

Colección
Monografías de Derecho Penal

El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital

Aixa Gálvez Jiménez

Dykinson, S.L.

**EL DELITO DE
ADMINISTRACIÓN DESLEAL
(ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL)
EN EL ÁMBITO DE LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL**

AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

Doctora en Derecho Penal

Universidad de Granada

**EL DELITO DE
ADMINISTRACIÓN DESLEAL
(ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL)
EN EL ÁMBITO DE LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL**

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Colección “Monografías de Derecho Penal”

Director: Prof. Dr. Lorenzo Morillas Cueva
Catedrático de la Universidad de Granada

© Copyright by
Aixa Gálvez Jiménez
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-198-2

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
besingsg@gmail.com

Impresión:
Recco, S.L.
recco@recco-sll.com
www.recco.es

A mis padres, maestros de la vida.

Gracias por tanto.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	19
PARTE PRIMERA. CUESTIONES PREVIAS	23
I. DELITOS PATRIMONIALES <i>VERSUS</i> DELITOS SOCIOECONÓMICOS: UBICACIÓN DE LAS FIGURAS SOCIETARIAS	23
1. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: el Título XIII, del Libro II, del Código Penal	23
2. Los delitos societarios en el Código Penal	32
3. Exclusión de la conducta de administración desleal entre los delitos societarios	39
II. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL: TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA	45
III. NORMATIVA ACTUAL: EL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL	62
PARTE SEGUNDA. ANÁLISIS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL (ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL) EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	65
I. DIMENSIÓN VALORATIVA DEL TIPO	65
1. El patrimonio como bien jurídico protegido	66
1.1. <i>El patrimonio de la sociedad como bien jurídico protegido...</i>	66
1.2. <i>Posible protección del patrimonio de los socios y de terceros vinculados con la sociedad</i>	68

2.	El orden económico como bien jurídico protegido	74
2.1.	<i>La relevancia de las sociedades de capital y el orden económico</i>	74
2.2.	<i>El orden económico como posible bien jurídico mediato o inmediato</i>	79
2.3.	<i>Dimensión socioeconómica del artículo 252 del Código Penal</i>	83
II.	DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES	86
1.	El delito de estafa	86
2.	El delito de apropiación indebida	90
2.1.	<i>Premisa</i>	90
2.2.	<i>La nueva redacción del delito de apropiación indebida</i>	91
2.3.	<i>Un supuesto especial: la apropiación de dinero ajeno</i>	103
2.4.	<i>Apropiación de dinero u otros objetos realizada por un administrador</i>	107
2.5.	<i>Alternativa: la apropiación desleal</i>	118
III.	NATURALEZA JURÍDICA	121
IV.	DIMENSIÓN FÁCTICA DEL TIPO	127
1.	Elementos del tipo objetivo	127
1.1.	<i>Sujetos de la acción</i>	128
1.2.	<i>Objeto material</i>	219
1.3.	<i>Conducta típica</i>	233
1.4.	<i>Resultado: causar un perjuicio</i>	268
2.	Elementos del tipo subjetivo	277
2.1.	<i>El dolo</i>	278
2.2.	<i>Elemento subjetivo del injusto: el ánimo de lucro</i>	282
3.	El error de tipo	287
4.	Posible causa de exclusión de la tipicidad: el consentimiento	289
V.	FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO	295
1.	<i>Iter criminis</i>	295
1.1.	<i>Actos internos y actos externos</i>	296
1.2.	<i>Los actos preparatorios: la exclusión de la administración desleal del artículo 269 del Código Penal</i>	297
1.3.	<i>La tentativa</i>	301
1.4.	<i>La consumación del delito</i>	308
2.	Autoría y participación	309

2.1.	<i>Autoría</i>	310
2.2.	<i>Participación</i>	321
3.	Relaciones concursales	323
3.1.	<i>Estafa</i>	323
3.2.	<i>Apropiación indebida</i>	324
3.3.	<i>Insolvencias punibles</i>	327
3.4.	<i>Corrupción entre particulares</i>	327
3.5.	<i>Delitos societarios</i>	330
3.6.	<i>Malversación de caudales públicos</i>	333
3.7.	<i>Delito continuado y delito masa</i>	334
VI.	CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL	335
1.	Consideración inicial	335
2.	Circunstancias atenuantes	336
3.	Circunstancias agravantes	339
4.	Circunstancia mixta de parentesco	343
VII.	PENALIDAD	343
1.	Apartado primero del artículo 252 del Código Penal. Tipo básico y tipos agravados	343
2.	Apartado segundo del artículo 252 del Código Penal. Delito leve	354
3.	Derecho transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015	356
VIII.	ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 CP EN EL ÁMBITO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES	359
IX.	RESPONSABILIDAD CIVIL	363
X.	PERSEGUIBILIDAD	367
	CONCLUSIONES	371
	PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	393
	BIBLIOGRAFÍA	395
	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	417

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAVV	Autores varios
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
apart.	apartado
art./arts.	artículo/artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BM	Banco Mundial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
coord./coords.	coordinador/coordinadores
CP	Código Penal
CP 1822	Código Penal de 1822 (decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar el 9 de junio de 1822)
CP 1848	Código Penal de 1848 (promulgado a través del Real Decreto, de 19 de marzo de 1848)
CP 1848 (EOR)	“Edición oficial reformada” del CP 1848 (impuesta a través Real Decreto, de 30 de junio de 1850)
CP 1870	Código Penal de 1870 (mandado publicar provisionalmente en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870; publicado por Decreto, de 30 de agosto de 1870)
CP 1928	Código Penal de 1928 (publicado por el Real Decreto-Ley, de 8 de septiembre de 1928)

CP 1932	Código Penal de 1932 (Ley de 27 de octubre de 1932 promulgado el Código Penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de bases de 8 de septiembre de 1932; publicado el 5 de noviembre de 1932)
CP 1944	Código Penal de 1944 (promulgado a través del Decreto, de 23 de diciembre de 1944)
CPA	Código Penal Alemán
CPI	Código Penal Italiano
dir./dirs.	director/directores
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
ed.	edición
EM	Exposición de motivos
etc.	etcétera
fasc.	fascículo
FMI	Fondo Monetario Internacional
<i>Ibidem.</i>	en el mismo lugar
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
nº	número
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
öStGB	Das österreichische Strafgesetzbuch (Código Penal Austriaco)
pág./págs.	página/páginas
PANCP 1983	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983
PCP	Proyecto de Código Penal
PCP 1980	Proyecto de Código Penal de 1980
PCP 1992	Proyecto de Código Penal de 1992
PCP 1994	Proyecto de Código Penal de 1994
PCP 2013	Proyecto de Código Penal de 2013
P. E.	Parte especial
p. ej.	por ejemplo

P. G.	Parte general
PYMES	pequeñas y medianas empresas
RAE	Real Academia Española
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RM	Registro Mercantil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP/SSAP	Sentencia de la Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
S. Com. por A.	Sociedad Comanditaria por Acciones
SE	Sociedad Europea
SLNE	Sociedad Nueva Empresa
SRL/SL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TRCP 1973	Texto Refundido del Código Penal (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre)
TRevCP 1963	“Texto Revisado de 1963” del Código Penal (Decreto 691/1963, de 28 de marzo)
TS	Tribunal Supremo
<i>Vid.</i>	Véase
Vol.	Volumen

PRÓLOGO

Corría el año 2012 cuando un día cualquiera, tras terminar una de mis clases de Derecho Penal, había una estudiante esperándome en la puerta del aula donde habitualmente impartía la asignatura de mi especialidad durante aquel curso académico. La atendí, como es lógico, muy atentamente, pues se trataba de una estudiante de posgrado que pretendía hacer su tesis doctoral sobre un tema relacionado con el Derecho penal. Esa persona, llamada **Aixa Gálvez Jiménez**, que es autora del libro que el lector tiene ahora en sus manos, acabó convirtiéndose en alguien que ha comprendido perfectamente el *iter* de lo que comúnmente conocemos como “carrera universitaria”, y que ha sido totalmente consecuente con los sacrificios y exigencias que conlleva. Ha sido su exquisita formación de Licenciatura y Posgrado (ha cursado dos másteres con inmejorables calificaciones) la que sin duda ha forjado a esta joven jurista, a esta prometedora penalista, como ejemplo de valía, esfuerzo y, también hay que decirlo, de lealtad y humanidad. Soy de los que piensan que la condición de un gran profesional va ligada a la calidad humana de quien desarrolla su trabajo.

Desde el año 2012 hasta ahora me ha acompañado en un contexto universitario muy difícil en el que, por circunstancias propias de la que probablemente sea la peor crisis económica por la que España ha atravesado, se han aplicado rigurosas medidas presupuestarias que han impedido que muchos y muy brillantes jóvenes estudiantes hayan podido convertirse en profesores universitarios. El resultado ha sido, claro está, un inevitable envejecimiento de los docentes e investigadores que nos dedicamos a la noble tarea de la enseñanza universitaria y que hace que la edad media del profesor en la universidad española supere nada menos que los cincuenta años. Pero no crea el lector que estas circunstancias tan difíciles han sido un obstáculo para

Aixa Gálvez Jiménez, pues siempre ha estado ahí, esforzándose, trabajando, estudiando incansablemente e invirtiendo muchas horas (quizá demasiadas, como muchos de nosotros en este trabajo) al día en su cada vez más sólida formación. No me cabe duda de que la tenacidad es una de sus muchas cualidades pues es incansable al desaliento. Pero también la paciencia, pues los durísimos (pero ilusionantes) años de gestión que he asumido al frente del Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada –precisamente al poco tiempo de conocerla– tampoco le han mermado un ápice de su vocación y dedicación a la investigación jurídico-penal, a pesar de la inevitable distancia que el ejercicio de tal responsabilidad institucional comporta para la dedicación a formar a nuestros jóvenes investigadores.

Pues bien, así las cosas, la autora de esta monografía decidió sumergirse (no recuerdo bien si a propuesta mía o suya, pero en cualquier caso fruto de la reflexión conjunta) en el estudio del Derecho penal socioeconómico y, más concretamente, en el ámbito del análisis del Derecho penal societario, dedicando sus primeros años de doctorado al examen del delito de administración desleal en el ámbito societario tipificado en el ya derogado artículo 295 del Código penal. Para ello, además, no se conformó con rastrear y estudiar en profundidad todas las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales de nuestro país, sino que tampoco dudó (con la cofinanciación de una ayuda del Vicerrectorado de Investigación) en desarrollar una larga estancia en la Universidad de Modena (Italia) bajo la dirección de mi querido colega el Prof. Luigi Foffani. El fruto de dicha estancia no sólo se detecta en el hábil uso que hace Aixa Gálvez del Derecho italiano, sino que se ha materializado también en la publicación de un artículo monográfico sobre la materia en la revista Cuadernos de Política Criminal.

La aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que derogó el precepto antes citado, tampoco supuso un obstáculo para la inagotable dedicación que la entonces doctoranda consagraba a su tesis. Lejos de sentirse tentada al abandono de la investigación, no dudó en reorientar en parte el objeto de su trabajo doctoral adaptándolo a la nueva realidad normativa que para el delito de administración desleal supuso la aprobación de la reforma mencionada. No cabía duda alguna de que la desaparición del art. 295 de nuestro Texto punitivo no determinaba la despenalización de la administración desleal en el ámbito societario (a pesar de las pretensiones de alguna defensa

que se han dejado entrever en ciertas resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015), más bien al contrario (bastaba con examinar la Exposición de Motivos de dicha Reforma), pues la inclusión del delito citado en el marco de las defraudaciones patrimoniales amplía notablemente su ámbito de aplicación extendiéndolo (desde la efectividad de la modificación legal) a todo tipo de administración desleal y no lo limita ya al ámbito exclusivamente societario. No obstante, el objeto central del libro que ahora ve la luz se centra en la administración desleal en el contexto de las sociedades de capital, pues probablemente es en la práctica donde con más frecuencia se plantea y donde más caldo de cultivo tiene por las, a veces, difíciles relaciones que se dan entre socios y administradores. La monografía podía haberse desligado de su vinculación con el mundo societario, pero estoy convencido de que sus especialidades y particularidades legales (derivadas de la amplia regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) la siguen dotando de un especial valor práctico y científico.

Ve la luz así una obra en la que, además de un análisis exhaustivo de las principales consecuencias que conlleva para el delito de administración fraudulenta la Reforma de 2015, realiza una exhaustiva radiografía sobre la inmensa mayoría de las cuestiones nucleares de tal figura delictiva en el ámbito de las sociedades mercantiles. Y lo hace, además, muy críticamente, puesto que existe un cierto consenso doctrinal en censurar la redacción vigente del artículo 252 del Código penal (de clara inspiración alemana si se contrasta con el § 266 StGB), por haberse casi convertido en uno de los denominados “delitos de infracción de deber” (*Pflichtdelikte*) en los que el centro de gravedad se sitúa en la lesión de los deberes predicables del sujeto activo en lugar de hacerlo en la perpetración de la conducta típica que, de este modo, pasa a ocupar un lugar secundario. Es innegable que para la aplicación de la presente figura delictiva en el ámbito societario juega un rol muy relevante la vulneración de los deberes de diligencia y/o de lealtad de los administradores (véanse los artículos 225 a 232 del RDLeg 1/2010, antes citado), pero tales infracciones deben materializarse en actos de administración societaria de naturaleza fraudulenta que ocasionen el correspondiente perjuicio en el patrimonio de la sociedad que es, como bien defiende la autora de este libro, el objeto de protección de esta figura delictiva.

No voy a enumerar ni a glosar el rico contenido del libro que el lector tiene en sus manos, sino que lo animo a consultarlo, a leerlo o a estudiarlo, pues descubrirá un trabajo muy profundo, riguroso, práctico y también crítico de las numerosas cuestiones que rodean al delito de administración desleal en el ámbito societario. Resultado que, por lo demás, tampoco sorprende a la vista de las cualidades que he puesto de relieve de su autora, aunque probablemente de la lectura de esta monografía pueda concluir el lector que me he quedado corto en el uso de los adjetivos que caracterizan a su formación y personalidad. Afortunadamente, aunque no siempre sucede, el destino profesional ha premiado recientemente a Aixa Gálvez Jiménez con una más que merecida plaza de Profesora Ayudante Doctora, con destino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, sin duda el comienzo de una –estoy convencido– brillante carrera universitaria que tan valientemente emprendió hace ya unos años.

En una madrugada del mes de febrero de 2019

Miguel Olmedo Cardenete
Catedrático de Derecho Penal

INTRODUCCIÓN

El artículo 252 del Código Penal (en adelante, CP) introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha establecido un concepto de administración desleal diferente al que se venía aplicando antes de la entrada en vigor de la Reforma señalada. En concreto, el precepto mencionado regula la administración desleal genérica, esto es, que concurre en cualquier esfera. Sin embargo, nuestro estudio no abarca la totalidad del ámbito de aplicación del ilícito sino una parcela mismo. El objeto de este trabajo es la investigación del delito de administración desleal (artículo 252 CP) en el contexto de las sociedades de capital.

La decisión de escoger el ámbito societario como escenario en el que se desarrollan las conductas irregulares de administración desleal se justifica por la relevancia del mismo. La evolución de la sociedad en los últimos años ha tenido consecuencias en el sector económico y empresarial. La globalización ha influido en la creación de nuevas empresas así como en la expansión y transformación de otras que ya existían. El crecimiento y el desarrollo de las sociedades mercantiles ha impulsado la instauración de un mercado a gran escala. En la marcha económica de nuestro país, la generalización del uso de las modalidades societarias para la explotación de las actividades económicas es sin duda un aspecto de radical importancia.

La relevancia de las conductas de administración desleal en el ámbito societario puede subrayarse ateniendo a los textos normativos –penales– más importantes. La intervención del Derecho Penal en la esfera societaria-económica venía proyectándose con anterioridad a su materialización en el Código Penal de 1995. Si bien es cierto que la entrada en vigor dicho año de los delitos societarios supuso un hito en la legislación societaria, regulando conductas que ya no responderían tan solo a normas de Derecho privado. En particular, la decisión

de incorporar un precepto penal que sancionase la administración desleal en un ámbito específico, el societario, plasmaba la relevancia de estos comportamientos en una esfera concreta. El perjuicio que se derivaba de la comisión de conductas de administración desleal tenía como consecuencia la vulneración de bienes jurídicos que requerían protección penal.

A pesar de la innovación que suponía la incorporación al Código Penal del actualmente derogado delito societario de administración desleal, éste no alcanzó los objetivos previstos para los que fue tipificado. Las dificultades derivadas de la interpretación del contenido del ilícito y también de su delimitación con el delito de apropiación indebida provocaron que el delito societario mencionado fuera eliminado veinte años después de su incorporación al Código Penal. En concreto, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito societario de administración desleal fue suprimido, introduciéndose a su vez un nuevo delito genérico de administración desleal aplicado en cualquier ámbito y no solo en el societario. El artículo 295 CP dejaba paso al nuevo artículo 252 CP. Con la Reforma se presenta una regulación renovada de la administración desleal (la Exposición de Motivos la define como “moderna”). El ilícito ya no es estrictamente calificado como un delito societario sino como un delito patrimonial, del que puede ser víctima cualquier persona. Además, la Reforma aprovecha para deslindar los tipos de administración desleal y apropiación indebida. Así, se intentaba devolver a la apropiación indebida su propia naturaleza, que se vio desfigurada años atrás debido a la necesidad de tener que recurrir al antiguo artículo 252 CP para sancionar conductas que podían ser calificadas como administración desleal.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 nuestra investigación se ha centrado en el el tratamiento del nuevo delito de administración desleal en la esfera en la que venía siendo regulado (la societaria) y también en cuestiones de *lefe ferenda*. Nuestro trabajo busca la comprensión del artículo 252 CP cuando se aplica en el marco de las sociedades de capital.

El delito de administración desleal se presenta como el paradigma de los delitos económicos, se trata de una referencia actual en la ciencia penal a la que vienen dedicándose congresos y seminarios especializados en el tema. En este sentido, los días 29 y 30 de junio de

2016 la Universidad de Ciudad Real celebró un curso de verano que llevaba por título: *Derecho Penal en transformación: dos problemas actuales* (dirigido por NIETO MARTÍN) en el que se dedicó una jornada al estudio en profundidad del delito de administración desleal; en concreto, en una de las sesiones el Profesor FOFFANI –referente italiano en los estudios de Derecho penal y en particular de la figura delictiva que venimos tratando– afirmó durante su intervención que “la administración desleal vive una época de oro”¹. El tratamiento penal de las conductas de los sujetos que administran de forma desleal un patrimonio ajeno cuenta actualmente con el interés de la doctrina y jurisprudencia. Debido al momento en el que se encuentra el artículo 252 CP, que tiene poco más de tres años de aplicación, los debates interpretativos sobre el mismo se encuentran en un punto muy interesante. Por todo ello, creemos que es necesario detectar los puntos más conflictivos del nuevo delito de administración desleal en relación con su aplicación en las sociedades de capital, de manera que el contenido del precepto que recoge el ilícito pueda interpretarse de la forma más acorde a lo que demandan los cánones del Derecho.

A pesar de todo, el estudio de las conductas de administración desleal cuando concurren en el ámbito societario es complejo. En muchas ocasiones, el entramado de las relaciones societarias nos impide reconocer qué hechos deben ser calificados como irregulares. Por ello, para realizar esta trabajo no basta con el estudio del Derecho penal sino que habrá que atender también a lo dispuesto por el Derecho privado. El enfoque la investigación que hemos realizado queda por tanto adscrito a la disciplina penal, pero entendida no como un compartimento estanco dentro Derecho, sino como un instrumento más del legislador que debe ponerse en relación con el resto del ordenamiento para entender la respuesta que los poderes públicos dan en forma de normativa a los problemas del ámbito societario. Por este motivo, podrán apreciarse referencias constantes al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

¹ FOFFANI, L., “Mesa redonda: la administración desleal en el ámbito societario”, en *Curso Derecho Penal en transformación: dos problemas actuales* (dir. NIETO MARTÍN, A.), ponencia celebrada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Ciudad Real los días 29 y 30 de junio de 2016.

En relación con la estructura del trabajo puedes distinguirse dos partes, además de la introducción. En concreto, son las siguientes:

- *Cuestiones previas.* En esta parte se ahonda en la posible distinción entre delitos socioeconómicos y delitos patrimoniales, mostrando sus principales caracteres y fijando las diferencias sistemáticas y sustanciales de cada categoría. Además, se presentan los delitos societarios, deteniéndolos en la exclusión del delito de administración desleal entre ellos tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.
- *Análisis del delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital.* Se trata de la parte central de la investigación; en ella, aplicamos el esquema general de la Teoría Jurídica del Delito para analizar minuciosamente todas las cuestiones relativas al delito de administración desleal vigente (artículo 252 CP), restringiendo dicha tarea al ámbito de las sociedades de capital.

Tras las dos partes mencionadas se han incluido unas conclusiones que recogen los resultados más importantes de la investigación y determinadas ideas dimanantes de nuestro estudio, posteriormente se incluye una propuesta *de lege ferenda* concretada en la redacción de un precepto que recoge un nuevo delito de administración desleal. Además, se añade la bibliografía, en la que se indican las obras consultadas para llevar a cabo este trabajo, y un apéndice jurisprudencial.

PARTE PRIMERA

CUESTIONES PREVIAS

I. DELITOS PATRIMONIALES *VERSUS* DELITOS SOCIOECONÓMICOS: UBICACIÓN DE LAS FIGURAS SOCIETARIAS

1. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: el Título XIII, del Libro II, del Código Penal

El Proyecto de Código Penal (en adelante, PCP) de 1980 introdujo por primera vez en la normativa penal española la protección del orden económico. En concreto, el Título VIII bajo la rúbrica “Delitos contra el orden socio-económico” dio cabida a once capítulos en los que se regulaban diferentes conductas ilícitas que constituían los denominados delitos socioeconómicos². El legislador era consciente de la novedad que suponía la inclusión de estas nuevas figuras delictivas, y por ello precisó en la Exposición de Motivos del Proyecto que se otorgaba “carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico entendido en sentido amplio como equivalente

² En concreto, el Título VIII estaba compuesto por: Capítulo I (De la insolvencia punible); Capítulo II (De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores); Capítulo III (De las infracciones de los derechos de autor); Capítulo IV (De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito); Capítulo V (De los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales); Capítulo VI (De los delitos financieros); Capítulo VII (De los delitos contra la Hacienda Pública); Capítulo VIII (De los delitos relativos al control de cambios); Capítulo IX (De los delitos de contrabando); Capítulo X (De los delitos contra la ordenación urbanística) y el Capítulo XI (De los juegos ilícitos).

a la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de tan elevada importancia para el desarrollo del país”. La definición de orden económico facilitaba la interpretación del contenido de los delitos que se engloban bajo el Título VIII. De este modo, se circunscribía el ámbito en el que podían ser aplicados dichos ilícitos.

Posteriormente³, el PCP 1992 unificó los delitos socioeconómicos y los delitos patrimoniales tradicionales en un mismo título, en concreto, en el Título XII denominado “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”⁴. El revuelo que había causado el PCP 1980 en relación a la inclusión de un Título dedicado exclusivamente a recoger los delitos contra el orden-socioeconómico, y las críticas surgidas para diferenciar dentro del mismo Título qué delitos eran patrimoniales y cuáles eran económicos⁵, motivó al legislador a pronunciarse en la Exposición de Motivos del PCP de 1992 de forma más extensa de lo que había hecho en el PCP 1980 sobre tales cuestiones. A través de texto, el legislador tachó de incorrecta la postura de aquellos que trataban de establecer una separación tajante entre los delitos patrimoniales estrictamente individuales y los económicos pertenecientes al interés general. La solución que proponía ante la problemática surgida consistía en realizar una distinción relativa entre las diferentes figuras delictivas, ya que existen algunos delitos que

³ No hacemos alusión en el texto principal a la Propuesta de Anteproyecto de 1983 porque se considera irrelevante en relación con el tema que se está tratando. Únicamente puede destacarse aquí de este texto la reducción considerable que proponía del número de delitos que formaban parte del Título XII, del Libro II, que llevaba por rúbrica “Delitos socioeconómicos”.

⁴ Se incluían: Capítulo I (De los hurtos); Capítulo II (De los robos); Capítulo III (De la extorsión); Capítulo IV (Del robo y hurto y uso de vehículos); Capítulo V (De la usurpación); Capítulo VI (De las defraudaciones); Capítulo VII (De las insolencias punibles); Capítulo VIII (De la alteración de precios en concursos y subastas públicas); Capítulo IX (De los préstamos y negocios abusivos); Capítulo X (De los daños); Capítulo XI (Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores); Capítulo XII (De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores); Capítulo XIII (De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural); Capítulo XIV (De los delitos contra los derechos de los trabajadores); Capítulo XV (De los delitos societarios) y por último el Capítulo XVI (De la receptación y blanqueo de dinero).

⁵ El propio legislador reconoce en el PCP 1992 que “en el Proyecto de 1980 muchos delitos contra el orden socioeconómico no eran sino reproducciones más o menos cualificadas de delitos patrimoniales, los hacía confusos o superfluos, por repetitivos”.

protegen a la vez intereses patrimoniales individuales y otros de carácter colectivo o supraindividual, concretándose una zona común entre los dos grupos. De esta manera, se admitía la existencia de ilícitos cuya naturaleza es mixta patrimonial-económica y también la de otros que tienen un carácter patrimonial o puramente económico. Por lo tanto, el texto señalaba que la anhelada división dentro del Título de los delitos patrimoniales de los económicos no era “imprescindible” porque se generarían problemas de aplicación e interpretación que son más difícil de solucionar que lo que conlleva admitir que existe una zona común entre ambos grupos.

Actualmente, el Título XIII, del Libro II, del Código Penal de 1995 recoge bajo la rúbrica “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” una serie de ilícitos destinados a proteger no solo los intereses particulares de los individuos sino también otros de carácter general. Entendiéndose bajo la primera denominación el patrimonio y dentro de la segunda el orden socioeconómico. No obstante, el legislador –al igual que hizo en los Proyectos de 1980 y 1992– no ha establecido ninguna línea divisoria que delimite estrictamente qué delitos tienen naturaleza patrimonial, socioeconómica o mixta. De este modo, concretar la tutela que pretenden ofrecer algunos de los artículos que forman el Título mencionado no es sencillo. La Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 tampoco aclara nada respecto a la posible diferenciación de los delitos patrimoniales y socioeconómicos⁶, simplemente se limitó a señalar que la inclusión de los delitos contra el orden socioeconómico en el Código Penal responde a la superación de “la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela de una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”. Cuando se hace referencia a la aparición de “nuevas formas de delincuencia” se está aludiendo sin duda a la delincuencia económica⁷. Por lo tanto, parece que el legislador se

⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Delitos contra el orden económico”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)* (coord. TERRADILLOS BASOCO, J. M.), Tomo IV, Iustel, Madrid, 2012, pág. 17, también denominados delitos económicos.

⁷ El uso de la expresión delincuencia económica nos obliga a traer a colación la investigación realizada por Edwin H. Sutherland que ha sido considerada como la máxima expresión de este tipo de criminalidad. El célebre sociólogo americano presentó en diciembre de 1939 una conferencia en la *American Sociological Society* sobre *White Collar Crime* en la que acuñó por primera vez el término delincuencia de

mostraba más preocupado en justificar la intervención del Derecho Penal en la esfera económica que en aclarar las dudas que podrían surgir a la hora de enjuiciar determinados comportamientos a través de los delitos tipificados en el Título XIII.

En consecuencia, la doctrina ha realizado múltiples intentos por diferenciar los delitos que pretenden tutelar el patrimonio individual, y aquellos que protegen el orden económico, ya que según ha manifestado esta distinción es útil y necesaria⁸. La concreción de la naturaleza de las conductas tipificadas en el Código Penal no solo es relevante para delimitar su protección sino también su aplicación⁹.

cuello blanco, definiéndola como aquella que cumplía los siguientes requisitos: que fuese cometida por un sujeto cuyo status socioeconómico fuera elevado y que éste la llevase a cabo en el ámbito empresarial en el que ejercía su profesión. Muchas de las conductas ilícitas realizadas por altos cargos empresariales ya no se correspondían con ilícitos civiles sino penales. El autor mostró cómo la delincuencia no tenía como único ámbito de desarrollo las clases sociales más bajas porque también existía entre personas con una elevada formación social y profesional. En cualquier caso, conviene precisar que la teoría formulada por Sutherland se construye a partir de los cambios sociales que se produjeron en Estados Unidos a principios del siglo XX, que favorecieron a que la economía creciese sin control alguno dando lugar a la aparición de nuevas conductas ilícitas. Actualmente, nuestra sociedad ha sido objeto de múltiples cambios significativos, por lo tanto es necesario reformular las notas más características de la delincuencia de cuello blanco en el sentido que fue expresada por primera vez. Además, conviene añadir que tal expresión (“delitos de cuello blanco”) responde más bien a un concepto de carácter social y no jurídico; por tal motivo, y porque en general la delincuencia más común entre las clases sociales alta es la económica, su uso es cada vez menor en Europa donde en términos similares tiene más aceptación el de “delincuencia económica”. Puede consultarse: MORÓN LERMA, E., “El perfil criminológico del delincuente económico”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (dir. GARCÍA ARÁN, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 32; BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico* (2ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 21; ANZIT GUERRERO, R., “Los delitos de «cuello blanco» y los delitos de «cuello azul»”, en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, nº 1, agosto-diciembre, 2008, pág. 2; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Los delitos de cuello blanco”, en *ContAbl3*, nº 40, 2011, pág. 29; VIRGOLINI, J., “Los delitos de cuello blanco”, en *Nuevas tendencias en el Derecho penal económico. Seminario Internacional de Derecho penal (Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007)* (coords. TERRADILLOS BASOCO J, M., y ACALE SÁNCHEZ, M.), Universidad de Cádiz, 2007, pág. 43.

⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*”, BOE, Madrid, 1995, pág. 167.

⁹ En concreto, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. G., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I)”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2016, pág. 397, determina la importancia de conocer

A pesar de todo, no existe ningún criterio objetivo que deslinde dentro del Título XIII los delitos patrimoniales de los delitos socioeconómicos. Algunos autores¹⁰, acudiendo a la sistemática del Código Penal han considerado la posibilidad de utilizar el Capítulo X (“disposiciones comunes a los capítulos anteriores”) como enlace conector entre los ilícitos patrimoniales y los destinados a proteger el orden socioeconómico. De modo que atendiendo a lo expuesto en el artículo 268.1 CP que incluye la expresión “por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí” se entiende que los artículos antecedentes responden a los llamados delitos patrimoniales¹¹, mientras que los posteriores al Capítulo X serían los que atentan contra el orden socioeconómico¹². No obstante, esta regla no se puede mantener. En la parte en la que supuestamente se incluirían los delitos patrimoniales (estafa, administración desleal...) pueden encajar hechos que perjudiquen el ámbito socioeconómico; igualmente, puede ocurrir que algunos de los delitos ubicados en los capítulos que preceden al Capítulo X, encontremos ilícitos cuya estructura y naturaleza se encuentra enfocada a la protección del patrimonio individual (por ejemplo los delitos de receptación o los relativos a la propiedad intelectual)¹³.

la naturaleza del delito, ya que en función de ésta se determinará la aplicación de la agravante genérica de reincidencia del artículo 22.8 CP y se podrá calificar el delito como delito continuado en virtud de lo expuesto en el artículo 74 CP. Además, en función de la naturaleza del ilícito se calificarán los concursos (de leyes penales, o en su caso de delitos), pues para ello habrá que tener en cuenta la identidad que tenga el bien jurídico protegido. Más concreto, AAVV., *Manual de Derecho penal. Parte especial* (coord. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ), Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 325, señala la importancia de conocer la naturaleza de los delitos societarios para poder aplicar correctamente el artículos 74.2 CP y 22.8 CP.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (20ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 326 y 327.

¹¹ En concreto, los ubicados en los Capítulos I a IX: Capítulo I (De los hurtos), Capítulo II (De los robos), Capítulo III (De la extorsión), Capítulo IV (Del robo y hurto de uso de vehículos), Capítulo V (De la usurpación), Capítulo VI (De las defraudaciones), Capítulo VII (Frustración en la ejecución), Capítulo VII bis (De las insolvencias punibles), Capítulo VIII (De la alteración de precios en concursos y subastas públicas), Capítulos IX (De los daños).

¹² Serían los delitos incluidos en los Capítulos XI a XIV: Capítulo XI (De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), Capítulo XII (De la sustracción de cosa propia utilidad social o cultural), Capítulo XIII (De los delitos societarios), Capítulo XIV (De la receptación y el blanqueo de capitales).

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, págs. 419 y 420. El autor manifiesta que el legislador no ha seguido un criterio uniforme a la hora de ubicar los

Además, no debemos olvidar que existen delitos que propiamente pueden ser denominados como delitos económicos, que atentan contra el orden económico y no se encuentran incorporados en el Título XIII. Pensemos por ejemplo en los delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social incluidos en el Título XIV, estas figuras delictivas se regulan fuera del Título XIII a pesar de que su carácter es puramente económico. Probablemente, el legislador pretendía reforzar su autonomía dedicando un Título exclusivo a su regulación, sin embargo, no ha hecho más crear dudas respecto a la razón de su ubicación. No obstante, algunos autores han considerado –acertadamente– que estos delitos no se incluyen en el Título XIII porque en éste el legislador solo ha incluido los delitos que se engloban bajo el concepto amplio de Derecho penal económico, pero no aquellos que se identifican con la configuración estricta del mismo¹⁴. En relación con ello, cabe precisar que la delimitación del concepto de Derecho penal económico no es uniforme, no obstante, la mayor parte de los autores se remiten a la definición dada por BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE¹⁵; ambos conciben el Derecho penal económico desde dos perspectivas diferentes: una amplia y otra estricta. Así, el Derecho penal económico en sentido estricto es definido como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía”; y por su parte, el Derecho penal económico en sentido amplio alude al “conjunto

delitos que protegen el patrimonio y/o en el orden socioeconómico. Así, considera inentendible que el legislador haya incluido en el Capítulo VIII, que denomina “patrimoniales”, un delito socioeconómico como “la alteración de precios en concursos y en subastas públicas”. O bien, critica que el legislador incluya en el mismo Capítulo XIV delitos como la receptación y el blanqueo de capitales, que inciden en órdenes diferentes.

¹⁴ Véase: BENÍTEZ ORTÚZAR, I. G., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 396, además de este autor tomamos la idea de añadir en el texto principal el concepto de Derecho penal económico en sentido amplio y estricto; MUNOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 901. Otros como MAGRO SERVET, V., *Delitos socioeconómicos*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 14, consideran que estos delitos podrían incluirse “cómodamente” en el Título XIII.

¹⁵ Debemos tener en cuenta que la obra de estos autores fue la primera publicada en España sobre Derecho Penal Económico. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 101 y 102; LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general de Derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002, pág. 41.

de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”^{16,17}. Por lo tanto, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, son incluidos dentro del concepto Derecho penal económico en sentido estricto, porque el Estado interviene de manera directa a través de la imposición de determinadas obligaciones a los ciudadanos¹⁸.

Generalmente, la denominación de la rúbrica que acompaña a los títulos y capítulos que forman el CP puede tomarse como referencia para determinar cuál es el sentido del que debe partirse para interpretar y aplicar los diferentes ilícitos que se encuentran ubicados dentro de éstos. No obstante, en algunas ocasiones el nombre de la rúbrica del título en el que se ubica el delito no coincide con el bien jurídico protegido que tutela y por lo tanto no sirve como criterio diferenciador de su naturaleza¹⁹. Por este motivo, aunque el Título XIII se denomine “delitos patrimoniales y socioeconómicos” no quiere decir que todas las figuras delictivas que estén incluidas bajo dicho título tengan como bien jurídico protegido estrictamente el patrimonio y el orden económico.

De manera que, distinguir los delitos que forman el Título XIII en virtud del bien jurídico protegido que tutelan es complicado. El motivo principal es que mientras el concepto de patrimonio ha sido ampliamente desarrollado, no ocurre lo mismo con el de orden socioeconómico²⁰. No existe una interpretación uniforme sobre dicho término como bien jurídico protegido y el legislador tampoco se ha pronunciado en relación con su contenido²¹. Por consiguiente, la

¹⁶ Sobre los conceptos expuestos, BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico* (2ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, págs. 12 y 14.

¹⁷ Utilizaremos alternativamente “orden socioeconómico” y “orden económico”. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 17 y 19, añade también como variantes de las expresiones anteriores “economía nacional”, “orden público económico”, “economía pública”, entre otras.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 901.

¹⁹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios* (1ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 53.

²⁰ No nos detenemos aquí en ambos conceptos porque serán analizados en otros epígrafes de este estudio.

²¹ LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, *op. cit.*, págs. 46 hasta 55.

clasificación que se realice de los delitos que engloban el Título XIII es completamente subjetiva, pues se sustenta sobre la calificación que cada autor decide otorgarle a la expresión “orden socioeconómico”. La decisión del legislador de unir bajo la misma rúbrica dos conceptos estrechamente relacionados, de los que de uno todavía se desconoce expresamente su contenido, dificulta entender la verdadera naturaleza de estos ilícitos²². Por lo tanto, si aún no existe unanimidad sobre qué engloba el término “orden socioeconómico” es controvertido precisar qué figuras delictivas lo tutelan.

En este sentido, GONZÁLEZ RUS mantiene que la locución “delitos socioeconómicos” incluida en la rúbrica del Título XIII no responde a “una calificación jurídica, definitoria del bien jurídico protegido en sentido estricto, sino, más bien, como una referencia criminológica, indicativa del medio en que se producen los delitos, de las repercusiones supraindividuales de los mismos o del propósito político-criminal que constituye el denominador común último de las concretas figuras delictivas, cuyo bien jurídico específico deberá concretarse en cada caso”²³. El legislador no pretendía calificar el orden económico como un bien jurídico protegido sino que utilizó esta expresión “más en el sentido genérico de objetivo de política criminal que en el sentido técnico de bien jurídico”. Por lo que, la inclusión del orden socioeconómico en la rúbrica del Título XIII debe tomarse como un “criterio sistematizador” que agrupa varios tipos penales que tienen en común su aplicación en el ámbito socioeconómico.

²² Con ello no estamos admitiendo que el legislador deba pronunciarse obligatoriamente sobre cada uno de los términos incluidos en las rúbricas que acompañan a los Títulos o Capítulos en los que se divide el Código Penal. Simplemente, consideramos que el legislador sí debería haber concretado el término “orden económico” con el propósito de que su aplicación fuese adecuada conforme al sentido que pretendía otorgarle con su introducción en el Código Penal.

²³ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coord. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011, pág. 412. En el mismo sentido se expresa, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 35: “la aparición de la rúbrica de orden económico no afecta a la cuestión del bien jurídico, sino que es más una cuestión terminológica que el legislador tuvo a bien introducir como categoría sistemática de referencia”. También, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, en *La administración desleal*, Cuadernos de Derecho Judicial n° 7, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 19.

mico pero no como bien jurídico protegido de todos los delitos que se incluyen en el Título²⁴.

De manera que cuando el Título XIII incluye en su denominación los delitos patrimoniales y socioeconómicos no quiere decir que haya que establecer dos grupos de delitos entre los que se diferencien aquellos que protegen el patrimonio o bien el orden socioeconómico. Dentro del Título mencionado se incluyen principalmente delitos patrimoniales, pero también quedan englobados otros ilícitos cuya comisión repercute más allá de los intereses individuales²⁵. Así, el legislador ha reconocido que existe una relación entre el bien jurídico patrimonial y el orden socioeconómico, debido a que algunos delitos patrimoniales clásicos influyen en dicho orden, y además hay otros delitos económicos que inciden en el patrimonio individual²⁶; por tanto, para delimitar correctamente la naturaleza de cada ilícito, habrá que estar al interés que prevalezca en el mismo.

Por lo tanto, descartamos la necesidad de incluir en el CP dos títulos específicos que contengan por separado los delitos destinados a proteger el patrimonio y aquellos que velan por mantener la estabilidad del orden socioeconómico. La conexión que existe entre los dos ámbitos no puede negarse, de forma que intentar desligarlos ubicándolos en títulos diferentes no hace sino romper con la naturaleza de éstos. Por ello, bastaría con el pronunciamiento del legislador sobre las críticas surgidas en torno a esta cuestión para que su valoración ayudase a concretar la aplicación de los distintos delitos. Además, la denominación de la rúbrica que acompaña al Título XIII solo debe tomarse como una referencia interpretativa de carácter relativo pero no absoluta. Por lo tanto, deberá estudiarse cada tipo delictivo por separado, con el objetivo de concretar cuál es el aspecto lesivo que resulta predominante y así poder realizar una interpretación adecuada a su naturaleza²⁷.

²⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 16.

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 419; en el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "Delitos...", *op. cit.*, pág. 396.

²⁶ *Vid.*, LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, *op. cit.*, págs. 47 y 48, crítica este tipo de ilícitos, ya que mantiene que generalmente se trata de delitos que en realidad tienen una naturaleza patrimonial y no socioeconómica.

²⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J., "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)... (2011)", *op. cit.*, págs. 409 y 410.

2. Los delitos societarios en el Código Penal

El Libro II, Título XIII, Capítulo XIII del Código Penal recoge los denominados delitos societarios (artículos 290 a 297 CP). Los ilícitos que se engloban bajo tal rúbrica son complejos. Cada delito contiene elementos propios y diferenciadores destinados a sancionar conductas específicas que únicamente pueden cometerse en el desarrollo de una actividad empresarial. Así, la característica principal que pone en conexión a estas figuras delictivas es que su realización debe llevarse a cabo en el marco de las sociedades. Fuera del ámbito societario estos delitos no despliegan ninguna eficacia^{28,29}.

En relación con la ubicación de los delitos societarios se ha cuestionado si hubiese sido más apropiado que estos ilícitos se hubieran regulado a través de una ley especial o en el Código Penal, donde actualmente están integrados. Con el fin de decantarnos por la inclusión de los tipos penales societarios en la norma básica por excelencia del ordenamiento penal o en una ley específica dedicada expresamente a contemplar las conductas ilícitas que se producen en el ámbito societario, es necesario atender a los beneficios que pueden derivarse de su desarrollo en una u otra legislación. Sin embargo, cabe puntualizar que partimos de la inexistencia de un criterio específico que dote de más importancia la inclusión de una norma en el Código Penal o en las mencionadas leyes especiales. La creen-

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 31. A nuestro juicio, con la eliminación del delito societario de administración desleal (antiguo artículo 295 CP) la idea propuesta por el autor cobra aún si cabe más sentido. Es cierto que el delito señalado solo podía cometerse en el ámbito societario (ya que así lo establecía el tipo), no obstante, se demandaba su aplicación general. En cambio, con los demás delitos societarios no surgirá nunca este problema porque su ámbito de aplicación es estrictamente societario. Por ejemplo, si pensamos en el artículo 293 CP que sanciona a quienes impiden que los socios ejerzan sus derechos, observamos como este delito no tendría sentido si no es cometido dentro de una sociedad; en cambio, castigar la administración desleal del patrimonio puede realizarse tanto si se realiza fuera o dentro de una sociedad.

²⁹ Por este motivo, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos societarios”, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 275, considera que los casos que se contemplan en los delitos societarios son supuestos de criminalidad en la empresa, debido a que se producen en el seno de ésta, pero no de criminalidad de empresa identificados con aquellos en los que la sociedad como persona jurídica es quien comete el hecho ilícito.

cia de que los ilícitos más graves y que causan mayores perjuicios a la sociedad deben regularse obligatoriamente en el Código Penal es errónea. Las consecuencias derivadas del incumplimiento del delito serán las mismas independientemente de la legislación en la que se haya ubicado el ilícito. Por lo tanto, la opción de incluir los delitos societarios en el Código Penal o en una ley especial no está motivada por criterios de “eficacia preventiva”³⁰.

