cit. pág. 391; y MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs. 279 y siguiente. No se produce el abuso o la lesión del deber por parte del sujeto activo, una de las tres notas, junto con el perjuicio y el dolo, que exige NACK: *Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten*. cit. pág. 1599, para considerar punible el negocio de riesgo, como hemos visto.
- 89 Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschaft und Untreue*. cit. págs.165 y siguiente; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1.* cit. pág. 507, Rn. 46. Por su parte, FRISCH, W.: *Vorsatz und Risiko*. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1983, pág. 146, se remite a la autonomía del titular del patrimonio para explicar que en los negocios de riesgo el riesgo creado por la acción resulta permitido.
- 90 Cfr. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1.* cit. pág. 507, Rn. 46.
- 91 Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschaft und Untreue*. cit. pág.168, desde el punto de vista de los límites del consentimiento (Einverständnis) que excluye la tipicidad. Vid. también NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. págs. 567 y siguientes. Entran en juego aquí las limitaciones a la eficacia del consentimiento prestado por la junta general derivadas de la ley, los estatutos sociales y los deberes de lealtad y diligencia que afectan a los administradores.

te no prohibidos⁹². Y es que existen limitaciones legales a la asunción de riesgos por las sociedades mercantiles⁹³, como por ejemplo sucede en la política de créditos que pueden conceder las instituciones bancarias⁹⁴. El consentimiento no es entonces eficaz como causa de justificación, que excluye toda la antijuridicidad. El consentimiento expreso del sujeto pasivo sociedad mercantil sólo es eficaz en ese sentido en tanto sea admisible por el Derecho de sociedades para la estabilidad del patrimonio social y no se ponga en peligro la existencia de la persona jurídica⁹⁵. El consentimiento opera, de acuerdo con lo visto anteriormente, como causa de exclusión del injusto penal.

92 Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. § 266, Rn. 7 (pág. 1125); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* cit. §266, Rn. 20 (pág. 1978). En el mismo sentido NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág. 570. Sobre la dificultad que presenta la delimitación entre riesgos prohibidos y riesgos no prohibidos en el ámbito económico, vid. NACK: *Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten*. cit. pág. 1600, donde analiza con detenimiento los límites legales impuestos a las entidades financieras en la concesión de créditos.

93 Vid. por ejemplo, en torno a las limitaciones de disposición que afectan a la SRL en Alemania, KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. págs. 395 y siguientes.

94 Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.280, nota núm.41. En torno a la concesión abusiva de crédito en la actividad bancaria y a los negocios especulativos de altos funcionarios de la Banca, vid. por todos GALLANDI, V.: *Die strafrechtliche Haftung von Bankverantwortlichen*. "Wistra" 1988, pág. 295; NACK: *Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten*. cit. págs. 1599 y siguientes; OTTO, H.: *Bankentätigkeit und Strafrecht*. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1983, págs. 68 y siguientes.

95 Como hemos visto antes, es doctrina mayoritaria en Alemania. Cfr. HELLMANN: *Verdeckte Gewinnausschüttung und Untreue des GmbH-Geschäftsführers*. cit. pág. 214; KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. págs. 387 y siguientes; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. cit. § 266, Rn. 20 (págs. 1130 y siguiente); LIPPS, W.: *Nochmals-Verdeckte Gewinnausschüttung bei der GmbH als strafrechtliche Untreue?*. "NJW" 1989, pág. 502; NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. págs. 229 y 553. Vid. también, ya en principio REISS, W.: *Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einnahmen als strafbare Untreue des Geschäftsführers?*. "Wistra" 1989, pág. 81.

En el segundo caso, ausencia de un consentimiento expreso y previo, lo normal es que el deber de diligencia se fundamente ya en la ley, que ofrece pautas para delimitar en concreto las hipótesis de actuación arriesgada irregular atendiendo a la diligencia habitual en el ámbito negocial en el que se sitúa el negocio de riesgo. Este es el caso, por ejemplo, del administrador de entidades de crédito y sociedades mercantiles. Ahora bien, la regulación legal del deber de diligencia de los administradores se caracteriza precisamente por su inconcreción, por la generalidad de sus postulados, lo cual, aunque inevitable, dificulta en cierta medida su aplicabilidad⁹⁶. La consecuencia de que no podamos saber en qué consiste en abstracto la diligencia exigible al administrador consiste en que la determinación de la infracción del deber de diligencia se centra en el nivel del riesgo asumido por la sociedad a causa de la decisión empresarial de los administradores de esa misma sociedad⁹⁷. Ahora bien, deberá tenerse en cuenta que el volumen de los beneficios posibles que puede obtener una sociedad se corresponde con el nivel de riesgo que ésta asuma: algunas decisiones empresariales ofrecen la posibilidad de obtener mayores beneficios a costa de asumir un nivel mayor de riesgo de sufrir pérdidas; otras, en cambio, conllevan un menor nivel de riesgo de pérdidas pero simultáneamente los beneficios que pueden obtenerse con ellas son menores.

La conducta del administrador no es punible si se ha mantenido dentro de los límites de actuación de un ordenado comerciante y de un representante leal⁹⁸, lo que ocurrirá cuando haya cumplido con su deber de informarse sobre la materia obje-

96 Cfr. NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág. 572.

97 Cfr. LLEBOT MAJO: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. cit. pág. 78.

98 En sentido similar, HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág. 166.

to de la decisión antes de llevar a cabo el negocio de riesgo⁹⁹, este negocio responda a la obligación de perseguir el interés social que sujeta a los administradores y, por último, el negocio no resulte irracional, esto es, sea posible ofrecer una explicación lógica y coherente del mismo.

99 Para valorar este punto habrá que tener en cuenta el tiempo disponible para obtener información sobre el negocio, los costes de obtener información adicional y los conocimientos que los propios administradores tengan para evaluar la necesidad de disponer de más información.