No obstante, es indiscutible que los preceptos contenidos en el Código Penal son los que cuentan con mayor presencia, no solo porque son más conocidos también por ser los que verdaderamente despiertan el interés de la sociedad al ser considerados como propiamente penales³¹. En muchas ocasiones, el hecho de que una norma esté incluida en el Código Penal causa un efecto intimidatorio mayor entre los ciudadanos que si está regulada en otra legislación. La idea generalizada de que los únicos preceptos penales son aquellos que forman parte del Código Penal nos lleva equivocadamente a relegar a un segundo plano a otros que, aunque estén segregados de este texto normativo, tienen la misma validez. A pesar de todo, ello no es óbice para justificar la regulación de los delitos surgidos en el ámbito societario en el Código Penal o en una ley especial.

La inclusión de nuevos tipos delictivos en el Código Penal no tiene que deformar su carácter como principal norma sancionadora, ya que puede acoger preceptos en los que se regulen materias totalmente heterogéneas³². En este sentido, las razones por las que el legislador ha decidido incluir los delitos societarios en el CP responden más bien al intento de borrar “la imagen falsa” que entiende que los delitos societarios son estrictamente ilícitos mercantiles, pretendiendo con la inclusión de estas conductas ilícitas en el Código Penal no restarle la importancia que le hubiera arrebatado al englobarlos dentro de una ley específica³³. Es probable que antes de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, la inexistencia de ésta

³⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 46 hasta 48.

³¹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 43, añade incluso que expertos en criminología y sociología han podido demostrar que la actitud de la sociedad es diferente frente a ambos desarrollos legislativos.

³² En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 9.

³³ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 42 hasta 44.

hubiese sido una razón para que los delitos societarios se incluyesen en una ley especial. La diferenciación entre los distintos tipos de sociedades (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.) que daba lugar a diversas legislaciones hacía más difícil el establecimiento de una normativa penal común. No obstante, con la unificación en la Ley de Sociedades de Capital este problema ha sido resuelto. Es cierto que el legislador decidió incluir los delitos societarios en el Código Penal en el año 1995 y que la Ley de Sociedades de Capital entró en vigor en 2010, no obstante, es probable que el legislador penal decidiese introducir los delitos que sancionaban las conductas ilícitas acaecidas en el seno de la sociedad en el Código Penal porque era consciente de que en un corto periodo de tiempo se iba a llevar a cabo una unificación de la legislación societaria mercantil más importante³⁴.

Además, las leyes especiales suelen estar compuestas por numerosos preceptos, ya que una de las razones por las que determinadas cuestiones penales se regulan en estas leyes es porque su extensión impide introducirlos en el Código Penal. Piénsese en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores compuesta por 64 artículos. En cambio, la inclusión de los delitos societarios en el CP únicamente ha sumado al texto principal ocho preceptos nuevos (de los que solo seis –actualmente cinco por la exclusión del delito de administración desleal como delito societario– se corresponden con la tipificación de conductas ilícitas, siendo el resto de aplicación común a éstos).

La decisión del legislador de no redactar una ley especial en la que se criminalizaran numerosas conductas acaecidas en el seno societario es acertada. Nos encontramos ante figuras delictivas de nueva redacción que requieren adaptarse a las normas que desarrollan la Parte General del Derecho penal. La introducción de nuevos preceptos en el Código Penal obliga a que se inicie una labor interpretativa respecto a los elementos propios de cada delito, y ésta sin duda es más fácil si éstos se encuentran ubicados dentro del Código Penal. El estudio unitario de las conductas que vulneran el orden social y que merecen ser sancionadas en caso de ser cometidas favorece la seguri-

³⁴ Probablemente, el legislador estaba esperanzado con la redacción y aprobación del Código Mercantil, sin embargo, ha tenido que conformarse con la redacción de la Ley de Sociedades de Capital.

dad jurídica. Simplemente, la posibilidad de tomar como referencia la rúbrica del Capítulo y el Título del Código Penal en los que se encuentran englobados puede auxiliarnos a la hora de desarrollar adecuadamente su contenido y aplicación. De modo que, por razones sistemáticas que responden a criterios interpretativos, la inclusión de los ilícitos societarios en la normativa principal penal favorece su tratamiento. En el supuesto de que los delitos societarios hubiesen sido tipificados en una ley especial hubiesen tenido que soportar un mayor número de críticas de las que ya venían poniendo en tela de juicio su contenido.

Además, el legislador siempre que ha realizado el intento de tipificar los comportamientos irregulares societarios ha sido incluyéndolos en el Código Penal. Nunca se ha materializado ninguna intención de recoger los ilícitos societarios en una ley especial. En concreto, el antecedente más remoto (después de la entrada en vigor de la CE 1978) de los delitos societarios podemos encontrarlo en el PCP 1980, que acuñó dichos ilícitos bajo la denominación “Delitos financieros” en el Libro II, Título VIII, Capítulo VI que llevaba por nombre “Delitos contra el orden socioeconómico”. Con el propósito de que los delitos financieros no se confundiesen con los delitos referentes a la Hacienda Pública, la Memoria explicativa del PCP 1980 señaló: “la expresión financiero no se utiliza aquí en su acepción de relativo a Hacienda Pública, como fácilmente se deduce de la existencia dentro del mismo Título de otro Capítulo que lleva precisamente el epígrafe de Delitos contra la Hacienda Pública, sino en su significado relativo a los grandes negocios mercantiles. Se trata, en definitiva, de lo que un sector doctrinal denomina delitos societarios, es decir, delitos cometidos al amparo o valiéndose de la estructura y organización de sociedades mercantiles”. Posteriormente, el Anteproyecto de Código Penal de 1983 mantuvo la denominación de “Delitos financieros”, no obstante, su ubicación cambió y se incluyó en el Libro II, Título XII, Capítulo IV. El antecedente más inmediato de los delitos societarios no puede señalarse hasta la publicación del Anteproyecto del Código Penal de 1992 que incluyó por primera vez la expresión “Delitos societarios” dentro del Capítulo XV del Título XII, que se mantuvo en el Proyecto del Código Penal de 1992 y en el del año 1994. Finalmente, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que aprobó el texto del Código Penal incluía los delitos societarios tal y como los conocemos actualmente.

El Código Penal aprobado en 1995 ha sufrido numerosas modificaciones a través de las reformas que han sido aprobadas hasta la actualidad. Sin embargo, a excepción de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (vigente desde el 1 de julio de 2015)³⁵, ninguna ley ha realizado cambio alguno sobre la normativa penal reguladora de la materia societaria. Esta circunstancia nos lleva a pensar que el legislador está de acuerdo con la redacción que en su día otorgó a los delitos societarios, y considera que deben permanecer inalterables; o bien, que prefiere comprobar su eficacia práctica (a pesar de que se incluyesen en el CP hace más de 20 años) antes de reformarlos; o simplemente no se decide a alterar su contenido porque su modificación resulta tan compleja que enfrentarse a las carencias que actualmente presentan estos ilícitos supone un esfuerzo mayor que dejar intacta su redacción. A nuestro juicio, el problema principal que debe afrontar el legislador es el último de los señalados. Las conductas irregulares que acontecen en el ámbito societario son en su mayoría tan complejas que sintetizarlas en preceptos claros y precisos para que sean sancionadas es difícil. No obstante, ha transcurrido tiempo suficiente para que el legislador hubiese decidido modificar el contenido de los delitos societarios, eliminando los errores que arrastran desde su entrada en vigor y que han sido denunciados por la doctrina y jurisprudencia. De esta manera, quizá las críticas que recaen sobre la extralimitación del Derecho penal en materia societaria, la amplitud con la que se han redactado los delitos societarios, etc., no hubiesen desaparecido, ya que siempre habrá posturas más o menos conformes con el contenido de los preceptos que forman el Código Penal, pero sí se hubiesen aminorado.

Concretamente, el Código Penal contiene cinco artículos destinados a tipificar las conductas societarias ilícitas (artículos 290 a 294 CP) y dos preceptos de aplicación común a los anteriores (artículos

³⁵ A través de la Ley señalada se producen dos modificaciones sobre el Capítulo XIII que recoge los delitos societarios. La primera –y más importante– es la eliminación del antiguo artículo 295 CP que regulaba la administración desleal en el ámbito societario, que se reconduce al actual artículo 252 CP encargado de sancionar la administración desleal genérica. La segunda modificación está relacionada con el artículo 296 CP. En concreto, se sustituye el término “incapaz” que anteriormente incluía en su redacción el precepto mencionado por la expresión “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

296 y 297 CP). Atendiendo al orden establecido en el propio Código Penal los tipos específicos que sanciona son los siguientes:

- Falsificar las cuentas anuales u otros documentos que reflejen la situación jurídica o económica de la sociedad de forma que causen un perjuicio económico a ésta, a alguno de sus socios o a terceros (artículo 290 CP).
- Imponer acuerdos abusivos prevaleciéndose de la situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad en perjuicio de los demás socios y sin que aporten beneficios a la sociedad (artículo 291 CP).
- Imponer o aprovecharse de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, cuando ésta sea obtenida por una firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes lo tengan reconocido por Ley o por cualquier otro medio o procedimiento similar (artículo 292 CP).
- Negar o impedir a un socio el ejercicio de sus derechos, en concreto, los derechos de información, suscripción preferente de acciones reconocidos por la Ley o la participación en el control o gestión de la actividad de la sociedad (artículo 293 CP).
- Obstruir la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras en una sociedad que esté sometida o actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa (artículo 294 CP).

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal se hubiese añadido a la enumeración anterior otro delito societario más. No obstante, a través de la Ley mencionada se derogó el ilícito que hasta entonces ocupaba el artículo 295 CP, es decir, el delito societario de administración desleal. Con la Reforma de 2015 el artículo 295 CP fue suprimido de manera que su contenido ha quedado desierto.

La inclusión de los delitos societarios en el Código Penal ha motivado también un debate doctrinal respecto a la clasificación de estos tipos penales. No existe una regla uniforme para enumerar diferentes categorías dentro de los ilícitos societarios, ya que como hemos señalado el único punto común entre ellos resulta de la exigencia de que sean realizados en el ámbito societario. Por este moti-

vo algunos autores han elaborado su propia división³⁶. En este sentido, cabe destacar las clasificaciones realizadas por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO quien ha diferenciado las figuras delictivas societarias en función del bien jurídico protegido, las consecuencias para el bien jurídico protegido, los titulares de los intereses protegidos, la figura del sujeto pasivo y por último, según la autoría. Entre ellas nos detenemos en la división de los delitos societarios según quienes sean los titulares de los intereses que protegen, distinguiéndose: a) los delitos contra la sociedad (artículos 290, 292 y 295 CP); b) los delitos contra los socios (artículos 290, 291, 292, 293 y 295) y los delitos contra terceros (artículos 290, 294 y 295 CP)³⁷. De otro lado, pueden establecerse más clasificaciones, por ejemplo según a) si existe el propósito obtener un lucro económico (artículos 291 y 295 CP); b) si guardan semejanza con los delitos de falsedad (artí-

³⁶ En las divisiones que se señalan en el texto se hace alusión al delito de administración desleal societario tipificado en el antiguo artículo 295 CP. Se incluye este ilícito porque cuando los autores elaboraron las diferentes clasificaciones de los delitos societarios el artículo 295 CP aún estaba vigente. Actualmente, atenderíamos al criterio elegido por los autores para diferenciar los delitos societarios pero omitiríamos el derogado artículo 295 CP.

³⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Problemas...*, *op. cit.*, págs. 21 y 22. Además, incluimos la división realizada con respecto a las consecuencias para el bien jurídico: a) Delitos de peligro (artículos 290 primer párrafo, 291 y 292 CP); b) Delitos de lesión (artículos 290 segundo párrafo, 293, 294 y 295 CP); con respecto a la autoría: a) Delitos donde el autor quebranta el deber extrapenal, legal o bien contractual, exigido para garantizar el bien jurídico protegido (artículo 290 en alusión a la sociedad, 293, 294 y 295 CP); b) Delitos donde no se le exige al autor una posición previa que le obligue en relación con el bien jurídico (artículo 290 y cuando sea en relación con los administradores y socios, 291 y 292 CP); en función del bien jurídico protegido: a) Delitos que protegen el patrimonio individual (artículos 290, 291, 292 y 295 CP); b) Delitos que protegen otros bienes jurídicos que no son el patrimonio (artículos 293 y 294 CP); y de otro lado, a) Delitos que protegen un bien individual (artículos 290, 291, 292, 293 y 295 CP) y b) Delitos que protegen un bien jurídico colectivo (artículo 294 CP); con respecto a la figura del sujeto activo: a) Delitos especiales propios, los socios, los sujetos con derecho a voto, y los administradores de hecho y de derecho (artículos 290, 291, 293, 294 y 295 CP); b) Delitos comunes, donde su conducta prohibida es realizable por cualquier sujeto (artículo 292 CP); con respecto a esta última clasificación SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 110, elabora una división diferente atendiendo al mismo criterio, así agrupa los delitos societarios: a) que son cometidos por los administradores de hechos o de derecho (artículos 290, 293 y 294 CP), b) cometidos por los socios como los que forman parte del órgano de administración (artículos 291 y 295 CP), c) los que podrán cometerse por administradores, socios o cualquier órgano colegiado (artículo 292 CP).

culos 290 y 292 CP) y c) aquellos que conllevan un comportamiento corrupto (artículos 293 y 294 CP)³⁸.

Por último, cierran el Capítulo XIII dos preceptos de aplicación común a todos los delitos societarios, el primero de ellos es el artículo 296 CP, que determina las condiciones objetivas de perseguibilidad de los delitos societarios. Los ilícitos señalados en los artículos que le anteceden (artículos 290 a 294 CP) serán perseguidos a través de denuncia de la persona agraviada o bien de su representante legal. Incluso, cabe la posibilidad de que los hechos sean denunciados por el propio Ministerio Fiscal cuando el sujeto que haya sufrido el perjuicio sea menor de edad, una persona desvalida o con discapacidad. No obstante, no es necesaria la denuncia mencionada en los supuestos en los que la comisión de la conducta ilícita haya afectado a una pluralidad de personas o en su caso a los intereses generales. Finalmente, el artículo 297 CP define el término “sociedad” con el propósito de que los delitos societarios se apoyen en su concepto para poder aplicar su contenido. Así, cuando los artículos 290 a 294 usen el término “sociedad” se referirán a “toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza”.

3. Exclusión de la conducta de administración desleal entre los delitos societarios

Las controversias surgidas de la aplicación del derogado delito societario de administración desleal del artículo 295 CP en los supuestos en los que el administrador perjudica al patrimonio ajeno administrado han sido constantes. La incorporación del precepto mencionado en el Código Penal de 1995 trajo consigo aparejados más problemas que soluciones. Fueron varios los motivos que acabaron con las esperanzas que el legislador había puesto en el delito societario para erradicar las controversias que surgían cada vez que había que acudir al delito de estafa o de apropiación indebida para sancionar conductas calificadas como administración desleal desde 1995³⁹.

³⁸ MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos societarios”, en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 20, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 316.

³⁹ La redacción del delito societario contenía varios defectos que daban lugar a problemas interpretativos. Señalamos los más relevantes: a) falta de unanimidad doc-

Con anterioridad a la Reforma llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, algunos autores consideraron que el delito societario de administración desleal se construía sobre la necesidad de proteger el orden socioeconómico; sin embargo, otros se decantaron por defender la naturaleza exclusivamente patrimonial del delito. Así, DEL ROSAL BLASCO señaló que los delitos societarios (entre los que se encontraba el delito de administración desleal) “están protegiendo los intereses patrimoniales, ya sean de la propia sociedad, ya lo sea de los socios, ya de los terceros directamente interesados”⁴⁰. Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO determinó que lo más censurable del derogado artículo 295 “es haber incluido este precepto como un delito socioeconómico”⁴¹. Ambos abogaron por defender la posición que se inclinaba por considerar que el precepto debía estar incluido dentro de los delitos exclusivamente patrimoniales, al preservar el patrimonio de los sujetos pasivos y no con carácter general intereses colectivos. En este sentido, la última Reforma llevada a cabo del Código Penal ha puesto fin a las discusiones sobre el tema expuesto. El legislador arrepentido de la inclusión del delito de administración desleal entre los delitos societarios ha calificado el nuevo ilícito como un delito patrimonial y ha señalado que nunca debió estar entre los delitos societarios. Por ello, el ilícito se desplaza a los delitos patrimoniales que es donde –según la LO 1/2015– sistemáticamente tiene que ubicarse, ya que así lo exige la

trinal y jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido cuando entró en vigor el tipo penal; b) mención expresa al socio como posible autor del delito aunque ya estaba incluido como sujeto activo porque podía calificarse como administrador de hecho; c) no se citaba de forma específica a la sociedad entre los posibles sujetos pasivos pero era la titular del objeto material del delito; d) el precepto solo hacía referencia a los bienes sociales (a pesar de que la sociedad no era mencionada expresamente) pero no a los del resto de sujetos pasivos enumerados; e) la determinación de las modalidades de acción típica (disponer y contraer obligaciones) dificultaban la admisión de la comisión por omisión; f) la admisión del dolo eventual era dudosa; g) el acto desleal debía realizarse con “abuso de las facultades propias del cargo” para que fuese típico; la amplitud con la que había sido redactada tal expresión conllevó que se dudara si se refería al ejercicio por parte del administrador de dichas facultades dentro de sus competencias pero indebidamente ejercidas o fuera de ellas; h) aunque se calificaba como un delito de resultado, la tentativa tenía difícil encaje, pues la pena de multa debía concretarse en función de la cantidad económica obtenida por el sujeto activo.

⁴⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 38.

⁴¹ AAVV., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia* (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.), Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pág. 3047.

naturaleza del propio ilícito⁴². De lo expuesto en la Reforma, de la que se desprende la naturaleza patrimonial del nuevo delito de administración desleal del patrimonio ajeno, se deduce a su vez que el delito societario tipificado anteriormente en el artículo 295 sería calificado como un delito de naturaleza socioeconómica o al menos mixta patrimonial-socioeconómica⁴³.

La decisión del legislador de señalar expresamente la naturaleza patrimonial del nuevo delito de administración desleal genérico facilita la aplicación de la circunstancia agravante por reincidencia del artículo 22.8 CP, que requiere que las infracciones cometidas por el culpable estuviesen en el mismo título y además que fueran de la misma naturaleza. Así, se eliminan las dudas que surgían sobre la posibilidad de poder recurrir a esta agravante en los supuestos en los que el sujeto había cometido el delito societario de administración desleal y otro de los delitos ubicados dentro del Capítulo XIII. Igualmente, se pone fin a la problemática derivada de la posible aplicación del artículo 74.2 CP que hace referencia al delito continuado patrimonial y que permitirá al Juez o Tribunal imponer de forma motivada la pena en uno o dos grados en los casos en los que los hechos revistan una notoria gravedad, y además hubiesen perjudicado a una generalidad de personas. Por lo tanto, dicho precepto será de aplicación inmediata en los supuestos en los que se pruebe que la administración desleal del patrimonio ajeno se ha llevado a cabo según lo previsto en el artículo señalado.

A pesar de que la Exposición de Motivos de la Reforma de 2015 ha calificado el delito de administración desleal genérico como un delito patrimonial, no podemos negar que este ilícito contiene connotaciones económicas que pueden llegar a tener tal fuerza que permiten

⁴² El legislador reconoció el error de incluir el delito de administración desleal entre los delitos societarios bajo la siguiente formulación: “su desplazamiento desde los delitos societarios, en donde nunca debió de estar, a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicado”. Así quedó incluido en el texto que aludía al Proyecto de Ley hasta el 25 de marzo de 2015, donde el texto que recogía las enmiendas del senado al Proyecto de Ley mediante mensaje motivado eliminó la expresión citada.

⁴³ De esta manera se reforzaría la postura tomada por parte del sector doctrinal que, como vimos en el anterior epígrafe, ha considerado el Capítulo X como línea divisoria de los delitos considerados patrimoniales y los destinados a proteger el orden socioeconómico. Así, el delito de administración desleal genérico estaría perfectamente ubicado entre los preceptos que preceden al Capítulo señalado y que forman el grupo de los denominados delitos patrimoniales.

identificarlo como un delito económico. El interés del Estado por mantener la estabilidad económica le lleva a inmiscuirse en determinadas materias que de no ser controladas pueden desestructurar el sistema social. Las repercusiones que puede causar la comisión de delito mencionado en el desarrollo financiero y empresarial de un país son especialmente relevantes debido al papel que juegan las sociedades mercantiles en estos contextos. Así, la mayor parte de los autores resaltaron del antiguo artículo 295 CP su naturaleza patrimonial, y a su vez aceptaron su protección al orden económico⁴⁴. Actualmente, aunque la ubicación del delito de administración desleal ha sido modificada y haya proyectado su contenido hacia un contexto más genérico, no es razón para olvidar cuál fue el motivo de su inclusión en el Código Penal ni tampoco el ámbito donde su comisión es más relevante por los graves perjuicios que causa.

En este sentido, es cierto que la posibilidad de que un sujeto administre deslealmente un patrimonio es un hecho que puede ocasionarse en cualquier ámbito. Como ejemplo podemos pensar en una comunidad de vecinos en la que uno de los propietarios de un inmueble ejerce el cargo de administrador de la comunidad y sin consentimiento del resto de los integrantes de dicha comunidad contrata, aceptando un presupuesto muy elevado, unos servicios de albañilería para cambiar los tejados a pesar de que es innecesario realizar obra alguna, o el supuesto en el que el propietario de unos invernaderos formaliza por escrito un contrato con un amigo en el que éste se compromete a administrar el funcionamiento de varios invernaderos durante un mes, y cuando el propietario vuelve la cosecha se ha perdido por la mala gestión injustificada de su amigo. La introducción de un precepto que sancionase los comportamientos en los que un administrador aprovecha su situación para causar un daño al patrimonio administrado de otro sujeto era imprescindible. De este modo, se ponía fin a la necesidad de recurrir a otras figuras delictivas (como estaba siendo la apropiación indebida o como fue en un primer momento la estafa) con el objeto de colmar la laguna existente en nuestro sistema normativo penal.

⁴⁴ Sobre esta cuestión véase, MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005, págs. 9 y 10.

De esta manera, es fácil elogiar el tipo genérico de administración desleal introducido por la Reforma que entró en vigor en el año 2015. La inclusión de un ilícito que castigase a los administradores que actúan deslealmente calmaba las expectativas de muchos autores defraudados con la tipificación societaria de esta conducta que fue introducida en el Código Penal 1995, ya que en ese momento esperaban la inclusión de un precepto inspirado en el artículo 266 StGB⁴⁵. No obstante, el legislador encargado de la última modificación del Código Penal debía haber prestado más atención al ámbito en el que esta figura delictiva presenta mayores efectos negativos, es decir, en el seno de las sociedades mercantiles. A pesar de que el Código Penal haya incluido el delito genérico de administración desleal, el comportamiento que se enjuicia es propio del ámbito de los negocios. El perjuicio que puede causar el administrador de una sociedad que decide realizar una inversión sobre la que tiene pleno conocimiento de que existen muchas posibilidades de generar pérdidas, no causa las mismas consecuencias en el tráfico económico y mercantil que las derivadas del comportamiento del administrador de la comunidad de vecinos señalado en el párrafo anterior. El conocimiento de muchos ciudadanos (a través de los medios de comunicación, experiencias de compañeros...) de los efectos que producen las prácticas ilícitas cometidas por algunos sujetos que disponen de competencias de administración en las sociedades mercantiles, hace que valoren con mayor detenimiento la decisión de realizar una inversión, constituir una sociedad o simplemente formar parte de una que ya se encuentra en funcionamiento. De modo que, si no se pone freno a las conductas irregulares cometidas por los administradores que desempeñan su cargo en las sociedades, ello repercutirá a largo plazo en la actividad del mercado, que quedará fragmentado y ralentizado ante el comportamiento de los ciudadanos, reacios a participar en su desarrollo.

De esta manera podría parecer que cualquier delito patrimonial que acaece en el ámbito societario está vulnerando el buen funcionamiento de las sociedades. No obstante, no es esta la idea que queremos mantener. Al contrario que el hurto, la apropiación indebida, etc., que son delitos cuya redacción se forjó e instauró en el CP para

⁴⁵ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración social fraudulenta (artículo 295 del Código Penal)”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales* (coords. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., y GALÁN CORONA, E.), Tecnos, Madrid, 1999, pág. 130.

hacer frente a necesidades generales y para ser aplicados en cualquier contexto, la administración desleal presenta características exclusivas de la esfera empresarial. El carácter tradicional que envuelve a los delitos patrimoniales señalados no puede definir el tipo del injusto del delito de administración desleal. En este último, la conducta que se enjuicia ha generado alarma social principalmente por su comisión en el ámbito económico-empresarial y, por lo tanto, es éste sobre el que el legislador debe dirigirse específicamente.

La actuación del administrador que ejerce sus funciones infringiendo los deberes a los que está sometido no es un comportamiento que perjudique al mercado solo cuando se produzca en el ámbito de sociedades de considerables dimensiones, que cuentan con grandes cantidades de capital invertido y un gran número de empleados. Por el contrario, debemos tener en cuenta que la importancia de las PYMES en nuestro país es cada vez más creciente, ya que constituyen una parte esencial del mercado. La facilidad que tienen este tipo de empresas para adaptarse a los cambios externos que pueden influirles y su capacidad para producir empleo les convierte en entidades que generan grandes beneficios a la actividad económica nacional. De modo que, la influencia del comportamiento del administrador desleal repercutirá por igual en sociedades que operan a mayor escala como en otras de menor dimensión.

En este sentido, puede afirmarse que es tal la importancia de asegurar que los administradores de las sociedades de capital actúen adecuadamente que el propio legislador regula de manera específica los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad en las sociedades en la Ley de sociedades de Capital. La relevancia del comportamiento de los administradores es esencial para asegurar la buena marcha de estas entidades mercantiles. Las sociedades requieren de un órgano de administración (independientemente de la estructura que adopte) dedicado exclusivamente a la administración de las mismas, y que se encargue de realizar las tareas de gestión y representación. En concreto, interesan aquí el desarrollo de ambas labores (especialmente las de gestión), porque son las que ponen en contacto al administrador con el patrimonio de la sociedad, el cual está obligado a manejar con el propósito de alcanzar determinados objetivos. La conducta de administración desleal cuando acaece en el ámbito de las sociedades afecta al sistema económico. De forma que, cuando la administración desleal es realizada en el ámbito mer-

cantil tiene una transcendencia mucho mayor para la sociedad, que si es llevada a cabo en otros contextos.

De lo expuesto se extrae que la tipificación del nuevo delito de administración desleal como un delito genérico, que puede ser aplicado en cualquier ámbito, no es óbice para que se haya suprimido el delito societario de administración desleal o al menos se haya añadido un tipo agravado al actual ilícito, que castigue con una pena mayor la conducta que venimos mencionando cuando tiene lugar en la esfera societaria.

II. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL: TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

Tras el intento frustrado del Proyecto de 2007 de incluir en el Código Penal una figura de administración fraudulenta genérica y que se mantuviese (sin apenas modificaciones) el delito societario ubicado en el artículo 295 CP (actualmente derogado)⁴⁶, fue aprobado el 11 de octubre de 2012 el Anteproyecto de reforma del Código

⁴⁶ El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 15 de enero de 2007 proponía la inclusión en el CP del artículo 254 bis que contenía la siguiente redacción: “El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquéllos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se tratase de una persona física o a los socios si se tratase de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio”. De otro lado, el texto señalado mantenía el delito societario tipificado en el artículo 295 CP que fue incluido en el CP 1995. El contenido que se proponía para el precepto señalado era el siguiente: “Los socios de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o de la misma forma contraigan obligaciones a cargo de aquella causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los demás socios, depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital confiados a la sociedad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del perjuicio causado, e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio”.

Penal (Anteproyecto de 2012)^{47,48}. Casi un año más tarde –el día 20 de septiembre de 2013– el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Proyecto de 2013 o PCP 2013). El texto enunciaba numerosas modificaciones en la normativa base de la disciplina penal que dieron lugar a la aparición de todo tipo de críticas. En concreto, dicho Proyecto proponía la derogación del entonces vigente artículo 295 CP, que castigaba la administración desleal cuando acaecía dentro del marco societario; y a su vez, preveía la incorporación de un nuevo delito de administración desleal del patrimonio ajeno. De esta manera, se hacía posible sancionar la administración desleal entendida de forma genérica, es decir, no únicamente cuando se cometiese en el ámbito de una sociedad⁴⁹. Así, se podían castigar

⁴⁷ Se modifica el artículo 252, que se incluye en la Sección I bis del Capítulo VII del Título XIII del Libro II, y que tendrá la siguiente redacción: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. 3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. 4. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros”.

⁴⁸ No nos detenemos expresamente en los tres textos señalados (Proyecto de 2007 y Anteproyecto de 2012) porque a partir de su mención se hacen alusiones al contenido de los mismos.

⁴⁹ No obstante, tal hecho no nos impide dudar sobre la pertinencia del delito de administración fraudulenta en la esfera societaria aun cuando se ha producido la incorporación del esperado delito de administración desleal del patrimonio ajeno. Ante esto, MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales)””, en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 17, 1993-1994, pág. 345 –anticipándose a las cuestiones surgidas con la reforma expuesta– consideró posible la autonomía del delito societario frente al genérico. El autor justifica su postura a través de la necesidad político-criminal y dogmática del delito societario. Respecto a la primera, considera que las infracciones societarias ocupan un papel cada vez más relevante dentro de los delitos económicos; y en relación con la segunda necesidad, afirma que el ilícito societario podría ser entendido como un delito de peligro para el bien jurídico protegido mientras

múltiples conductas que por determinadas circunstancias no tenían encaje dentro del delito societario.

Concretamente, si atendemos al texto del Proyecto de 2013, publicado con fecha 4 de octubre de 2013⁵⁰, observamos como el delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno, fue ubicado en la Sección 1 bis del Capítulo VI del Título XIII del Libro II,

que el delito de administración desleal del patrimonio genérico quedaría configurado como un delito de lesión. Además, –añade– el sujeto activo del ilícito societario debe ser necesariamente un administrador de la sociedad pero en el tipo genérico puede ser cualquier persona. Ante dicha cuestión, se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial que emitió con fecha de 16 de enero de 2013 el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal (en adelante, Informe del CGPJ de 2013) en el que señaló que: “La creación de un tipo genérico de administración desleal no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico”. El texto se puede consultar en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal (Última consulta el 10/01/17) pág. 199. Igualmente apoyaron el mantenimiento del delito societario de administración desleal, DOLZ LAGO, M. J., “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (I)”, en *Diario La Ley*, n° 8290, abril 2014, págs. 8 y 9. ROSO CAÑADILLAS, R., “Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de Reforma de 2013”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 114, diciembre 2014, Dykinson, págs. 99 y 100; FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 420; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, n° 83, julio-diciembre 2014, Universidad EAFIT, Medellín, págs. 19 y 20; CARDONA TORRES, J., “El delito societario de administración desleal: supresión del artículo 295 del Código Penal”, en *Diario La Ley*, n° 8534, mayo 2015, pág. 16; CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 19, 2017, pág. 18. Tras un análisis del artículo 252 CP aplicado en el ámbito societario (en relación con el derogado artículo 295 CP) sería más fácil admitir o rechazar la posibilidad de compaginar ambos delitos. No obstante, sí podemos anticipar que en el caso de que aceptásemos tal idea, con la introducción del genérico delito de administración desleal del patrimonio ajeno se debería haber modificado la redacción del delito societario de administración desleal, con el fin de que este último superara los problemas interpretativos en los que se veía envuelto. Además, hubiese sido necesario dotar al delito societario de una redacción nueva en consonancia con el precepto que regula la administración desleal del patrimonio ajeno que acaece en cualquier ámbito (artículo 252 CP).

⁵⁰ Dicho texto puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF (Última consulta el 01/10/17).

que llevaba por Título “De la administración desleal” conteniendo la siguiente redacción:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a mil euros”.

De esta forma, el nuevo delito de administración desleal permitiría sancionar cualquier conducta que cumpliera las características objetivas del tipo, a pesar de que no se cometiese exclusivamente en el ámbito societario. El artículo que se redactó en un primer momento se inspira en el modelo de administración desleal previsto en Alemania^{51,52}, que propone desde hace años “cualquier criminalización

⁵¹ En este sentido, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”, en *Iuris: actividad y práctica del derecho*, n° 194, junio 2013, pág. 39, señalan algunas diferencias respecto al modelo alemán: “En primer lugar, en el artículo 252 APMCP el tipo de abuso y el tipo de infidelidad se encuentran en dos párrafos distintos, lo cual influye en la discusión sobre si la exigencia de un “*deber de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos*” afecta a ambos subtipos (apdos. 1 y 2) o solamente al tipo de infidelidad (artículo 252.2 APMCP). En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en el CPA, nuestro tipo de abuso del artículo 252.1 APMCP no prevé la modalidad de “contracción de obligaciones”, lo cual obliga a conducir tales casos al tipo de infidelidad. En tercer lugar, el APMCP no incorpora el modelo alemán de articulación de la administración desleal con la apropiación indebida. En efecto, el nuevo artículo 253 APMCP no tiene un homónimo en el CPA. Y lo cierto es que los nuevos artículos 252 ss. APMCP no logran plasmar un modelo protección diferenciada de patrimonio

lo 252 del Proyecto de 2013 castigaba con las penas previstas para el delito de estafa⁵³ el “tipo de abuso de poder” en el primer apartado y el “tipo de infidelidad” en el segundo apartado, además añadía un tercer apartado en el que se preveía la pena de multa cuando los hechos revistieran de escasa gravedad⁵⁴. En particular, el artículo 252.1 del Proyecto de 2013 –tipo de abuso– aludía al sujeto que infringe

y propiedad, algo que sí existe en el CPA, en el que se diferencia claramente el delito contra el patrimonio (la administración desleal del § 266) y el delito contra la propiedad (la apropiación indebida del § 246)”. El artículo de estos autores se basa en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 11 de octubre de 2012, que modifica la versión inicial presentada en julio de ese mismo año (en concreto, en el texto que hemos reproducido literalmente, los autores utilizan la abreviatura APMCP para referirse al texto normativo mencionado y la abreviatura CPA para hacer alusión al CP alemán); no obstante, se trae a colación aquí porque la redacción de los apartados primero y segundo del artículo 252 es similar a la del texto que recoge el Proyecto de 2013.

⁵² El § 266 StGB alemán, ya citado anteriormente, dispone: “1. Quien abuse de la facultad otorgada por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o infrinja el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la Autoridad, negocio jurídico o relación de confianza, y, de este modo, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales le estaban confiados, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2. En casos especialmente graves, la pena será de privación de libertad entre uno y diez años”, dicha traducción se extrae de RODRÍGUEZ MONTANÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 466.

⁵³ Según lo establecido en el Proyecto de 2013: el artículo 249 determina la pena de prisión de seis meses a tres años, y el artículo 250 la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Igualmente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, concretó la misma pena de prisión y multa de los artículos 249 y 250.

⁵⁴ Se añade este tercer apartado en consonancia con lo expuesto en el Proyecto de 2013 que señala que en las infracciones contra el patrimonio, la derogación de las faltas supone la incorporación de nuevos subtipos atenuados. De este modo, se podrán sancionar conductas que puedan ser consideradas delictivas pero de escasa gravedad. No obstante, la nueva regulación evita que los tipos atenuados sean aplicables a los supuestos de gravedad objetiva, cuando la cuantía exceda de mil euros. Así, –señaló el Proyecto– se elimina el rígido criterio de los cuatrocientos euros para delimitar entre faltas y delitos, y se amplía el margen de valoración de las circunstancias el hecho de que disponen Jueces y Tribunales. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo solamente expone: “en el caso de las infracciones contra el patrimonio, la derogación de las faltas supone la incorporación de nuevos tipos atenuados en los correspondientes delitos de referencia, manteniendo el criterio cuantitativo para sancionar las infracciones de menor gravedad”, eliminándose de este modo el límite de los mil euros anteriormente señalado. En general, sobre la eliminación de las faltas y la creación de los delitos leves, véase: GONZÁLEZ RUS, J. J., “La supresión del Libro III y los delitos leves”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 22-28.

sus facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas; y por su parte, el artículo 252.2 de dicho texto –tipo de infidelidad o de deslealtad– recogía la existencia del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos⁵⁵. Ambas conductas, requieren que el resultado típico sea un perjuicio al patrimonio administrado. Así, se eliminarían las exigencias del derogado artículo 295 CP que demandaba no solo que el ilícito se llevase a cabo dentro del concepto de sociedad previsto en el artículo 297 CP⁵⁶ sino también la concreción del sujeto activo en un administrador de hecho o de derecho o un socio, la actuación de éstos en beneficio propio o de un tercero, que el daño causado fuese directo y económicamente evaluable, así como que el sujeto pasivo fuera la sociedad⁵⁷ o los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital. Ante esto, se ha dudado acerca de las dos posibilidades de comisión que previó el artículo 252 del Proyecto de 2013. Concretamente, autores como PASTOR MUÑOZ y COCA VILA –siguiendo el modelo ale-

⁵⁵ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 37. Además, los autores se cuestionan qué sucedería con las conductas omisivas y afirmaban que éstas serían sancionadas a través del artículo 252.2 del Proyecto de 2013 (pág. 40). No obstante, cabe precisar que finalmente en la LO 1/2015 no fue incluido el apartado segundo del artículo 252 CP, con lo que ello nos obligará a detenernos en analizar en un estudio más específico qué ocurre con las omisiones.

⁵⁶ Según el precepto, se entiende por sociedad “toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

⁵⁷ Sobre la inclusión de la sociedad como sujeto pasivo a pesar de no ser nombrada expresamente en el precepto, véase: MATA Y MARTÍN, R. M., “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, en *Empresa y Derecho penal (I)* (dir. DEL ROSAL BLASCO, B.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 5, CGPJ, Madrid, 1998, pág. 345; CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 397 y 398; BLANCO LOZANO, C., “Delitos societarios”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. POLAINO NAVARRETE, M.), Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 192; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 342; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (6ª ed.), Atelier, Barcelona, 2011, págs. 590 y 591; SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 598; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 565. La jurisprudencia también se ha manifestado en relación con lo expuesto, sobre ello puede consultarse: SSTS 18 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1587); 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340); 26 de febrero de 2008 (RJ 2008\2164); 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085).

mán⁵⁸ – consideraron que el precepto se construía sobre un injusto con dos modalidades comisivas, no existiendo dos delitos de administración desleal. Ambos autores sostienen que el artículo 252.2 del Anteproyecto de 2012 constituye el tipo básico, mientras que el apartado primero constituiría el subtipo específico en el que la lesión del deber se comete mediante un acto de disposición⁵⁹. Si trasladamos esta idea al Proyecto de 2013, puede admitirse que el artículo 252.2 del Proyecto de 2013 constituye la modalidad comisiva general que podría englobar a la contenida en el apartado primero. Tal consideración, se construye sobre la idea de que el sujeto que tenga el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, tendrá implícitamente la obligación de no excederse en el ejercicio de sus facultades de administración causando un perjuicio al patrimonio que administra. No obstante, en el supuesto en el que se hubiese incluido únicamente el tipo de infidelidad se hubieran originado problemas; la amplitud con la que ha sido redactado el tipo daría lugar a múltiples controversias concursales e interpretativas.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial (previamente a la aprobación del Consejo de Ministros del Proyecto de Ley) se centró en el análisis del apartado segundo del artículo 252 del Proyecto de 2013, adelantando que (probablemente) no funcionaría. El motivo – según el CGPJ – radica en la decisión del legislador de copiar una figura de infidelidad que responde a razones históricas propias de Alemania, donde además logra mantenerse porque obedece a la configuración de las estructuras de los órganos societarios del modelo germano, que

⁵⁸ Con un análisis más detallado de la cuestión, ROJAS AGUIRRE, L. E., “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista penal*, n.º 23, enero 2009, pág. 144. Hacemos referencia al “modelo alemán” porque el sector doctrinal mayoritario realizó una interpretación acorde con la de los autores señalados en el texto principal, sobre las diversas posiciones doctrinales: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 72 y 73.

⁵⁹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 39 y 40. Igualmente, NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 17. De lo expuesto, se hace eco también el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal de fecha 8 de enero de 2013, pág. 227. Texto completo: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623 (Última consulta el 01/10/17). En adelante, Informe del Consejo Fiscal de 2012.

no se corresponden con las del español. De este modo, la redacción del artículo 252 del Proyecto de 2013 debía haber sido aún más precisa y cercana a las necesidades demandadas. Así, resultaba necesaria una mejora en la redacción del artículo, especialmente en lo que respecta a los problemas técnicos, concursales y de taxatividad que generaba. No obstante, sí era plausible la iniciativa de persecución de una nueva redacción del delito de administración desleal⁶⁰.

Los diferentes partidos políticos lejos de aceptar la redacción completa del artículo 252 del Proyecto de 2013 sugirieron diversas modificaciones. Por ello, fueron varias las enmiendas que tras un dilatado proceso se presentaron el día 10 de diciembre de 2014^{61,62}. Entre las enmiendas más relevantes cabe destacar las siguientes:

— La enmienda número 159 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, propuso una nueva redacción del tercer apartado del artículo 252 del Proyecto de 2013. El contenido de la enmienda mantenía que algunos hechos pudiesen resultar de escasa gravedad en función del daño patrimonial causado y la situación de la víctima. No obstante, proponía que la pena de multa fuese menor a la propuesta en el Proyecto (concretamente, que sea inferior a 2 meses); y añadió, la posibilidad de que alternativamente a la pena de multa se pudiesen realizar trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Además, puede observarse que –afortunadamente– eliminó el tope de los mil euros. Realmente, como bien señalaba la justificación de la enmienda, se podrían encontrar supuestos en los que se supere el límite de los mil euros a pesar de que el daño causado al sujeto pasivo no sea relevante.

— También, el propio Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, propuso a través de la enmienda número 160, suprimir el apartado segundo del artículo 252 del Proyecto, porque –apoyándose en el Informe del CGPJ citado– se trataba de una formulación demasiado amplia e imprecisa. Así el comportamiento ilícito quedaría suficientemente recogido en el apartado primero. Por lo tanto, el tercer apartado del precepto mencionado (que alude

⁶⁰ Informe del CGPJ de 2013, págs. 199 hasta 202.

⁶¹ Concretamente, se fijó a través del Proyecto de 2013 la fecha máxima de 23 de octubre de 2013 para la presentación de enmiendas.

⁶² Texto: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (Última consulta el 01/10/17).

a los casos de escasa gravedad) se convertiría en el apartado segundo. De esta manera, el precepto sancionaría a través de las penas previstas para el delito de estafa (artículo 249 CP, o en su caso las del artículo 250 CP) a “los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno abusare de ellas para disponer fraudulentamente del patrimonio o contraer obligaciones en beneficio propio o ajeno que causen un perjuicio al patrimonio administrado”. Esta redacción se construía a partir del derogado artículo 295 CP. No obstante, el texto propuesto a través de la enmienda no mencionaba como sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho o a los socios (como sí lo hacía el delito societario eliminado), aludía únicamente a los que abusaran de las facultades de administrar un patrimonio ajeno. De esta manera, podía ser calificado como autor cualquier sujeto y no únicamente aquellos que por su condición como administrador o socio formen parte de la sociedad.

La enmienda que analizamos también propuso eliminar la fuente de las facultades de administrar enunciadas en el Proyecto, esto es, “emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico”. Concretamente, la justificación de esta idea radica en afirmar que no es relevante precisar el origen de la facultad de la que dispone el sujeto que administra un patrimonio ajeno sino que lo realmente importante es que pueda administrarlo.

Además, el artículo 252 del Proyecto de 2013 requería que aquellos sujetos que tienen facultades de disponer las “infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas”. No obstante, a través de la enmienda se solicitaba que se sustituyera esta formulación por otra. Concretamente, se proponía que se incluyese la fórmula “abuso de las facultades”. En realidad, para decantarnos por alguna de las dos expresiones habría que cuestionarse detenidamente si existen diferencias en el contenido que engloban o si por el contrario actúan de forma sinónima. En el caso de que se diese esta última posibilidad, no supondría una mayor flexibilidad a la hora de su aplicación recurrir a una u otra. No obstante, sí es cierto que no origina ningún tipo de dudas la necesidad de incluir alguna de las dos expresiones, ya que determina el medio por el que se llegará al resultado.

La enmienda añade como exigencia para completar el tipo que el sujeto activo actúe en “beneficio propio o de un tercero”; dicha expresión ya estaba incluida en el delito societario de administración

desleal⁶³. La necesidad de que la conducta esté dirigida a obtener un beneficio constituiría un elemento que acompaña a la voluntad del sujeto activo de ocasionar el perjuicio.

De otro lado, el Grupo Parlamentario que redactó la enmienda propone también que la conducta delictiva se configurara en dos modalidades alternativas: disponer fraudulentamente del patrimonio o contraer obligaciones. Así, nos volveríamos a encontrar con un tipo caracterizado como mixto alternativo que ya recogía el delito societario⁶⁴. Además, en relación con el término “fraudulentamente” que trató de introducir la enmienda analizada conviene señalar que dicho adverbio debería ser interpretado de la misma manera que lo hacía la jurisprudencia en el delito societario de administración desleal. Es cierto que fraude es sinónimo de engaño, pero no debe entenderse aquí como el “engaño bastante” que requiere el delito de estafa⁶⁵.

Finalmente, la redacción de la enmienda sustituye el resultado del derogado artículo 295 CP (que requiere causar un “perjuicio directo y económicamente evaluable”) por la expresión “causar un perjuicio al patrimonio administrado”. De esta manera, no es necesario atender a una valoración puramente económica para determinar el resultado del ilícito. Además, el texto del Proyecto de Ley se pronuncia expresamente sobre el perjuicio requerido y señala que “lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado”. El perjuicio patrimonial existe cuando la gestión desleal “de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudica-

⁶³ Concretamente, algunos autores consideran que este elemento se podría haber obviado en el derogado artículo 295 CP; ya que si el delito societario de administración desleal ha sido catalogado como un delito de resultado, simplemente hubiera bastado con indicar que el perjuicio fuese directo y evaluable. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal y de la empresa. Parte especial* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 454 y 455, subrayó esta inclusión “carente de todo sentido”. En cambio otros, identificaron la exigencia del beneficio como un elemento “coherente”. Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 595.

⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos societarios”, en *Esquemas de la parte especial de Derecho penal (I)* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Tomo XXXII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 447.

⁶⁵ Consultar la STS 21 de junio de 2007 (RJ 2007\3329).

do al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio”⁶⁶.

Posteriormente, la enmienda aludía de nuevo al apartado tercero del artículo 252 del Proyecto de 2013, reiterando en mayor medida lo expuesto en la enmienda número 159 anteriormente señalada⁶⁷.

— La enmienda número 255 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) se centraba en la modificación del punto tercero del artículo 252 del Proyecto de 2013. Así, mantenía la literalidad de dicho precepto pero recogía la posibilidad de imponer la pena de multa de uno a dos meses para los supuestos de escasa gravedad, es decir, aquellos calificados como tal atendiendo al escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación de la víctima. De nuevo, se propuso la eliminación del tope de los mil euros. La razón —ya expresada en las enmiendas de otro partido político⁶⁸— respondía a la posibilidad de que, en vista de la situación económica de la víctima, el perjuicio superior a la cantidad de mil euros no fuera relevante.

Además, —añade la enmienda— se excluirán como casos de escasa gravedad aquellos en los que concurra “alguna de las circunstancias de los artículos 235 o 235 bis de este Código”. En dichos artículos del Proyecto se recoge un catálogo de agravantes específicas de los delitos patrimoniales, que también se aplican a los delitos de hurto y a todas las modalidades de robo⁶⁹. La opción propuesta de remitir a estos preceptos para exceptuar supuestos que pueden ser calificados de escasa gravedad podría resultar funcional en la práctica. En el caso en que la reforma se hubiese aprobado incluyendo la expresión “escasa gravedad” se hubiesen tenido que delimitar criterios cuantitativos en relación al perjuicio patrimonial y criterios cualitativos en referencia a la situación de la víctima. Ambas formulaciones son genéricas e ineludiblemente su aplicación hubiese traído consigo polémicas, ya que todos los sujetos activos intentarían acogerse a ellas para ser sancionados me-

⁶⁶ El Proyecto de 2013 hacía dicha alusión al perjuicio exigido por el delito de administración desleal; sin embargo, dicha referencia no se incluyó en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁶⁷ Ello porque las enmiendas número 159 y 160 son del mismo partido: Grupo Parlamentario de IU: ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural.

⁶⁸ Además del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) proponen la eliminación del tope de los mil euros: IU, ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural (enmiendas números 159 y 160).

⁶⁹ Así lo expresa la Exposición de Motivos (XV) del Proyecto de 2013.

nos severamente. De esta manera, la remisión a los artículos 235 o 235 bis que se propuso, podría considerarse como una limitación a la discrecionalidad del Juez al aplicar el artículo 252 del Proyecto de 2013. Así, no solo se ganaba seguridad jurídica sino que además se facilitaba la tarea a los Jueces, que en ocasiones simplemente deberían remitirse a las agravantes señaladas para justificar por qué los hechos cometidos no revisten una escasa gravedad. No obstante, admitir la aplicación de las agravantes contenidas en el artículo 235 o 235 bis con el fin de no aplicar la atenuante del delito de administración desleal del patrimonio ajeno no hubiese quedado exento de críticas. La razón que habría dado lugar a dichos debates sería en principio que las agravantes mencionadas han sido redactadas especialmente para los delitos de hurto y delitos de robo, por lo que su aplicación podría ser cuestionada.

— Posteriormente, resulta conveniente detenernos en la enmienda número 698 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE). A través de ella se propuso una modificación radical del artículo 252 contenido en el Proyecto de Ley Orgánica. Las enmiendas anteriores solo se habían dirigido a transformar o eliminar una parte del delito de administración desleal pero en ninguna se había propuesto una redacción completamente nueva. Atendiendo al tenor literal, el precepto quedaba dividido en cinco apartados mediante los que se trataría de poner fin a las conductas ilícitas de administración desleal. En comparación con las enmiendas anteriores, el contenido de ésta es el más extenso. El apartado primero recoge el comportamiento que debe llevar a cabo un sujeto para considerar que ha cometido un delito de administración desleal genérico. En concreto, aludía a “quien siendo responsable de la administración de un patrimonio ajeno, perteneciente a personas físicas o jurídicas, ocasione a éstas un perjuicio patrimonial o económico, en beneficio propio o de un tercero”. No obstante, no bastará que el sujeto activo actúe conforme a lo expuesto anteriormente sino que además es necesario que lo haga a través de uno de estos comportamientos: “excediéndose en las facultades de disposición del patrimonio administrado o de contracción de obligaciones a cargo de éste, que tenga conferidas por contrato o por mandato legal”; o bien, “despreciando conscientemente posibilidades seguras de incrementar el patrimonio administrado o gestionado o transfiriendo a un tercero la oportunidad de realizar esos posibles negocios”; o también, “utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o,

en su caso, los recursos humanos de la sociedad o del administrado”; o –añade en último lugar– “no evitando conscientemente una lesión al patrimonio administrado”. Los autores –continúa el apartado segundo del precepto– que cumplan con los presupuestos exigidos en el apartado primero serán sancionados con la pena de prisión de uno a tres años. La determinación de la pena se hará tomando en consideración la cuantía de lo defraudado y el menoscabo económico ocasionado a los perjudicados. En cambio, para los supuestos en los que el valor de la cantidad defraudada sea menos de diez mil euros, se impondrá la pena de multa de tres a doce meses.

En los dos primeros apartados, ya pueden observarse grandes diferencias respecto a lo expuesto en la propuesta y en otras enmiendas analizadas. El tipo penal ha sido redactado de manera más definida que en otras ocasiones. La decisión de precisar la conducta del sujeto responde a las exigencias propias del principio de taxatividad. La norma penal se ha redactado de forma concreta, esto es, el comportamiento ilícito queda claramente definido. A pesar de todo, es cierto que establecer un catálogo de conductas a través de las que debe llevarse a cabo la administración desleal del patrimonio ajeno resulta arriesgado y puede reducir la aplicabilidad del precepto. No obstante, el redactor de la enmienda se ha adelantado a los problemas que hubieran podido surgir y ha redactado las conductas típicas ampliamente. Así, a pesar de que las acciones punibles fueran delimitadas de manera más exhaustiva que en otras ocasiones, ello no implicaba que el precepto viese reducida su aplicación de forma excesiva.

De otro lado, resultó novedosa la introducción en el precepto por parte de la enmienda, de la precisión que señalaba que el patrimonio administrado debía ser perteneciente a una persona física o jurídica. Esta concreción llevaría a que nos cuestionásemos qué ocurre con el patrimonio gestionado de forma desleal que no pertenece a una persona física ni tampoco a una jurídica. Para ello, podríamos pensar en entes sin personalidad jurídica, como podría ser una sociedad mercantil que no ha sido aún inscrita en el registro (sociedad irregular), o bien el patrimonio de una herencia yacente.

Igualmente, el precepto exige que el autor del delito cause un perjuicio patrimonial o económico. Entendemos que la propuesta de esta enmienda de introducir una aclaración respecto al perjuicio requerido se hace con el objetivo de que éste no se reduzca a términos econó-

nicos. Así, no solo habrá que recurrir a la teoría del saldo para comprobar que realmente el patrimonio ha sufrido un menoscabo, pues por ejemplo también podría tomarse en consideración si el sujeto con facultades de administración ha frustrado el fin que el titular del patrimonio administrado pretendía alcanzar en relación con éste.

Además, observamos una nueva redacción respecto a la pena. Anteriormente, se había previsto que el delito de administración desleal se castigara con las penas básicas y cualificadas del delito de estafa; sin embargo, en la propuesta se especifica la pena del ilícito objeto de estudio. En la justificación de la enmienda se incluye una crítica a la técnica de remitir a los artículos 249 y 250 la pena del artículo 252 del Proyecto de 2013. En este sentido, se manifiesta que la conducta de administración desleal necesita ser valorada individualmente porque el comportamiento que se tipifica en el delito de estafa no tiene relación alguna con el que se sanciona en los delitos de apropiación indebida o en el mencionado delito de administración desleal. Además –añade la justificación– puede ocurrir que la acción de la administración desleal y la de la estafa, tengan diferente gravedad; ya que no se puede dar por hecho que siempre dichas acciones van a tener la misma transcendencia. Por otro lado, se señala que la pena se determinará en función a la cuantía de lo defraudado y al perjuicio económico ocasionado.

En el apartado tercero propuesto se introducía el tipo agravado del delito de administración desleal. Las penas anteriormente expuestas se verán aumentadas cuando el valor de lo defraudado sea mayor de cincuenta mil euros o afecte a un elevado número de personas; o bien, cuando los perjudicados queden en una grave situación económica. Concretamente, el tipo agravado del delito de administración desleal se castigaría con la pena de prisión de dos a seis años y multa de seis a dieciocho meses. Como ya hemos mencionado, es complicado determinar el límite para considerar que los perjudicados han quedado en una grave situación económica en relación con el nuevo delito. Igualmente, dicho problema surge también a la hora de precisar cuántas personas deben verse afectadas por el ilícito (artículo 252 del Proyecto de 2013) para considerar que son un número lo suficientemente relevante para aumentar la pena expuesta en el apartado segundo.

Por último, el apartado cuarto recoge una hiperagravante. En este sentido, “se impondrán penas de prisión de cuatro a ocho años y multa

de doce a veinticuatro meses cuando el perjuicio económico sea superior a doscientos cincuenta mil euros”. Además, el comportamiento ilícito deber ser realizado específicamente por “una sociedad bancaria o de ahorro o en cualquier sociedad de inversiones abierta a un número indeterminado de inversores, agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados siempre que el valor de la defraudación supere los cincuenta mil euros”. Este apartado se dirige a proteger principalmente el patrimonio individual de los sujetos que depositan grandes cantidades de dinero en manos de las entidades señaladas confiando en que éstas harán un buen uso de aquél. En los últimos años han sido muchas las personas que han visto su patrimonio disminuido por la mala administración llevada a cabo por las empresas financieras. Por ello, se pretende poner freno a actuaciones que además de perjudicar a los individuos que sufren un daño en su patrimonio, causan un recelo general en el resto de la población ya que las entidades bancarias y de crédito en general a las que nos referimos (pese a ser de carácter privado), cumplen una finalidad social y son básicas para el desarrollo de la economía de mercado.

— Finalmente, se presenta la enmienda número 836 firmada por el Grupo Parlamentario Popular (GPP) en el Congreso. La propuesta mantenía inalterable la redacción del apartado primero y segundo del artículo 252 del Proyecto de 2013; pero modificaba el apartado tercero. Concretamente, en el texto del Proyecto se señalaba que se atendería al escaso valor del perjuicio patrimonial causado y a la situación económica de la víctima para considerar si los hechos revisten o no una escasa gravedad. La enmienda proponía eliminar estos dos parámetros para determinar la gravedad o levedad de la infracción. De otro lado, mantenía la pena de multa de uno a seis meses, así como la precisión que exceptúa como casos de escasa gravedad aquellos en los que el perjuicio que se cause al patrimonio sea superior a mil euros.

Posteriormente a la presentación de enmiendas, y tomando en consideración las propuestas que a través de éstas se habían hecho sobre la redacción del nuevo artículo de administración desleal del patrimonio ajeno, el 21 de enero de 2015 fue emitido el Informe de la Ponencia⁷⁰. A través de éste, se eliminaba el apartado segundo del

⁷⁰ Ver: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-3.PDF (Última consulta el 01/10/17).

artículo 252 del Proyecto de 2013 que aludía a los que causarían un perjuicio por quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos⁷¹. Si atendemos a las enmiendas analizadas una de ellas ya propuso la eliminación de este último apartado⁷². El legislador se decantó por prescindir del tipo de infidelidad, que parecía poder acoger a los supuestos que no pudiesen encuadrarse en el tipo de abuso del artículo 252.1 del Proyecto de 2013.

Con esta modificación el apartado tercero pasó a ser el segundo; en éste, se exponía que cuando el hecho fuese de escasa gravedad se impondría la pena de multa de uno a seis meses (siempre que el perjuicio patrimonial no superase los mil euros). Así, acertadamente se eliminaba la exigencia de atender a la levedad del perjuicio causado y a la situación económica de la víctima para determinar cuándo los hechos revistan de escasa gravedad.

Al día siguiente de ser debatido el Informe de la Ponencia, la Comisión emitió un Dictamen⁷³ que contenía la redacción del delito que posteriormente fue aprobada por el Pleno y enviada al Senado⁷⁴. El artículo 252 del Proyecto de 2013 mantuvo intacta la redacción del apartado primero; en el segundo redujo el tope máximo de los mil euros, que pasaba a ser de quinientos euros; y el plazo de la pena de multa, que igualmente se reduciría a la mitad, siendo ahora de uno a tres meses, y no de uno a seis como quedó estipulado en un primer momento.

Una vez que el Senado recibió el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaba el Código Penal, continuó con el proceso de tramitación. Así, el 23 de febrero de 2015 emitió el texto que incluía las enmiendas⁷⁵. Muchas de ellas contenían la misma redacción que

⁷¹ JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, Á. L., *La reforma penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 124, consideran que ha sido “prudente” suprimir el apartado segundo.

⁷² A través de la enmienda número 160 firmada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, propuso de forma concreta la eliminación del artículo 252.2 PMCP debido a su amplio grado de indeterminación.

⁷³ Consultar en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-4.PDF (Última consulta el 01/10/17).

⁷⁴ Texto en http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_465_3148.PDF (Última consulta el 01/10/17).

⁷⁵ Texto en: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_475_3158.PDF (Última consulta el 01/10/17).

las presentadas cuando el Proyecto de Ley aún se encontraba en el Congreso de los Diputados⁷⁶. Por este motivo, no nos detendremos en estas últimas, sino únicamente en las que propusieron nuevas modificaciones del precepto que tipifica la administración desleal del patrimonio ajeno. En concreto, son dos:

— En primer lugar, la enmienda número 978 firmada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), propuso la modificación de la Sección en la que se encontraba ubicado el delito de administración desleal en el Código Penal. En un primer momento se consideró adecuado añadir una Sección 1ª bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II. Así, la Sección 1ª se denominaría “De las estafas” y la Sección 1ª bis “De la administración desleal”. No obstante, a través de la enmienda se solicitaba que la tipificación del ilícito se encuadrara en la Sección 2ª. De esta manera, el delito de administración desleal se encontraría técnicamente separado del delito de estafa. En realidad, las conductas que son punibles en los delitos señalados no son similares por lo que resulta más coherente incluir cada una en una sección distinta.

— En segundo lugar, aludimos a la enmienda número 988 planteada también por el Grupo Parlamentario Popular (GPP) en el Senado. Mediante ésta, el grupo firmante propuso la modificación del apartado segundo, fijando la cuantía que determina la posibilidad de imponer la pena de multa en cuatrocientos euros, y no en quinientos euros como proponía el Proyecto de Ley enviado al Senado. La razón –según exponía la justificación de la enmienda– era que no se encontraba necesidad ni justificación para aumentar la cantidad que delimita la infracción leve de la grave.

⁷⁶ Concretamente, la enmienda número 41 de Don Jesús Enrique Iglesias Fernández, IU (GPMX), y Don José Manuel Mariscal Cifuentes, IU (GPMX), se corresponde con lo visto en la enmienda número 160 firmada por Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; la enmienda número 215 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), se corresponde con la enmienda número 698 del Grupo Parlamentario Socialista (PSOE) en el Congreso; la enmienda número 378 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) reproduce la enmienda número 159 del Grupo Parlamentario De IU, ICV-EUiA, CHA: Izquierda Plural; la enmienda número 379 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) se corresponde con lo visto en la enmienda número 160 firmada por Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; la enmienda número 634 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), reproduce lo expuesto en la enmienda número 698 del Grupo Parlamentario Socialista (PSOE) en el Congreso.

Tras la presentación de enmiendas, fue a través del Informe de la Ponencia⁷⁷ donde conocimos la redacción que el Senado propuso del delito de administración desleal del patrimonio ajeno. El contenido del precepto que recogía el ilícito mencionado se mantuvo igual hasta ser incluido en el texto aprobado por el Senado de fecha de 23 de marzo que se remitió de nuevo al Congreso⁷⁸. Una vez que el texto volvió al Congreso, la redacción del artículo 252 CP continuó permaneciendo intacta. Así, el 26 de marzo se aprobó el texto definitivo de la reforma del Código Penal, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 31 de marzo bajo la denominación de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁷⁹.

III. NORMATIVA ACTUAL: EL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 252 CP que tipifica el delito de administración desleal del patrimonio ajeno ha quedado ubicado en la Sección 2ª Capítulo VI del Título XIII del Libro II. Contiene la siguiente redacción:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

A través de la incorporación del artículo 252 CP se pretende poner fin a las críticas surgidas con la introducción del delito societario de administración desleal en el Código Penal de 1995. Como puede observarse, han sido veinte años los que el (derogado) artículo 295 CP ha estado vigente; sin embargo, ha sido tiempo suficiente para poder

⁷⁷ Véase: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_481_3237.PDF (Última consulta el 01/10/17).

⁷⁸ Consultar: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_493_3340.PDF (Última el consulta 01/10/17).

⁷⁹ Texto completo en http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espaa/lo_001_2015.pdf (Última consulta el 01/10/17).

concretar cuáles han sido las carencias y defectos que han impedido que el precepto mencionado cumpliera con las expectativas esperadas.

La solución propuesta en la nueva normativa se dirige a ampliar el ámbito de aplicación del ilícito. De esta manera, no solo se enjuiciarán conductas cometidas en la esfera societaria. La posibilidad de poder sancionar a través del mismo precepto comportamientos cometidos en cualquier ámbito facilita la labor de los Jueces que verán disminuidos sus problemas a la hora de sancionar la administración desleal fuera de una sociedad. Así, se salvaguarda el principio de seguridad jurídica, ya que los ciudadanos conocerán el contenido del precepto que sanciona las conductas de administración desleal que no han sido cometidas en el ámbito de las sociedades.

Además, a través de la nueva redacción del delito de administración desleal no solo pueden ser calificados como sujetos activos los mencionados en delito societario –administradores de hecho, derecho y socios– sino todos aquellos que reúnan los presupuestos del artículo 252 CP, esto es, que tengan facultades de administrar emanadas de la ley, negocio jurídico o autoridad. Cualquier persona que infrinja excediéndose las facultades de administrar un patrimonio ajeno será autor del ilícito.

Igualmente, con la Reforma se trata de poner fin a los problemas surgidos en relación a la delimitación del delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida. La eliminación en este último de la modalidad de “distraer” y del título administración, junto con su nueva ubicación en el artículo 253 CP pretende facilitar la delimitación entre las dos figuras señaladas. De esta manera, se pretende evitar que surjan nuevos conflictos normativos sobre la aplicación de un precepto u otro.

No obstante, la redacción del nuevo delito de administración desleal genérico no quedará exento de todo tipo de críticas. Los problemas que pueden surgir a la hora de determinar qué tipo de facultad de administrar es la que se requiere al sujeto activo para poder administrar el patrimonio ajeno; qué ocurrirá con los supuestos en los que la fuente de donde proviene la facultad de administrar no esté lo suficientemente delimitada; cuáles son las conductas que quedan englobadas bajo el artículo 252 CP; qué sucederá en los casos en los que no se pueda concretar el perjuicio; cómo se solventaran los problemas concursales con otros delitos como la apropiación indebida, delitos societarios u otros, etc. Todo lo expuesto dará lugar a diversas

posiciones doctrinales que servirán –al igual que la interpretación jurisprudencial– para aplicar con mayor precisión el nuevo delito de administración desleal del patrimonio ajeno. A continuación, analizaremos detenidamente el ilícito con el fin de arrojar luz sobre los conflictos interpretativos que trae aparejada su aplicación.

PARTE SEGUNDA
ANÁLISIS DEL DELITO
DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL
(ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL) EN EL
ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

I. DIMENSIÓN VALORATIVA DEL TIPO

A través del Derecho penal se pretende proteger a la sociedad frente a los ataques más graves de los que pueda ser objeto. El legislador tiene la labor de seleccionar qué intereses debe tutelar con el fin de garantizar la coexistencia pacífica. La prohibición de comportamientos delictivos que vulneran los valores fundamentales es esencial en un Estado social y democrático de Derecho como en el que nos encontramos. El ordenamiento penal está orientado a evitar la puesta en peligro, o en su caso la lesión, de los intereses individuales y/o colectivos básicos para la convivencia social de las personas⁸⁰. El ser humano necesita autorrealizarse constantemente y para ello requiere de una serie de presupuestos, que le son útiles para su desarrollo personal. Tales presupuestos serán protegidos por el sistema penal, configurándose de esta manera los denominados bienes jurídicos⁸¹.

⁸⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “El Derecho Penal”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (coord. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y dir. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 25; MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson, 2016, pág. 89 ha determinado que “en la sociedad actual el Derecho en general tiene como misión prevalente la defensa de intereses que, una vez asumidos por el Ordenamiento jurídico, se denominan bienes jurídicos”.

⁸¹ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 63. En concreto, los autores califican los bienes jurí-

La delimitación del bien jurídico protegido supone una de las cuestiones más relevantes que integran el estudio de cualquier delito⁸². Los motivos que justifican la importancia de precisar el bien jurídico pueden extraerse de las funciones que se derivan del mismo. En este sentido, la concreción del bien jurídico protegido en un delito facilita la ubicación sistemática del ilícito en el Código Penal. Generalmente, los preceptos que recogen los distintos delitos en la normativa penal se encuentran agrupados en virtud del bien jurídico protegido (función sistemática). Además, la determinación del bien jurídico supone definir la base sobre la que se construye el tipo penal. La interpretación de la norma penal se hace tomando como fundamento el bien jurídico que pretende tutelarse a través de ésta. Así, las conductas que no lesionen o pongan en peligro el objeto jurídico protegido serán calificadas como atípicas (función interpretativa). También, resulta interesante la delimitación del bien jurídico porque según la gravedad con la que haya sido atacado se medirá la entidad del hecho ilícito, y consecuentemente el Juez concretará la pena (función de determinación de la pena)⁸³.

De este modo, nos centramos en la delimitación del bien jurídico protegido en el nuevo delito de administración desleal del patrimonio cuando éste acaece en el ámbito de las sociedades de capital.

1. El patrimonio como bien jurídico protegido

1.1. *El patrimonio de la sociedad como bien jurídico protegido*

El delito de administración desleal genérico regulado en el artículo 252 CP ha sido catalogado como un delito patrimonial. El bien

dicos como los “presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”.

⁸² LACRUZ LÓPEZ, J. M., “Conceptos básicos del Derecho penal”, en *Curso de Derecho penal. Parte general* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 10, se detiene en la relevancia que supone precisar desde una perspectiva práctica el bien jurídico protegido en un delito.

⁸³ Sobre las funciones del bien jurídico protegido señaladas de forma general en el texto principal, véase: MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 175, el autor denomina a las funciones aludidas en el texto como “funciones dogmáticas”. Además, el autor hace alusión (separándola de las anteriores) a la “función de límite al legislador”. Además, sobre las misiones dogmáticas del bien jurídico: MORILLAS CUEVA, L., *Sistema... op. cit.*, págs. 101 y 102.

jurídico individual penalmente protegido en dicho ilícito es el patrimonio⁸⁴. En concreto, el precepto tutela los intereses individuales de los sujetos que han confiado a otro la administración de su patrimonio.

El precepto (artículo 252 CP) no deja lugar a dudas sobre la tutela que ofrece. Además, el propio legislador reconoce en el Preámbulo (XV) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que la nueva figura de administración desleal “se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo cualquier persona” y posteriormente recalca: “su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad”⁸⁵.

De esta manera, no cabe duda en admitir que el bien jurídico protegido por el nuevo delito de administración desleal es el patrimonio. El legislador se ha pronunciado expresamente sobre la protección que pretende ofrecer el artículo 252 CP con el propósito de acabar con las numerosas discusiones que habían surgido en relación con la tutela que acompañaba al delito societario de administración

⁸⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 72; BACIGALUPO ZAPATER, E., “Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal”, en *Escritura pública*, n° 61, 2010, pág. 31; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 546; JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 122; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La Reforma del Código Penal de 2015*, La Ley, Madrid, 2015, pág. 218; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos contra el patrimonio (II)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y coord. RAGUÉS I VALLÈS, R.), Atelier, Barcelona, 2015, pág. 268.

⁸⁵ Varios autores han recurrido a expresar literalmente lo expuesto en el Preámbulo (XV) de la Ley Orgánica 1/2015. Así: GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 2ª. De la administración desleal”, en *Comentarios al Código Penal* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 881; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016, págs. 924 y 925, el mismo autor en: *La Reforma...*, *op. cit.*, pág. 219; BURGOS PAVÓN, F., *Derecho penal. Delitos I*, Universidad a distancia de Madrid, 2015, págs. 216 y 217; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547.

desleal (derogado artículo 295 CP). Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, la doctrina y la jurisprudencia se posicionaron con el propósito de concretar el bien jurídico protegido en el artículo (eliminado) 295 CP, sin embargo, no mantuvieron una misma posición. Por ello, en la última Reforma del Código Penal, el legislador se ha manifestado claramente sobre el bien jurídico protegido en el artículo 252 CP –el patrimonio– con el objetivo de evitar nuevos conflictos. De tal forma que si trasladamos la Exposición de Motivos (esto es, que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal genérico) al ámbito de las sociedades de capital como entidad que sufre el perjuicio, debemos entender que el bien jurídico protegido, no es otro que el patrimonio social.

No obstante, la cuestión no resulta tan sencilla. Cuando hacemos alusión al patrimonio social lo entendemos de forma amplia, es decir, como bienes y derechos de la sociedad que son susceptibles de valoración pecuniaria. De modo que la sociedad, constituida como persona jurídica, es la titular del patrimonio social que queda protegido a través del artículo 252 CP. Ante esta afirmación, cabe cuestionarse qué sucede con el patrimonio de los socios y de los terceros relacionados con la sociedad. Es decir, si una vez concretado el patrimonio social como el bien jurídico protegido en el artículo 252 CP, dicha tutela se extiende también al patrimonio de los socios y de terceros que estén vinculados con la sociedad.

1.2. Posible protección del patrimonio de los socios y de terceros vinculados con la sociedad

El artículo 252 CP simplemente requiere a los titulares del patrimonio que hayan confiado a otro sujeto la administración de éste. Las facultades de administrar deben provenir de una Ley, haber sido impuestas por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico. Así, el patrimonio de cualquier persona que haya sido confiado a otro sujeto (a través de una de las fuentes expresadas) para que sea administrado adecuadamente es protegido a través del artículo 252 CP.

Por su parte, la mencionada Exposición de Motivos señala que a través del delito de administración desleal se pretende proteger el patrimonio de “una persona individual o una sociedad”. El uso de la conjunción disyuntiva “o” expresa la posibilidad de que el patrimo-

nio que sea protegido tenga como titular tan solo a uno de los dos sujetos que se mencionan. En ese caso, la protección del patrimonio de la sociedad excluiría la posibilidad de que también se considerase tutelado a la vez el patrimonio de cualquier otro sujeto. Sin embargo, debemos ser cautos, ya que la expresión a la que hemos aludido (extraída del texto de la última Reforma del Código Penal) no puede tomarse aisladamente para afirmar o desechar la posibilidad de que el artículo 252 CP proteja solo el patrimonio de la sociedad o también el de otros sujetos relacionados con ésta.

En el caso de que el antecedente del delito genérico de administración desleal, esto es, el delito societario (antiguo artículo 295 CP) hubiese definido de forma expresa (o incluso, tácita pero sin imprecisiones) el bien jurídico que protegía, actualmente sería más fácil delimitar la tutela del artículo 252 CP cuando es aplicado en el ámbito de las sociedades de capital. Si del contenido del delito societario hubiera podido extraerse qué bien jurídico protegía, éste se podría tomar como referencia para delimitar la protección del nuevo delito de administración desleal. Sin embargo, el delito societario fue redactado de forma vaga, ya que no dejaba claro si el patrimonio que protegía era el de la sociedad, o el de los sujetos enumerados en el precepto (socios, depositarios, cuentapartícipes, titulares de bienes, valores o capital), o ambos⁸⁶. Por este motivo, ahora nos resulta más difícil conocer el criterio que ha seguido el legislador de la Ley Orgánica 1/2015 para concretar el objeto de tutela penal en el artículo 252 CP si es aplicado en el ámbito societario.

Por este motivo, no hay otra alternativa que interpretar el delito de administración desleal genérico para concretar si, cuando se causa un perjuicio al patrimonio de una sociedad de capital, únicamente protege el patrimonio social o si dicha tutela también se extiende (y en qué grado) al patrimonio de los socios y terceros relacionados con la sociedad. Para ello, es necesario reparar en la repercusión que supone la realización de un comportamiento desleal del administrador de una sociedad en el patrimonio social y, en consecuencia, en el patrimonio de los socios y de terceros vinculados a la sociedad.

Si comenzamos analizando a los socios debemos poner de relieve en primer lugar que dichos sujetos suponen una figura fundamental

⁸⁶ Posición, esta última, que defendemos. En concreto, creemos que el derogado art. 295 CP protegía de manera directa el patrimonio e indirecta el orden socioeconómico.

en las sociedades de capital, ya que son quienes aportan el capital social⁸⁷ que permite que la sociedad pueda constituirse con el fin de desarrollar una actividad. Sin la aportación de los socios de dicho capital resulta inviable la constitución de la sociedad. Además, la figura de los socios se caracteriza porque no tienen que responder personalmente de las deudas sociales^{88,89}. Los socios solo responden frente a la sociedad de la obligación de aportar los desembolsos pendientes (artículos 81 a 85 LSC). Por lo que, los terceros no disponen de ninguna acción directa sobre los socios, es decir, no pueden reclamarles las deudas que la sociedad tenga con ellos⁹⁰.

El capital social está integrado por las aportaciones de los socios⁹¹. Según el capital que haya sido aportado por un socio, así será su participación en la sociedad; además, el capital social constituye una función de garantía frente a terceros, que no podrán exigirle a los socios responsabilidad por las deudas sociales⁹². El capital social está dividido en acciones en la S.A. o en participaciones sociales en la

⁸⁷ No confundir capital social con patrimonio social. Cuando la sociedad se constituye la cifra dineraria que engloba el capital social y el patrimonio social son iguales, sin embargo, cuando la sociedad comienza a explotar su actividad, desaparece dicha correspondencia. El capital social permanecerá estático (a excepción de que sea modificado porque se acuerde un aumento o reducción del capital), en cambio, el patrimonio social neto cambia, ya que aumenta o disminuye en relación con los beneficios o pérdidas derivados de la actividad de la sociedad. Véase, VALENZUELA GARACH, J., "Sociedad anónima (I)", en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016, págs. 82 y 83.

⁸⁸ Así queda expresado en los artículos 2, 3 y 4 LSC.

⁸⁹ A excepción de la sociedad comanditaria por acciones, en la que al menos uno de los socios tiene que responder de forma personal de las deudas de la sociedad (artículo 4 LSC).

⁹⁰ *Vid.*, BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y la propiedad intelectual. Derecho de sociedades*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2016, págs. 364 hasta 366.

⁹¹ La Ley de sociedades de capital concreta el capital social mínimo que debe aportarse para la constitución de los distintos tipos de sociedades. Según el artículo 4.1 LSC para la constitución de la S.R.L. no podrá ser inferior a tres mil euros (pueden constituirse S.R.L. con un capital social inferior, así lo anticipa el artículo 4.2 LSC, desarrollado posteriormente en el artículo 4 bis); en cambio, para la constitución de la S.A. el capital social no puede ser inferior a sesenta mil euros.

⁹² NÚÑEZ LOZANO, P. L., "Rasgos fundamentales del tipo social: capital, acciones y no responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Carácter mercantil de la sociedad anónima", en "La sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones", *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, pág. 232.

S.R.L., que les confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen determinados derechos que se encuentran incluidos en la propia LSC y en los estatutos sociales⁹³. El artículo 90 LSC, define las acciones y participaciones sociales como “partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social”.

Así, el socio aporta a la sociedad una cantidad determinada de capital social y como contraprestación a esa aportación se le otorga un número concreto de acciones y una serie de derechos (derecho de asistir a las juntas generales, derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales, derecho de información...⁹⁴). La relación que surge entre el socio y la sociedad puede formalizarse en dos momentos diferentes. En general, el primer momento a partir del que puede nacer un vínculo entre el socio y la sociedad es en la constitución de ésta última, es decir, cuando el socio aporta capital social para que la sociedad pueda constituirse. En segundo lugar, puede ocurrir que el socio compre acciones de la sociedad una vez que ésta ha sido constituida y se encuentre desarrollando su actividad (aquí el socio no aporta capital social porque éste ya ha sido aportado, sino que adquiere una o varias acciones en las que se divide el capital mencionado).

Por lo que, una vez conocida la relación que existe entre el socio-sociedad, resulta más fácil comprender cómo puede afectar un perjuicio patrimonial derivado de un comportamiento ilícito de administración desleal en el patrimonio del socio. Para concretar si la protección del patrimonio social puede extenderse a la del patrimonio de los socios es necesario justificar por qué el perjuicio patrimonial que cause el administrador desleal se puede proyectar también al patrimonio del socio. En concreto, el efecto de dicho daño patrimonial en la sociedad influye en el socio de varias maneras.

En el caso de que el patrimonio social sufra un perjuicio, esta circunstancia puede influir paralelamente en la disminución del valor de las acciones o participaciones sociales, que a su vez puede repercutir en que sujetos externos a la sociedad decidan no invertir en ésta. La minoración del patrimonio de la sociedad (por ejemplo, por la mala gestión de un administrador desleal) afecta al patrimonio de

⁹³ Artículo 91 LSC.

⁹⁴ En general sobre lo expuesto en el texto principal, véase el Título IV. Participaciones sociales y acciones; Capítulo II. Derechos del socio, en la LSC.

los socios, que pueden verse privados de sus dividendos o simplemente perjudicados porque tengan que obtener una cifra menor de dividendos en comparación con la que en otro momento le hubiesen sido repartidos.

En concreto, la situación mencionada se acentúa en el caso de las sociedades que cotizan en bolsa, en las que un perjuicio patrimonial a dicha persona jurídica puede causar a los socios un efecto devastador debido a la volatilidad del mercado. La conducta realizada por un administrador desleal que causa un perjuicio patrimonial en este tipo de sociedades influye inmediatamente en la cotización de las acciones. En general, la bolsa se caracteriza por ser un mercado de riesgo, en el que la variabilidad de los valores de la renta es continuamente cambiante. Así, cualquier cambio producido en los elementos que forman parte de la sociedad puede ocasionar una alteración en las condiciones en la que ésta se encuentra en el mercado. Por ello, la causación de un perjuicio patrimonial repercutirá *ipso facto* en el valor de las acciones.

Además, podemos encontrar más situaciones en las que el perjuicio patrimonial se extiende a los socios, ya que el daño ocasionado al patrimonio social puede poner en riesgo la recuperación del socio de su inversión. La disminución del patrimonio de la sociedad perjudica en primera instancia a la propia sociedad como titular del mismo pero también indirectamente a los socios que tengan acciones o participaciones sociales, porque si por cualquier motivo es necesario reintegrarles a éstos el capital aportado, la sociedad podría no ser capaz de hacer frente al gasto.

Para comprender mejor las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, es posible pensar en una sociedad que abre un periodo de liquidación (previo a la extinción de la misma), durante el cual conserva su personalidad jurídica y por lo tanto, obra como titular del patrimonio social⁹⁵. Los liquidadores⁹⁶ deberán satisfacer primero el importe de los créditos de los acreedores o consignar el importe de sus créditos, y posteriormente se satisfará la cuota de liquidación

⁹⁵ Artículo 371.1 y 2 LSC.

⁹⁶ Los administradores en el periodo de liquidación de la sociedad cesan su cargo, ocupando su lugar los liquidadores, que se encargaran de la administración y representación de la sociedad durante dicho periodo (artículos 374 y 375 LSC).

a los socios⁹⁷. En concreto, la cantidad que se debe abonar a los socios es la que establezcan los estatutos, y si éstos no señalan nada la que se corresponda proporcionalmente con su participación en el capital social⁹⁸. No obstante, puede ocurrir que el patrimonio social haya sufrido un perjuicio (derivado de una gestión desleal del administrador) y haya disminuido considerablemente, provocándose como consecuencia que no quede remanente para poder restituir a los socios la cantidad que legalmente le corresponderían al liquidarse la sociedad.

De forma que, la estrecha relación que existe entre la sociedad y los socios favorece a que un menoscabo en el patrimonio social tenga efecto colateral en el patrimonio de los socios. Así, el perjuicio directo que el administrador desleal causa a la sociedad, repercute a su vez en el patrimonio personal de los socios que tienen participación en ésta.

Dejando a un lado a los socios, cabe hacer mención también al vínculo existente entre la sociedad y los terceros relacionados con dicho ente. Comúnmente, los acreedores constituyen la figura del tercero a la que nos referimos. Los acreedores son diferentes a los socios, ya que mientras los primeros son personas físicas o jurídicas externas a la sociedad que tienen un derecho de crédito en sentido estricto frente a la misma, los segundos son aquellos que disponen de acciones o participaciones sociales de la sociedad (SA o SRL, respectivamente).

El derecho de crédito del que dispone el acreedor le legitima para poder exigirle a la sociedad el cumplimiento de la prestación a la que ha quedado obligada. En virtud de lo expuesto en el artículo 1911 del Código Civil, la sociedad responderá con todos sus bienes (presentes y futuros). Así, la sociedad queda obligada a responder con su propio patrimonio. Dicho patrimonio –como se ha señalado– es diferente al patrimonio de los socios. Los socios no quedan obligados

⁹⁷ Artículo 291.2 LSC.

⁹⁸ Artículo 392.1 LSC. Además, el párrafo segundo del artículo mencionado subraya: “En las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, si todas las acciones no se hubiesen liberado en la misma proporción, se restituirá en primer término a los accionistas que hubiesen desembolsado mayores cantidades el exceso sobre la aportación del que hubiese desembolsado menos y el resto se distribuirá entre los accionistas en proporción al importe nominal de sus acciones”.

a responder personalmente a los acreedores, únicamente lo es la sociedad como persona con entidad propia.

De manera que, el acreedor tiene la posibilidad de agredir el patrimonio social con el fin de poder cobrar una deuda. Cuanto mayor sea el patrimonio social, mayores opciones tendrá el acreedor de satisfacer su deuda. Por tanto, cuando el administrador desleal ocasione un perjuicio al patrimonio social, indirectamente estará perjudicando a sus acreedores. La disminución o desaparición de los bienes sociales derivada de una conducta desleal del administrador de la sociedad podría impedir a los acreedores el cobro de la deuda. La función de garantía que cumple el patrimonio social para los acreedores se desquebrajaría en el momento en el que dicho patrimonio sea insuficiente, o –en el peor de los casos– inexistente.

En conclusión, cuando el delito de administración desleal concurra en el ámbito de las sociedades de capital y se cause un perjuicio al patrimonio de la sociedad, el bien jurídico protegido es el patrimonio social. Ahora bien, la relación entre la sociedad-socios y la sociedad-acreedores implica que cuando el patrimonio social es perjudicado, también pueda verse afectado el patrimonio de los sujetos señalados. La protección que ofrece el artículo 252 CP se extiende al patrimonio de los socios y de terceros relacionados con la sociedad (como es el caso de los acreedores) pero lo hace de manera indirecta. El patrimonio social es el principal bien jurídico protegido que, a diferencia del patrimonio de los otros sujetos, goza de independencia propia. Así, el patrimonio directamente perjudicado es el de la sociedad, aunque de forma indirecta el perjuicio al primero repercuta en el patrimonio del que son titulares otros sujetos cercanos a la misma.

2. El orden económico como bien jurídico protegido

2.1. La relevancia de las sociedades de capital y el orden económico

Como anteriormente hemos afirmado, el objeto de protección penal en el artículo 252 CP es el patrimonio individual de los sujetos que depositan en otros su confianza para que lo administren de forma adecuada. Se pretende proteger el patrimonio de maniobras desleales por parte de quienes tienen el deber de administrarlo debi-

damente. Ahora bien, que el patrimonio sea el principal bien jurídico protegido en el delito de administración desleal no quiere decir que nos impida plantearnos si además puede haber otro bien que igualmente sea tutelado a través del artículo 252 CP.

En los supuestos en los que el delito de administración desleal es cometido en el ámbito de las sociedades de capital –que son los que aquí interesan–, cabría la posibilidad de cuestionarnos si la conducta del administrador solo perjudica los intereses individuales y privados de los titulares del patrimonio de la sociedad, o si también ocasiona un deterioro a otros intereses que tienen carácter supraindividual o colectivo.

La cuestión surge en relación con la importancia que tienen las sociedades de capital en el desarrollo económico del país. La relevancia que puede suponer que dichos entes jurídicos vean alterados su funcionamiento debe ser subrayada. Cualquier obstáculo que les impida a las sociedades desarrollar su actividad repercute paralelamente en la economía social de mercado. Por ello, la incidencia en el marco económico de las sociedades como una de las principales fuentes de generación de riqueza ha impulsado a los poderes públicos a considerar la protección de su funcionamiento como un tema de notable relevancia. A diferencia del perjuicio que puede causar el administrador de un patrimonio ajeno del que es titular un sujeto individual (pensemos en el administrador de fincas encargado de gestionar una finca rústica), el daño que generalmente derivará del comportamiento de un administrador que ejerce sus facultades de administración en la esfera societaria será mayor (por ejemplo, la conducta del administrador desleal de una sociedad anónima que cotice en Bolsa, que contrae con otra sociedad un acuerdo del cual tiene constancia que se derivará un perjuicio para el patrimonio social que debe administrar).

En general, puede que parezca sencillo aceptar que los efectos que causa el administrador de una sociedad que actúa de forma desleal son –comúnmente– más perniciosos que los que se derivan de los actos de administradores fuera del ámbito societario. Sin embargo, podría restarse importancia a la administración desleal que concurre en determinadas sociedades que no ocupan un lugar destacado en la realidad societaria porque su capital social no alcanza una cifra considerable. Probablemente –y por la influencia de los medios de

comunicación— solo somos conocedores de casos de administración desleal en los que el perjuicio patrimonial alcanza cifras desproporcionadas, y ello nos haga pensar que esta conducta solo es relevante cuando acaece en sociedades con cierta magnitud. No obstante, no podemos afirmar de manera tajante que el delito de administración desleal solo causará efectos negativos en el sistema económico cuando se desarrolle en el seno de una gran sociedad, pero no si se aplica en otra que tenga una dimensión inferior. El perjuicio que puede derivarse de la comisión de una conducta de administración desleal en una sociedad anónima de grandes dimensiones puede llegar a ser tan significativo como el que podría resultar de que dicho comportamiento se realizase en el mismo plazo en varias empresas familiares de menor volumen. En la primera, la administración desleal se produce de manera más inusual, pero en cambio en las segundas suele ser más frecuente. En las sociedades constituidas por menos personas y con un capital social menor, los efectos negativos derivados de la consumación del delito de administración desleal quizá no sean especialmente relevantes si los analizamos por separado pero sí conjuntamente⁹⁹.

Así, la importancia de las sociedades de capital en el sistema económico nos obliga a cuestionarnos si el artículo 252 CP puede contener otro bien jurídico protegido además del patrimonio de la sociedad. De forma que el administrador desleal vulnere con su conducta irregular no solo intereses individuales sino también otros de carácter más general. En concreto, han sido muchos los autores que a partir de la aplicación del delito societario de administración desleal reflexionaron sobre si este ilícito estaba dirigido a la protección de un bien jurídico individual y además a la de otro de naturaleza supraindividual o colectiva. En múltiples ocasiones ha sido barajada la posibilidad de que en el supuesto de que la conducta de administración desleal acaeciera en el ámbito de las sociedades (de capital) no solo perjudicara el patrimonio propio de dichas sociedades (o de los sujetos relacionados con las mismas) sino también el orden socioeconómico en general¹⁰⁰.

⁹⁹ La idea expresada en el texto principal ha sido desarrollada más extensamente en la Primera Parte (Cuestiones previas) de este trabajo.

¹⁰⁰ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pág. 21.

El orden económico –también denominado orden socioeconómico, orden público económico, economía nacional¹⁰¹– carece de una base estable sobre la que fundamentarse, ya que su conceptualización está relacionada con los factores económicos y políticos que rigen en la sociedad en cada momento concreto. El orden económico se caracteriza por su amplitud e imprecisión¹⁰², a pesar de los intentos no existe un concepto de éste aceptado unánimemente¹⁰³. Las dificultades para precisar qué engloba el orden económico y cuándo es lesionado o puesto en peligro hacen más controvertida afirmar su protección a través de una figura delictiva¹⁰⁴. Ante tales precisiones, la mayoría de la doctrina ha manifestado que los delitos que forman parte del Título XIII encajan mejor dentro del concepto amplio de orden económico, aunque éste deba ser determinado en cada figura delictiva¹⁰⁵. De modo que, el orden económico requiere concretarse

¹⁰¹ Recoge como sinónimos estos términos FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 17.

¹⁰² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, 29, es difícil encontrar un concepto que sintetice el “complejo agregado de funciones, de instrumentos y, en general, de intereses económico”.

¹⁰³ En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980, el legislador definió orden socio-económico como objeto de protección penal destinado a la “regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 19 y 20, el hecho de que el orden económico no haya sido aún definido ni delimitado de forma comúnmente aceptada, repercute en la inestabilidad del concepto de Derecho penal económico y delito económico, ya que éstos se construyen a partir de la definición de aquél. Recordemos que ya hicimos referencia a la dificultad de concretar el concepto de orden económico en el Capítulo I de la Primera Parte de este trabajo, en la que indicamos que la mayor parte de la doctrina ha admitido una doble manifestación del orden económico que ha dado lugar a dos conceptos diferentes del mismo. En sentido estricto, el orden económico ha sido especificado como la “regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía”, mientras que en un sentido más amplio se ha concretado en “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”. Ambas definiciones se extraen de BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 15. Además, los autores señalaron que el orden económico en sentido amplio nunca puede ser concretado como un bien jurídico protegido directo solo indirecto. En cambio, el orden económico en sentido estricto si acepta su calificación como bien jurídico directo si se concreta en un determinado interés de la Administración.

¹⁰⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Teoría general de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 129. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 112.

en bienes jurídicos específicos, y para ello habrá que tener en cuenta la redacción e interpretación de cada delito¹⁰⁶.

El orden económico ha sido especificado en relación con el delito societario de administración desleal¹⁰⁷ como el “buen funcionamiento de las sociedades”¹⁰⁸, “el papel que las mismas desempeñan en el vigente sistema de economía de mercado”¹⁰⁹, “la confianza que las entidades que operan en el tráfico económico deben inspirar a los ahorradores”¹¹⁰, “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico”¹¹¹, o bien, “la función que las sociedades mercantiles cumplen hoy en nuestro sistema económico”¹¹², entre otros. Por lo que el orden económico puesto en consonancia con el delito societario de administración desleal se concreta en relación con la relevancia y el adecuado desenvolvimiento de las sociedades en el ámbito económico. Las diferentes expresiones que se han mencionado anteriormente están relacionadas entre sí, ya que unas engloban a las otras y viceversa. La protección del orden económico entendido como el funcionamiento correcto de las sociedades supone tutelar a su vez el desarrollo con normalidad de la actividad societaria. La situación de estabilidad favorece que las sociedades se mantengan en el mercado (y en caso de abandonarlo que la causa no sea el compor-

¹⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 30, el orden económico es tan amplio, que es más acertado ponerlo en relación con “objetos de referencia más próximos y cercanos”. Véase: NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Teoría...”, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁰⁷ Algunas de las expresiones en las que puede concretarse el orden económico incluidas en el texto principal son extraídas de epígrafes de manuales en los que se hace mención expresa al delito societario de administración desleal y otros casos en general a los delitos societarios. Los supuestos en los que se ha hecho referencia a los delitos societarios son admisibles porque en el momento de la publicación de las obras que aluden a éstos, el artículo 295 CP estaba vigente y, por lo tanto, formaba parte de los mismos.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultura. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, en *Derecho penal español. Parte especial* (coord. COBO DEL ROSAL, M.), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 617; CALDERÓN CERESO, A., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Derecho penal. Parte especial* (dirs/coords. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., y CALDERÓN CERESO, A.), Tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 300.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 224.

¹¹² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 60.

tamiento ilícito de sujetos que desarrollan su actividad en el mismo). Por consiguiente, en un entorno en el que las sociedades pueden desempeñar sus funciones con total normalidad, los inversores, los ahorradores, etc., se sienten más seguros a la hora de realizar operaciones financieras con las distintas entidades económicas. De modo que podemos afirmar que el orden económico se concreta en el correcto funcionamiento de las sociedades, es decir, que éstas puedan actuar de manera eficiente para favorecer el desarrollo positivo de la economía nacional.

2.2. *El orden económico como posible bien jurídico mediato o inmediato*

La determinación del patrimonio como bien jurídico protegido directo a través del artículo 252 CP es incuestionable. Ahora bien, en los supuestos en los que el precepto es aplicado en el ámbito de las sociedades de capital, nos obliga a plantearnos si la tutela mencionada puede compaginarse a su vez con la protección del orden económico (de forma directa o en su caso indirecta), es decir, si puede considerarse el orden económico como bien jurídico protegido mediato o inmediato en el artículo 252 CP¹¹³.

El bien jurídico protegido directo (específico o inmediato) es esencial en cualquier delito, ya que se constituye como el bien jurídico en sentido técnico. Se trata de un elemento del que no se puede prescindir en la parte objetiva del delito porque debe ser lesionado o puesto en peligro, además, el dolo del autor tiene que ir dirigido contra el mismo. El bien jurídico directo forma parte del tipo de injusto de la figura delictiva¹¹⁴. De manera que, el orden económico se excluiría como bien jurídico protegido directo en el artículo 252 CP aplicado en el ámbito societario. Simplemente, la falta de inclusión del orden económico en el tipo de acción del artículo 252 CP o la no exigencia al administrador de que actué dolosamente contra dicho orden, son motivos suficientes para inadmitir su protección directa¹¹⁵.

¹¹³ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 13, subraya como la mayoría de la doctrina aplicaba la distinción del bien jurídico mediato e inmediato al derogado artículo 295 CP.

¹¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 159 hasta 165.

¹¹⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 29, señala los caracteres del bien jurídico directo, precisando que el patrimonio constituye dicho bien

Ahora bien, una vez descartada la opción de concretar el orden económico como un bien jurídico protegido directo como lo es patrimonio, podríamos considerar la posibilidad de que fuese calificado como un bien jurídico protegido indirecto o mediato.

El bien jurídico protegido indirecto (o mediato) supone la *ratio legis* de la norma, esto es, la finalidad objetiva de la misma. La determinación del bien mediato expresa el objetivo político-criminal perseguido a través de la sanción de la conducta ilícita¹¹⁶. En algunas ocasiones se ha considerado que determinados delitos patrimoniales tienen una dimensión socioeconómica de la que puede extraerse el motivo que ha impulsado al legislador a criminalizar las conductas que tales ilícitos recogen. Los factores que han influido en el legislador para sancionar con la pena más grave de las que el Ordenamiento Jurídico dispone (la pena de privación de libertad) a quienes administran deslealmente un patrimonio ajeno, no se reducen a la salvaguarda del adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles. Las razones político-criminales que han impulsado al legislador a redactar el artículo 252 CP no están concretadas –al menos únicamente– en la protección del orden económico. El legislador de la Reforma 1/2015, de 30 de marzo, no elaboró un precepto de administración desleal genérico con el propósito de tutelar el orden económico. El criterio del legislador para incluir en el CP el nuevo delito de administración desleal obedece a la necesidad de proteger el patrimonio de quienes depositan en otro su confianza para que lo administren, pero no en reducir el número de comportamientos ilícitos en el seno de las sociedades mercantiles que pueden influir en el sistema económico. Sí podemos admitir que a través de la tutela del patrimonio, en concreto del patrimonio social, es útil para acabar con determinada delincuencia societaria; sin embargo, ello no permite afirmar que la razón que promovió al legislador a redactar el artículo 252 CP no ha sido en primera instancia procurar el correcto desarrollo de las sociedades.

Una vez que desechamos la posibilidad de considerar al orden económico como un bien jurídico directo porque no se ajusta a las pautas que definen el bien mencionado, es conveniente añadir una

en los delitos societarios. Además, la autora considera más acertado no redactar figuras delictivas que se sustenten sobre la causación de una lesión al orden económico.

¹¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 159 hasta 165.

precisión que confirma su exclusión dentro del grupo del bien jurídico por “autonomasia”¹¹⁷. Además, dicha puntualización sirve de apoyo para inadmitir la posibilidad de concretar el orden económico como un bien jurídico mediato.

Debemos recordar que nuestro propósito es determinar si el orden económico puede ser calificado como bien jurídico cuando el artículo 252 CP es cometido en el ámbito de las sociedades de capital. Por lo tanto, en este momento del estudio nos aborda la siguiente la cuestión: ¿puede concretarse el bien jurídico de un ilícito en función del ámbito donde sea aplicado? ¿podemos considerar el orden económico como un bien jurídico cuando el artículo 252 CP es aplicado en la esfera societaria, pero no cuando lo sea en cualquier otro ámbito? La respuesta es negativa.

Cada figura delictiva puede proteger uno o varios bienes jurídicos. Una vez que hemos determinado cuales son los bienes jurídicos que se tutelan a través de un delito, no podemos añadir nuevos bienes adicionales según el contexto en el que se aplique el ilícito. Es decir, un delito no puede amparar la protección de unos bienes jurídicos u otros en función del entorno en el que vaya a ser desarrollado. Cuando concretamos el bien jurídico tutelado en un delito, entendemos que a través de éste se protege el mismo bien jurídico en todo caso, y no distintos bienes derivados del contexto en el que se aplique. El bien jurídico de un precepto debe ser estático y concreto, ya que su variación sin mayor justificación no puede ser admitida.

Así, entendemos que el único bien jurídico protegido en el artículo 252 CP es el patrimonio, porque independientemente de que difiera la esfera en la que se aplica el precepto, el objeto tutelado será el mismo. Por lo tanto, el delito de administración desleal genérico protege única y exclusivamente el patrimonio, y aunque dicho ilícito sea aplicado en el ámbito societario el bien jurídico inmediato seguirá siendo el patrimonio social. No es posible admitir el orden económico como bien jurídico protegido en el artículo 252 CP porque el precepto se desarrolle en el ámbito de las sociedades de capital.

La concreción de un bien jurídico (aunque sea indirecto) atendiendo a su eventualidad de la conducta ilícita en un contexto con-

¹¹⁷ Utiliza el término “autonomasia” para definir el bien jurídico protegido directo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 160.

creto no se considera admisible por esta parte. No podemos concretar el bien jurídico de una figura delictiva en función de si es lesionado o puesto en peligro ocasionalmente o no; ya que entendemos que siempre deberá ser vulnerado, variando únicamente el grado en el que lo sea¹¹⁸.

Finalmente, cabe señalar que si confirmamos que el artículo 252 CP no protege el orden económico de forma directa ni indirecta, nos alejamos de la postura que apoyábamos en relación con la protección que otorgaba el artículo 295 CP (antiguo delito societario de administración desleal), en el que nos decantamos por la tutela inmediata del patrimonio y mediata del orden económico. En el derogado artículo 295 CP el orden económico ha sido concretado por muchos autores –a los que nos adherimos– como un bien jurídico mediato¹¹⁹. Si volvemos a analizar los caracteres que distinguen a los bienes jurídicos indirectos en relación con el artículo 295 CP observamos cómo encajan fácilmente. El orden económico no debía ser vulnerado, pero sí tenido en cuenta a la hora de concretar la intervención penal en la esfera societaria-económica. La inclusión de los delitos societarios (entre los que estaba el delito societario de administración desleal) respondía a la necesidad social de paliar nuevas formas de delincuencia económica que habían surgido¹²⁰. La finalidad de la inclusión de estas nuevas figuras delictivas en el Código Penal de 1995 hacía posible que pudiesen castigarse el comportamiento ilícito de determinados sujetos que formaban parte de las sociedades, y que con su conducta entorpecían el normal funcionamiento de las sociedades en la economía nacional¹²¹.

¹¹⁸ En relación con lo expuesto, cabe precisar que FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 120 hasta 123, considera que en los delitos societario el orden económico es afectado solo en supuestos determinados. Por ello, el autor sostiene que dicha afectación no se produce “mediatamente” sino más bien “ocasionalmente” o “eventualmente”. Por su parte –y centrándose en el delito societario de administración desleal–, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 183 y 495, admite la eventualidad, pero además acepta la protección mediata del orden económico.

¹¹⁹ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “Reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 21.

¹²⁰ Incluso el propio legislador del CP 1995 señala en la Exposición de Motivos de dicha norma: “se ha afrontado una antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia (...) merece la pena destacarse la introducción de los delitos contra el orden económico”.

¹²¹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 29.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido en el derogado delito societario de administración desleal (antiguo artículo 295 CP) y en el delito genérico de administración desleal (actual 252 CP) no es el mismo. En el artículo 252 CP que se desarrolla en el ámbito de las sociedades de capital, el orden económico no puede configurarse como un bien jurídico protegido mediato ni tampoco inmediato; mientras que en el que el eliminado delito societario (anterior artículo 295 CP) dicho orden sí podía ser concretado como un bien jurídico mediato¹²².

2.3. *Dimensión socioeconómica del artículo 252 del Código Penal*

En relación con el bien jurídico protegido, MARTÍNEZ-BUJÁN ha realizado una diferenciación entre los delitos estrictamente patrimoniales y los denominados delitos societarios (a los que califica como delitos económicos). Según el autor, los delitos societarios se dirigen a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien de carácter supraindividual general, mientras que los delitos patrimoniales en sentido estricto se proyectan solo hacia la protección del patrimonio¹²³. Según la distinción señalada, el artículo 252 CP se configura como un delito puramente patrimonial, aun cuando sea aplicado en el ámbito de las sociedades de capital.

El artículo 252 CP protege expresamente el patrimonio social y no el orden económico. Sin embargo, ello no es motivo para aceptar que en los supuestos en los que el administrador de una sociedad de capital administra deslealmente el patrimonio que le ha sido confiado causándole un perjuicio a dicho ente queden afectados intereses que van más allá de los meramente individuales.

Cuando concurren determinadas circunstancias en algunos delitos patrimoniales, éstos adquieren una nueva dimensión, lo que no quiere decir que por ello protejan nuevos bienes jurídicos. Este es el caso de delitos como la estafa, la apropiación indebida o la adminis-

¹²² Para algunos autores, como es el caso de MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 219 hasta 228, el antiguo artículo 295 CP se debería haber redactado de forma que el orden económico concretado en la permanencia de las sociedades en el tráfico-jurídico constituyese un bien jurídico directo del precepto.

¹²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 206 hasta 208. El autor, excluye de los delitos societarios mencionados el artículo 294 CP y hace alusión al sector doctrinal que también exceptúa el artículo 290 CP.

tracción desleal que, a pesar de contener los rasgos definitorios de los delitos contra el patrimonio, en determinadas situaciones afectan al orden socioeconómico¹²⁴. Por el contrario, existen otros ilícitos –también incluidos en el Título XIII del Código Penal– que protegen en primer lugar intereses individuales, pero también afectan en segundo plano al orden mencionado. Evidentemente, este es el caso de los delitos societarios, en los que la dimensión socioeconómica suele manifestarse de manera mucho más intensa y habitual que por ejemplo en el delito de estafa¹²⁵. De forma que, aunque existen delitos que son calificados por su naturaleza como patrimoniales en sentido estricto, en algunas ocasiones afectan a intereses supraindividuales económicos, motivo que hace que se puedan definir como delitos económicos^{126, 127}.

¹²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 369: “en todos estos delitos [los incluidos en el Capítulo VI y VII del Título XIII] el bien jurídico protegido tiene carácter patrimonial, pudiéndose considerar, por tanto, como delitos contra el patrimonio, si bien, al mismo tiempo, pueden tener relevancia socioeconómica que los aproxima a algunos delitos contra el orden socioeconómico, con los que tienen parentesco”.

¹²⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 122, alude a las “grandes estafas” que tienen incidencia en el ámbito socioeconómico a pesar de que nadie ponga en duda la naturaleza patrimonial que define al delito de estafa. Los delitos societarios y el delito de estafa tienen en común que ninguno presenta una dimensión socioeconómica que prevalezca sobre la patrimonial individual, no obstante, el autor admite que no pueden compararse porque dicha dimensión (la socioeconómica) tiene más posibilidad de manifestarse en los primeros.

¹²⁶ En relación con lo expuesto, QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre los delitos económicos como subsistema penal”, en *El Derecho penal económico y empresarial antes los desafíos de la sociedad mundial de riesgo* (dir. SERRANO-PIEDRECASAS, J. R.), Colex, Madrid, 2010, págs. 122 y 123, determina que la calificación de los delitos económicos es difícil, pero no porque haya zonas mixtas en las que se solapan varias dimensiones (patrimonial o individual y la económica o supraindividual); ya que dichos ilícitos en realidad solo tienen una naturaleza (a pesar de que incidan en otros intereses); LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, *op. cit.*, págs. 49 hasta 57; GONZÁLEZ RUS., J. J., “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 17, 1993-1994, págs. 132 y 133, sobre la diferenciación de los delitos económicos y los delitos patrimoniales sostiene que “los delitos económicos a menudo acaban incidiendo en el patrimonio individual y que, del mismo modo, algunos delitos patrimoniales tienen frecuentemente una trascendencia que va más allá de lo puramente privado, preciso es acordar que la asignación de una naturaleza y otra a las correspondientes figuras delictivas no puede interpretarse en el sentido de que los delitos patrimoniales afectan exclusivamente a bienes personales y los económicos exclusivamente a intereses generales. Lo que se pretende con la referida distinción es, más exactamente, resaltar el aspecto lesivo o dominante de los correspondientes tipos delictivos”. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 30, admite que con los delitos societarios se pretende proteger

Por lo tanto, el legislador ha decidido proteger a través del artículo 252 CP el patrimonio pero ningún otro bien jurídico más. A pesar de que el delito de administración desleal genérico pueda considerarse un delito económico debido a la dimensión socioeconómica que en algunas ocasiones presenta, no puede compararse con los delitos societarios. De forma general, dichos ilícitos (los societarios) pretenden la tutela del patrimonio, y a su vez (de manera mediata) la del orden económico. En cambio, el delito de administración desleal se centra en la protección al patrimonio y solo en momentos puntuales adquirirá una dimensión socioeconómica.

El legislador ha obrado positivamente redactando un tipo general que permita sancionar la administración desleal en cualquier ám-

en primera instancia el patrimonio individual, compatibilizando dicha tutela con una gestión empresarial eficiente.

¹²⁷ Hay delitos patrimoniales, como es el delito de administración desleal, en los que no puede calificarse el orden económico como un bien jurídico protegido; no obstante, ello no es óbice para inadmitir que en determinadas situaciones este ilícito adquiere una dimensión más amplia (socioeconómica). Sin embargo, cabe precisar que la incidencia de delitos como la estafa, la apropiación indebida o la administración desleal en el orden socioeconómico es puntual, mientras que en los delitos societarios no. Algunos autores incluyen los delitos patrimoniales señalados dentro de los ilícitos que engloban lo que conocemos como Derecho penal económico y de la empresa, y en cambio otros no lo hacen. Dicha diferenciación puede observarse simplemente tomando como referencia el índice de algunos manuales dedicados a Derecho penal económico. Así, algunos autores admiten la naturaleza patrimonial de estos delitos y a su vez también aceptan su influencia en el orden socioeconómico: AAVV., *Manual de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, índice de la obra (no numerado), incluyen dentro de la Parte II denominada “Delincuencia socioeconómica” el Tema 1, que lleva por nombre “Actividad económica y delitos patrimoniales”, en el que exclusivamente se alude al delito de estafa, apropiación indebida (ambos en sus distintas modalidades) y de administración desleal. Posteriormente, el Tema 2 se refiere a la “Actividad societaria. Mercado y consumidores”. De modo que los autores, aun subrayando la naturaleza patrimonial de estos ilícitos los incluyen conjuntamente en la misma parte en la que desarrollan el contenido de otros ilícitos cuya influencia en el orden económico es más manifiesta. Por otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 9 hasta 21, en su obra sobre Derecho penal económico y de la empresa (parte especial), comienza en la Lección 1ª a los artículos 257 a 261 bis CP (pág. 41), dedicados a regular las insolvencias punibles. El autor no hace alusión alguna en su obra, dedicada a desgarnar los delitos que forman la parte especial de Derecho penal económico, a los delitos patrimoniales a pesar de la incidencia de éstos en el ámbito socioeconómico.

bito, no obstante, parece haber obviado la estrecha relación que le une a tal conducta con la esfera societaria. En el supuesto de que hubiese pervivido en el Código Penal un precepto que se aplicara exclusivamente en el ámbito societario (como el derogado artículo 295 CP), dedicado a sancionar a los administradores de una sociedad que actúan deslealmente excediéndose en sus facultades de administración, sí podría admitirse –como se venía haciendo por algunos autores antes de la Reforma 1/2015– que el orden económico se constituyera como objeto de protección penal. En este sentido, el bien directamente tutelado sería el patrimonio social, mientras que solo mediatamente se entenderían protegidos bienes de carácter colectivo o supraindividual. De otro lado, el legislador también podría haberse decantado por incluir un tipo agravado junto al artículo 252 CP en el que se sancionasen las conductas de administración desleal que concurren en la esfera societaria. De este modo, el supuesto agravado –que hubiese tenido una pena mayor que el tipo básico–, hubiese contenido un plus de desvalor derivado del gran perjuicio que puede causar la conducta de administración desleal en el ámbito societario. Así, se hubiese admitido la protección del patrimonio de la sociedad y mediatamente el orden socioeconómico.

II. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

La delimitación del delito de administración desleal del patrimonio ajeno regulado en el artículo 252 CP es problemática en muchos casos. La fina línea que separa al ilícito mencionado de otros que tienen características similares dificulta su aplicación. La distinción entre el delito de administración desleal y otras figuras delictivas puede ocasionar confusiones que erróneamente nos llevarán a encajar hechos en tipos penales en los que realmente no pueden enmarcarse. Por este motivo, esbozamos de forma general las características principales de algunos delitos que pueden parecer en un primer momento adecuados para sancionar conductas de administración desleal aunque finalmente no se ajusten a tales comportamientos típicos.

1. El delito de estafa

Durante muchos años el delito de estafa fue utilizado para sancionar la conducta de los sujetos que administraban deslealmente el

patrimonio que le había sido encomendado. El precepto que contenía el delito de estafa (artículo 528 TRCP 1973) estaba redactado de manera amplia, cuestión que permitía incluir en éste la administración desleal. No obstante, a partir de la Reforma operada en el texto penal en el año 1983, el contenido del ilícito señalado fue redactado más restrictivamente. La nueva redacción del artículo que recogía el delito de estafa dejaba fuera la posibilidad de enjuiciar a través de sus líneas a los administradores desleales¹²⁸.

El delito de estafa (artículo 248 CP¹²⁹) se encuentra ubicado en Capítulo VI del Código Penal, el mismo que recoge el delito genérico de administración desleal. El Capítulo VI denominado “De las defraudaciones” engloba figuras delictivas cuyo punto en común es que el elemento central es el engaño y el abuso de confianza¹³⁰. La ubicación del delito de estafa, encabezando los delitos que forman el Capítulo VI, no puede ser criticada, ya que dicho ilícito constituye la defraudación por excelencia.

El bien jurídico protegido en el delito de estafa y en el de delito de administración desleal es el patrimonio^{131,132}.

¹²⁸ *Vid.*, la STS de 26 de febrero 1998 (RJ 1998\1196) conocida como el Caso *Argentina Trust*. BACIGALUPO ZAPATER, E., “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 7, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 195 a 199. También: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 890 y 891.

¹²⁹ Hacemos referencia al tipo básico por entender que es sobre el que se construyen los demás tipos de estafa.

¹³⁰ DRAE incluye el término “defraudar” en su acepción primera como “privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca por derecho”, y en la segunda como “frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo”. Véase: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=C3ftexv> (última consulta el 01/10/17).

¹³¹ En concreto, GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 1ª. De las estafas”, en *Comentarios al Código Penal* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 856 apunta que en el delito de estafa la mayoría de la doctrina defiende una concepción del patrimonio mixta (económica y jurídica), mientras que la doctrina minoritaria se decanta por una concepción funcional personal. Sobre nuestra opinión del concepto de patrimonio nos pronunciaremos más adelante.

¹³² En concreto, sobre el delito de estafa: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 891; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 255; sobre el delito de administración desleal puede consultarse el Capítulo anterior de este trabajo.

La posibilidad de que una conducta de administración desleal tenga encaje en el delito de estafa es descartable si tomamos como referencia las características del ilícito señalado y observamos que no pueden aplicarse. Los elementos que forman el delito de estafa han sido admitidos comúnmente por la doctrina y la jurisprudencia¹³³. De forma sintetizada son: el engaño precedente o concurrente y bastante, el error derivado del engaño mencionado, el acto de disposición que origina el perjuicio, el ánimo de lucro y la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio. Se trata de una serie de caracteres concretos y delimitados que presentan los rasgos definitorios del delito tipificado en el artículo 248 CP¹³⁴.

En concreto, el delito de estafa se construye sobre el engaño¹³⁵. El engaño debe ser bastante para producir error en otro sujeto¹³⁶.

¹³³ “Como elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar: 1.º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa (...) 2.º) Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial (...) 3.º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4.º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente (...) 5.º) Anímo de lucro como elemento subjetivo del injusto (...) 6.º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria”, en SSTs de 14 noviembre de 2013 (RJ 2013\7896); 4 diciembre de 2012 (RJ 2013\1642); 17 noviembre de 2011 (RJ 2012\1537); 21 junio de 2010 (RJ 2010\7155); 3 mayo de 2010 (RJ 2010\5577); 6 julio de 2009 (RJ 2009\6705).

¹³⁴ Por el contrario, no ocurre lo mismo con los elementos que constituyen el delito de administración desleal del artículo 252 CP. Se trata de un precepto nuevo que necesita ser interpretado por la doctrina y jurisprudencia hasta que sus características propias queden fijadas, como ha ocurrido con la estafa. Además, lo que hasta ahora se había avanzado en relación con la interpretación del delito de administración desleal societaria, caerá en su mayor parte en el olvido con la eliminación del artículo 295 CP. Tan solo se recurrirá a la interpretación de los elementos comunes entre el nuevo delito y el que estaba en vigor antes de la Reforma del Código Penal del año 2015.

¹³⁵ GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 1ª...”, *op. cit.*, pág. 856.

¹³⁶ Véase la nota en la que se especifican los elementos típicos del delito de estafa.

En el delito de administración desleal existe abuso de confianza pero no engaño previo¹³⁷. El engaño no es un elemento necesario en el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, en el que en cualquier caso el engaño es posterior pero no antecedente como en el delito de estafa. El sujeto que se encuentra autorizado para administrar un patrimonio ajeno, no falta a la verdad, sino que se excede en el ejercicio de sus facultades. De forma que, en el delito de estafa el engaño se presenta como un elemento causal respecto al acto de disposición que originará el perjuicio, mientras que en el delito de administración desleal constituye simplemente un “acto ordinario de administración”, es decir, una característica de la acción típica¹³⁸.

Además, el acto de disposición en el delito de estafa es realizado voluntariamente por el sujeto pasivo que previamente ha sido engañado¹³⁹; en cambio, en el delito de administración desleal, el sujeto pasivo no ejecuta ningún acto de disposición, tan solo deposita su confianza en el administrador para que administre su patrimonio¹⁴⁰. Así, es el sujeto activo (el administrador) el que realiza la acción típica que desemboca en un perjuicio al patrimonio que administra.

En el delito de estafa es esencial que concurra el ánimo de lucro en el sujeto activo. La finalidad principal que dirige la conducta del sujeto que engaña a otro para que realice el acto de disposición patrimonial no es otra que obtener un beneficio. Por otra parte, en el delito de administración desleal no se exige expresamente al sujeto activo que actúe con el propósito de lucrarse. El actual delito de administración desleal ni tan siquiera ha incluido la expresión recogida en el antiguo delito societario (artículo 295 CP, ahora derogado), que requería al administrador o al socio que, cuando dispusiera fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrajese obligaciones a su cargo, actuara “en beneficio propio o de un tercero”¹⁴¹.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (19ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 505.

¹³⁸ *Vid.*, STS 21 de junio de 2007 (RJ 20073329).

¹³⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 891.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (19ª ed.), *op. cit.*, pág. 505.

¹⁴¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, págs. 547 y 548, señala que el delito de administración desleal no exige el ánimo de lucro ni tampoco que el sujeto busque con su conducta obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero.

2. El delito de apropiación indebida

2.1. *Premisa*

El delito de administración desleal societario (actualmente derogado) ha aparecido siempre ligado de forma más o menos estrecha al delito de apropiación indebida. Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y con ello del delito societario, las conductas de los administradores que actuaban deslealmente eran enjuiciadas a través del delito de apropiación indebida (primero a través del artículo 535 TRCP 1973 y después del artículo 252 CP 1995). En concreto, este último ilícito había sido interpretado por el Tribunal Supremo de forma que acogía dos modalidades de apropiación: de un lado, la clásica apropiación y de otro, la de distracción o gestión desleal. De esta manera, se intentaba suplir la laguna normativa que existía ante la falta de un delito de administración desleal del patrimonio ajeno.

Con la inclusión del delito societario de administración desleal en CP 1995 se esperaba que el delito de apropiación indebida recuperase su alcance original. No obstante, sucedió todo lo contrario. La esperanza de que el nuevo delito de administración desleal acabara con la necesidad de interpretar el delito de apropiación indebida de forma amplia se disipó y en contra de todo pronóstico la situación existente empeoró. El resultado de la inclusión del delito de administración desleal en el Código Penal, cuya aplicación se limitaba solo al ámbito societario, fue que se continuara admitiendo en el delito de apropiación indebida la existencia de dos modalidades típicas de acción. Así, se siguió diferenciando entre la genuina apropiación indebida (modalidad de apropiación) y la administración desleal de dinero (modalidad de distracción). Durante un tiempo la jurisprudencia, aludiendo a los tipos de apropiación indebida que existían en la redacción del antiguo artículo 252 CP, admitió el solapamiento del delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. El delito de administración desleal apenas tenía aplicación práctica, ya que el concurso normativo entre éste y el delito de apropiación indebida se resolvía a favor del último, que tenía una pena menor. Posteriormente, la jurisprudencia adoptó otras líneas interpretativas que diferenciaban los dos ilícitos mencionados. De esta manera, el delito de administración

desleal tenía su propio ámbito de aplicación, que era distinto del delimitado para delito de apropiación indebida.

La relación entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal ha sido motivo de numerosas disputas doctrinales y jurisprudenciales. La similitud entre los injustos que abarcaban los artículos 252 CP y 295 CP –que recogían el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal respectivamente– dificultaba la distinción absoluta entre ambos preceptos. En consecuencia, los Tribunales y los propios penalistas han expuesto diversas interpretaciones a través de las que se han esforzado por establecer una relación –o mejor dicho, una diferenciación– entre los delitos mencionados¹⁴². No obstante, la búsqueda de un criterio aceptado de forma unánime que permitiese deslindar los ilícitos ha sido frustrada¹⁴³. Por este motivo, a través de la Reforma del Código Penal del año 2015 se ha intentado poner fin a estas controversias y distinguir los dos delitos mencionados con el propósito de facilitar su aplicación práctica¹⁴⁴.

2.2. *La nueva redacción del delito de apropiación indebida*

El legislador de la Ley Orgánica 1/2015, consciente de los problemas generados¹⁴⁵, ha justificado las modificaciones que se han realizado en nuestra norma penal en relación con el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal en la Exposición Motivos de la misma. A diferencia del texto de 23 de noviembre de 1995 que no se detenía en hacer mención expresa a las diferencias entre los dos ilícitos señalados, la normativa actual sí hace alusión a esta cuestión¹⁴⁶. En concreto, el apartado XV del Preámbulo señala el

¹⁴² Así se expresa en la STS 9 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4411).

¹⁴³ NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.789.

¹⁴⁴ Sobre dicha Reforma CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 2, ha puntualizado que se pusieron “muchas expectativas” en la misma como medio para acabar con los conflictos que venían dándose entre la administración desleal y la apropiación indebida.

¹⁴⁵ El propio Informe del Consejo Fiscal de 2012 reconoce como “polémica” la relación entre el delito de administración desleal y apropiación indebida (pág. 225).

¹⁴⁶ El Proyecto de 2007 ya incluía en su Exposición de Motivos una referencia a los problemas que derivaban de la relación entre el delito de administración desleal

propósito de la Reforma de distinguir “con mayor claridad” los tipos penales de la administración desleal y la apropiación indebida¹⁴⁷. La Reforma introduce una nueva regulación de la administración desleal destinada a sancionar dicha conducta en cualquier ámbito, y ello ha conllevado que paralelamente se revise la regulación del delito de apropiación indebida¹⁴⁸. De esta manera, el legislador pretende acabar con los conflictos surgidos, de forma que se siga una misma línea interpretativa que permita favorecer la seguridad jurídica en relación con los ilícitos mencionados.

En el Código Penal se crea en el Capítulo VI del Título XIII del libro II una Sección 2.^a bis denominada “De la apropiación indebida”, que regula en los artículos 253 CP y 254 CP los delitos de apropiación indebida. Así, la Sección 2.^a pasa a llevar por rúbrica “De la administración desleal”¹⁴⁹.

y el delito de apropiación indebida. En concreto, el texto del Proyecto se centra en la necesidad de evitar que la interpretación de los ilícitos señalados derive en la consideración de la administración desleal como un tipo privilegiado del delito de apropiación indebida o incluso que ambos delitos se superpongan.

¹⁴⁷ Recordemos que las razones del legislador de la LO 1/2015 de redactar un nuevo delito de administración desleal responden a dos motivos: el primero, incluir en el CP un delito de administración desleal genérico y no solo limitado al ámbito de las sociedades mercantiles; y en segundo lugar, distinguir el contenido del delito de apropiación indebida del delito de administración desleal para facilitar su aplicación práctica.

¹⁴⁸ Enumera las novedades más relevantes del nuevo delito de apropiación indebida: CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁴⁹ CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 766, 767 y 774, ya anticipaban aludiendo a los textos del Anteproyecto de 2012 que, en el supuesto de que en el delito de apropiación desleal no englobe las conductas desleales apropiatorias, éste debería de ubicarse posteriormente al delito de apropiación indebida. De forma que queden ordenados de mayor a menor gravedad de las conductas típicas. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 60, no propone expresamente un cambio de ubicación sistemática de los delitos pero sí defiende que el delito de apropiación indebida acoja las conductas apropiatorias del administrador y contenga una pena mayor que el delito de administración desleal. Además, cuando redacta la propuesta de tipificación de ambos delitos, describe primero el delito de apropiación indebida y después el delito de administración desleal (págs. 118 y 119). Por todo ello, entendemos que el autor hubiera ubicado el delito de apropiación indebida antes que el delito de administración desleal. Además, CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 17 hasta 19, considera que la administración desleal no debe estar incluida en el Capítulo VI del Título XIII principalmente porque su

El delito de apropiación indebida no cambia solo de ubicación sino también de contenido. El ilícito ha mantenido su esencia, consistente en sancionar a los sujetos que se apropian de una cosa que han recibido –o niegan haber recibido– en virtud de un título jurídico que genera la obligación de entregarlo o devolverlo. Sin embargo, la redacción del precepto que tipifica la conducta expuesta ha sido modificado.

En este sentido, el delito de apropiación indebida ubicado en el artículo 253 CP hace referencia a los que “se apropien” de los bienes recibidos mientras que el antiguo artículo 252 CP aludía a los que “se apropien o distrajeren” éstos. Se suprime el verbo “distraer” a través del cual se castigaba la gestión desleal. Además, el nuevo precepto determina que la apropiación realizada por el sujeto activo podrá ser para sí mismo o en todo caso para un tercero, exigencia que antes no se requería expresamente en el artículo. El objeto material del delito había sido durante años el “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial”; sin embargo, el legislador de la Ley Orgánica 1/2015 ha modificado tal enumeración. En particular, ha mantenido intacta la referencia al “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble” y en cambio ha prescindido de los activos patrimoniales. Igualmente, son modificados los títulos jurídicos ejemplificativos que producen obligación de la entrega o devolución de las cosas que pueden ser apropiadas. Así, mientras el antiguo delito de administración desleal determinaba que los objetos podían ser recibidos en “depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos”, el artículo 253 CP elimina la “administración” e introduce la “custodia”.

Como se ha puesto de manifiesto en el párrafo anterior, el legislador ha decidido reducir la lista *numerus clausus* de los bienes susceptibles de apropiación. En concreto, se ha eliminado del precepto que acoge el delito de apropiación indebida (artículo 253 CP) la expresión de “activo patrimonial”¹⁵⁰. En la Exposición de Motivos no en-

redacción no responde a las características de las “defraudaciones” que forman parte del mismo. La autora propone que el delito de administración desleal cuando acaece en el ámbito societario se hubiese mantenido de manera parcial junto con el resto de delitos societarios, o en todo caso, que se hubiera concretado en un capítulo separado y que precediese al de las “defraudaciones”.

¹⁵⁰ La STS de 28 octubre de 2005 (RJ 2005\8168) cuando alude a activo patrimonial se refiere a la totalidad de los bienes o derechos de un determinado patrimonio.

contramos ninguna referencia a esta modificación. La supresión de los activos patrimoniales responde al mal uso que se estaba haciendo de dicho concepto¹⁵¹. Algunos autores habían considerado que bajo la expresión “activo patrimonial” quedaban incluidos los bienes inmuebles. La fundamentación de esta línea interpretativa se basaba en que el antiguo artículo 252 CP hacía alusión (entre los bienes objetos de apropiación) a “cualquier otra cosa mueble” o “activo patrimonial” de forma contrapuesta; de manera que podía pensarse que si el primer grupo se refería a bienes muebles, el segundo lo hacía a bienes inmuebles¹⁵². Sin embargo, la jurisprudencia ha sido contundente al indicar que “si el legislador hubiere querido incluir los inmuebles hubieran utilizado en el [anterior] artículo 252 CP este concepto jurídico y no un concepto mercantil”^{153,154}. Por lo tanto, entendemos que el motivo de la eliminación del término activo patrimonial se debe a la aplicación incorrecta que se estaba haciendo del mismo. El legislador, ante el problema de seguridad jurídica derivado de la imprecisión del concepto de activo patrimonial que estaba surgiendo, ha preferido no correr el riesgo de que se sigan incluyendo bajo dicha expresión los bienes inmuebles y ha decidido eliminarlo. Los autores que han defendido que el concepto activo patrimonial engloba los bienes inmuebles han manifestado que la supresión del primer elemento sí resulta transcendente. Con la eliminación de los

¹⁵¹ La propia jurisprudencia ha admitido que la mención al activo patrimonial “había dado lugar a la polémica acerca de si un bien inmueble podía ser objeto de este delito), véase la ST 30 de marzo de 2016 (RJ 2016\1142).

¹⁵² Así, la STS 28 de junio de 2005 (RJ 2005\9307), recuerda dicha Sentencia la SAP de Burgos de 25 de mayo de 2009 (ARP 2009\715).

¹⁵³ Además, expresa la SAP Pontevedra de 2 de julio de 2014 (ARP 2014\947), aludiendo a SAP de Sevilla de 18 de mayo de 2004 (JUR 2004\199204): “los bienes inmuebles no pueden ser equiparados (...) a los activos patrimoniales por dos razones, la primera, radica en el hecho de que los términos literales del precepto no pueden ser interpretados extensivamente y, la segunda, (...) activo patrimonial que es un concepto mercantil que incluirá a cualquier tipo de activo que pueda reflejar el balance de una empresa, acciones, títulos valores, metálico y objetos muebles, pero nunca inmuebles”.

¹⁵⁴ En cambio, el Informe del Consejo Fiscal de 2012 manifestó: “es acertada la supresión de la referencia a los activos patrimoniales, pues un sector de la jurisprudencia había entendido incluidos los inmuebles [SSTS 28 junio de 2005 (RJ 2005\9307); 28 octubre de 2005 (RJ 2005\8168)] lo que sistemáticamente no parece del todo correcto” (pág. 237). En contra de la eliminación de los activos patrimoniales MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, op. cit., pags. 64 y 65.

activos patrimoniales –manifiestan– se impide admitir los bienes inmuebles como objetos que pueden ser favorables de apropiación¹⁵⁵. De manera que, cuando se disponga de forma indebida de los activos patrimoniales los hechos se enjuiciarán a través del delito de administración desleal¹⁵⁶. Sin embargo, consideramos que no puede generalizarse tal manifestación ya que habrá que estar a cada supuesto en concreto, tomando como referencia la cualificación del sujeto activo, ya que para que pueda aplicarse el artículo 252 CP el administrador debe ostentar dicho cargo porque así le venga dado por Ley, por una autoridad o por un negocio jurídico.

A pesar de haberse omitido los activos patrimoniales, el artículo 253 CP sí incluye otros bienes que se caracterizan porque pueden ser objeto de apropiación, esto es, el “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble”. En particular, cabe hacer alusión a los tres primeros porque durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2015 no estaban incluidos en la redacción del precepto pero finalmente –en concreto, el 9 de marzo de 2015– terminaron forman-

¹⁵⁵ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (artículos 252 CP y ss.)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 763 y 764. También, GALLEGO SOLER, J. I., y HORTAL IBARRA, J. C., “Actividad económica y delitos patrimoniales”, en *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y parte especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 269, señala que la alusión de los activos patrimoniales no tiene sentido una vez excluida la modalidad de distracción del delito de apropiación indebida.

¹⁵⁶ Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 387; igualmente, QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones”, en *Compendio de la parte especial del Derecho penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 234, concreta que supuestos como “enajenar por mal precio un inmueble” serán enjuiciados a través del delito de administración desleal. En particular, CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, 776, sostienen que no tiene sentido la intención del legislador de que las conductas de apropiación de activos patrimoniales pasen a ser enjuiciadas a través del delito de administración desleal genérico porque “supone sancionar conductas apropiatorias (que si fueran muebles irían por apropiación indebida) a través de un delito que sanciona conductas fraudulentas y perjudiciales pero que no son apropiatorias”. Por este motivo, demanda la inclusión de la expresión “valores patrimoniales” en el artículo 253 CP. En cambio, MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (coord. LAMARCA PÉREZ, C.), Colex, 2016, Madrid, pág. 397, considera que la apropiación indebida de inmuebles podrá integrarse en el delito de usurpación del artículo 245 CP.

do parte del artículo 253 CP¹⁵⁷. La postura tomada por el legislador durante el procedimiento de la Reforma fue excluir el dinero del artículo 253 CP, por este motivo no han cesado las críticas que han puesto en tela de juicio el cambio de postura. Algunos autores han manifestado que la inclusión expresa del dinero no es relevante porque se hubiese considerado englobado dentro de la expresión “cosas muebles” que en un primer momento era el único objeto susceptible de apropiación mencionado en el artículo 253 CP^{158,159}; mientras que otros han defendido su incorporación específica¹⁶⁰. En todo caso, el legislador ha decidido hacer mención expresa al dinero con el propósito de evitar confusiones. Si no se hubiese incluido dicho objeto concretamente se hubieran generado problemas en relación al tratamiento de las apropiaciones de dinero¹⁶¹. Quizá, hubiese bastado con que en la Exposición de Motivos se hubiera indicado que el di-

¹⁵⁷ El Proyecto de 2007 sí hacía alusión expresamente al “dinero, efectos o valores”.

¹⁵⁸ En este sentido, GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 763. PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 38, aportaban varias soluciones para suplir la eliminación del término “dinero”, entre las que proponían que se entendiese incluido bajo la expresión “cosa mueble”, aunque aceptaban que dicha opción hacía que careciera de sentido la decisión del legislador de eliminar la referencia expresa.

¹⁵⁹ El Informe del Consejo Fiscal de 2012 se cuestiona la supresión del dinero, y deja patente que el hecho de que la Exposición de Motivos no aludiese expresamente a su eliminación es indicador de que sigue considerándose incluido como objeto material del artículo 253 CP, ello debido a la mención general a las cosas muebles y también a la obligación de devolver. No obstante, a través del texto se demandaba alguna aclaración respecto a la eliminación del dinero en relación a su carácter especial como bien fungible, que indica que en el delito de apropiación indebida no solo se protege la propiedad (cuando el objeto sean bienes muebles) sino también un derecho de crédito (en el caso del dinero) (pág. 237). Finalmente, las exigencias del Informe fueron atendidas cuando al final de la tramitación parlamentaria para evitar confusiones el dinero ha sido incluido de manera tácita (y además en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2013 ya se hacía mención a dicho extremo).

¹⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pag. 61.

¹⁶¹ Sobre las consecuencias de la inclusión del dinero en el artículo 253 CP véase el epígrafe siguiente. CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 21, aplaude la permanencia del “dinero” en el delito de apropiación indebida porque permite castigar comportamientos de administración desleal que conllevan apropiación (la autora entiende que la administración queda incluida bajo la expresión “cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos”). En contra: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 171, se ha lamentado de que la reforma no haya redactado de otra forma más acertada la “apropiación indebida de dinero”.

nero se incluía dentro de las cosas muebles, pero ya que no ha sido así debemos elogiar la decisión del legislador de mencionarlo específicamente en el artículo 253 CP. Además, la consecuencia de admitir el dinero como objeto susceptible de apropiación permite seguir afirmando la protección a través del artículo 253 CP de un derecho de crédito, pues de otra forma, el único bien jurídico protegido por el precepto hubiera sido la propiedad¹⁶².

El nuevo delito de apropiación indebida ha omitido entre sus elementos la mención a la modalidad de distracción. Cuando hacemos referencia al tipo de distracción es inevitable recordar el contenido de la Sentencia *Argentia Trust*¹⁶³, tan repetidamente citada por nuestra jurisprudencia¹⁶⁴, que manifestaba cómo la modalidad de distracción o gestión desleal acaecía cuando el administrador perjudicaba al sujeto que era su principal distraendo el dinero que tenía a su alcance. No era necesario que quedase demostrado que el administrador había incorporado el patrimonio administrado a su propio patrimonio ni tampoco la concurrencia del *animus rem sibi habiendi*

¹⁶² PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 38; GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI). Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coord. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011, págs. 519.

¹⁶³ STS 26 de febrero de 1998 (RJ 1998\1196). Se condenó al presidente de Banesto que, haciendo uso de sus funciones como administrador, ordenó que se realizara el pago de una factura por valor de seiscientos millones de pesetas a la sociedad *Argentia Trust* en concepto de trabajos realizados de carácter jurídico, financiero y de marketing; sin embargo, no constaba que dichos trabajos se hubiesen encargado ni realizado, tampoco que se hubiera autorizado el pago por la comisión ejecutiva de Banesto ni que el presidente planteara el pago de la factura ante el consejo de administración. El presidente no dio una respuesta que justificara la disposición de los seiscientos millones de pesetas a favor de *Argentia Trust*; la cual, presentaba las características propias de una sociedad opaca destinada a orientar el dinero en dirección desconocida. En particular, la Sala de lo Penal, sección primera, de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 20 de marzo de 1997 en la que se condenaba al presidente de la entidad financiera por un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de falsedad mercantil. Posteriormente, el TS (en concreto, los magistrados José Jiménez Villarejo, Enrique Bacigalupo Zapater, Luis Román Puerta, Gregorio García Ancos y Joaquín Martín Canivell) confirmaron la comisión del delito de apropiación indebida. Sin embargo, el TS manifestó que no quedó probado el delito de falsificación de documentos (a excepción del magistrado Luis Román Puerta que presentó un voto particular en relación a dicho ilícito).

¹⁶⁴ Entre otras, SSTS 16 de febrero de 2001 (RJ 2001\472); 3 de febrero de 2003 (RJ 2003\4061).

(bastaba con el dolo genérico). No obstante, hace ya un tiempo que el verbo “distraer” ha tomado otro sentido. Concretamente, a través del término “distraer” se sancionan casos en los que la apropiación se realiza para favorecer a un sujeto diferente del que ha realizado la conducta apropiatoria. Así, se viene aplicando la línea interpretativa que defiende que a través del delito de apropiación indebida se castiguen los supuestos de apropiación definitiva en beneficio propio (modalidad de apropiación) o en beneficio de un tercero (modalidad de distracción)¹⁶⁵.

En consonancia con las dos interpretaciones señaladas, es posible entender (tomando como referencia las explicaciones incluidas en la Sentencia *Argentia Trust*) que con la omisión del verbo “distraer” el legislador pretendía excluir del ámbito de aplicación del artículo 253 CP (anterior artículo 252 CP) la sanción de la modalidad de distracción o gestión desleal; o bien que (atendiendo al sujeto beneficiario) el objetivo perseguido con la nueva redacción del precepto mencionado era eliminar la modalidad de distracción porque con la introducción de la expresión “para un tercero” pasaba a ser innecesaria.

Con el fin de comprender mejor la supresión del término “distraer” hay que recordar que el legislador expresa en la Exposición de Motivos de la Reforma que con la nueva redacción quedan fuera del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, que será enjuiciada a través del tipo autónomo del artículo 252 CP. De forma que, entendemos que la supresión del tipo de distracción de la nueva redacción del artículo 253 CP responde principalmente a la idea de distracción recogida en la Sentencia *Argentia Trust*; el legislador parece querer acabar con la idea de que en el delito de apropiación indebida existe un tipo de administración desleal en el que no hay apropiación, aunque ésta interpretación no se viniese aplicando¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Hacen alusión al cambio interpretativo del verbo “disponer” incluido en el delito de administración desleal: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, op. cit., págs. 65 y 66, y también CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, op. cit., págs. 774 y 775.

¹⁶⁶ En este sentido, los dos últimos autores citados en la nota anterior (*Ibidem.*, pag. 774), y también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, op. cit., pags. 61, 65 y 66. Los autores critican un error del legislador, éste nos ha dado a entender que la eliminación del verbo “distraer” tiene como objetivo evitar que dentro del delito de apropiación indebida queden englobadas conductas de adminis-

En consecuencia, la eliminación del verbo “distraer” es plausible¹⁶⁷. En primer lugar porque acaba con la línea interpretativa que consideraba que a través de la modalidad de distracción se castigaban conductas no apropiatorias; y en segundo lugar porque su supresión junto con la introducción de la expresión “en beneficio de otro” que ha sido expresamente añadida en el artículo 253 CP facilita la delimitación de los elementos del tipo del ilícito (y ello a su vez su aplicación práctica). Resulta más sencillo para la comprensión del precepto que regula el tipo delictivo una lectura de su contenido que incluya la expresión “en beneficio de otro”, que inferir que mediante el verbo “distraer” se está haciendo referencia a la apropiación realizada por un sujeto en beneficio de un tercero. Como ya hemos señalado, el delito de apropiación indebida determina que el sujeto que realiza la acción típica conseguirá para sí mismo o para otro sujeto un beneficio. El sujeto activo, a cambio de conseguir un provecho, quebranta la confianza que el dueño de la cosa había depositado en él y causa un perjuicio. En cambio, el delito de administración desleal no requiere expresamente que el administrador o un tercero obtenga un beneficio como consecuencia del perjuicio patrimonial causado por el administrador¹⁶⁸ (antes de la Reforma de 2015 el derogado artículo 295 CP sí demandaba la obtención de un lucro económico).

Por último, la supresión de la “administración” como título idóneo que genera la obligación de entregar o devolver la cosa supone un cambio relevante en la aplicación del artículo 253 CP. Anteriormente, en el Proyecto de 15 de enero de 2007, el legislador redactó el delito de apropiación indebida prescindiendo no solo de la administración sino también de los títulos que la acompañaban,

tración desleal no apropiatorias, pero realmente la supresión de la modalidad de distracción (con la que los últimos años se aludía a las apropiaciones realizadas a favor de un tercero) responde a su innecesidad, ya que ha sido suplida con la expresión “para un tercero”. En general, sobre el cambio de interpretación del verbo “distraer” véase la SAP de Zaragoza de 12 de enero de 2016 (ARP 2016\138).

¹⁶⁷ En cambio, NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 792, manifiesta que la alusión dentro del delito de apropiación indebida al verbo “distraer” y también al “dinero” sería necesaria para que dentro del artículo 253 CP se castigara la apropiación indebida de dinero de quien recibe dinero de un tercero con el encargo de que le dé un destino concreto o realice un negocio jurídico específico en su nombre. El autor hacía referencia expresa al dinero porque su texto se construye sobre el contenido del artículo 253 CP propuesto en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal (que excluía el dinero como objeto susceptible de apropiación).

¹⁶⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 553.

esto es, del depósito y la comisión. Según quedaba expuesto en la Exposición de Motivos de dicho texto, los tres títulos fueron eliminados porque no eran relevantes para determinar el alcance del tipo y lo único que podían generar era confusión. En cambio, en la nueva redacción del artículo 253 CP solo se ha omitido la referencia a la administración y en su lugar se ha incluido la custodia, que se añadía justo después de la mención al depósito y comisión como títulos ejemplificativos a través de los cuales puede producirse una obligación de entregar o devolver un bien. Así, los títulos incluidos expresamente en el artículo 253 CP son el depósito, la comisión y la custodia.

Algunos autores han manifestado que la eliminación expresa de la administración no es significativa, porque puede entenderse incluida en la cláusula genérica del artículo 253 CP que permite admitir como título idóneo cualquiera que genere la obligación de entregar o devolver¹⁶⁹. Si aceptamos esta interpretación, la supresión de la administración sería irrelevante, ya que quedaría incorporada de forma implícita al artículo 252 CP. Sin embargo, como justificaré más adelante detenidamente¹⁷⁰, la omisión de la administración como título que produce la obligación de entregar o devolver en el delito de apropiación indebida no puede pasar desapercibida a la hora de aplicar el artículo 253 CP (y en consecuencia el artículo 252 CP).

Por otra parte, la inclusión de la custodia como título posesorio en el artículo que regula el delito de apropiación indebida responde al cambio operado en la redacción del artículo 432 CP tras la Reforma. Actualmente, el precepto castiga en su apartado segundo a la autoridad o funcionario público que realice el comportamiento descrito en el artículo 253 CP. Simplemente por la condición que ostentan,

¹⁶⁹ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 763, ha calificado la eliminación del término administración “más aparente que real”. En contra de la eliminación de la “administración”: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 61. Igualmente, CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”; *op. cit.*, pag. 775. A favor de la supresión del término administración NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 792, porque considera que donde verdaderamente debe estar es en el delito de administración desleal.

¹⁷⁰ En concreto, en el apartado: 2.2.4. Apropiación de dinero u otros objetos realizada por un administrador.

los sujetos señalados tienen en su poder bienes que son propiedad de un organismo público¹⁷¹. En el sector público, es muy común que las autoridades o funcionarios tengan en custodia bienes por razón de su cargo. La custodia es un negocio jurídico muy habitual en la Administración pública. El delito de apropiación indebida antes de la Reforma no incluía la custodia como título ejemplificativo, pero ahora sí lo hace, y entendemos que lo hace porque de esta manera se deja patente la relación existente entre los artículos 253 y 432 CP, ya que la custodia es el título jurídico por el que generalmente le serán confiados a las autoridades o funcionarios (debido a la profesión que desempeñan) los bienes del sector público^{172,173}.

El legislador, con la eliminación de los términos “distracción”, “administración” y “activo patrimonial”, pretende impedir que el delito de administración desleal sea confundido con el de apropiación indebida y viceversa. La idea de prescindir de estos elementos (en concreto, de los dos primeros) ha sido el primer paso del legislador para perfilar los diferentes delitos. A pesar de todo, una cosa es el objetivo que el legislador pretendía conseguir (distinguir el delito de administración desleal del delito de apropiación indebida) y otra lo que finalmente ha conseguido (enturbiar la relación entre los dos ilícitos). El contenido del delito de apropiación indebida ha sido reducido, pero ello

¹⁷¹ Incluso, en algunas ocasiones bienes de terceros que por una causa concreta se encuentran bajo custodia de un organismo público, habrá que estar a cada caso en concreto.

¹⁷² Desde otro punto de vista, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pag. 62 (nota 68) se cuestiona si la inclusión de la custodia se ha realizado para delimitar el tipo de apropiación indebida del tipo de administración desleal, para ello se apoya en lo expuesto en el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pág. 236) que indicaba que “en la administración desleal hay administración y el poder de disposición es jurídico y se protege el patrimonio, mientras que en la apropiación hay custodia desleal, el poder de disposición es fáctico y se protege el derecho de propiedad”.

¹⁷³ Realizamos otra interpretación más en relación con la inclusión de la custodia en el artículo 253 CP: Desde un punto de vista del Derecho privado entendemos que la custodia es la obligación principal sobre la que se construye el depósito. No obstante, existen otros contratos en los que el deber de custodia no constituye la base de los mismos pero sí se presenta como una obligación accesoria. Por lo que, podría pensarse que el hecho de que se mencione expresamente la custodia evita que surjan dudas sobre la exclusión de los contratos en los que la exigencia de custodiar no aparece como una obligación principal. Sin embargo, si solo se hubiera incluido la custodia (y no el depósito) quizá erróneamente se hubiera interpretado como sinónimo de depósito, por ser el título jurídico donde se presenta como elemento principal.

no quiere decir que no se haya puesto fin a los problemas que surgen a la hora de delimitar su aplicación con el delito de administración desleal. La supresión de los elementos mencionados no es concluyente a la hora de encajar determinados hechos dentro de la modalidad defraudadora a la que nos venimos refiriendo en este epígrafe¹⁷⁴.

Además de los cambios señalados, cabe hacer mención a las penas impuestas a través del precepto que contiene el delito de apropiación indebida. El artículo 253 CP mantiene –ya lo indicaba así antes de la Reforma– las penas del delito de estafa (artículos 249 y 250 CP), y añade la expresión “salvo que ya estuvieren castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”. El legislador introduce esta expresión con el objeto de evitar que los mismos hechos sean enjuiciados por el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP si ya han sido penados a través de otro delito diferente, pues en ese caso se vulneraría el principio *non bis in idem*. En concreto, el legislador pretende que el sujeto penado a través del artículo 432.2 CP que, como hemos señalado anteriormente, castiga el delito de apropiación indebida cuando es cometido por una la autoridad o el funcionario público el que se apropia de patrimonio público, no sea también castigado por el delito de apropiación indebida previsto en el artículo 253 CP. Las penas previstas en el artículo 253 CP (esto es, las de los artículos 249 y 250 CP) son menores que las incluidas en el artículo 432.2 CP (que alude a las del artículo 432.1 CP y en su caso a las del 432.3 CP o 433 CP).

También, la nueva redacción del delito de apropiación indebida elimina el tipo agravado que imponía la pena en su mitad superior en caso de depósito necesario o miserable, y en cambio, ha añadido un segundo apartado (artículo 252.3 CP) en el que se castiga el delito leve de apropiación indebida en los supuestos en los que lo apropiado no exceda de una cantidad superior de cuatrocientos euros¹⁷⁵. Este apartado ha sido igualmente introducido en el resto de los delitos que forman el Capítulo de las defraudaciones, haciendo alusión el delito de estafa “a la cuantía de lo defraudado” y el delito de administración desleal al “perjuicio patrimonial” ocasionado.

¹⁷⁴ GLI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, págs. 762 y 763.

¹⁷⁵ Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 623.4 CP se encargaba de regular la falta de apropiación indebida. Actualmente, debido a la supresión de las faltas, se encuentra derogado.

Por último, el artículo 254 CP castiga la apropiación de cosa mueble ajena que no pueda ser sancionadas a través del nuevo artículo 253 CP. Entendemos que en el artículo 254 CP tienen encaje los supuestos que antes de la Reforma de 2015 se incluían en los artículos 253 y 254 CP.

2.3. *Un supuesto especial: la apropiación de dinero ajeno*

El legislador de la Reforma 1/2015 ha decidido que el dinero permanezca en el artículo 253 CP como objeto susceptible de apropiación. Antes de que entrase en vigor el texto legal mencionado, el dinero ya estaba incluido expresamente en el precepto que regulaba el delito de apropiación indebida. La inclusión del dinero como posible objeto material de la acción típica del delito de apropiación indebida requiere realizar una serie de puntualizaciones. La admisión del dinero en este sentido no ha sido unánime. En concreto, la razón por la que surge la duda de incluir el dinero en el artículo 253 CP se debe a la naturaleza del mismo.

El dinero es calificado como una cosa fungible y genérica, que junto con su entrega transmite la propiedad y que para una parte minoritaria de la doctrina no permite su apropiación. No sería posible desde este punto de vista la apropiación de una cosa de la que ya se es propietario. De forma que si un sujeto entrega (por alguno de los títulos del artículo 253 CP) a otro dinero, éste adquiere su propiedad y por lo tanto, no podría técnicamente incurrir en el delito de apropiación indebida; teniendo en cuenta que quien recibe dinero o cualquier otra cosa fungible debe devolver a su principal otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1753 CC) y no exactamente los mismos efectos que se recibieron. Así, se excluiría del ámbito de la apropiación indebida el dinero como objeto material, y en ese caso las apropiaciones de dinero. En este supuesto, el delito de apropiación indebida tutelaría como único bien jurídico la propiedad en sentido estricto y tendría como único objeto material las cosas muebles (entendiendo como tales las no fungibles)¹⁷⁶.

En cambio, la mayor parte de la doctrina ha defendido que, cuando el dinero sea objeto de apropiación, el bien jurídico tutelado en el

¹⁷⁶ Por todos, SILVA CASTAÑO, M. L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 60 hasta 67.

delito de apropiación indebida es el derecho de crédito. A través de la tutela del derecho de crédito se protege el derecho del acreedor de exigir al deudor la prestación a la que ha quedado obligado anteriormente. El derecho del que dispone el acreedor (ante el incumplimiento del deudor de la obligación que ha asumido) es el bien que se salvaguarda. De esta manera, es posible aceptar que el dinero puede considerarse objeto de la acción típica del delito de apropiación indebida¹⁷⁷.

Hace unos años la jurisprudencia se ha pronunciado en relación con la admisión de la apropiación de dinero en consonancia con el nuevo contenido del artículo 253 CP. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\788) supone hasta la fecha un referente a la hora de aplicar el nuevo contenido del delito de apropiación indebida. La escasa jurisprudencia de la que disponemos hace que la Resolución mencionada deba ser tenida en cuenta a la hora de interpretar el artículo 253 CP en relación con la posibilidad de admitir la apropiación del dinero que veníamos tratando. El contenido de la Sentencia es contundente al señalar que a pesar de que la Exposición de Motivos de la Reforma 1/2015 excluya la distracciones de dinero, esto no quiere decir que también inadmita que “las apropiaciones de dinero” caben en el ámbito del artículo 253 CP (que contiene actualmente el delito de apropiación indebida). El TS, como ya lo venía haciendo, defiende la apropiación de dinero¹⁷⁸.

Además, como prueba de que antes de la entrada en vigor de la Reforma 1/2015 y que posteriormente a ésta se admite la apropiación indebida de dinero, es que el contenido de la mencionada STS de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\788) se aparta de la consideración de que la apropiación de dinero solo encajaba en la modalidad de

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ La Sentencia mencionada en el texto principal, incluye como ejemplo numerosas resoluciones en las que el fallo es la condena por un delito de apropiación de dinero. En concreto cita las siguientes: STS de 2 de julio de 2015 (RJ 2015\3901), STS de 2 de julio de 2015 (RJ 2015\4490), STS 6 de julio de 2015 (RJ 2015\3584), STS de 7 de julio de 2015 (RJ 2015\5544), STS de 16 de julio de 2015 (RJ 2015\3698), STS de 5 de octubre de 2015 (RJ 2015\4395), STS de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015\6159), STS de 30 de octubre de 2015 (RJ 2015\5048), STS de 23 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5320), STS de 1 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5407), STS de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016\152), STS de 8 de febrero de 2016 (RJ 2016\508); STS de 10 de febrero de 2016 (RJ 2016\503); STS de 12 de febrero de 2016 (RJ 2016\676).

“distracción” del anterior artículo 252 CP¹⁷⁹. En concreto, CONDEPUMPIDO TOURON (Ponente de la Sentencia que analizamos) ha manifestado que en el supuesto de que antes de que entrase en vigor la Reforma 1/2015 la apropiación de dinero solo hubiera tenido encaje dentro del verbo “distraer” incluido en el contenido del antiguo delito de apropiación indebida, actualmente tal apropiación sería impune penalmente. Con la eliminación a través de la Reforma mencionada del verbo “distraer” el Tribunal aplicaría el principio de retroactividad de la ley más favorable (artículo 2.2 CP) de manera que la apropiación de dinero no sería sancionada. Sin embargo, el Ponente señala que la apropiación de dinero únicamente era castigada en algunas ocasiones a través de la modalidad de distracción del antiguo artículo 252 CP pero no siempre; por lo que, aunque haya sido eliminado el verbo “distraer”, ello no es óbice para no castigar la apropiación de dinero a través del artículo 253 CP.

La Resolución rechaza la interpretación del sector doctrinal que considera que la apropiación indebida de dinero no puede aceptarse por la naturaleza fungible de éste. La Sentencia es contraria a admitir que el sujeto solo será enjuiciado a través del delito de apropiación indebida cuando se le haya hecho entrega de billetes identificando su numeración y se haya acordado que la devolución de los mismos se haga específicamente sobre los que se entregaron (es decir, cuando se haya considerado que el dinero es no fungible). También, el contenido de la Sentencia expresa escuetamente la disconformidad con la doctrina que acepta la apropiación inde-

¹⁷⁹ Recordemos –ya nos detuvimos sobre la interpretación del verbo “distraer” en el epígrafe anterior– que la jurisprudencia mantuvo antes y después de la entrada en vigor del artículo 295 CP que dentro del delito de apropiación indebida existía la modalidad de apropiación y además otra conducta ilícita que no requería que el administrador se apropiara de los bienes que administraba. Así, se construía un tipo de gestión desleal de distracción de dinero que se caracterizaba porque el sujeto activo causaba un perjuicio al titular del patrimonio administrado. No se exigía *animus rem sibi habendi*, bastaba con el conocimiento y el propósito de producir un perjuicio al titular del patrimonio. Frente a esta interpretación se ha considerado por parte de la doctrina y jurisprudencia que la distracción no puede limitarse solo al dinero sino a todos los objetos que están mencionados expresamente en el precepto. De manera que debe concebirse que “apropiarse significa desviar los bienes hacia el propio patrimonio” y en cambio “distraer quiere decir hacerlo hacia un patrimonio ajeno”. Se requerirá que la apropiación sea definitiva. Así; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, págs. 134 hasta 142.

bida de dinero y la califica como un supuesto de administración desleal.

En concreto, uno de los autores que se muestra favorable con las líneas interpretativas rechazadas en la Resolución mencionada es LÓPEZ BARJA DE QUIROGA éste se ha manifestado en relación con el nuevo contenido del artículo 253 CP expresándose en sentido contrario al contenido de la Sentencia y ha criticado que la conducta del sujeto que se apropia de dinero pueda ser calificada como apropiación indebida. El autor manifiesta que en el artículo 253 CP (actual delito de apropiación indebida) existe un tipo autónomo de administración desleal de dinero. De forma que la redacción del nuevo delito de apropiación indebida contiene el tipo clásico de apropiación indebida y un supuesto de administración desleal, a través del que se enjuiciaran las apropiaciones de dinero cuando exista la obligación de que se produzca su entrega o devolución. Para justificar su postura, el autor se apoya en la ultrafungibilidad del dinero, rechazando la apropiación de éste porque una vez que se ha transmitido se entrega a su vez la propiedad. Así, el artículo 252 CP sancionaría las conductas de contracción de obligaciones “por encima de lo autorizado” y los actos de disposición de los bienes sociales que se realicen de forma “no autorizada”; estos últimos estarían además incluidos “en el artículo 253 CP (en la modalidad de apropiación de dinero con obligaciones de entregarlo o devolverlo) cuando la conducta estuviera referida a dinero”¹⁸⁰.

A pesar de la interpretación del autor señalado, nos mostramos contrarios a concebir que dentro del delito de apropiación indebida (artículo 253 CP) exista una modalidad de administración desleal. En general, el administrador que se apropie de dinero que ha recibido en administración sería sancionado a través del artículo 252 CP

¹⁸⁰ Más extensamente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 91 hasta 93, 209, 210, 217 hasta 219. Según el autor en el artículo 253 CP hay que distinguir un delito contra la propiedad (cuando tenga lugar la apropiación indebida de cosas muebles) y un delito contra el patrimonio (administración desleal por apropiación de dinero). En el caso de que el administrador se apropie de forma no autorizada del dinero que administra existirá un concurso de normas en el que se aplicará el 253 CP que actuaría como precepto especial (por su mención específica al dinero).

pero no del artículo 253 CP^{181,182}. El legislador, con la eliminación de las expresiones “distrayeren” y “administración”, ha pretendido devolver al delito de apropiación indebida su alcance original, que se vio ampliado para albergar conductas de administración desleal antes del año 1995 y que perduró años después. Por lo tanto, no porque el legislador haya mantenido la referencia al dinero debemos volver a interpretaciones desfasadas que no encajan dentro del nuevo contenido de los artículos 252 y 253 CP.

La permanencia del término “dinero” específicamente en el artículo 253 CP evita futuras confusiones. La mención del dinero entre los objetos susceptibles de apropiación indebida responde a la posibilidad de que pueda ser apropiado (a pesar de su naturaleza fungible). Así, el depositario que se apropia del dinero que ha recibido del depositante para que lo guarde y lo restituya cuando haya finalizado el depósito será castigado por la comisión de un delito de apropiación indebida. En el caso de que el dinero hubiera sido eliminado del artículo 253 CP podríamos haber pensado que no era un bien susceptible de apropiación. Por lo que, el legislador ha obrado correctamente haciendo alusión expresa al dinero; en caso de que no lo hubiese hecho, debería haber dejado patente en la Exposición de Motivos de la Reforma de 2015 su inclusión bajo la expresión “otra cosa mueble”.

2.4. *Apropiación de dinero u otros objetos realizada por un administrador*

La distinción entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida no es sencilla¹⁸³. La proximidad del tipo de

¹⁸¹ Utilizamos “en general” porque en epígrafes posteriores hemos excluido los supuestos en los que el administrador se apropia del dinero sin utilizar sus facultades de administración, también cuando el administrador tiene un obligación concreta respecto al dinero y se apropia de él, o bien cuando no cumpla con el resto de elementos del tipo penal.

¹⁸² Hemos justificado esta opinión más extensamente en el epígrafe siguiente.

¹⁸³ En concreto, QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 232 ha manifestado que la distinción entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal se ha complicado tras la Reforma de 2015. En cambio, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de marzo de 2016 (ARP 2016/439) señala que tras la Reforma mencionada ambos delitos se diferencian “completamente”, se ha producido una distinción “absoluta” entre ellos.

injusto de cada uno de los ilícitos dificulta su delimitación. El delito de administración desleal sanciona al administrador que incumpliendo su deber de lealtad recogido en la LSC, se excede en sus funciones y las infringe, causando un perjuicio al patrimonio que administra (el tipo no exige que se realice ningún acto de apropiación); mientras que a través del delito de apropiación indebida es castigado quien incorpora a su patrimonio o al de un tercero una cosa que tenía la obligación –derivada de un título jurídico– de entrega o devolución¹⁸⁴. Ambos delitos exigen al sujeto activo una condición especial –razón por la que se definen como delitos especiales–, ya que en el delito de administración desleal solo puede cometer la acción típica quien disponga de facultades para administrar, y en el delito de apropiación indebida únicamente es concretado como autor el sujeto que inicialmente tenga la posesión legítima de los bienes¹⁸⁵.

El problema surge en determinar en qué tipo de injusto encaja la conducta del sujeto con facultades de administración que se apropia de dinero u otro bien que administra. Una vez que hemos aceptado que cabe la apropiación indebida de dinero, debemos concretar un poco más la cuestión y detenernos en precisar si la apropiación de dinero u otro objeto realizada por un administrador es sancionada a través del delito de administración desleal (artículo 252 CP) o del delito de apropiación indebida (artículo 253 CP). Actualmente, el legislador ha intentado poner fin al conflicto que surgía al tener que encajar supuestos como el mencionado (administrador que se apropia del patrimonio del que dispone en administración) en los artículos 252 (anterior delito de apropiación indebida) o 295 CP (referente al derogado delito societario), y ha atribuido la misma pena al delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno y al delito de apropiación indebida. No obstante, que se haya establecido el mismo marco penológico para tales delitos, no es razón para dejar de aludir a la relación existente entre los mismos.

Cuando el artículo 252 CP tipificaba el delito de apropiación indebida (antes del 1 de julio de 2015) incluía expresamente la admi-

¹⁸⁴ ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico I. Hurtos. Robos. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación”, en *Derecho penal* (coords. ROMEO CASANOBA, C., SOLA RECHE, E., y BOLDOVA PASAMAR, M. A.), Comares, Granada, 2016, pág. 374.

¹⁸⁵ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, págs. 399 y 340.

nistración como título que produce una obligación de entregar o devolver pero en su nueva redacción no lo hace. En el supuesto de que sigamos la misma línea interpretativa que con el dinero¹⁸⁶, y consideremos que la decisión del legislador de eliminar la administración entre los títulos ejemplificativos que generan la obligación de entrega o devolución tiene una razón, debemos descartar la idea de que se encuentra contenida tácitamente bajo la la expresión “otros títulos”¹⁸⁷. La opción contraria consiste en mantener que la administración ha sido eliminada de forma específica del contenido del precepto que regula la apropiación indebida pero se encuentra incluida implícitamente dentro de la cláusula general del artículo 253 CP. Veamos qué consecuencias conllevaría admitir una interpretación u otra.

En primer lugar, hacemos mención a la administración como un título excluido del delito de apropiación indebida. La supresión de la administración supone una limitación a la aplicación del artículo 253 CP en los supuestos en los que el autor se apropia de un bien que ha recibido en administración. Con la eliminación del término “administración” el legislador pretende que las conductas desleales realizadas por el administrador (conlleven o no apropiación) sean siempre sancionadas a través del artículo 252 CP¹⁸⁸. De modo que si el autor tiene facultades para administrar determinados fondos y los incorpora a su patrimonio dará lugar a un delito de administra-

¹⁸⁶ Es decir, que el legislador cuando ha suprimido o mantenido un concepto en la redacción del precepto que regula el delito de apropiación indebida tras la última Reforma del CP tiene un sentido específico.

¹⁸⁷ Pensamos que el legislador de la Reforma 1/2015 ha subsanado el error cometido en el Proyecto de 2007 en el que no incluyó ningún título ejemplificativo en el artículo que regulaba la apropiación indebida. Si en la Reforma 1/2015 no hubiese especificado ningún título hubiese dado lugar a confusión, ya que habríamos entendido que el depósito, la comisión y la administración se encontraban incluidos en la cláusula genérica (“o por cualquier otro título”) del artículo 253 CP. Por lo que, cuando dicho precepto menciona expresamente el “depósito, comisión o custodia” y solo excluye la “administración”, entendemos que esta última forma parte de los títulos incluidos en el artículo 253 CP. Quizá, de *lege ferenda* la redacción del precepto deje de concretar títulos específicos a modo de ejemplo, sin embargo, la administración ya no se entenderá inmersa en la cláusula genérica porque en la práctica no se vendrá considerando incluida.

¹⁸⁸ Sobre tal circunstancia, CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 20 ha sostenido que “reconducir todos los actos realizados por el administrador, sean cuales sean, y sin diferenciación alguna entre ellos, al ámbito vigente del artículo 252 CP (...) rompe, a nuestro juicio, el equilibrio propio del principio de proporcionalidad y el rigor que ha de presentar un código penal democrático”.

ción desleal¹⁸⁹. Así, en el artículo 252 CP tendrán cabida los comportamientos apropiatorios del administrador que actúa deslealmente. El precepto señalado es aplicable para castigar a los administradores que infringen sus facultades excediéndose en su uso y que –en algunas ocasiones– se apropian del patrimonio que administran. La inclusión de las conductas desleales apropiatorias en el artículo 252 CP supone que el administrador usa las facultades que le han sido conferidas en virtud de su cargo para apropiarse de dinero u otros objetos.

Más problemático resulta admitir que el delito de administración desleal castiga las apropiaciones fácticas (también llamadas de hecho o genuinas), realizadas por el administrador que se apropia de dinero sin utilizar para ello las funciones que puede ejercer por su condición. El supuesto más común es el del administrador que coge dinero de la caja fuerte de la sociedad¹⁹⁰. Algunos autores han considerado que este tipo de comportamientos debería ser enjuiciado a través del delito de apropiación indebida¹⁹¹, y en cambio otros han abogado

¹⁸⁹ En contra, CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 775. Los autores manifiestan (en relación con el contenido propuesto para el delito de administración desleal en el Anteproyecto de 2012) que el administrador que se apropie del patrimonio que administra abusando de sus facultades comete un delito de apropiación indebida. Posteriormente, el primer autor en: “Artículo 252 CP”, en *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis* (dir. GÓMEZ-TOMILLO, M.), Tomo III, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 204 y 205, sostiene que la amplitud con la que ha sido redactado el artículo 252 CP ha configurado un delito que incluye “tanto las conductas apropiatorias del administrador, como conductas desleales no apropiatorias (usos ilícitos no dominicales o apropiaciones de mero uso) realizadas por éste con las que se cause conscientemente un perjuicio patrimonial”. Además, el autor excluye del nuevo delito de apropiación indebida las apropiaciones definitivas realizadas por los administradores.

¹⁹⁰ El ejemplo del texto principal es extraído del estudio realizado por NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 793.

¹⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 544, mantiene que el legislador, con la eliminación de la administración como título jurídico del delito de apropiación indebida, pretende que todas las conductas desleales realizadas por el administrador usando sus facultades sean sancionadas a través del artículo 252 CP. De esta forma, en el delito de apropiación indebida solo se incluirían las apropiaciones fácticas. El autor incide en que, a pesar del encaje de tales comportamientos en un precepto u otro, ambos tienen la misma pena. Igualmente, excluyen las apropiaciones fácticas del artículo 252 CP: PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 121. CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 28 y 29, determina que cuando el administrador

por su inclusión en el delito de administración desleal¹⁹². Cuando el legislador redactó la propuesta de delito de administración desleal incluida en el Anteproyecto de 2012 y en el Proyecto de 2013, las apropiaciones de hecho podían ser sancionadas a través del artículo 252 CP. La amplitud del apartado segundo de precepto, que hacía referencia al tipo de infidelidad, permitía la inclusión de las apropiaciones fácticas¹⁹³. La redacción final del artículo 252 CP no ha incluido el apartado segundo propuesto sino solo el primero, lo que conlleva que sea más cuestionable el encaje de las apropiaciones de hecho realizadas por un administrador en el nuevo delito de administración desleal. El inconveniente que encontramos para admitir las apropiaciones fácticas proviene del propio contenido del artículo 252 CP, que exige al sujeto que cause un perjuicio al patrimonio excediéndose en el ejercicio de sus facultades de administración. La inclusión de estas apropiaciones en el delito de administración desleal depende de la interpretación que se haga de “excediéndose”. Si afirmamos que el administrador se excede en sus facultades de administración cuando actúa utilizándolas de forma indebida, no podemos incluir las apropiaciones fácticas en el artículo 252 CP, ya que tales apropiaciones requieren que el administrador no use sus poderes. En cambio, si consideramos que el administrador que actúa fuera de sus facultades de administración y causa un perjuicio al patrimonio administrado comete el delito del artículo 252 CP, sí podrían entenderse incluidas las apropiaciones fácticas. A favor de incluir estas apropiaciones podría argumentarse que, aunque el administrador no utiliza ninguna de las facultades de las que dispone para administrar, sí viola el deber principal –el de protección del patrimonio– sobre el que

actúe al margen de sus funciones, por ejemplo apropiándose de manera directa del dinero que procede de ventas, incurre en un delito de apropiación indebida.

¹⁹² NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 794, defiende que en los supuestos en los que administradores realicen una conducta apropiatoria de manera fáctica, deberán ser sancionados a través del delito de administración desleal; porque el administrador actúa sin utilizar sus facultades de disposición pero sí infringe su deber de salvaguarda patrimonial. Incluso, el autor ofrece una propuesta alternativa del delito de administración desleal del patrimonio ajeno, en la que especifica la conducta del sujeto activo enumerado varios comportamientos, entre los que diferencia la apropiación o el uso indebido de los bienes que administra (págs. 787 hasta 789), donde ubicaría las apropiaciones fácticas.

¹⁹³ *Ibidem.*, págs. 793 y 794, el autor nos recuerda que los supuestos de apropiación indebida que se llevan a cabo de manera fáctica (sin usar poderes de disposición) son sancionados por la jurisprudencia alemana a través del tipo de infidelidad.

éstas se construyen. Esta posición se basa en defender que aunque el administrador no desarrolle ninguna facultad relacionada con la administración del patrimonio, ello no quiere decir que no tenga que respetar los deberes básicos dirigidos a la protección del mismo. Centrándose nuestro objeto de estudio en la aplicación del tipo penal a un ámbito específico (el de las sociedades de capital), podríamos apoyarnos para fundamentar esta interpretación en lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital, que proporciona la raíz sobre la que se determina el comportamiento de los administradores. En concreto, el artículo 228 LSC establece una obligación básica derivada—como reza su propia rúbrica—del deber de lealtad, consistente en “no ejercitar sus facultades con fines distintos a aquéllos para los que le han sido concedidas”. De tal expresión podría extraerse que cualquier conducta llevada a cabo por el administrador de una sociedad en la que tenga lugar una apropiación ilícita cumpliendo el resto de elementos del tipo del artículo 252 CP va a suponer la transgresión de la obligación de no utilizar sus “poderes” con vistas a un objetivo que no sea acorde con la razón que los justifica, que en el caso de las sociedades de capital no puede ser otro que el interés de la sociedad y en consecuencia el de sus socios o accionistas. De forma que si el administrador se apropia del patrimonio sin utilizar sus facultades de administración, se estaría faltando por parte de éste no solo a su deber de diligencia y lealtad en sentido abstracto sino—sobre todo a los efectos que aquí interesan— a una obligación *ex lege* contenida en el artículo 228 LSC. Sin embargo, toda esta interpretación carece de sentido en el momento en el que admitirla supone definir el tipo de injusto del artículo 252 como el cumplimiento de deberes inherentes al administrador por el cargo que ostenta. El delito de administración desleal no pretende sancionar la vulneración de los deberes recogidos en las normas societarias sino castigar la infracción de las facultades de administrar que suponen un perjuicio al patrimonio administrado. El sujeto debe actuar conforme a la legislación que regula su posición pero ello no quiere decir que cualquier desviación de la misma suponga un castigo penal. De modo que, las apropiaciones fácticas están excluidas del artículo 252 CP, y deben sancionarse a través del artículo 253 CP. Como hemos justificado extensamente, el artículo 252 CP requiere que el administrador actúe excediéndose en sus facultades—es decir, utilizando éstas indebidamente—, y si lleva a cabo una apropiación fáctica lo hace sin utilizar sus facultades de

administración. No puede haber un uso indebido de una facultad si ésta ni tan siquiera se ha ejercitado. Por consiguiente, las apropiaciones fácticas no son enjuiciadas a través del artículo 252 CP.

Dejando a un lado el tema referente a las apropiaciones realizadas por el administrador que utiliza –o no– sus facultades, nos detenemos (aún dentro de la primera posibilidad interpretativa en la que analizamos qué efectos tiene la exclusión de la administración como título idóneo en el delito de apropiación indebida) en la aclaración de una importante cuestión en torno a la determinación de los límites entre los artículos 252 y 253 CP. En concreto, es conveniente reparar qué sucede en los supuestos en los que el administrador tiene una obligación específica de entrega o devolución en relación con el patrimonio que administra. Por ejemplo, el administrador que recibe una cantidad concreta de dinero para que al día siguiente acuda a una subasta pública en que la debe pujar por un bien inmueble determinado que es esencial para el desarrollo social pero se apropia del dinero y no acude a la subasta. Tradicionalmente, la doctrina ha admitido de manera unánime que casos como el anterior tenían encaje dentro del antiguo artículo 252 CP que regulaba la apropiación indebida¹⁹⁴. De manera que, en los casos en los que se entregaba una suma de dinero a un administrador con un fin concreto cometía un delito de apropiación indebida, en cambio, quien tenía una obligación genérica en relación con la cantidad entregada, llevaba a cabo un delito de administración desleal¹⁹⁵. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 la interpretación expuesta puede seguir manteniéndose. Cuando el administrador tiene obligaciones específicas de entrega o devolución de determinados efectos, ve anulado el poder de dis-

¹⁹⁴ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 55.

¹⁹⁵ Así, NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 791 y 792. Considera que es acertado que el delito de apropiación indebida sancione hechos en los que el administrador se apropia de dinero que ha recibido en administración con un fin muy determinado. Las razones que fundamentan su postura son dos: “primera porque desde un punto de vista valorativo, es decir, desde el merecimiento de pena, estos comportamientos están más cercanos a la apropiación indebida que a la administración desleal, ya que el autor recibe el bien, en este caso el dinero, de manera similar a quien recibe prestado otro activo patrimonial (p. ej. un automóvil) con el fin de utilizarlo y devolverlo al día siguiente. Segundo, porque permiten construir un delito de administración desleal mucho más taxativo”. Véase también: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., JAKOBS, G., y SHÜNEMANN, B., *La administración desleal de los órganos societarios* (coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), Atelier, Barcelona, 2008, págs. 187 hasta 201.

crecionalidad que –en mayor o menor grado– acompaña a sus facultades de administración. Rechazamos la idea de que la eliminación de la “administración” como título del artículo 253 CP responde a la intención del legislador de reconducir al delito de administración desleal (artículo 252 CP) las conductas desleales de apropiación realizadas por el administrador que incumple una obligación específica. Se trata ésta de una concepción que eleva desproporcionadamente el valor de la condición de administrador de una sociedad de capital, ya que no permite distinguir entre acciones ilícitas genéricas o específicas, pues lo único relevante es que todas ellas vienen a destruir el vínculo de confianza entre una sociedad y su administrador. Teniendo en cuenta que el propósito del artículo 252 CP no es la protección de dicha vinculación, y que cuando el administrador tiene una obligación concreta no tiene poder de obrar libremente, entendemos que el precepto no recoge las apropiaciones del patrimonio cuando existe una obligación concreta sobre el mismo. Así, el sujeto con facultades de administración derivadas de la ley, negocio jurídico o encomendadas por una autoridad, que haya recibido un patrimonio por un título que traiga aparejado una obligación específica no será sancionado a través del artículo 252 CP.

La segunda posibilidad surge de considerar que el título de administración sí cabe bajo la expresión “otros títulos” incluida en el artículo 253 CP. Por lo tanto, en los supuestos en los que el administrador reciba dinero o cualquier otro bien con la obligación de entregarlo o devolverlo y se confirme su apropiación ilícita, su conducta será calificada como un delito de apropiación indebida. Si tomamos esta vía (considerar que a través del delito de apropiación indebida sí podrían castigarse determinadas conductas de los administradores) habría que recordar las teorías más relevantes esgrimidas por la doctrina y la jurisprudencia antes de la Reforma de 2015¹⁹⁶.

Así, MARTÍNEZ-BUJÁN se ha manifestado defendiendo el criterio de la temporalidad para distinguir los delitos de los artículos 252 y 253 CP, tal y como venía haciendo antes de la Reforma para deslindar

¹⁹⁶ Nos podríamos remitir a todas las diferencias expresadas en la tan mencionada STS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014\2104); no obstante, nos vamos a centrar en el “criterio de la temporalidad” y en el “criterio de los excesos” porque han sido sobre las únicas teorías sobre las que se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia en relación con el nuevo contenido de los artículos 252 y 253 CP.

el derogado delito de administración desleal societaria y la antigua redacción del delito de apropiación indebida. El autor considera que en los supuestos en los que el sujeto entrega dinero habrá que estar a la duración de la disposición. De forma que si el administrador realiza la apropiación de fondos con carácter definitivo la conducta delictiva que ha realizado será calificada como apropiación indebida; sin embargo, si dicho sujeto se apropia del patrimonio de manera ilícita temporalmente –no definitivamente– será sancionado a través del delito de administración desleal. Así, la diferencia estriba en considerar si el uso es temporal o en todo caso la disposición es definitiva¹⁹⁷. En este sentido se ha expresado la Sentencia 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\788), que determina que la Reforma es coherente con el criterio diferenciador que atiende a la apropiación definitiva (delito de apropiación indebida) o temporal (delito de administración desleal) de los bienes^{198,199}.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 57. Recordemos que la teoría de la temporalidad venía siendo la defendida por la mayoría de la doctrina, como indica GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI)... (2011)”, *op. cit.*, págs. 516 hasta 518, que además la considera la postura más correcta. También sobre la teoría de la temporalidad (y críticas a la misma), *vid:* GÓMEZ-JARA DíEZ, C., JAKOBS, G., y SHÜNEMANN, B., *La administración...*, *op. cit.*, págs. 181 hasta 187.

¹⁹⁸ En concreto, la Resolución recuerda la exigencia de la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida es que se haya superado el denominado “punto de retorno”, esto es, “que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie un voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución. Además, cita las siguientes sentencias: 28 de marzo de 2012 (RJ 2012\8194); 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085); 19 de junio de 2007 (RJ 2007\4989) y 8 de julio de 1998 (RJ 1998\5831). También, la STS de 10 de noviembre de 2015 (RJ 2016\96) desarrolla la teoría de la temporalidad (aunque no alude expresamente al “punto de retorno”).

¹⁹⁹ Si admitiésemos que el título “administración” se encuentra incluido en el delito de apropiación indebida, nos posicionariamos a favor de esta línea interpretativa y rechazaríamos la teoría de los excesos descrita en el párrafo siguiente. La distinción entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal en según la actuación del administrador (dentro o fuera) de sus facultades nos parece peligrosa. En muchas ocasiones las facultades del administrador no se encuentran delimitadas de forma que nos permitan diferenciar si la conducta que ha realizado se debe a un incumplimiento de las mismas o si por el contrario se trata de una acción realizada a extramuros de su condición como administrador. Ante tal problemática, nos parece más sencillo acudir al criterio de la temporalidad, que simplemente nos obliga a tomar como punto de referencia si la apropiación que ha realizado el administrador ha sido definitiva o temporal. Ahora bien, como entendemos que el legislador con la eliminación del título “administración” ha pretendido incluir en el

Otros autores han aludido a la teoría de los excesos para distinguir entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal en consonancia con la nueva redacción de ambos. En concreto, GILI PASCUAL toma como referencia la posición doctrinal y jurisprudencial que antes de la Reforma defendía que el administrador que actúa dentro de sus funciones ejerciéndolas indebidamente, comete un exceso intensivo y por lo tanto es sancionado a través de un delito de administración desleal, mientras que si el administrador actúa fuera de sus facultades de administración, realiza un exceso extensivo y es enjuiciado por un delito de apropiación indebida. De forma que en el delito de administración desleal, el administrador incumple un deber genérico de actuar deslealmente conforme demandan los cánones de su posición; en cambio, en el delito de apropiación indebida incumple un mandato concreto de entrega o devolución. Así, el autor considera que la distinción entre los excesos extensivos e intensivos puede aplicarse a los artículos 252 y 253 CP. En consecuencia, quien infrinja una obligación muy determinada cometerá la conducta descrita en el artículo 253 CP y el que quebrante un deber de genérico de lealtad en relación con los bienes que administra (y sobre los que tiene discrecionalidad de disposición) realizará el tipo descrito en el artículo 252 CP (será indiferente que la apropiación sea temporal o definitiva)²⁰⁰.

En conclusión, tras el análisis de las consecuencias que se derivan de la supresión de la “administración” como título expresamente re-

artículo 252 CP las apropiaciones desleales, nos alejamos del criterio de la teoría de la temporalidad. Por ello, cuando analizamos los distintos elementos que integran el delito de administración desleal a lo largo de este trabajo, lo hacemos en gran medida partiendo de la teoría de los excesos.

²⁰⁰ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, págs. 765 y 766, que se basa para ello en lo expuesto por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., JAKOBS, G., y SHÜNEMANN, B., *La administración...*, *op. cit.*, págs. 186 hasta 198. En el mismo sentido, DOLZ LAGO, M. J., “Uso de tarjetas de empresa: delitos de apropiación indebida o delito societario de administración desleal. Consecuencias de la Reforma penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo”, en *Diario La Ley*, n° 8533, mayo 2015, pág. 6, determina que a pesar de la eliminación del término “administración”, la elección del artículo 252 CP o 253 CP no se hará en relación a la pena (porque es la misma) y se recurrirá a la teoría de los excesos (aunque señala el carácter permanente de la apropiación indebida propio de la teoría de la temporalidad). Tras la Reforma utiliza esta teoría la SAP de Barcelona de 28 de enero de 2016 (JUR 201671607). Hace referencia a tal interpretación también SAP de La Rioja de 17 de diciembre de 2015 (JUR 201620629).

cogido en el delito de apropiación indebida, preferimos aquí la primera de las posibilidades interpretativas en virtud de las razones expuestas²⁰¹, basadas principalmente en la racionalidad de la Reforma acometida en el año 2015 y por una cuestión de fidelidad a la letra de la norma. Consideramos que la eliminación del término “administración” perseguía la finalidad de que cualquier conducta desleal realizada por el administrador que causara un perjuicio al patrimonio administrado fuera enjuiciada a través del artículo 252 CP. A nuestro juicio tal objetivo, que el artículo 252 CP acogiera cualquier tipo de administración, no se ha alcanzado en su totalidad. La razón es que son castigadas a través de dicho precepto las conductas desleales (apropiatorias o no de los bienes) que realiza el administrador en el marco de sus funciones pero no las que efectúa al margen de las mismas aunque supongan un incumplimiento del deber de lealtad y diligencia respecto al titular del patrimonio. Además, las conductas llevadas a cabo por el administrador solo serán enjuiciadas a través del delito de administración desleal cuando éste tenga un deber genérico –pero no si tiene un deber específico– en relación con el patrimonio administrado. Cuando el administrador desarrolla su cargo tiene que actuar conforme demanden las exigencias de administración a las que se ha obligado pero también respetando los deberes más básicos que definen su posición en la sociedad, sin embargo, el incumplimiento de estos últimos de forma aislada no tiene por qué conllevar una sanción penal. De modo que el administrador de una sociedad que se apropia del patrimonio realizando una conducta

²⁰¹ Es decir, que el legislador con la eliminación del vocablo “administración” del delito de apropiación indebida pretende que todas las conductas desleales en las que un sujeto dispone de facultades para administrar sean sancionadas a través del artículo 252 CP (salvo las excepciones concretadas). A pesar de que las valoraciones dadas en el texto principal, somos conscientes de que en realidad las consecuencias prácticas de tal elección son mínimas por cuanto la pena prevista para los artículos 252 y 253 CP es la misma, como veremos más adelante. Aunque habrá que tener en cuenta que cuando se tome la decisión de encajar unos hechos delictivos en un precepto u otro paralelamente se estará admitiendo la lesión de un bien jurídico u otro. En el caso de que se aplique el artículo 252 CP, el bien jurídico será el patrimonio; mientras que en el caso del artículo 253 CP será la propiedad (cosas muebles) o el derecho de crédito (dinero), según el objeto (sobre el bien jurídico del delito de apropiación indebida: GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI)... (2011)”, *op. cit.*, págs. 518 y 519). Por tanto, si es necesaria la aplicación del artículo 22.8 CP, que alude a la reincidencia como agravante de la responsabilidad criminal, debemos tener claro qué conducta penalmente relevante ha realizado el administrador y, en consecuencia, qué bien jurídico ha vulnerado.

que no consiste en desarrollar una facultad de administración no comete un delito de administración desleal.

Una vez comprendemos, o creemos comprender, la decisión del legislador, que se reduce a considerar que siempre que el administrador actúe deslealmente (apropiándose o no) sobre el patrimonio que administra será castigado a través del artículo 252 CP (salvo las excepciones señaladas en el párrafo anterior), habrá que dar un paso más y observar si el margen penológico incluido en dicho precepto es proporcional a la conducta que sanciona. Así, se comprobaría si la idea del legislador de castigar dentro del delito del artículo 252 CP las apropiaciones realizadas por quien ostenta la condición de administrador (salvo las apropiaciones fácticas o que el administrador tenga una obligación específica) se corresponde con la pena impuesta. Tal cuestión la analizaremos en el epígrafe dedicado a la penalidad. No obstante, podemos anticipar aquí, que el administrador que se apropia de un bien, y el administrador que actúa deslealmente respecto al patrimonio y además se apropia del mismo, no deben recibir la misma pena. El desvalor de la última conducta es mayor y debería acompañarse de una pena más grave. Sin embargo, el legislador ha decidido castigar ambas conductas con idéntica pena. La idea de incluir en el artículo 252 CP todas las conductas desleales, incluso las apropiatorias, tiene que acompañarse de una respuesta penológica proporcional. Por consiguiente, si dentro artículo 252 CP encajan conductas apropiatorias, el delito regulado en éste precepto debe tener una pena mayor que la del delito de apropiación indebida. En caso contrario, la obra del legislador se calificaría como inacabada porque ha pretendido diferenciar dos conductas a las que por temor a que no se distingan, las ha sancionado con la misma pena.

2.5. *Alternativa: la apropiación desleal*

La búsqueda de soluciones que puedan evitar que se generen más conflictos derivados de distinguir la aplicación del delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal debe centrarse en determinar dónde ubicar (y cómo castigar) los supuestos en los que el administrador desleal se apropia de la cosa que tiene que administrar. Dicho comportamiento –como hemos visto– se ha venido encontrando a caballo entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida durante muchos años. En

la Reforma 1/2015 el legislador debería haber sido más exacto –y sobretodo más justo– al redactar los artículos 252 y 253 CP, ya que a pesar de que haya determinado la misma pena para ambos, el desvalor que engloba cada tipo es diferente.

Con la intención de dar luz a las cuestiones surgidas en torno a la relación entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, que no parecen llegar a su fin tras la Reforma, formulamos una alternativa a la estructuración de ambos ilícitos. Concretamente, consideramos que tras la ubicación del delito de apropiación indebida (invertiríamos el orden en el que se encuentran actualmente situados), hubiese sido más favorable añadir el delito de administración desleal genérico. Dentro de este último, se podrían haber incluido dos apartados en los que se hubieran diferenciado el supuesto en el que el administrador desleal causa un perjuicio al patrimonio que administra (que denominaríamos como tipo básico y que tendría una pena inferior al delito de apropiación indebida) y en segundo lugar el caso en el que dicho administrador actúa deslealmente y causa un perjuicio apropiándose del bien que tiene en administración (que constituiría un tipo agravado en el que la pena sería mayor que la del delito de apropiación indebida y del tipo básico de administración desleal). Este último, podríamos denominarlo como “apropiación desleal”. De esta manera, se sancionaría separadamente al sujeto que infringe sus facultades de administración excediéndose en su ejercicio y causa un perjuicio al patrimonio, y por otro lado, al sujeto que realiza la conducta mencionada y también se apropia del bien que tenía el deber de administrar.

Veamos la idea expuesta en el párrafo anterior más detenidamente.

Según hemos manifestado, en primer lugar quedaría ubicado el artículo que regularía el delito de apropiación indebida (manteniendo, como ha venido haciendo tradicionalmente, las mismas penas que el delito de estafa), que estaría incluido en una sección propia junto con el resto de modalidades de apropiación indebida. A través de este precepto serían sancionados los sujetos que han recibido un bien por un título jurídico que produzca una obligación de entregarlos o devolverlos. Por ejemplo, el comisionista que se apropia de los fondos entregados por el comitente para que el primero realice una determinada operación mercantil. En el supuesto de que un sujeto haya recibido los bienes en administración (y no en

depósito, custodia, comisión u otros) pero tenga una obligación específica sobre éstos, y se haya apropiado de ellos, su conducta será enjuiciada a través del delito de apropiación indebida. Ya que entendemos que el administrador ha quedado sometido a un mandato expreso y por consiguiente ha sido anulado su poder de gestión sobre el patrimonio.

En segundo lugar, tras la redacción del precepto que recogiese el delito de apropiación indebida, se añadiría una sección que regulase la administración desleal. Dentro de la misma se sancionaría, por un lado al administrador que excediéndose en el uso de sus facultades perjudica al patrimonio administrado sin llegar a apropiarse del mismo; y por otro, al administrador que infringe sus facultades y se apropia del patrimonio que administra.

A nuestro juicio, la primera conducta a la que hemos hecho alusión, esto es, la que se refiere al administrador que causa un perjuicio al patrimonio que administra, debería ser castigada con una pena menor que la prevista en el delito de apropiación indebida. Creemos que el hecho de que el administrador no se apropie del bien rebaja la gravedad de su conducta; así, que el sujeto activo no aumente su patrimonio usando sus facultades para administrar influye a la hora de determinar el marco penológico. Por ejemplo, nos referimos al supuesto en el que un administrador que tiene una obligación –no concretada– de gestionar adecuadamente los fondos de la sociedad, los invierte en publicidad sin consentimiento de su principal y sin que sea necesario realizar dicha inversión. En estos casos, el administrador se excede en el ejercicio de sus facultades causando paralelamente un perjuicio al patrimonio administrado, pero no realiza apropiación alguna.

En relación con la segunda modalidad delictiva se incluiría el comportamiento del administrador que utilizando sus facultades para administrar se apropia del patrimonio ajeno. Por ejemplo, el administrador que utilizando distintas claves accede a la cuenta corriente de la sociedad y destina fondos que le han sido confiados a atender gastos propios. Entendemos que esta conducta contiene un plus de desvalor en comparación con la descrita en el párrafo anterior. En el caso que nos ocupa el administrador ya no solo se excede en sus facultades para causar un perjuicio al patrimonio sino que además se apropia de éste. La administración desleal conlleva una apropiación.

Así, consideramos que se ha producido una conducta más grave que en la que incurre el administrador que no se apropia de ningún bien, y en consecuencia deberá sancionarse más duramente.

En concreto, el marco penal de este último tipo al que estamos haciendo referencia –y al que hemos llamado apropiación desleal– sería más extenso (más grave) que el contenido en el delito de apropiación indebida. Quizá, sea criticable que sea penado de forma más grave el administrador que se apropia del patrimonio que administra, que el comisionista que se apropia de la cosa objeto de comisión, ya que ambos causan un perjuicio a su principal y se apropian del patrimonio que se le ha confiado. No obstante, la administración supone habitualmente una obligación más genérica que la que puede derivarse del resto de los títulos ejemplificativos comprendidos en el delito de apropiación indebida (comisión, custodia y depósito u otros similares). El administrador, por su condición, se encarga de la realización de actividades derivadas de obligaciones más amplias. La asignación de una pena mayor al administrador que se apropia del bien que administra deriva de la relevancia del título jurídico de administrar. A pesar de que el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal tenga como elemento característico el abuso de confianza, en el segundo el vínculo que une al administrador y su principal sería más intenso.

Resumiendo, la distinción entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal sería en la práctica más sencilla si se incluye en el Código Penal la redacción de un delito que castigase la administración desleal (que estaría precedido por el delito de apropiación indebida) diferenciando si la conducta conlleva o no apropiación. Dentro del delito de administración desleal distinguiríamos la administración desleal básica, en el que el autor actúa deslealmente y causa un perjuicio al patrimonio que debe administrar, y además, la que hemos denominado como apropiación desleal, en la que el administrador además de perjudicar al titular del patrimonio que administra realiza un acto de apropiación.

III. NATURALEZA JURÍDICA

El análisis del artículo 252 CP desde un punto de vista valorativo requiere atender a la naturaleza del precepto. El desarrollo del

estudio que estamos realizando demanda detenernos en aspectos teórico-generales que ayudaran a concretar el tipo delictivo. La clasificación del delito atendiendo a su contenido facilita posteriormente su aplicación práctica. En los supuestos en los que el delito de administración desleal concurre en el ámbito de las sociedades de capital, el entramado de las relaciones societarias dificulta en muchos casos la identificación del ilícito. Por este motivo, la delimitación correcta –y clara– del contenido del artículo 252 CP facilitará su aplicación.

Para realizar tal cometido partimos de la cuestiones generales del Derecho penal. En concreto, debemos hacer referencia a la diferencia existente entre los delitos de resultado y los delitos de mera actividad, resultado los primeros aquellos de los que se deriva una consecuencia de la producción de una acción, y los segundos los que el ilícito se realiza únicamente con la ejecución de la acción (no se exige que se cause un resultado). Otra distinción responde a los delitos de lesión, en los que se causa un perjuicio material al bien jurídico protegido, y los delitos de peligro, que castigan la puesta en peligro de dicho bien. A su vez, los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro abstracto (compatibles con los delitos de simple actividad); los delitos de peligro concreto (que junto con los delitos de lesión constituyen delitos de resultado)²⁰², y los delitos de peligro presunto o hipotético²⁰³.

El artículo 252 CP exige en su redacción qué resultado debe derivar de la conducta ilícita realizada por sujeto activo: causar un perjuicio al patrimonio administrado. Entendemos que el sujeto que dispone de facultades para administrar realiza una acción que tendrá como efecto un resultado, que consiste en causar un daño al patrimonio de su principal. El comportamiento típico del administrador

²⁰² CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 520 hasta 526.

²⁰³ La jurisprudencia –entre otras, las SSTs de 15 de diciembre de 2016 (RJ 2016\5986); 22 de octubre de 2014 (RJ 2014\5089)– ha definido estos delitos tomando como referencia el artículo 325 CP y ha determinado que son “aquellos en los que, no solamente no es necesario que se llegue a producir una lesión del bien jurídico que se pretende proteger, sino que ni siquiera el resultado del peligro para el mismo ha de ser probado, bastando con que se prueben los presupuestos del tipo ya que el peligro, en tal caso, se presume, siquiera cabría eludir la sanción penal si efectivamente se probara la inexistencia de lesión y peligro y constituye, eso sí, un presupuesto a probar la potencialidad en abstracto del comportamiento para generar el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, o, de tratarse del subtipo agravado del inciso final del hoy apartado único del citado artículo 325 CP”.

provoca un perjuicio al patrimonio que administra. De forma que debemos calificar el contenido del artículo 252 CP como un delito de resultado. El administrador agota la conducta típica descrita en el artículo 252 CP cuando su comportamiento provoca una consecuencia concreta, esto es, cuando causa un perjuicio al patrimonio administrado²⁰⁴.

No obstante, se debe tener en cuenta que no siempre que el administrador produzca un perjuicio al patrimonio administrado habrá un delito de administración desleal. El perjuicio que se ocasiona al titular del patrimonio que se administra debe derivar de la acción del administrador que haya infringido sus facultades excediéndose en su ejercicio. Si el administrador ha actuado de manera prudente, tomando una decisión que implica un riesgo permitido para el patrimonio y éste sufre un daño, no existirá conducta delictiva. Cuando el administrador gestione correctamente el patrimonio, aunque de su comportamiento derive un perjuicio al mismo, no se apreciará un delito de administración desleal²⁰⁵. En el caso concreto de las sociedades de capital, el artículo 226 LSC alude a los supuestos en los que el administrador toma una decisión que implica un riesgo para el patrimonio que administra. Según el precepto el estándar de diligencia del administrador se entenderá cumplido “cuando haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Por consiguiente, es relevante tener en cuenta la diligencia empleada por el administrador que ha tomado una decisión que implicaba un riesgo y que ha causado un perjuicio al patrimonio ajeno administrado. En el caso de que el administrador haya obrado correctamente, con una gestión adecuada del patrimonio, su conducta no puede quedar encajada en el contenido del artículo 252 CP²⁰⁶.

²⁰⁴ A favor de que el artículo 252 CP es un delito de resultado: BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547; ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 374. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 546. GALLEGO SOLER, J. I., y HORTAL IBARRA, J. C., “Actividad...”, *op. cit.*, pág. 281.

²⁰⁵ De modo que, no todo perjuicio es delito (riesgo permitido), pero en todo delito hay perjuicio: BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547, también, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 270.

²⁰⁶ Hemos hecho referencia a los negocios de riesgo en el mismo sentido que en el texto principal en el epígrafe dedicado al deber de diligencia del administrador.

El artículo 252 CP presenta una similitud con el derogado artículo 295 CP que regulaba la administración desleal societaria, y es que este último también era calificado como un delito de resultado²⁰⁷. Sin embargo, dicho precepto –a diferencia del actual delito de administración desleal genérico– requería tres condiciones: que la conducta típica se realizara fraudulentamente, que el sujeto activo obrase en beneficio propio o de un tercero (con ánimo de lucro) y que el perjuicio fuese económicamente evaluable. El artículo 252 CP contiene menos requisitos a la hora de poder admitir la causación de un perjuicio. La eliminación de las exigencias mencionadas para aplicar el artículo 252 CP parece –en un primer momento– que favorece a que el delito de administración desleal genérico sea aplicado con mayor facilidad, sin embargo, lo único que provoca es que se haya creado un tipo demasiado amplio e impreciso que supera los límites derivados del principio de taxatividad.

Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ se aleja de la doctrina (mayoritaria) que califica el artículo 252 CP como un delito de resultado y afirma que el delito de administración desleal se presenta en su nueva redacción más bien como un delito de simple actividad²⁰⁸. De forma que el delito de administración desleal se consumaría en el momento en el que el administrador infringe sus facultades porque se excede en la realización de las mismas. La gestión incorrecta del patrimonio bastaría para que la conducta del administrador fuese calificada como un delito de administración desleal, las consecuencias que se derivan del uso desleal de sus facultades serían irrelevante o solo tenidas en cuenta a la hora de especificar la pena dentro del margen penológico que propone el precepto. De modo que prima la actividad realizada al resultado ocasionado.

A través del delito de administración desleal se pretende proteger el patrimonio del sujeto que ha depositado en otro su confianza para que lo administre fielmente. La exigencia del artículo 252 CP de que

²⁰⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 389, recuerda –apoyándose en la jurisprudencia– que el artículo 295 CP había sido calificado como un delito de resultado.

²⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (7ª ed.), Tirant lo Blanch (1ª ed.), Valencia, 2015, pág. 587. El autor señala que se presenta como un delito de mera actividad porque “lo decisivo en la administración desleal no significa necesariamente convertirse ilícitamente en dueño de activos, sino a actuar ilícitamente sobre los mismos”.

se origine un perjuicio al patrimonio, que se configura como hemos visto anteriormente como el bien jurídico protegido en el precepto señalado, nos permite calificar el ilícito como un delito de lesión²⁰⁹. El resultado de la acción típica del administrador, que se concreta en menoscabar el patrimonio deriva paralelamente en una lesión al mismo. El perjuicio producido por el administrador será apreciable fácilmente en los supuestos en los que con su conducta cause una disminución en el patrimonio existente en la sociedad.

En este sentido, PASTOR MUÑOZ Y COCA VILA, han admitido que el delito de administración desleal es un delito de resultado, ya que el comportamiento desleal del administrador causa un perjuicio al patrimonio que administra²¹⁰. Sin embargo, los autores a la hora de delimitar si el artículo 252 CP constituye un delito de lesión o de peligro se cuestionan si caben las dos posibilidades. Los autores manifiestan que existen situaciones de “peligro de perjuicio” que por sí mismas ya constituyen un perjuicio efectivo. Por ejemplo, en el caso de que el administrador conceda un préstamo sin garantía alguna a un sujeto que no tiene solvencia. En dicho supuesto, el perjuicio al patrimonio se produce simplemente con la puesta en peligro del mismo. No es necesario esperar a que el deudor incumpla su obligación, basta con la acción realizada por el administrador. Así, en el artículo 252 CP se recogen supuestos en los que se causa un perjuicio efectivo al patrimonio, y otros en los que las situaciones de peligro para el patrimonio suponen con seguridad un menoscabo al mismo²¹¹. Igualmente, mantiene esta postura LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que siguiendo la doctrina alemana eleva la mera puesta en peligro del patrimonio administrado a la producción de un verdadero perjuicio efectivo. Cuando el patrimonio esté en peligro, se habrá producido una lesión al mismo²¹².

²⁰⁹ También: CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 12.

²¹⁰ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 41.

²¹¹ *Ibidem.*, pág. 42. Los mismos autores en: “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271.

²¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 88 y 189 hasta 195. Utiliza un ejemplo similar al expuesto por los autores señalados en la nota anterior, textualmente: “La petición de créditos, cuando claramente la empresa no va a poder hacer frente a ellos, constituye una puesta en peligro del patrimonio social que no se materializará hasta que se ejecuten los bienes de la empresa como consecuencia del impago. Sin embargo, la puesta en peligro ya es suficiente para considerar que se ha producido el perjuicio patrimonial”. Para el reconocido Magistrado el perjuicio

De otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN manifiesta que la redacción del artículo 252 CP impide que se admitan incluidos en dicho precepto los supuestos en los que se pone en peligro el patrimonio administrado. El autor recuerda como en el Anteproyecto de 2012 se hacía referencia a los supuestos de mera puesta en peligro del patrimonio, ya que en la Exposición de Motivos se hacía alusión a que existía un perjuicio patrimonial cuando “se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación de relevante peligro”. Posteriormente, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2012 criticó que la redacción que se había propuesto de artículo 252 CP (que era extraída de los tribunales alemanes) no reflejaba la interpretación del precepto expuesta en la Exposición de Motivos. Así, el autor manifiesta que si el legislador pretendía que el artículo 252 CP sancionase las situaciones en las que el patrimonio se encuentra en peligro, el precepto debería de haber sido redactado de manera diferente. No obstante, en la práctica no supone un problema el hecho de que el artículo 252 CP no contemple las situaciones de mero peligro para el patrimonio, ya que tales casos generalmente serán sancionados como tentativa (siempre que exista el dolo directo del autor)²¹³.

Según el contenido del artículo 252 CP entendemos que el delito de administración desleal es un delito de resultado. El precepto mencionado exige al administrador desleal que excediéndose en el ejercicio de sus facultades cause un perjuicio al patrimonio administrado. Se requiere un menoscabo efectivo que se materializará en un perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo que ha depositado su confianza en el administrador.

Además, calificamos el artículo 252 CP como un delito de lesión y nos alejamos del grupo doctrinal que afirma que la simple puesta en peligro del patrimonio bastará para que se considere que se ha producido el perjuicio patrimonial. Por lo que, no es ya que el peligro se adelante al momento previo a la lesión sino que ésta se

patrimonial es sinónimo de puesta en peligro del patrimonio, en concreto manifiesta que “el peligro equivale a la lesión”.

²¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 90 hasta 98. Igualmente en: *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 546 hasta 550.

habrá producido con la simple puesta en peligro del patrimonio²¹⁴. En estos últimos supuestos en los que el patrimonio no ha sido objetivamente dañado creemos que no puede admitirse que el delito de administración desleal haya sido consumado. A nuestro juicio, la conducta del administrador que concede créditos en nombre de la sociedad que administra sabiendo que no van a ser devueltos sería calificada como tentativa. El administrador ha realizado todos los actos necesarios para que se produzca el perjuicio al patrimonio (que es el resultado del delito) pero éste no se produce porque el sujeto al que se le ha concedido el crédito no lo devuelve, esto es, por una causa que es totalmente ajena a la voluntad del autor. El perjuicio patrimonial se produce cuando éste es realmente efectivo pero no con la mera puesta en peligro del patrimonio. Ahora bien, el legislador podría haber incluido al final de la redacción del artículo 252.1 CP “causen un perjuicio al patrimonio administrado” alguna expresión que hiciese referencia al peligro. De esta manera, hubiese quedado aclarada la intención del legislador de sancionar las situaciones de simple puesta en peligro. La idea de castigar los casos de peligro que producen un perjuicio es plausible, sin embargo, no puede materializarse debido a la redacción del artículo 252 CP. Simplemente, hubiera bastado con añadir la expresión “o tengan intención de causarlo” al final del artículo 252.1 CP para que se admitiese la sanción como delito consumado de las casos referidos.

IV. DIMENSIÓN FÁCTICA DEL TIPO

1. Elementos del tipo objetivo

El delito de administración desleal (artículo 252 CP) aplicado en el ámbito de las sociedades de capital deja la puerta abierta a diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Su inexactitud suscita controversias que demandan soluciones que tengan por finalidad una aplicación del precepto lo más objetiva posible. La indeterminación de los posibles sujetos activo y pasivo, la amplitud con la que ha sido redactada la conducta típica y los problemas interpretativos que se derivan de la concreción del resultado, son

²¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 191.

algunos de los problemas en los que nos detendremos en los epígrafes siguientes.

1.1. *Sujetos de la acción*

1.1.1. Sujeto activo

A. Condición indispensable: el deber de velar por el patrimonio ajeno

En el delito de administración desleal genérico puede ser sujeto activo cualquier persona que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno y realice la acción típica descrita en el artículo 252 CP. Las facultades de administrar deben provenir de la ley, ser encomendadas por la autoridad, o bien, asumidas por el propio administrador mediante un negocio jurídico.

El nuevo delito de administración desleal ha sido redactado de forma amplia, ya que no especifica qué sujetos pueden cometer el ilícito, tal y como sí hacía el derogado artículo 295 CP cuando determinaba como posibles autores del delito de administración desleal societaria al administrador de hecho o de derecho o a los socios. El artículo 252 CP tan solo ha mencionado los requisitos que tiene que reunir un sujeto para que pueda ser considerado autor del delito pero no ha incluido referencia alguna a personas que desempeñan un cargo en concreto que les faculta a administrar un patrimonio (liquidador, administrador social...). Así, las dos condiciones que tiene que tener el sujeto activo del delito de administración desleal será en primer lugar, disponer de facultades para administrar que le permitan ordenar, disponer y organizar²¹⁵ el patrimonio que administra, y en segundo lugar que dichas facultades emanen de la ley, la autoridad o un negocio jurídico. La amplitud con la que han sido redactadas las expresiones que recogen las características que tiene que tener el sujeto activo del delito ha provocado críticas²¹⁶, que han

²¹⁵ Utilizamos estos verbos tomando la acepción tercera del término “administrar” según el DRAE (<http://del.rae.es/?id=0mFIScm>, última consulta 01/10/17).

²¹⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 579; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, en *elderecho.com*, n° 2, septiembre 2016, pág. 11.

calificado el ilícito como poco taxativo. Ante tal cuestión se ha manifestado por parte de la doctrina la posibilidad de reducir el círculo de autores y establecer una lista *numerus clausus*, o crear tipos de administración desleal específicos ajustados a cada sector concreto de manera que puedan especificarse qué personas podrán realizar los mismos²¹⁷.

Con la nueva redacción del artículo 252 CP el sujeto que administra de forma desleal el patrimonio no siempre será denominado “administrador” en términos jurídicos. Lo importante es que el sujeto tenga facultades para administrar, independientemente de la designación del mismo²¹⁸. Así, un apoderado, liquidador, etc., tendrán facultades de administrar y podrán cometer el delito del artículo 252 CP aunque no sean denominados “administradores” de manera específica por una norma²¹⁹.

El delito de administración desleal es calificado como un delito especial²²⁰. El artículo 252 CP se constituye como un delito especial porque podrán ser sujetos activos del mismo quienes tengan una cualificación concreta²²¹. Según lo dispuesto en el precepto, únicamente tendría capacidad para ser sujeto de la acción quien disponga de facultades para administrar un patrimonio ajeno. El sujeto men-

²¹⁷ Ambas propuestas dadas por NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 795 y 796. Por su parte, el Informe del Consejo Fiscal de 2012 recuerda que en Alemania se han derogado los tipos especiales de administración desleal porque se solapaban con el tipo básico (pág. 227).

²¹⁸ En particular, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración... op. cit.*, pág. 89, manifiesta que cuando se hace referencia al administrador del artículo 252 CP, no tiene que ser entendido el término “administrador” en sentido jurídico-mercantil. También, la STS de 10 de noviembre de 2015 (RJ 2016/96) determina que el artículo 252 CP se refiere a toda clase de administradores, no únicamente a los sociales. Igualmente en AAVV., *Memento práctico. Penal 2017* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pág. 1227.

²¹⁹ RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 533.

²²⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho... (7ª ed.)*, *op. cit.*, pág. 578; MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 394. La calificación del delito de administración desleal como un delito especial nos aproxima a su configuración como un delito de dominio, lo que conlleva el rechazo a concebirlo estrictamente como un delito de infracción de deber. Véase la parte de este estudio dedicada a la autoría y participación. Por su parte, CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 16, lo califica como delito común.

²²¹ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho... op. cit.*, págs. 518 y 519.

cionado tiene que tener unas características especiales que aparecen descritas en el tipo, de manera que si atendemos a la redacción del artículo 252 CP afirmamos que solo podrán ser calificados como sujetos activos aquellos que ostenten la facultad de administrar a través de una de las fuentes que se especifican en el precepto. Además, teniendo en cuenta que los delitos especiales (dentro del que hemos incluido la administración desleal genérica) se diferencian entre propios o impropios, cabe precisar que la redacción del artículo 252 CP se califica como un delito especial propio²²².

De la relación existente entre el administrador y el patrimonio nace como deber principal la salvaguarda de éste, pero a su vez surgen más obligaciones (que se fundamentan sobre el deber mencionado) que no están determinadas específicamente en el artículo 252 CP. El precepto señalado es incompleto, ya que para aplicarse correctamente tendrá que remitirse a lo expuesto en otras disposiciones²²³. Se trata de una norma penal en blanco²²⁴, que necesita de otras normas extrapenales que complementen y definan su contenido. De manera que si el sujeto activo es el administrador de una sociedad pero no acudimos a la Ley de Sociedades de Capital, al estatuto concreto de la sociedad e incluso al contrato laboral firmado por dicho sujeto, resulta complicado argumentar cómo se ha excedido en sus facultades de administrar²²⁵. Como indica la STS de 10

²²² ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 374. También la SAP de La Rioja de 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016\20629).

²²³ REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo*, documento electrónico: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Remón%20Peñalver.pdf?idFile=0e8af0e0-1bec-4167-a04734cbb7451ca6, pág. 11. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 12, que además señala que en algunos supuestos se acudirá a normas que también presenten conflicto.

²²⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 557 y 558. Sobre las normas penales en blanco se ha pronunciado MORILLAS CUEVA, L., *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 78 hasta 82.

²²⁵ En el caso de definir el artículo 252 CP como una ley penal en blanco debemos realizar una puntualización, ya que no existe problema en admitir tal extremo en los casos en los que haya que recurrir a la ley para completar el artículo 252 CP pero quizá sea criticable en los supuestos en los que haya que acudir a otras fuentes que no sean estrictamente una norma jurídica. No obstante, habrá que tener en cuenta la norma que otorga validez a dichos elementos, y en todo caso tomar ésta como referencia para justificar que efectivamente el administrador tiene competencias para administrar en los términos que precisa el artículo 252 CP. Por ejemplo, cuando las facultades de administración deriven de los estatutos de una sociedad de capital habrá

de noviembre de 2015 (RJ 2016\96) la LSC nos ayuda a concretar el vínculo de lealtad que se quebranta, pero no tipifica el delito.

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 252 CP determina que las competencias para administrar un patrimonio ajeno le vienen dadas al administrador de la ley, emanadas autoridad o asumidas por un negocio jurídico. Cabe traer aquí a colación la primera propuesta que se hizo del precepto que contenía el delito de administración desleal genérico. El artículo propuesto tenía varios apartados, y en concreto los dos primeros copiaban lo expuesto en el § 266 del Código Penal Alemán. El primer apartado propuesto recoge el conocido como “tipo de abuso”, mientras que el segundo alude al “tipo de infidelidad”²²⁶. Ambos hacen alusión a la ley, autoridad y negocio jurídico como fuentes de las que pueden derivar las facultades de administración, pero además el apartado segundo añade que dichas facultades también pueden venir dadas de una “relación de confianza”. De modo que durante la tramitación parlamentaria del artículo 252 CP se admitía que la “relación de confianza” bastaba para considerar válidas la facultades de administración que el titular del patrimonio había encomendado a otro sujeto (el administrador). No obstante, el apartado segundo mencionado no fue incluido en la redacción final de nuestro precepto y con ello el legislador olvidó –o quiso olvidar– la posibilidad de que la “relación de confianza” fuese incluida como origen de las facultades de administrar. Por lo tanto, dichas facultades solo pueden derivar de las fuentes que expresamente menciona el artículo 252 CP pero no de ninguna “relación de confianza”²²⁷. Evidentemente, el legislador ha obrado de manera correcta ya que incluir la “relación de confianza” como una fuente de la que emanan facultades de administrar hubiese sido muy controvertido. En muchos casos probar que ha

que remitirse a la LSC; ésta exige, como requisito indispensable para la constitución de la sociedad, que se determinen los estatutos que van a regir el funcionamiento de la misma (en los que se hace referencia a la administración de la sociedad).

²²⁶ Puede verse el texto del Proyecto de 2013, así: NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 796. PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 39.

²²⁷ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 199; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419. Además, GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, págs. 773 y 774 aplaude la enumeración concreta de fuentes en el precepto para así excluir la relación de confianza.

existido dicha relación no sería fácil (en especial cuando solo se ha manifestado en momentos puntuales sin continuidad), y ello hubiera dado lugar a que supuestos que se deberían haber enjuiciado a través del artículo 252 CP quedaran al margen del mismo, o viceversa. Se trata de una expresión muy amplia y subjetiva que hubiera sido tomada como un motivo más para definir el artículo 252 CP como un precepto extenso e impreciso.

Según el artículo 252 CP la ley en algunas ocasiones determinará las personas que tienen el deber de ejercer de administradores y además concretará sus obligaciones. Por ejemplo, a través de los artículos 164 y siguientes del Código Civil observamos cómo la propia norma impone a “los padres la administración de los bienes de los hijos”. También, el artículo 252 CP establece que las facultades de administrar de las que dispone el administrador pueden haberle venido encomendadas por la autoridad. Entendemos que encajaría aquí el caso de los interventores o administradores judiciales (artículo 630 LEC y siguientes)²²⁸. En general, la condición de administrador derivada de la ley y de la autoridad le habrá venido impuesta al sujeto activo, éste no ha elegido ser administrador sino que tendrá tal cargo (y con ello competencias para administrar) porque así lo establezca una norma o porque lo haya decidido una autoridad²²⁹. Además, en los supuestos en los que las facultades de administrar deriven de las dos fuentes señaladas, el patrimonio no podrá ser público, ya que en ese caso no estaremos ante el delito tipificado en el artículo 252 CP²³⁰. En el supuesto de que el objeto del ilícito sea patrimonio público los hechos se enjuiciarán a partir de los dis-

²²⁸ Ambos ejemplos son extraídos de la obra de QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 579 y 580.

²²⁹ *Ibidem.*, pág. 581.

²³⁰ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 774, señala que la mención a la autoridad en el artículo 252 CP se solapa con lo establecido en los artículos 435.3 y 435.4 CP, que dará lugar a un concurso de normas que deberá resolverse por el principio de especialidad o el de alternatidad. PORTILLA CONTRERAS, G., “El delito de malversación”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 697, manifiesta que la alusión en el artículo 435.4 CP es distorsionadora porque “el objeto material sobre el que se proyectan su conducta dista de emparentarse al patrimonio público”, por lo que hubiese sido más adecuado que tal comportamiento fuese reconducible al artículo 252 CP. Solo hace alusión a este tema pero sin detenerse: QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 580.

puesto en el artículo 432.1 CP²³¹. Por último, el precepto señalado determina que también las competencias para administrar pueden provenir de un negocio jurídico. Entre las tres fuentes señaladas, ésta última (el negocio jurídico) será muy común, habitualmente el sujeto se identificará como un administrador de fincas, administrador de patrimonios²³².

En algunas ocasiones las fuentes de donde provienen las facultades de administrar no pueden ser identificadas de forma individual sino que se entrelazan. Por ejemplo, pensemos en el caso de un administrador de derecho que ha asumido su condición de administrador a través de un negocio jurídico pero además la propia LSC le otorga facultades para administrar el patrimonio de la sociedad.

Ante esto, podemos plantearnos si es necesario incluir en el delito genérico de administración desleal cuál es el origen de la facultad de disponer del sujeto activo²³³. La respuesta para el legislador es afirmativa, ya que desde el comienzo de la tramitación parlamentaria del precepto había decidido exigir que el autor del ilícito para serlo tuviese capacidad de administrar porque así lo determinara la ley, un negocio jurídico o un mandato de la autoridad. La inclusión de estos presupuestos en el artículo pretenden delimitar el ámbito de aplicación del delito genérico de administración desleal porque si el precepto alude a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno “las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas” pero no determina la fuente que permite que ejerza esas facultades, puede dar lugar a problemas interpretativos. La inclusión de las fuentes de las que deben provenir las facultades de administración del sujeto activo favorece en gran medida a la concreción del

²³¹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Malversación”, en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015* (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1208. También: PORTILLA CONTRERAS, G., “El delito...”, *op. cit.*, págs. 696 y 697. Igualmente: SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J. E., “La reforma de los delitos contra la administración pública”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 838 y 839.

²³² QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 581 y 582.

²³³ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, págs. 775 y 776, señala que la concreción de las fuentes de la facultad de administrar supone una virtualidad, ya que excluye del ámbito típico las actuaciones que se basan en una simple relación de confianza. No obstante, la remisión a una de estas fuentes puede tener como desventaja alguna superposición con otros preceptos que se deberá solucionar atendiendo a lo expuesto en las reglas generales.

artículo 252 CP²³⁴. El motivo deriva de la dificultad del uso del término “administrar”, que se trata de un concepto amplio y general que necesariamente tiene que ser precisado en relación con las circunstancias en las que pretende ser aplicado. La tarea de esclarecer cuál es el tipo de administración que requiere el ilícito será importante a la hora de aplicar el precepto. No obstante, dicha concreción puede dar lugar a otro tipo de problemas²³⁵; por ejemplo, puede ocurrir que el negocio jurídico al que alude el precepto mencionado en el Proyecto no sea válido y por lo tanto no se esté excediendo en ninguna facultad porque no se tiene²³⁶. Igualmente, podría valorarse el caso en el que un sujeto administra un patrimonio ajeno durante un largo periodo de tiempo porque cree que existe una norma que le obliga o faculta a ello, cuando en realidad ésta ha sido derogada. Así, será posible encontrar supuestos en los que la facultad de administrar de un sujeto no exista como tal, pese a darse el acto de administración. Según la naturaleza de cada problema, la casuística determinará la solución que debemos aplicar: si debemos buscar encaje en otros delitos del Código Penal, si tales conductas deben ser enjuicia-

²³⁴ Además, ello nos permite excluir como fuente la “relación de confianza” tal y como hemos expresado en párrafos anteriores.

²³⁵ En contra de la enumeración de fuentes en el artículo 252 CP: CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 767, los autores critican la enumeración de fuentes, únicamente aceptan que se haya hecho alusión a las “facultades de disposición” del sujeto activo, que eran mencionadas de forma expresa en la propuesta del delito antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015. Los autores no hacen alusión a las de administración porque se posicionan tomando como referencia el contenido del delito de administración desleal propuesto en el Anteproyecto de 2012. Por su parte, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, 419, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 87, consideran que hubiera bastado con hacer alusión al abuso de facultades. Posición intermedia: GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 774, según el autor la delimitación de las fuentes hace que quede excluida la “relación de confianza” como origen de las facultades de administrar pero la mención concreta de las fuentes da lugar a problemas concursales con los artículos 435.3 y 435.4 CP.

²³⁶ En este supuesto habría que estar al momento en el que el negocio jurídico dejo de ser válido, o en su caso si en ningún momento lo fue, y a partir de ahí buscar la solución jurídica más acertada. Ante esto, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 40, proponen que en caso de que nos encontremos ante un supuesto como el mencionado, sea sancionado a través del artículo 252.2 APMCP (tipo de infidelidad). Por su parte, GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, págs. 770 y 771, determina que el sujeto activo debe ostentar una “auténtica facultad jurídica para disponer u obligar frente a terceros”.

das a través de otra jurisdicción, si debe declararse inexistencia de responsabilidad, etc.

En algunas ocasiones, la doctrina ha ido más allá del origen de las facultades de administración del sujeto activo del artículo 252 CP y se ha detenido en analizar en qué consiste la disposición de tales competencias. En este sentido, algunos autores han manifestado que en el caso de que el administrador disponga de facultades para administrar que puedan ejercerse para obtener un provecho para sí mismo, no reunirá las exigencias necesarias para ser definido como sujeto activo del artículo 252 CP²³⁷. A nuestro juicio, si aceptásemos dicho criterio existirían casos limítrofes en los que la inclusión o exclusión de un administrador como sujeto activo podría generar conflictos en relación con la aplicación del artículo 252 CP. Este es el caso del administrador de una sociedad, que además es socio de la misma. El sujeto que solo ejerce como administrador actúa en función del interés social pero no personal. Sin embargo, si dicho administrador también es socio, las facultades de administración de las que dispone pueden ser desarrolladas para favorecer los intereses de la sociedad pero también los suyos propios como socio. En este último caso, podría argumentarse como crítica a la interpretación que hacemos, que el administrador por ostentar tal cargo no desarrolla la administración directamente para beneficiarse como socio, sino que cuando administra el patrimonio lo hace para favorecer en primer lugar a la sociedad y de manera indirecta a los socios. No obstante, tal apreciación resulta secundaria porque en realidad lo que interesa es que el administrador utiliza sus facultades de administración para favorecer, ya sea directa o indirectamente, sus intereses propios. En algunas ocasiones el administrador tendrá facultades que aplicará en interés social y que a su vez repercutirán en el interés propio. Por tanto, tomar como referencia que el administrador pueda emplear o no sus funciones de administración en interés propio para considerarlo sujeto activo resulta delicado.

²³⁷ Así, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 279, defiende esta interpretación y añade como ejemplo al sujeto que tiene una línea de crédito con una entidad bancaria. Además, los mismos autores en: “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 39, explican a través de que delitos se sancionarían los supuestos en los que el administrador posee facultades de administración y puede emplearlas en interés propio.

Además, se ha señalado también que es relevante que el administrador tenga autonomía propia, esto es, discrecionalidad para la realización del desarrollo del cargo que ostenta²³⁸. Si el administrador no tiene capacidad por sí mismo para administrar el patrimonio será porque le ha sido encomendada una obligación concreta en relación con éste. El sujeto con facultades para administrar debe tener libertad de gestión, de manera que pueda decidir sobre el patrimonio del que el sujeto pasivo es titular²³⁹.

B. *Ámbito de aplicación del precepto: en particular las sociedades de capital*

a) El artículo 297 CP: especial referencia a las sociedades mercantiles

La delimitación del sujeto activo del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital nos obliga a precisar las características más generales de tales entes. La amplitud con la que ha sido redactado el artículo 252 CP hace difícil su delimitación a una esfera concreta y en consecuencia la especificación de los posibles sujetos activos del delito. Por este motivo, nos detenemos en un análisis sucinto del ámbito de aplicación del precepto que aquí interesa (el de las sociedades de capital) con la finalidad posteriormente de concretar quiénes pueden realizar la conducta típica.

El derogado delito societario de administración desleal solo podía ser aplicado cuando los hechos concurren en una sociedad constituida o en formación. El ilícito nos obligaba a remitirnos a la redacción del artículo 297 CP que recogía –y recoge tras la Reforma 1/2015²⁴⁰– el concepto penal de sociedad. En concreto, el precepto señalado determina que se entiende por sociedad cualquier “coope-

²³⁸ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 797. PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 270. Más extensamente los mismos autores en: *El delito...*, *op. cit.*, págs. 113 hasta 116, analizan el grado de autonomía que debe exigirse como presupuesto del tipo.

²³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 88, recuerda que en el caso de que el administrador no tenga autonomía propia y le dé al patrimonio que administra un destino diferente al pactado, cometerá un delito de apropiación indebida; RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 536.

²⁴⁰ Su contenido se ha mantenido intacto con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015.

rativa, Caja de Ahorro, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. En cambio, con la nueva redacción del delito de administración desleal (actual artículo 252 CP) el ilícito señalado no se aplica solo en el ámbito determinado por el artículo 297 CP sino en cualquier esfera²⁴¹. El artículo 252 CP sanciona comportamientos desleales que hayan acaecido en una sociedad definida en los términos que recoge del artículo 297 CP pero también en otros entornos no mencionados por éste.

La aplicación del delito de administración desleal en el ámbito concreto de las sociedades de capital, ya se venía utilizando antes de la Reforma 1/2015 a través del derogado artículo 295 CP. Como hemos señalado, solo se podía recurrir al delito societario de administración desleal para enjuiciar los hechos que hubieran ocurrido en una sociedad recogida en el artículo 297 CP. Dicho precepto incluye una numeración de las distintas formas en las que puede presentarse una sociedad y además añade una cláusula genérica. Entre la lista a la que hace referencia –señalada en líneas anteriores– se mencionan expresamente las sociedades mercantiles, dentro de las que se encuentran las sociedades de capital. La mercantilidad de las sociedades de capital no puede ser debatida. La propia Ley que regula tales sociedades (la Ley de Sociedades de Capital) determina en su artículo 2 que “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”²⁴². Por lo tanto, el hecho de que el delito de administración desleal se aplique en el ámbito de las sociedades de capital no es un hecho novedoso, ya que la anterior redacción del precepto (antiguo delito societario) permitía su aplicación en la

²⁴¹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 37; REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 9. De otro lado, cabe señalar aquí que el Proyecto de 2007 cuando recogía el delito de administración fraudulenta en el artículo 253 bis sí aludía a la “sociedad constituida o en formación”.

²⁴² En general sobre el carácter mercantil (o civil) de las sociedades véase: BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 303 hasta 305; DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, págs. 203 hasta 205; ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades mercantiles”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016, págs. 49 y 50.

esfera de las sociedades mercantiles, entre las que se encuentran las mencionadas sociedades de capital.

b) Las sociedades de capital

La redacción de artículo 252 CP requiere que su contenido sea completado con otras normas extrapenales. En nuestro caso la búsqueda de soluciones para paliar la redacción tan amplia del precepto penal señalado, nos obliga a acudir al Derecho privado con el fin de precisar qué tratamiento otorga éste a las sociedades de capital y a los sujetos que participan en la actividad que éstas desarrollan. En concreto, el Derecho mercantil –entre otras funciones– se encarga de ordenar y controlar las relaciones societarias tanto en su plano interno como externo. Por lo tanto, habrá que estar a lo dispuesto en el contenido de sus normas para intentar solventar las cuestiones surgidas en el seno societario²⁴³.

El texto principal sobre el que se construye el Derecho de sociedades es la Ley de Sociedades de Capital normativa relativamente reciente, que se gestó gracias a la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que concedió en el apartado primero de su Disposición Final 7ª una habilitación al Gobierno para que en el plazo de un año refundiese en un único texto que llevase por título “Ley de Sociedades de Capital”, las leyes reguladoras de tales sociedades. Así, quedarían aclaradas, regularizadas y armonizadas los siguientes textos legales: la Sección 4.ª, Título I, Libro II, del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA); la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL); y el Título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a sociedades anónimas cotizadas.

Una vez transcurrido el año concedido de plazo para concluir el texto aludido, el Gobierno elaboró el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que unifica en un mismo texto

²⁴³ LÓPEZ NAVARRO, J. F., *Vademécum de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 60.

legal las distintas sociedades de capital, esto es, las sociedades anónimas (S.A), las sociedades de responsabilidad limitada (S.R.L), y las sociedades comanditarias por acciones (S. Com. por A.)²⁴⁴. La LSC no ha permanecido inalterable desde su entrada en vigor, ya que su contenido ha sido modificado en varias ocasiones, la última vez el 25 de noviembre de 2017²⁴⁵. El nuevo texto normativo introdujo algunas innovaciones, aclaró algunos problemas interpretativos surgidos en la aplicación de las normas anteriores y generalizó soluciones que en un primer momento solo eran aplicadas a uno de los tipos de sociedades existentes²⁴⁶. No obstante, debemos precisar que la Reforma mencionada se articuló como provisional hasta que entrase en vigor el nuevo Código Mercantil, que hasta ahora únicamente ha visto aprobado su Anteproyecto en el Consejo de Ministros con fecha de 30 de mayo de 2014. En el supuesto de que el Código Mercantil (que sustituiría al Código de Comercio) no caiga en un saco roto y vea la luz, contendrá en el Libro Segundo, las disposiciones generales aplicables a todas las sociedades mercantiles. Por lo tanto, la Ley de Sociedades de Capital quedaría incluida en el nuevo texto normativo.

Si nos detenemos en el contenido de la LSC observamos cómo el artículo 1 determina que son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. En términos generales la distinción entre las figuras mencionadas son las siguientes:

- Sociedad anónima: La estructura de la SA constituye el “prototipo legal” que siguen las sociedades capitalistas²⁴⁷. El artículo 1.3 LSC determina que en la SA el capital social (que deberá ser mínimo de 60.000 euros) se encuentra dividido en acciones. Tales acciones se integran por las apor-

²⁴⁴ Tales abreviaturas se encuentran en el artículo 6 LSC.

²⁴⁵ Desde que fue publicado el texto original el 03/07/2010 ha sido reformado catorce veces. En concreto, las fechas en las que han sido publicadas las nuevas modificaciones en el BOE han sido las siguientes: 03/12/2010; 05/03/2011; 02/08/2011; 17/03/2012; 23/06/2012; 15/11/2012; 28/09/2013; 06/09/2014; 04/12/2014; 28/04/2015; 26/05/2015; 19/06/2015; 03/07/2015, 21/07/2015, y por último la señalada en el texto principal el 25/11/2017.

²⁴⁶ BOLDÓ RODÁ, C., “Sociedades de capital. Concepto y clases”, en “Sociedades de capital (I). Principios. Fundación. Financiación”, *Derecho mercantil I* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015, pág. 174.

²⁴⁷ VALENZUELA GARACH, J., “Sociedad...”, *op. cit.*, pág. 80.

taciones de los socios, los cuales no tendrán que responder personalmente de las deudas sociales. Habitualmente se distinguen tres tipos de sociedades anónimas: la sociedad abierta (que cuenta con una cifra alta de capital y un gran número de accionistas), la sociedad de tamaño medio y pequeña sociedad anónima (no cotizan en Bolsa, el número de accionistas es más reducido, son sociedades cerradas en las que existen vínculos familiares)²⁴⁸. Como veremos en el siguiente epígrafe, la administración de la SA queda descrita en los artículos 209 a 251 LSC.

- Sociedad de responsabilidad limitada: Es un tipo societario capitalista. En la SRL el capital (que será mínimo de 3.000 euros²⁴⁹) está dividido en participaciones sociales. El capital social está formado por las aportaciones que han realizado los socios; éstos, no tendrán que responder de forma personal de las deudas de la sociedad (artículo 1.2 LSC). Al igual que en la SA, existe en estas sociedades un órgano de administración que se encarga de la gestión y representación del ente mencionado. En concreto, la administración de la SRL se regula en los artículos 209 hasta 251 LSC, en los que se especifican expresamente qué parte de cada precepto rige en el ámbito de la SA y cuál en la SRL.
- Sociedad comanditaria por acciones: Se trata de una sociedad que en nombre colectivo desarrolla una actividad mercantil²⁵⁰. El capital (que será mínimo de 60.000 euros), se encuentra dividido en acciones y está formado por las aportaciones de los socios, entre los que al menos uno responde personalmente de las deudas sociales. Así, diferenciamos en este tipo de sociedad los socios cuya responsabilidad es limitada –socios comanditarios– e ilimitada –socios colectivos– (artículo 1.4 LSC). En concreto, los socios colectivos se encargan de la administración de esta sociedad, éstos dis-

²⁴⁸ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 358 y 359.

²⁴⁹ En los supuestos en los que no se alcance la cifra del capital social mínimo de tres mil euros la SRL queda sujeta al régimen de formación sucesiva, tal y como establece el artículo 4 bis LSC.

²⁵⁰ Estas sociedades se rigen por las normas que le sean específicamente aplicables, y en lo que no quede expresamente previsto se aplicará el régimen legal de las SA (artículo 3.2 LSC).

pondrán de las facultades de administrar de las que gozan los administradores de la sociedad anónima (artículo 252 LSC)²⁵¹.

A pesar de que las tres sociedades mencionadas constituyen las sociedades de capital en sentido estricto (especialmente la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, que tienen mayor relevancia en el tráfico jurídico), la LSC hace mención también a otro tipo de sociedades mercantiles que tienen un carácter especial. En concreto, la LSC alude a la sociedad unipersonal, a la sociedad nueva empresa, la sociedad anónima europea y la sociedad anónima cotizada²⁵². Hacemos referencia a las mismas para conocer brevemente como se articulan:

- Sociedad unipersonal: se trata de una SA o SRL que está constituida por un solo socio (unipersonalidad originaria) o por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio (unipersonalidad sobrevenida). El socio único ejerce las competencias de la junta general, de modo que sus decisiones se consignarán en acta que será firmada por él mismo o por su representante. El socio puede ejercer a su vez como administrador o bien se pueden designar a uno o varios administradores. Así, el propio socio-administrador o un administrador (que no tenga la condición de socio) tendrá

²⁵¹ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 664 hasta 667, la sociedad comanditaria por acciones se diferencia de la sociedad comanditaria simple en que en esta última “todos los socios (no sólo los comanditarios) tienen incorporada su participación en el capital a acciones”, y añade el autor sobre la sociedad mencionada en el texto principal que “es una sociedad más capitalista que personalista, por el papel predominante que en ella asumen los socios comanditarios y por la existencia de una cifra de capital social”.

²⁵² Nos centramos en las mencionadas en el texto principal porque son en concreto a las que hace alusión la LSC. No obstante, existen otras sociedades de capital que tienen un régimen especial: los bancos, los establecimientos financieros de crédito, las sociedades de seguros, las sociedades y agencias de valores, las sociedades gestoras de carteras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las sociedades gestoras de fondos de titulación, las sociedades rectoras de bolsas de valores, las sociedad de profesionales, las sociedades anónimas deportivas, entre otros. Extraemos esta enumeración de CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTIZ, J., *Esquemas de Derecho de sociedades de capital*, Tomo XLI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 20.

facultades para ejecutar y formalizar las decisiones tomadas por el primero²⁵³.

- Sociedad nueva empresa (SLNE): Se trata de un tipo especial de sociedad de responsabilidad limitada que se encuentra regulada en los artículos 434 a 454 LSC. La inclusión de esta sociedad en la LSC buscaba “facilitar la constitución y el funcionamiento de las PYMES”, sin embargo no ha tenido mucha aplicación práctica²⁵⁴. El objeto social queda descrito en el artículo 436 LSC (actividad ganadera, comercial, turística...). Cuando se constituya la sociedad solo podrá estar formada por cinco socios, todas personas físicas (artículo 437 LSC). El capital social será mínimo de 3.000 euros (igual que en la SRL), y como máximo de 120.000 euros, y solo podrá ser desembolsado a través de aportaciones dinerarias (artículos 443 y 444 LSC). Los artículos 446 a 449 LSC, aluden a los órganos sociales. En concreto, el primer precepto hace alusión a la junta general mientras que los restantes se refieren al órgano de administración.
- Sociedad anónima europea (SE): La finalidad de esta figura reside en que las sociedades puedan operar en el ámbito europeo sin dificultades derivadas de las distintas legislaciones nacionales que pueden ser de aplicación a las sociedades mercantiles²⁵⁵. Esta sociedad es una SA que se regula específicamente en los artículos 455 a 494 LSC y que se rige por lo expuesto en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas²⁵⁶. La SE debe fijar su domicilio en España cuando la administración central esté dentro del territorio español, en caso de traslado a otro Estado miembro la ley precisa

²⁵³ Lo expuesto se extrae de los artículos 12 a 17 LSC.

²⁵⁴ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 661 y 662.

²⁵⁵ Así se extrae del considerando 7º del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

²⁵⁶ La Ley mencionada transpone la Directiva 2001/86, de 8 de octubre por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

el régimen que debe aplicarse (artículos 458 y siguientes LSC). El capital social no puede ser inferior de 120.000 euros²⁵⁷. La constitución de una SE se realizará mediante una fusión, un *holding*, la creación de una SE filial o por transformación de una sociedad²⁵⁸. En relación con los órganos sociales la LSC alude a la junta general (artículo 492 a 494 LSC), y además permite la creación de un sistema de administración monista o dualista (artículos 476 a 491 LSC).

- Sociedad anónima cotizada: Es una SA especial que está regulada en los artículos 495 a 541 de la LSC. Las cuestiones que no se traten en los preceptos señalados se desarrollarán según lo dispuesto para la SA, también habrá que estar a lo expresado en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. El artículo 495.1 LSC define esta sociedad como una SA “cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores”. La LSC determina las especialidades que rigen en materia de acciones (artículos 496 a 502 LSC) y de suscripción de acciones (artículos 503 a 508 LSC). Los órganos de esta sociedad están delimitados en los artículos 511 bis a 529 novodecies LSC.

Además, la LSC hace mención a la existencia de los grupos de sociedades pero no se detiene en ellos. En particular, el artículo 18 LSC alude grupo de sociedades pero se remite a lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio²⁵⁹. La regulación jurídica de los grupos de sociedades no está recogida en una norma concreta sino

²⁵⁷ Así lo determina el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

²⁵⁸ La LSC solo hace referencia la constitución por fusión, *holding* o transformación de una sociedad. La cuarta posibilidad, esto es, creación de una SE filial aparece en los artículos 35 y 35 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

²⁵⁹ Además, el artículo 134 LSC no menciona específicamente la expresión “grupo de sociedades” pero cuando hace referencia a la prohibición de que las sociedades de capital puedan “asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones” añade que tampoco podrán ser asumidas o suscritas “las creadas o emitidas por su sociedad dominante”. Además, los artículos 162 y 188.3 LSC incluyen el término “grupo” que alude al grupo de sociedades. Así es expresado por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Grupo de sociedades”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016, pág. 185.

que se encuentra repartida entre varias. Ante la inexistencia de una definición legal, acudimos a la construcción realizada por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, que tras concretar el grupo de sociedades como un operador económico, puntualiza la necesidad “de que se trate de una pluralidad de sociedades [...] que estén sometidas a una dirección económica única (criterio diferenciador básico, como ha señalado la STS de 12 de abril de 2007 [RJ 2007\2410]), lo que puede lograrse de muy diversas formas que darán normalmente como resultado que una de ellas (la sociedad dominante) ejerza el control de las demás”²⁶⁰.

C. Figura más relevante: el administrador social

a) Caracteres generales del administrador social

Las irregularidades que acontecen en seno de la sociedad derivan en muchas ocasiones de las conductas de los sujetos encargados de la administración de ésta. Las funciones de las que disponen los administradores²⁶¹, que les permiten gestionar diariamente la sociedad y representarla en sus relaciones con terceros, les hace más susceptibles de cometer actos ilícitos. Por este motivo, en la mayoría de los supuestos en los que el delito de administración desleal tenga lugar en el ámbito de las sociedades de capital el sujeto que realiza la acción típica coincidirá con el administrador social.

El comportamiento de los administradores es clave para asegurar el buen funcionamiento de la sociedad. Su trabajo debe estar encaminado a optimizar de la mejor manera posible su actividad administrativa, y así alcanzar la máxima eficacia dentro de su entorno. De esta manera, deben orientar su labor a la consecución del objeto

²⁶⁰ *Ibidem.*, pág. 188, además señala que cada sociedad tendrá personalidad jurídica propia e independencia, ya que como grupo carecerá de ambos caracteres. No obstante, las cuentas de las sociedades del grupo se presentaran conjuntamente, como si solo fuese una única sociedad.

²⁶¹ La decisión de incluir un epígrafe dedicado exclusivamente al tratamiento que reciben los administradores sociales por la Ley de Sociedades de Capital responde a la necesidad de conocer de manera específica cómo regula el ordenamiento mercantil tal extremo, ya que por lo general este sujeto será el que cometa el delito del artículo 252 CP. Por lo tanto, es esencial hacer referencia a las cuestiones más básicas respecto de la figura del administrador, pues así se comprenderán mejor muchas de las valoraciones y razonamientos que se realizarán a lo largo de este estudio.

social que haya sido fijado en el estatuto de la sociedad. BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, han señalado la importancia de los administradores en la sociedad elevando la figura de éstos en relación con la situación en detrimento en la que se encuentra la junta general. Según manifiestan los autores, el hecho de que a los administradores les corresponda la gestión y explotación de la empresa aleja a los miembros de la junta de ejercer una labor de fiscalización eficiente para la continuidad de la sociedad. Además, la ausencia habitual de los inversores accionistas en las juntas generales permite a los grupos accionariales de control (íntimamente relacionados con los administradores), tomar las decisiones relacionadas con la actividad económica de la sociedad²⁶². Por ello, resulta imprescindible conocer más en profundidad el tratamiento jurídico que la Ley de Sociedades de Capital otorga a los administradores, que son los principales sujetos activos del delito de administración desleal cuando concurra en el ámbito societario, y es que cuando actúen de manera ilícita podrán originar un perjuicio en el patrimonio de la sociedad e incluso de otros sujetos que tienen relación con ésta.

En concreto, la Ley de Sociedades de Capital en el Título VI, que hace referencia a “La administración de la sociedad”, regula desde el artículo 209 al 252 LSC la estructura, funciones y régimen jurídico del órgano de administración de la sociedad. Se trata de un órgano permanente que no tiene una forma predeterminada sino que opcionalmente puede estar constituido por un administrador único, varios administradores que actúan solidariamente, varios administradores conjuntos o mancomunados, o por último, se puede establecer también un consejo de administración, órgano colegiado cuya regulación se expone de forma específica desde el artículo 242 al

²⁶² BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 496 y 497, porque tanto en la sociedad anónima como en la sociedad limitada la organización interna responde a un modelo dual: la junta general y el órgano de administración; este último, es a través del cual –como queda expresado en texto principal– desempeñan sus funciones los administradores. El órgano de administración está subordinado a la junta general en los términos expresados en el artículo 161 LSC. En concreto, la junta general de las sociedades de capital puede intervenir en los asuntos de gestión de dos maneras diferentes: impartiendo instrucciones al órgano de administración o bien, sometiendo a su autorización la adopción por dicho órgano de acuerdos o decisiones relacionados con asuntos de gestión de la sociedad.

251 LSC^{263,264}. Independientemente de la forma en la que se organice la administración de la sociedad, la LSC permite que las competencias de los administradores sean las mismas, es decir, gestionar y representar a la sociedad, tal y como dispone el artículo 209 LSC.

Así, la Ley de Sociedades de Capital les confiere a los administradores directamente la labor de gestión de la sociedad. El órgano de administración es el encargado de tomar las decisiones que afectan al desarrollo de la actividad de la sociedad que no estén reservadas a la junta general. Los actos desempeñados por la sociedad en su condición de comerciante o empresario que realice como titular de la actividad serán realizados por los administradores²⁶⁵.

Además, la Ley encomienda a los administradores funciones de representación de la sociedad de capital, en juicio o fuera de él (artículos 233 a 235 LSC). Cuando el órgano de administración esté constituido por un solo administrador será éste quien ostente el poder de representación; en el caso de que sean varios administradores solidarios, cada uno tendrá poder de representación de forma individual; en el supuesto de que haya varios administradores mancomunados, el poder de representación corresponderá conjuntamente a éstos, que nunca podrán ser más de dos; y por último, en el caso del con-

²⁶³ Las diferentes formas que puede revestir el órgano de administración de una sociedad de capital quedan previstas en el artículo 210.1 LSC. Además, el precepto añade algunas particularidades que deben de tenerse en cuenta a la hora de estructurar el órgano de administración en la sociedad anónima y en la sociedad de de responsabilidad limitada: véase el primer apartado del epígrafe que alude a “criterios de identificación del administrador social que actúa deslealmente”.

²⁶⁴ Salvo excepciones, en este trabajo usaremos de manera indistinta el término “administrador”, independientemente de la estructura que haya adoptado el órgano de administración.

²⁶⁵ *Vid.*, JUSTE MENCÍA, J., “Sociedades de capital (V). Órgano de administración”, en *Derecho mercantil I* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015, pág. 381; CRUZ RIVERO, D., “La administración”, en “La sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”, *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, pág. 273, señala en relación con las facultades de gestión que, en general son los administradores los que se ocupan del control, dirección y mando de la sociedad. Además, el autor subraya que la Ley incluye funciones concretas de los administradores, como la formulación de cuentas anuales. En este sentido, podemos añadir alguna más como es la de impugnar acuerdos adoptados por la junta general (artículo 206 LSC), convocar la junta general (artículo 166 LSC) o incluso redactar el proyecto de transformación de una sociedad anónima española en una sociedad anónima europea (artículo 474 LSC), entre otras.

sejo de administración, el poder de administración le corresponderá al propio consejo que actuará colegiadamente, tal y como dispone el artículo 233 LSC.

De esta manera, los administradores se encargan de desempeñar todas las funciones necesarias para la consecución del objeto social concretado en el estatuto de la sociedad (artículo 235 LSC). No obstante, dicho objeto no comprende solamente las materias que estén incluidas en él, sino también aquellas que se consideran “neutras, auxiliares o necesarias”, es decir, las “que indirectamente coadyuvan a la consecución del objetivo social”. Los actos que no se encuentren incluidos en el objeto social y que por su naturaleza tampoco puedan considerarse neutros, no podrán ser realizados por los administradores; excepto, en el supuesto de que la junta general lo permita o bien así se exprese en los estatutos de la sociedad²⁶⁶.

Cuando los administradores se extralimiten en sus funciones de representación, realizando un acto cuya competencia no le concierne porque no está inscrito en el objeto social, la sociedad queda obligada frente a terceros. No obstante, la Ley exige que éstos, que no conocen las competencias de los administradores de la sociedad, hayan obrado sin culpa grave y de buena fe (artículo 234 LSC).

Por último, cabe añadir en relación con las funciones de gestión y representación que le son conferidas a los administradores, que no es necesario establecer una distinción estricta entre ambas facultades. Habitualmente, la realización de un acto de gestión lleva implícito la ejecución de un acto de representación. Por ejemplo, celebrar un contrato de arrendamiento en nombre de la sociedad, o elegir un proveedor, son actos de gestión que persiguen la realización del objeto social, que a su vez requieren que el administrador actúe representando a la sociedad²⁶⁷.

Las competencias que se le conceden al administrador para gestionar y representar a la sociedad –a las que venimos haciendo referencia– le permiten desarrollar facultades de administración sobre

²⁶⁶ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El órgano de administración de las sociedades de capital”, en *Fundamentos del Derecho empresarial. Derecho de sociedades* (coord. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 175.

²⁶⁷ JUSTE MENCIA, J., “Sociedades...”, *op. cit.*, pág. 381. Se expresa en los mismos términos, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 473.

el patrimonio social. El artículo 252 CP exige que el sujeto que realiza la acción tenga facultades de administración derivadas de la ley, de un negocio jurídico o que hayan sido encomendadas por la autoridad. De manera que, en el caso de los administradores sociales sus facultades de administración provienen de la ley, más específicamente del precepto al que venimos haciendo referencia (artículo 209 LSC) que tiene carácter general y que está incluido en la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, no debemos limitarnos a afirmar que tales facultades tan solo tienen su origen en el precepto mencionado, ya que también pueden buscarse en otros artículos –incluidos en la LSC– que conlleven un mandato o una prohibición concreta en relación con el patrimonio de la sociedad; además, las facultades de administración mencionadas pueden derivarse de un negocio jurídico.

Además, la Ley de Sociedades de Capital recoge todo lo referente a la capacidad y prohibiciones para poder ostentar la condición de administrador (artículo 213 LSC); nombramiento, aceptación e inscripción de los administradores (artículos 214 y 215 LSC); sustitución de los mismos (artículo 216 LSC); retribución de los administradores (artículos 217 a 220 LSC) y la duración de su cargo y cese (artículos 221 a 224 LSC). De forma específica, la Ley alude también a los deberes en el desempeño de sus funciones (artículos 225 a 235 LSC), así como su régimen de responsabilidad (artículos 236 a 241 LSC).

b) Deberes del administrador social

Los administradores de la sociedad, una vez que han sido nombrados como tales por la junta de socios y han aceptado su cargo²⁶⁸, deben cumplir los deberes señalados en la Ley de Sociedades de Capital²⁶⁹; en el supuesto de que sean incumplidos generan responsabilidad. Dentro del Título VI, el Capítulo III bajo la rúbrica “Los

²⁶⁸ El artículo 214 LSC regula el nombramiento y aceptación del cargo de administrador en las sociedades de capital.

²⁶⁹ ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad: configuración e incidencia de su infracción en la calificación del concurso y en la responsabilidad concursal”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 43, julio-diciembre 2014, pág. 2, señala la finalidad de delimitar los deberes de los administradores; según la autora, estableciendo una división de éstos se mejora el funcionamiento del sistema de responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital, y ello favorece a su vez al aumento de confianza y seguridad en la actividad empresarial. Todo ello cobra más relevancia en

deberes de los administradores” recoge el estándar de conducta exigible a estos sujetos²⁷⁰. En concreto, los administradores desempeñan su cargo en función de los denominados deberes de diligencia y lealtad²⁷¹.

a') Deber de diligencia

El artículo 225 LSC declara el “deber general de diligencia” que constituye la base sobre la que se fundamentan los demás deberes que tienen que ser acatados por los sujetos que forman el órgano de administración²⁷². El primer apartado del precepto exige a los administradores que actúen con la diligencia de un ordenado empresario, desempeñando su cargo y cumpliendo los deberes que le han

la situación en la que se encuentra nuestro país, donde el sector financiero es objeto de todo tipo de críticas.

²⁷⁰ La doctrina se ha mostrado conforme en admitir que los deberes de los administradores se construyen sobre el principio de buena fe del artículo 7 CC. Así, IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflicto de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 32 hasta 35; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital. Estudio legal y jurisprudencial. Adaptado a la Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 620, y GARRETA SÚCH, J. M., *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 35 y 36, este último manifiesta que el principio de buena fe puede dar lugar a dudas cuando no sea concretado, ya que en algunas ocasiones simplemente se utiliza como una indicación de actuar debidamente.

²⁷¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 621 y 622: Los deberes se exigen a todos los administradores independientemente de las funciones específicas que desarrollen dentro de la sociedad. De esta manera, cobra sentido el artículo 237 LSC que expone que todos los administradores deben responder por incumplimiento de sus deberes solidariamente salvo excepciones (artículo 237 LSC). Por su parte, GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre* (dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 371 hasta 373, admite lo expuesto anteriormente pero se centra en el deber de diligencia, y manifiesta que, a pesar de que todos los administradores respondan solidariamente cuando no acaten el deber de diligencia, el cumplimiento de éste por los administradores que forman parte de la misma sociedad puede ser diferente. En concreto, en el consejo de administración, donde el trabajo se divide y se especializa, todos los administradores no tienen la misma diligencia, sino que ésta varía en relación de la naturaleza del cargo y las funciones que tenga atribuidas cada uno de ellos, a pesar de que todos respondan solidariamente.

²⁷² *Vid.*, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil...*, *op. cit.*, pág. 475.

sido impuestos a través de la Ley y de los estatutos de la sociedad. Cada administrador debe tener en cuenta no solo la naturaleza del cargo sino también las funciones que tiene atribuidas en razón de éste²⁷³. El deber de diligencia se refiere específicamente “al nivel de dedicación, de competencia, de previsión y de conocimientos que requiere la gestión de cualquier empresa”²⁷⁴. La fórmula “diligencia de un ordenado empresario”²⁷⁵ utilizada en el artículo 225.1 LSC es demasiado indeterminada²⁷⁶; a través de dicha expresión la Ley exige que el administrador actúe ejecutando todas las funciones necesarias

²⁷³ En este sentido, el profesor POLO SÁNCHEZ, E., “La reforma parcial de la L.S.C: mayorías, conflictos de intereses y diligencia exigible a los administradores”, en *XV Congreso de la asociación Sáinz de Andino de profesores en Derecho mercantil*, ponencia celebrada en el Paraninfo de la Universidad de Granada los días 25, 26 y 26 de junio de 2015, ha indicado que incluir en el precepto el cumplimiento de los deberes impuestos por la Ley y por los estatutos resulta “inútil”. Igualmente –manifiesta el autor– es innecesario señalar que se tenga en cuenta la naturaleza del cargo del administrador. Además, califica como “peligrosa” la expresión “y las funciones de cada uno de ellos”, pues parece que pueden existir diferentes niveles de exigencias según las funciones de cada administrador, y que según el grado de la exigencia se derivará en una u otra responsabilidad. Por su parte GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción...”, *op. cit.*, págs. 371 y 372, señala que se tendrá en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas al administrador que pertenece al consejo de administración para así comprender la diligencia a la que debe ceñirse cada uno, a pesar de la existencia de responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento del deber señalado.

²⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y IGLESIAS PRADA, J. L., “Los órganos sociales de las sociedades de capital (II). Los administradores”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 508.

²⁷⁵ *Vid.*, GARRETA SÚCH, J. M., *La diligencia...*, *op. cit.*, pág. 47, recalca que el administrador no es un empresario pero actúa como tal. Este es el motivo que justifica que sea necesario poder ejercer el comercio para actuar legalmente como administrador.

²⁷⁶ ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dirs. ROJO, A., y BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 27: La razón de la indeterminación de esta conducta se encuentra en la propia naturaleza de la actividad de administración que el administrador debe desarrollar; realmente, determinar *ex ante* las conductas que definirían dicha actividad es imposible e inadecuado. Por ello, no se exige el comportamiento de una conducta específica sino el desempeño del cargo cumpliendo con el modelo de conducta que lo define como tal. Por su parte, JUSTE MENCÍA, J., “Sociedades...”, *op. cit.*, pág. 393, recuerda que la expresión “un ordenado empresario” se corresponde en Derecho mercantil, a la de un buen padre de familia utilizada en Derecho civil. En el mismo sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 622.

para alcanzar los fines identificados con el objeto social incluido en los estatutos²⁷⁷.

El deber de diligencia del artículo 225 LSC alcanza a quienes hayan delegado alguna de sus funciones²⁷⁸. Concretamente, la Ley permite la delegación de facultades del consejo de administración (artículo 249 LSC)²⁷⁹; este órgano, puede elegir entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas y transferirles funciones de gestión y representación de la sociedad. En estos supuestos, el consejo de administración acuerda la delegación de facultades y transfiere el deber de administrar, pero no el de supervisión, que seguirá perteneciendo a este órgano. El cumplimiento del deber de desempeñar el cargo con el propósito de alcanzar los intereses de la sociedad con diligencia debe determinarse teniendo en cuenta las funciones que cada uno asume²⁸⁰. Cuando el órgano de administración (en este caso estructurado como consejo de administración) decida delegar, tiene el deber de elegir a una persona competente para desempeñar las funciones delegadas, instruirla y supervisar su labor²⁸¹.

También, el artículo 225.2 LSC incluye la obligación de tener una adecuada dedicación al cargo y adoptar las medidas precisas para el

²⁷⁷ FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 29 hasta 31, sostiene que el modelo de diligencia propuesto para el desempeño del cargo de administrador social ha evolucionado históricamente. El Código de Comercio exigía que el administrador actuara como un “buen padre de familia”; posteriormente la LSA de 1951 indicó como modelo el de un “ordenado comerciante”; más tarde, la LSA y LSRL propone al “ordenado empresario”, expresión mantenida en la actual LSC.

²⁷⁸ No todas las facultades son delegables, en concreto el artículo 249 bis LSC ha introducido una lista en la que se enumeran varias funciones que en ningún caso pueden ser transferidas.

²⁷⁹ La delegación de facultades tan solo puede realizarse en los supuestos en los que la estructura del órgano de administración es el consejo de administración; por el contrario, cuando el órgano haya adoptado una forma distinta (administrador único, solidario o mancomunado) no cabe la admisión de la delegación. En ambos casos lo que sí podrán otorgarse son apoderamientos.

²⁸⁰ Vid, ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes...”, *op. cit.*, pág. 28, recalca que, a diferencia del contenido del deber de diligencia, el de deber de lealtad no sufre ninguna modificación en relación con la delegación de facultades.

²⁸¹ En este sentido, GÓMEZ LOZANO, M. M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., “Responsabilidad de administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirentes de una vivienda (Una reflexión a la luz de la STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2014)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 43, julio-diciembre 2014, pág. 6.

buen control y dirección de la sociedad²⁸²; además, el precepto manifiesta el deber de exigir y el derecho de obtener de ésta la información necesaria para el ejercicio de sus competencias (artículo 225.3 LSC). Cualquier administrador debe estar informado de la marcha de la sociedad, la ignorancia no cabe como justificación para ser exonerado de responsabilidad. El administrador tiene la obligación de desempeñar su cargo activamente, interesándose por cualquier circunstancia que pueda influir en el cumplimiento de sus obligaciones. La información que recabe el administrador debe estar puesta en conexión con el desempeño de sus funciones; por lo tanto, el derecho a la información es un derecho individual que está limitado de manera objetiva²⁸³.

En algunos supuestos el administrador tendrá que enfrentarse a la toma de decisiones que traigan consigo implícito un riesgo para la sociedad. En estas situaciones el administrador tiene la obligación de actuar conforme demanda el artículo 225 LSC, es decir, como un ordenado empresario, utilizando todos los instrumentos necesarios para tomar su decisión con el objetivo de favorecer a los intereses de la sociedad²⁸⁴. No obstante, la gestión que decida poner en práctica el administrador, aun empleando la debida diligencia, puede desencadenar un perjuicio para el interés social. Habitualmente, las decisiones que deben tomarse en el ámbito societario se mueven dentro de amplio marco de incertidumbre en el que resultan influyentes

²⁸² GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción...”, *op. cit.*, págs. 373 hasta 380, aplaude la inclusión de la fórmula que alude a la “adecuada dedicación y la buena dirección y control de la empresa”; ya que critica que el legislador no haya concretado más el deber de diligencia (como si ha hecho con el de lealtad); una mayor precisión del deber de diligencia, supone a su vez más certeza y seguridad jurídica, que evidentemente hará más fácil aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores.

²⁸³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pág. 902.

²⁸⁴ En este sentido, nos remitimos a la cita realizada por GARRETA SUCH, J. M., *La diligencia...*, *op. cit.*, pág. 56, que incluye un pasaje de Aristóteles de su obra *La gran moral*: “Cuando no ha habido intervención de la razón para discernir el mejor partido que debe tomarse, no puede hablarse de hombre de buen sentido, el que obra de esta manera. Cualquiera que sea el resultado que obtenga, solo será un hombre afortunado; porque los resultados obtenidos sin que intervenga la razón, que juzga sanamente las cosas, no son más que obra del azar y de la fortuna” (La siguiente referencia es incluida por esta parte: ARISTÓTELES, *La gran moral*, El Cid, Santa Fe, 2003, pág. 104).

factores externos incontrolables por el administrador²⁸⁵. Así, a partir de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se introdujo en el artículo 226 LSC²⁸⁶ la “Protección de la discrecionalidad empresarial”. A través de este precepto se acoge dentro de nuestro ordenamiento la llamada regla del buen juicio empresarial o *business judgement rule*, acuñada hace años por los tribunales norteamericanos²⁸⁷. Esta regla dispone que los administradores deben tomar sus decisiones de buena fe, con la información necesaria para valorar los posibles riesgos que se puedan derivar de su decisión y tomando como objetivo en todo momento proteger el interés de la sociedad. De manera que si el acuerdo adoptado finalmente por los administradores deviene ruinoso o perjudicial para la sociedad no se les pueda exigir a éstos ninguna responsabilidad, ya que quedará justificado que actuaron de forma diligente y prudente, con un margen de riesgo lógico²⁸⁸. En consecuencia, se garantiza a los administradores que las determinaciones que tomen que no sean acertadas no serán consideradas automáticamente como negligentes, y por lo tanto, no se derivará de ellas responsabilidad de manera inmediata. Para ello, las decisiones en las que se pongan en juego los intereses de la sociedad deben ser razonables, esto es, coherentes²⁸⁹. No

²⁸⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil...*, *op. cit.*, pág. 475, el administrador no está obligado a conseguir resultados exitosos. No debemos confundir “la observancia de la diligencia debida” con “el éxito en el negocio”.

²⁸⁶ El artículo 226 LSC establece: “1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”.

²⁸⁷ La inclusión de esta regla en la LSC es cuestionada. Durante la fase de enmiendas de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital se propuso que desapareciera, porque se consideraba que los administradores se podrían permitir actuar de forma irresponsable ante la existencia de un espacio de impunidad en el que intentarían justificar sus actos en el caso de que con ellos hubiesen perjudicado a la sociedad. Así lo manifiesta, GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción...”, *op. cit.*, pág. 410.

²⁸⁸ GÓMEZ LOZANO, M. M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 6.

²⁸⁹ GOMES RAMOS, M. E., “Derecho de la competencia y deberes de diligencia de los administradores”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 42, enero-junio

es obligatorio que los administradores tengan la certeza absoluta de que su decisión vaya a ser beneficiosa para la sociedad, pero sí deben asegurarse de que actúan conforme a los requisitos expuestos en el artículo 226 LSC. Sin duda, la regla supone una motivación para que los administradores dejen a un lado la gestión conservadora de la sociedad y decidan apostar por innovadoras estrategias que evidentemente llevan inherentes ciertos riesgos²⁹⁰.

b') Deber de lealtad

En relación con el deber de diligencia citado se encuentra el deber de lealtad regulado en el artículo 227 LSC²⁹¹, que requiere a los administradores que actúen como un representante fiel, de buena fe y en interés de la sociedad. Efectivamente, existe una relación entre el deber de diligencia y el deber de lealtad, ya que la obligación que recae sobre el administrador de actuar de buena fe engloba que se comporte como un representante leal y diligente²⁹². El administrador debe priorizar siempre el interés de la sociedad a su interés privado, no solo en los supuestos en los que deba tomar una decisión concreta sino como regla general²⁹³. Por lo que, a través del deber de lealtad se pretende asegurar que el administrador actúe con total imparcialidad y transparencia, siempre en beneficio de la sociedad de la que forma parte²⁹⁴.

2014, pág. 4. Igualmente, CRUZ RIVERO, D., "La administración de la sociedad", en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 539.

²⁹⁰ DÍAZ MORENO, A., "La Ley de Reforma de la LSC. La *business judgment* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital", en *Gómez-Acebo & Pombo (Análisis GA&P)*, julio 2014, pág. 2.

²⁹¹ El tenor literal de artículo 227 LSC reza así: "1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador".

²⁹² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La reforma...", *op. cit.*, pág. 903.

²⁹³ ORIOL LLEBOT, J., "Los deberes...", *op. cit.*, pág. 28; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., y IGLESIAS PRADA, J. L., "Los órganos...", *op. cit.*, pág. 508; SÁEZ LACAVE, M., "Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas", en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2016, pág. 10.

²⁹⁴ VELOSO CARO, J., "El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)", en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3*

Para facilitar la aplicación del precepto que recoge el deber de lealtad (artículo 227 LSC), el legislador ha incluido en el artículo 228 LSC un catálogo de conductas básicas que el administrador está obligado a realizar para respetar el deber mencionado. En concreto: el administrador solo puede ejercitar sus facultades para los fines que le han sido concedidas pero nunca para otros distintos²⁹⁵; guardar secreto sobre la información a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él (excepto que la Ley lo exija, por ejemplo en un procedimiento judicial donde el administrador es interrogado como investigado); realizar sus funciones de forma responsable con libertad de criterio e independencia; tomar medidas para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes en relación con la sociedad, y por último, abstenerse de participar en la adopción de acuerdos o decisiones en las que tenga un conflicto de intereses, excepto cuando se trate de acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador (como puede ser la designación o revocación para cargos en el órgano de administración).

A pesar de que el artículo 228 LSC contempla varias obligaciones en la única que se detiene posteriormente es en el deber de evitar situaciones de conflicto de interés²⁹⁶, incluido en la letra e) del precepto señalado. El administrador tiene que actuar de manera que no llegue a involucrarse en una situación en la que sus intereses colisionen con los de la sociedad de la que forma parte a través del órgano de administración²⁹⁷. En los supuestos en los que esto sucede existe

de diciembre (dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 439.

²⁹⁵ En concreto, esta obligación es muy relevante. Durante este trabajo recurriremos a ella en varias ocasiones para justificar que si el administrador dispone de facultades que le han sido concedidas para administrar el patrimonio deberá desarrollarlas con tal finalidad no con otra diferente.

²⁹⁶ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre* (dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 554, por lo general se entiende que el interés se refiere a un interés económico o patrimonial; no obstante, también puede darse un conflicto entre el interés de la sociedad y el interés moral o ideológico del administrador.

²⁹⁷ *Ibidem.*, pág. 542, establece un paralelismo recordando que la abstención de participar en actos o acuerdos en los que exista un conflicto de intereses, existe también en relación con los jueces, árbitros o funcionarios que no podrán conocer

el riesgo de que el administrador anteponga su interés personal al interés social. Para evitar esta situación la Ley de Sociedades de Capital no solo exige al administrador que se abstenga de realizar determinadas conductas que pueden perjudicar a la sociedad (artículo 229.1 LSC²⁹⁸)²⁹⁹ y a informar a los demás administradores de cualquier situación de conflicto que ellos o personas con las que tengan vinculación puedan tener con el interés de la sociedad (artículo 229.3 LSC), sino que incluso le obliga a tomar las medidas necesarias para evitar que el conflicto se inicie³⁰⁰. Además, la Ley prohíbe expresamente al administrador que beneficie a una persona vinculada a él³⁰¹ con la

de un determinado asunto cuando tengan relación con alguna de las partes que forma parte del mismo.

²⁹⁸ El artículo 229 LSC requiere al administrador abstenerse de: “a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad; b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas; c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados; d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad; e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”.

²⁹⁹ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 89 hasta 163, realiza un análisis exhaustivo de las conductas que son específicamente prohibidas por el artículo 229.1 LSC.

³⁰⁰ DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflicto de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, en *Gómez-Acebo & Pombo (Análisis GA&P)*, diciembre 2014, pág. 1, califica el contenido del artículo 228.e) LSC como una suerte de “*no-conflict rule*”.

³⁰¹ En concreto el artículo 231 LSC manifiesta: “1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. 2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica; c) Las socie-

realización de una de las conductas recogidas en los preceptos anteriores, ya que ello no será excusa para poder cometer dicho comportamiento (artículo 229.2 LSC).

Con el fin de que el deber de lealtad impuesto a los administradores sea debidamente cumplido, el artículo 230.1 LSC refuerza el contenido del artículo 227 LSC subrayando el régimen relativo al deber de lealtad como imperativo. Además, el precepto añade que la responsabilidad que se exigirá a los administradores en los supuestos en los que se infrinja dicho deber tampoco puede ser restringida o eliminada.

Sin embargo, existen determinados casos en los que la sociedad sí puede dispensar a los administradores (o a una persona que tenga vinculación con éstos) de las obligaciones establecidas en el artículo 229 LSC, permitiéndoles –mediante autorización³⁰²– “una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero” (artículo 230.2 LSC).

Excepcionalmente –mediante acuerdo expreso y separado de la junta general–, el administrador puede ser dispensado de su obligación de no competir con la sociedad. Será en dos supuestos concretos: cuando no se produzca un perjuicio para la sociedad o en el caso

dades que formen parte del mismo grupo y sus socios; d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior”.

³⁰² El artículo 230.2 LSC reza así: “(...) La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso”. A pesar de que el precepto no lo exprese, cabe mencionar que la autorización a la que alude puede ser específica o genérica, véase: GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes...”, *op. cit.*, pág. 566.

de que se espere que ésta sea compensada con los beneficios que se prevén obtener. No obstante, en caso de que el riesgo de perjuicio para la sociedad “haya devenido relevante” puede ocurrir que la junta general (a instancia de cualquier socio) cese al administrador que esté realizando actividades competitivas (artículo 230.3 LSC).

c) Criterios de identificación del administrador social que actúa deslealmente

En general, cuando el delito de administración desleal (artículo 252 CP) concurre en el ámbito de las sociedades de capital es cometido por el sujeto que ostenta el cargo de administrador social. El sujeto activo por antonomasia del delito de administración desleal cuando se desarrolla en el ámbito de las sociedades de capital es el administrador de derecho. En términos generales, las facultades del administrador de actuar sobre el patrimonio ajeno le vienen dadas al administrador de derecho por una norma jurídica, en concreto por la Ley de Sociedades de Capital. A través del artículo 209 LSC se faculta a los administradores para que puedan realizar actividades de gestión y representación entre las que se encuentran las dirigidas a administrar el patrimonio social. Más específicamente puede señalarse que en algunos supuestos se le atribuyen al administrador facultades jurídicas de administración de forma directa a través de un precepto de la ley o incluso de un negocio jurídico. La condición de dicho sujeto le faculta para llevar a cabo actividades que le permiten disponer –en mayor o menor medida– del patrimonio de la sociedad. El administrador, aprovechándose de las funciones que le son concedidas, realiza actividades ilícitas que perjudican al patrimonio que tiene el deber de administrar lealmente. De esta manera, se produce un menoscabo al patrimonio administrado que deriva paralelamente en un perjuicio al titular de dicho patrimonio. La identificación del administrador, en los supuestos en los que ejerce su cargo cumpliendo con las formalidades exigidas por la ley en el seno de una sociedad correctamente constituida, es sencilla. Sin embargo, en muchas ocasiones en las que nos encontramos ante hechos que supuestamente encajan en el tipo del delito de administración desleal, resulta más complicado concretar (debido a determinadas circunstancias que veremos a continuación) si un sujeto es o no administrador de una sociedad y si éste estaba facultado para actuar como tal. Por ello, nos detenemos en precisar algunos criterios básicos que nos ayudaran a identificar al administrador social en ocasiones especiales.

a') Tipo de administrador social: único, solidario, mancomunado o en consejo de administración

Resulta relevante para la identificación del administrador tener en cuenta cómo está organizado el órgano de administración social. La administración de las sociedades de capital no siempre tiene la misma estructura. El artículo 210 LSC determina los modos en los que puede organizarse la administración de una sociedad. Según la forma que tenga el órgano de administración serán identificados los administradores sociales. En concreto, el precepto establece que la sociedad se puede “confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración”. En la SA si la administración se concede a dos administradores, éstos se constituirán de forma mancomunada, y si es a más de dos, deberán constituir un consejo de administración. En cambio, en la SRL los estatutos sociales determinarán la forma en la que puede organizarse la administración de la sociedad, correspondiéndole a la junta de los socios optar por uno de los tipos de organización; sin embargo, la LSC añade una puntualización y es que si deciden constituirse como consejo de administración el mínimo de miembros será tres y el máximo doce (artículo 242 LSC), para la SA no se determina un número máximo de componentes.

Las formas de organizar la administración de una sociedad son las siguientes³⁰³:

- Sociedad constituida por un administrador único: en este supuesto el administrador desempeña todas las funciones propias del órgano de administración individualmente. En este caso no habrá problemas para identificar al administrador social. Este sujeto se encargará de la gestión y representación de la sociedad y en consecuencia de la protección del patrimonio social. Cuando el administrador único gestione deslealmente el patrimonio y cause un

³⁰³ Como expresa BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 500, la LSC tan solo se centra en detallar el régimen del consejo de administración pero no se detiene en analizar el resto de las formas en las que puede estructurarse el órgano de administración. Para las últimas mencionadas habrá que acudir a lo dispuesto en el RRM, lo establecido en los estatutos sociales y las normas generales de la LSC que determinan el régimen jurídico de los administradores.

perjuicio a la sociedad, será identificado como sujeto activo de artículo 252 CP.

- Sociedad constituida por varios administradores que actúan solidariamente: los administradores tienen plenas facultades para realizar de manera individual las competencias propias del órgano de administración. El administrador utiliza el nombre de la sociedad y la obliga frente a terceros³⁰⁴. A pesar de que el órgano de administración esté formado por varios sujetos, cada uno actúa independientemente. Las decisiones que tomen generan responsabilidad individual. En general, el administrador solidario aprovecha que puede actuar sin depender del resto de administradores para perjudicar el patrimonio que administra. La particularidad de esta forma de organización es que el administrador solidario puede desarrollar sus facultades de administración de manera independiente y ello facilitará que pueda realizar comportamientos que perjudiquen al patrimonio que debe salvaguardar. También, varios administradores solidarios pueden actuar conjuntamente y perjudicar el patrimonio³⁰⁵.
- Sociedad constituida por varios administradores conjuntos o mancomunados: en estos casos se requiere el consentimiento de todos los administradores para realizar cualquier acto. Al contrario que en el supuesto anterior, los administradores mancomunados actúan conjuntamente. En este caso, el administrador encontrará más dificultades para actuar de manera unilateral, ya que las decisiones se toman de forma conjunta. Por ello, será más común que los administradores se pongan de acuerdo para actuar deslealmente y causar un perjuicio al patrimonio. Para imponer la pena a cada administrador habrá que estar a la conducta que ha desempeñado en relación con el hecho delictivo.
- Consejo de administración: es un órgano colegiado cuya regulación se expone de forma específica en los artículos 242 a 251 LSC. El consejo de administración debe es-

³⁰⁴ *Ibidem.*, pág. 491.

³⁰⁵ En dicho supuesto, los administradores que hayan realizado el hecho ilícito serán castigados conforme a las reglas de autoría y participación, que serán tratadas en el Capítulo V, epígrafe 2., de esta parte del trabajo.

tar formado por un mínimo de tres personas que actúen conjuntamente (artículos 210.2 y 242 LSC). Para el nombramiento de sus miembros regirán los artículos 211 LSC y siguientes, salvo determinadas excepciones que presenta la SA³⁰⁶. En la SRL los estatutos determinarán la organización y funcionamiento del consejo de administración pero en la SA el propio consejo se autorregula, salvo que los estatutos concreten otra cosa (artículo 245 LSC). El consejo de administración lo forman necesariamente un presidente y un secretario (que no tendrá que ser consejero³⁰⁷). Además, el resto de consejeros pueden ser vocales, vicepresidente o vicesecretario. La convocatoria, constitución y adopción de acuerdos en el consejo de administración se realizará según lo establecido en los artículos 246 a 248 LSC. El RRM permite (salvo que lo impidan los estatutos) que los consejeros sean representados en las reuniones pero solo por otro consejero³⁰⁸.

La LSC determina que los sujetos que forman parte del órgano de administración responderán de forma solidaria de los acuerdos o actos lesivos (artículo 237 LSC). Sin embargo, desde la perspectiva penal se plantea una interpretación diferente a este supuesto de responsabilidad. En concreto, se ha determinado que aunque el delito se realice en el marco de un órgano colegiado, responderán personalmente quienes hayan cometido el hecho ilícito y lo harán en función de su grado de participación. La responsabilidad del administrador que haya actuado delictivamente no se extenderá de forma automática al resto de administradores que no hayan realizado el acto típico³⁰⁹.

³⁰⁶ En concreto, la SA presenta dos particularidades en relación con el sistema de representación proporcional (artículo 243 LSC) y la cooptación (artículo 244 LSC).

³⁰⁷ Sobre la figura del secretario del consejo de administración que no es consejero nos pronunciamos posteriormente de forma específica.

³⁰⁸ CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTIZ, J., *Esquemas...*, *op. cit.*, pág. 341: Así lo ha manifestado la doctrina que se ha decantado por una interpretación restrictiva de la última parte de artículo 97.1.4 RRM.

³⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 442. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 103 hasta 105. LÓPEZ LORENZO, V. y FACORRO ALONSO, A., "Aspectos penales del régimen de las socie-

En relación con la participación del administrador en las reuniones, CASTRO MORENO y FERNÁNDEZ TERUELO recogen tres situaciones especiales. En primer lugar, que un consejero se ausente de la reunión. En este caso, habrá que tener en cuenta si el consejero sabía o no que en dicha reunión se iba a decidir sobre la realización de un hecho ilícito y cómo ha influido su ausencia en la votación. En segundo lugar, se alude a los casos de desistimiento. Puede ocurrir que se celebre una reunión en la que un consejero utilice su voto para evitar que se acuerde la comisión del hecho delictivo, de forma que podría quedar exonerado de responsabilidad penal. En concreto, habrá que tener en cuenta la verdadera voluntad que tenía el administrador. Por último, los autores señalan el caso del administrador que dimite. El consejero además de dimitir tendrá que haber impedido la realización del hecho ilícito, en caso contrario responderá penalmente³¹⁰.

dades mercantiles. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, en *Delincuencia económica* (dir. MAGRO SERVET, V.), Estudios de Derecho Judicial nº 93, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 28. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 65. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 120 y 121 (aludiendo en general a los órganos colegiados). Además, GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX)... (2005)”, *op. cit.*, pág. 612; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 221 y 222; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 79 y 80, recuerdan el concepto de delito colegial para manifestar (como hacemos en el texto principal) que la unidad de acto del consejo de administración no supone automáticamente una responsabilidad solidaria de sus miembros, pues éstos responderán de forma personal.

³¹⁰ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 222 hasta 224. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 80 y 81. Más extensamente, MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 549 hasta 555; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 443 hasta 447, el autor apoyándose en la doctrina penal analiza detenidamente varios supuestos. Así, en primer lugar alude a los casos en los que la votación nominal no es secreta, diferenciando cuando la emisión del voto a favor es simultánea (donde a su vez distingue si la votación es necesaria: a) responderán los que hayan votado a favor de la adopción del acuerdo ilícito; b) no responderán los que hayan votado en contra o en blanco) o no simultánea (en este caso observamos de nuevo varios supuestos: a) si el voto se ha emitido antes de que se haya alcanzado la mayoría necesaria habrá responsabilidad penal; b) si el voto se ha emitido después de que se haya alcanzado la mayoría necesaria responderán penalmente; c) si el administrador vota en contra de la adopción del acuerdo ilícito pero durante la deliberación lo apoya habrá responsabilidad penal como autor mediato o inductor). En segundo lugar, hace referencia a la votación nominal que

Habitualmente el consejo de administración designa una o varias comisiones ejecutivas (formadas por varios consejeros) o uno o más consejeros delegados, determinando el contenido, límites y modalidades de delegación³¹¹. La LSC establece una lista de facultades que son indelegables (artículo 249 bis LSC)^{312,313}. La delegación de facultades y la designación de la comisión ejecutiva o del consejero delegado requieren para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del consejo. La inscripción en el Registro

es secreta (en este caso, si el acuerdo se adopta por mayoría no hay responsabilidad penal porque no se sabe que administrador voto a favor; en cambio, si el acuerdo se adopta por unanimidad, responderán todos los asistentes) y por último a supuestos especiales. Así, analiza la responsabilidad del administrador cuando ha participado en la votación y ha disentido (no incurre en responsabilidad penal porque no existe delito de omisión que castigue por no haber impedido el delito); por no asistir a la votación (no hay responsabilidad penal, y si hubiese sería como autor mediato); cuando el acuerdo jurídico no llega a ser jurídicamente adoptado (en este caso como la mayoría de los administradores han votado en contra, los que han votado a favor no tienen responsabilidad); o supuestos en los que el administrador omite un comportamiento que debería haber realizado.

³¹¹ La designación de comisiones ejecutivas o consejeros delegados no significa que no se admita el nombramiento de apoderados. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTIZ, J., *Esquemas...*, *op. cit.*, pág. 344. También: BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 523 hasta 525.

³¹² Según lo establecido en la LSC son facultades indelegables: a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado. b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad. c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230. d) Su propia organización y funcionamiento. e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general. f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada. g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato. h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución. i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general. j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos. k) La política relativa a las acciones o participaciones propias. l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

³¹³ En el caso de las sociedades anónimas que cotizan en bolsa la lista de facultades que no pueden delegarse se amplía. Véase el artículo 529 ter LSC.

Mercantil del acuerdo de delegación de facultades deberá contener concretamente el consentimiento de delegado y las facultades que se le han delegado (artículo 149 a 150 RRM). Los acuerdos de delegación de facultades tienen efectos desde que se ha producido su inscripción en el Registro Mercantil. En los casos en los que el consejero delegado hubiera desarrollado actividades que le han sido delegadas desde su nombramiento sin estar inscrito en el Registro Mercantil, el artículo 152 RRM determina que los efectos de dichos actos se retrotraerán al momento de su celebración. De este modo, el consejero delegado realizará las funciones propias del consejo de administración y además otras específicas. Teniendo en cuenta que todo consejero delegado es un administrador social³¹⁴, cumple los requisitos exigidos para ser sujeto activo del artículo 252 CP³¹⁵.

b') Persona física o jurídica

La identificación del administrador responde en algunas ocasiones a su capacidad para ejercer como tal. En concreto el artículo 212.1 LSC determina que podrán ser administradores tanto las personas físicas como las personas jurídicas³¹⁶. Analizamos cada supuesto por separado:

— Administrador persona física: el artículo 212.1 LSC admite la posibilidad de que el administrador sea una persona física pero a continuación recoge expresamente una serie de exigencias que impedirán a un sujeto ser administrador en determinadas circunstancias (artículo 213 LSC). En concreto, el precepto determina que no podrán ser administradores “los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad,

³¹⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 117, para justificar su inclusión en el derogado artículo 295 CP manifestó que estos sujetos actuaban como administradores de derecho.

³¹⁵ Sobre la delegación de facultades y el deber de diligencia hay una breve referencia en el epígrafe donde se trata el deber mencionado.

³¹⁶ Además, el precepto señala que para ser administrador no es necesario ser socio, salvo que así lo requieran los estatutos de la sociedad.

así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio”. Además, “tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal”.

La doctrina se ha cuestionado qué sucede en los supuestos en los que un sujeto se encuentra en una situación de las señaladas anteriormente y es nombrado administrador de una sociedad. En concreto, FARALDO CABANA niega que el nombramiento de los administradores incurso en una prohibición sea nulo. La autora para justificar su opinión acude a lo expuesto en el artículo 6.3 CC: “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibiciones son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. En relación con la última parte del precepto, el artículo 224.1 LSC determina que el administrador que estuviera incurso en una prohibición legal del artículo 213 LSC debe ser destituido inmediatamente cuando lo solicite cualquier accionista. Así, la LSC cuando permite que el administrador que se encuentre en una situación de las previstas en el artículo 224.1 LSC sea destituido, está afirmando a la vez que tal administrador (aunque se encuentre en una causa de incompatibilidad) ha sido designado mediante un nombramiento eficaz. De modo que, salvo que cualquier accionista solicite la destitución, el administrador actuará como un administrador de derecho³¹⁷, y por lo tanto podrá ser sujeto activo del artículo 252 CP.

— Administrador persona jurídica: la LSC permite que el administrador de una sociedad sea una persona jurídica. En este supuesto,

³¹⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 67 y 68. La autora ya mantuvo tal interpretación en la 1ª. ed. de la misma obra (págs. 142 y 143); RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pág. 93; MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 544; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 232 y 233; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 73 (nota 144), además puntualiza que si se realizara una interpretación diferente del artículo 224.1 LSC acarrearía la consecuencia de que todos los actos llevados a cabo por el sujeto incurso en una prohibición serían nulos (a nuestro juicio, serían válidos pero el administrador hubiese actuado como administrador de hecho). A favor de que es un administrador de hecho porque determina que se ha elegido por un acuerdo nulo: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 61.

una persona física será designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador (artículos 212 y 212 bis LSC). De manera que dicha persona cumple con los requisitos legales que la LSC exige para ser administrador y está sometida a los mismos deberes que los administradores³¹⁸. Además, la LSC establece que responderá solidariamente con la persona jurídica del administrador (artículo 326.5 LSC)³¹⁹.

De manera que la LSC permite que una persona jurídica adquiera la condición de administrador. Ahora bien, ¿el Código Penal admite la posibilidad de que la persona jurídica que actúe como administrador pueda ser sujeto activo del delito de administración desleal y tener responsabilidad penal? Si atendemos al tenor literal del artículo 252 CP observamos que el precepto, para hacer alusión al sujeto activo del delito, determina “los que teniendo facultades para administrar”, de modo que si nos ceñimos a lo expresado en la norma entendemos que cualquier persona que tenga facultades de administración puede cometer un delito de administración desleal. El Código Penal no especifica en la Exposición de Motivos ni en el propio precepto si dichas personas deben ser físicas o jurídicas, por lo que podríamos entender –ya que creemos que es lo más coherente– que pueden ser ambas. De esta manera, tanto una persona física como jurídica podría ser sujeto activo del delito de administración desleal. Sin embargo, debemos recordar que el legislador ha determinado expresamente los delitos que pueden ser cometidos por una persona jurídica³²⁰, y no ha contemplado la opción de que el sujeto mencio-

³¹⁸ Su revocación no se producirá hasta que no se haya inscrito en el Registro Mercantil la designación de una persona que lo sustituya (artículo 212 bis LSC).

³¹⁹ Tal contenido coincidía con lo establecido en el derogado artículo 31.2 CP que fue introducido por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, que haciendo alusión al artículo 31.1 CP disponía que respondería personalmente el sujeto que había actuado como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro y que igualmente “será responsable de la misma manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

³²⁰ La responsabilidad penal de la persona jurídica podrá exigirse en los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis CP), trata de seres humanos (artículo 177 bis CP), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (artículo 189 bis CP), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (artículo 197 CP), estafa y fraude (artículo 259 bis), insolvencias punibles (artículo 261 bis CP), daños informáticos (artículo 264 CP), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (artículo 288 CP), blanqueo de capitales (ar-

nado sea responsable del delito del artículo 252 CP. La redacción del precepto es incompleta en este sentido³²¹, ya que no prevé de forma específica que la conducta típica sea cometida por una persona jurídica y cuál sería la responsabilidad penal de ésta. Por ello, en los supuestos en los que una sociedad realice los hechos descritos en el artículo 252 CP, responderá personalmente la persona física que actúa en su nombre y representación (artículo 31 CP)³²². De *lege ferenda*

título 302 CP), financiación ilegal de partidos políticos (artículo 304 bis CP), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (artículo 310 bis CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP), delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (artículo 319 CP), delitos contra el medio ambiente (artículo 327 y 328 CP), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (artículo 343 CP), delitos de riesgo provocados por explosión (artículo 348 CP), delito contra la salud pública (artículo 366 y 369 bis CP), falsedad en medio de pago (artículo 399 bis CP), cohecho (artículo 427.2 CP), tráfico de influencias (artículo 430 CP), delito de incitación al odio y a la discriminación (artículo 510 bis CP), organizaciones y grupos criminales (artículo 570 quater CP), financiación del terrorismo (artículo 576 bis CP), contrabando (artículo 2.6 LO 12/1995, 12 de diciembre, de represión del contrabando. La lista es extraída de GÓMEZ MARTÍN, V., y VALIENTE IVÁNEZ, V., “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 130.

³²¹ En concreto, QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231, califica como un olvido el hecho de que el legislador no haya hecho mención a la administración desleal cometida por una persona jurídica. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 90, señala tal circunstancia como “inexplicable”. También, RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 533. Además, la exclusión de las personas jurídicas sorprende porque por lo general cada vez se exigen mayores responsabilidades a las personas jurídicas, tal y como ha expuesto FOFFANI, L., “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?”, en *Nuevo Foro Penal*, n° 75, julio-diciembre 2010, pág. 43. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, J. J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídica* (dir. PALMA HERRERA, J. M. y coord. GONZÁLEZ TAPIA, M. I.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 47 hasta 51, realiza una crítica sobre las razones que justifican la necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas como instrumento para hacerle frente a la criminalidad de empresa, y subraya –entre otras razones– que el argumento que se basa en que “la estructura societaria constituía un impedimento para la identificación, imputación y, en su caso, condena, de las personas físicas responsables de las conductas delictivas” no es una justificación sólida. El autor en concreto determina que la jurisprudencia que se ha pronunciado recientemente sobre delincuencia económica no ha encontrado problemas para sancionar a la persona física; y específicamente señala qué casos de administración desleal han sido resueltos con bastante solvencia.

³²² Sobre lo expuesto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 438. También, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 71 y 72, determina que en relación con el representante de la persona jurídica caben

debería incluirse en el artículo 252 CP un apartado final que hiciese referencia expresamente a la responsabilidad de la persona jurídica. De este modo, la sociedad podría ser responsable de un delito de administración desleal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis CP y preceptos concordantes³²³.

c') Cumplimiento o incumplimiento de las formalidades requeridas por la Ley de Sociedades de Capital: nombramiento, aceptación e inscripción del nombramiento. Los administradores suplentes

En algunas ocasiones sucede que un sujeto actúa con la creencia de que reúne todos los requisitos formales para ser administrador de una sociedad pero realmente no cumple con todas las exigencias que determina la LSC para adquirir dicha condición³²⁴. Por este motivo, hacemos mención a las formalidades que deberá cumplir el administrador de una sociedad para ostentar tal cargo.

El nombramiento de los administradores corresponde a la junta general³²⁵, salvo excepciones concretas³²⁶. La aceptación del cargo puede producirse en el mismo momento del nombramiento o con posterioridad, por lo tanto, el administrador no puede aceptar su

dos opciones. La primera, considerarlo administrador de derecho, porque actúa de forma parecida a cualquier administrador; y la segunda, que no se admita al representante como un administrador de derecho y responda del delito del artículo 252 CP (la autora alude a los delitos societarios, pero nosotros lo especificamos) a través de la figura de “actuar en nombre de otro” incluida en el artículo 31 CP.

³²³ CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 11, JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva configuración del delito de administración desleal*, Bosch, Barcelona, 2016, págs. 123 y 124, sostienen que si el administrador es una sociedad, respondería del ilícito la persona física que la representa, pero además manifiestan que la persona jurídica no quedará exonerada de responsabilidad penal en virtud de lo establecido en los artículos 31 bis y 31 ter CP. Tal afirmación supone un error, porque de los únicos delitos que pueden responder penalmente las personas jurídicas son de los indicados expresamente en el Código Penal. La redacción del artículo 252 CP no contempla la posibilidad de que la conducta típica sea realizada por una persona jurídica, en cambio sí hace referencia a tal opción el artículo 251 bis en relación con el delito de estafa.

³²⁴ Entendemos que en tales supuestos el administrador adquiere la condición de administrador de hecho, sobre esta figura nos pronunciamos posteriormente.

³²⁵ En los supuestos en los que el administrador ejerza funciones administrativas pero no haya sido nombrado será calificado como administrador de hecho, así DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 217 hasta 226.

³²⁶ Véase lo expresado en los artículos 243 y 244 LSC.

cargo antes de ser nombrado (artículo 214 LSC y 141 RRM)³²⁷. En los diez días posteriores a la fecha de la aceptación, el nombramiento deberá inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 214 y 215 LSC). En el caso de que no se realice la inscripción, el nombramiento del administrador de la sociedad tendrá validez jurídica únicamente si se comprueban “la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo”³²⁸. En estos supuestos, la doctrina penal ha considerado que el sujeto actúa como un administrador de derecho³²⁹, lo que conlleva admitir que puede ser calificado como sujeto activo del delito del artículo 252 CP.

³²⁷ La doctrina se ha pronunciado en relación con el administrador que tras su nombramiento, ejerce como tal sin haber aceptado su cargo. En concreto, una parte de la doctrina ha considerado que se trata de un administrador de derecho (porque ha aceptado tácitamente y la LSC no exige una forma concreta para que se formalice la aceptación del cargo): Por todos, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 125 y 126, también CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 230; RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 91; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 66. En cambio otro sector ha defendido que se trata de un administrador de hecho, porque se ha realizado el nombramiento pero no se ha aceptado el cargo, así SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 62. En nuestra opinión, el administrador que ha sido nombrado pero no acepta su cargo debe ser considerado administrador de derecho, porque como bien indican la mayor parte de los autores no existe ninguna norma que exija una aceptación expresa. Sin embargo, debemos puntualizar que en el caso de los consejeros delegados (artículo 150 RRM) y de los administradores suplentes (artículo 216.1 LSC), entendemos que se requiere la aceptación expresa para la inscripción, por lo que en el caso de que no acepten serán considerados administradores de hecho.

³²⁸ Así ha sido determinado por la Resolución de 24 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros del Notariado, que añade: “Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. No se trata en resumen de oponibilidad no frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil”.

³²⁹ En concreto, en estos supuestos la doctrina penal se ha planteado si el administrador actúa como un administrador de hecho o de derecho: *Vid.*, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 228. RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 92 y 93, determina que la inscripción en el RM “no tiene carácter constitutivo sino declarativo”, aunque el sujeto no esté inscrito actúa como administrador de derecho. Igualmente, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 66 y 67, y MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 543.

Además, la LSC permite –salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario– el nombramiento de administradores suplentes para los supuestos en los que cesen por cualquier causa uno o varios administradores principales (artículo 216.1 LSC). El nombramiento y aceptación de los suplentes será inscrito en el Registro Mercantil cuando haya cesado el administrador principal³³⁰. En los supuestos en los que los estatutos sociales prevean un plazo concreto de duración del cargo, se entenderá que el nombramiento del suplente se efectúa “por el período pendiente de cumplir cuya persona vacante se cubra” (artículo 216.2 LSC).

d’) Separación y cese del administrador social. La renuncia al cargo

La concreción de la duración del cargo de administrador nos permite conocer si realmente el sujeto tenía facultades de administrar reconocidas por la ley. La duración del cargo permitido por la LSC es diferente en la SRL y en la SA. En SRL los administradores pueden ejercer su cargo por tiempo indefinido. Si los estatutos sociales pueden determinar un plazo concreto, los administradores podrán ser reelegidos por una o más veces. En cambio, en la SA los administradores ejercen su cargo por el tiempo que se haya concretado en los estatutos sociales, pero la duración no podrá ser mayor de seis años. Para este tipo de sociedades (SA) también se permite la reelección.

El cese del administrador social no es automático sino que se emplaça al momento en el que debe celebrarse la siguiente junta general o cuando haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que resuelve en relación con la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (artículo 222 LSC y 145 RRM)³³¹. Además, puede

³³⁰ Por ello, como hemos hecho alusión en notas anteriores, en el supuesto de que el administrador suplente sea nombrado pero no acepte su cargo será considerado administrador de hecho, ya que la LSC exige que la aceptación sea inscrita en el RM.

³³¹ En este supuesto, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 231, considera que hasta que no se celebre la junta posterior a la finalización del cargo, los administradores continúan en su cargo y actúan como administradores de derecho. RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 90, admite lo expuesto por el autor anterior y además puntualiza que “si una vez transcurrido el término para la celebración de la junta general no se ha regularizado la situación” estaríamos ante un administrador de hecho. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 69, manifiesta que puede ocurrir que la junta se celebre pero no se adopte ningún acuerdo sobre el cese o la reelección del administrador. En estos supuestos, la autora entiende que se está prorrogando el mandato de administración y por lo tanto el

ocurrir que el administrador de una sociedad sea cesado de su cargo a pesar de que pretenda continuar ejerciendo las facultades de administración que en su día le fueron concedidas. La junta general podrá apartar a los administradores de su cargo en cualquier momento, incluso aunque no conste en la orden del día (artículo 223 LSC)³³². En la SA existen unos supuestos de cese especiales. En concreto son dos: el administrador que estuviera incurso en una prohibición legal del artículo 213 LSC debe ser destituido inmediatamente cuando lo solicite cualquier accionista³³³, y el administrador que tenga intereses opuestos a los de la sociedad deberá cesar en su cargo cuando así solicite un socio por acuerdo de la junta general.

La LSC no hace referencia a la posibilidad de que el administrador decida renunciar a su cargo³³⁴. Por su parte, el artículo 147 RRM determina que “la inscripción de la dimisión de los administradores se practicará mediante escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad, o en virtud de certificación del acta de la Junta General o del Consejo de Administración, con las firmas legitimadas notarialmente, en la que conste la presentación de dicha renuncia”. Cuando la renuncia afecte al desarrollo diario de la sociedad porque cause una vacante, el renunciante –porque no pueda hacerlo otro administrador³³⁵– convocará una junta general con el fin de que se nombre un sustituto³³⁶. El administrador que renuncia tendrá que continuar al frente de la administración hasta que se cubra su puesto. De modo que, en estos

administrador continuará actuando como un administrador de derecho; y alude a la jurisprudencia, que en cambio, ha determinado que en dicha situación se trataría de un administrador de hecho.

³³² El artículo 223.2 LSC puntualiza que en la SRL los estatutos pueden exigir para “el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”.

³³³ Artículo 224.1 LSC, que añade: “sin perjuicio de la responsabilidad en la que puedan incurrir por su conducta desleal”.

³³⁴ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 68, alude al artículo 245.2 LSC que permite al consejo de administración aceptar la dimisión de los consejeros si los estatutos sociales no prevén otra cosa. Según la autora, el sujeto continuará ejerciendo como administrador de derecho hasta que el órgano competente acepte la renuncia.

³³⁵ Artículo 171 LSC.

³³⁶ Resolución de 27 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

casos, el administrador actuará como administrador de derecho hasta que se celebre la junta en la que se nombre un sustituto³³⁷.

e') Supuestos específicos

Como hemos manifestado anteriormente, la LSC no se limita exclusivamente a la regulación de la SA, SRL y S.C. por. A, aunque tales entes constituyan las sociedades de capital en sentido estricto. La LSC hace alusión también a otro tipo de sociedades específicas en las que las normas que determinan la estructura y funcionamiento del órgano de administración presentan algunas peculiaridades. Hacemos una breve referencia a las mismas con la finalidad de conocer cómo actúan los administradores y así facilitar su identificación:

- Sociedad unipersonal: el administrador o administradores de la sociedad unipersonal le serán aplicables las disposiciones generales sobre la administración social incluidas en la LSC (artículos 209 y siguientes), adaptándose a las normas concretas del tipo social de que se trate y a los estatutos de la sociedad. Por lo tanto, actuarán como administradores de derecho y en su caso, podrán ser calificados como sujetos activos del artículo 252 CP.
- Sociedad nueva empresa: la administración es realizada por un órgano unipersonal o pluripersonal (que no podrá constituirse como consejo de administración). Si se estructura como un órgano pluripersonal los miembros actuarán solidaria o mancomunadamente³³⁸. Para ser administrador es requisito indispensable tener la condición de socio (en caso contrario, solo podrá actuar como administrador de hecho). Los administradores pueden ejercer su cargo sin limitación de tiempo³³⁹. La remoción del cargo de administrador requiere acuerdo de la junta general³⁴⁰.

³³⁷ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 94.

³³⁸ Así queda dispuesto en el artículo 447 LSC, que además determina que la representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá o al administrador único si existe un solo administrador o bien si hay varios, si son administradores solidarios a uno de ellos y si son administradores mancomunados será a dos.

³³⁹ La junta general puede decidir que se nombre al administrador por un tiempo temporal (artículo 448.3 LSC), además tal órgano se encarga también de la retribución del administrador (artículo 448.2 LSC).

³⁴⁰ El socio que esté afectado por la remoción de su cargo no puede ejercer el derecho al voto que le corresponde en virtud de sus participaciones sociales (artículo 449 LSC).

- Sociedad anónima europea: este tipo de sociedad se caracteriza por la particularidad que presenta su órgano de administración. En concreto, la sociedad puede optar por un sistema de administración monista o dual, la elección deberá determinarse en los estatutos (artículo 476 LSC). Si se elige un sistema monista se constituirá un solo órgano de administración (artículo 478 LSC)³⁴¹. En el supuesto en el que se decida por la constitución de un órgano dual, éste se compondrá por la dirección, que se encargará de la gestión y representación de la sociedad; y por un consejo de control, al que será de aplicación lo previsto en los estatutos sociales o en su defecto lo estipulado para el consejo de administración (artículos 479 a 489)³⁴². De modo que, independientemente de la estructura que adquiera el órgano de administración (monista o dualista), quienes formen parte del mismo actuarán como administradores de derecho, disponiendo de facultades para administrar el patrimonio; por tanto, podrán ser calificados como sujetos activos del delito de administración desleal.
- Sociedad anónima cotizada: el artículo 529 bis LSC impone que las sociedades cotizadas se administren por un consejo de administración, al que anteriormente hemos hecho referencia. Dicho órgano no podrá delegar las facultades previstas en el artículo 249 bis LSC ni tampoco las descritas en el artículo 529 ter LSC³⁴³. El consejo designará entre

³⁴¹ Dicho órgano respetará lo expuesto en la LSC para las SA y “lo dispuesto en el Reglamento CE 2157/2001, y en la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas”.

³⁴² En concreto, en relación con el órgano de dirección pueden consultarse los artículos 479 a 482 LSC; y con el consejo de control los artículos 483 a 491 LSC.

³⁴³ Textualmente el artículo 529 ter LSC: “a) La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos. b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control. c) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento. d) La aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente. e) La definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante. f) La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo

sus miembros un presidente y a uno o varios vicepresidentes (salvo que lo estatutos prevean lo contrario, el cargo de presidente puede recaer en un consejero ejecutivo³⁴⁴). El presidente no solo tiene las facultades previstas por la ley y los estatutos sociales, además cuenta con otras específicas descritas en el artículo 529 sexies LSC³⁴⁵. Además, el consejo de administración designará un secretario y uno o varios vicesecretarios (que podrán o no ser consejeros). El secretario –como le sucede al presidente– tendrá, además de las facultades previstas por la ley y los estatutos sociales, otras propias³⁴⁶. El nombramiento de los miembros del consejo

fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general. g) La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo. h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Solo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes: 1.º que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a un elevado número de clientes, 2.º que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate, y 3.º que su cuantía no supere el uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad. i) La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad. 2. Cuando concurren circunstancias de urgencia, debidamente justificadas, se podrán adoptar las decisiones correspondientes a los asuntos anteriores por los órganos o personas delegadas, que deberán ser ratificadas en el primer Consejo de Administración que se celebre tras la adopción de la decisión”. Sobre el contenido del artículo 249 bis LSC pueden consultarse notas anteriores.

³⁴⁴ Artículo 529 septies LSC.

³⁴⁵ Son las siguientes: “a) Convocar y presidir las reuniones del consejo de administración, fijando el orden del día de las reuniones y dirigiendo las discusiones y deliberaciones. b) Salvo disposición estatutaria en contra, presidir la junta general de accionistas. c) Velar por que los consejeros reciban con carácter previo la información suficiente para deliberar sobre los puntos del orden de día. d) Estimular el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones, salvaguardando su libre toma de posición”.

³⁴⁶ En concreto: “a) Conservar la documentación del consejo de administración, dejar constancia en los libros de actas del desarrollo de las sesiones y dar fe de

de administración lo realiza la junta general o el consejo de cooptación (en caso de vacante anticipada)³⁴⁷. La duración del cargo es como máximo de cinco años, aunque es posible la reelección. Existen varias categorías de consejeros³⁴⁸, y además el consejo de administración podrá establecer comisiones especializadas³⁴⁹.

- Grupo de sociedades: cada sociedad tendrá su propio órgano de administración, a pesar de que todas dependan de la sociedad dominante, que igualmente habrá organizado su órgano de gestión y representación. En algunas ocasiones los administradores de la sociedad matriz coincidirán con los administradores de las sociedades filiales. Así, cualquier decisión que tomen los administradores estará orientada a favorecer los intereses de la sociedad dominante^{350, 351}. El ré-

su contenido y de las resoluciones adoptadas. b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna. c) Asistir al presidente para que los consejeros reciban la información relevante para el ejercicio de su función con la antelación suficiente y en el formato adecuado”.

³⁴⁷ Artículo 529 decies LSC. En relación con el procedimiento de cooptación, RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 92, determina que cuando el accionista sea nombrado antes de que expire el plazo de duración para el cargo de administrador, será calificado como administrador de derecho hasta que se convoque la siguiente junta general. Si en la primera junta general no se regulariza su situación será administrador de hecho.

³⁴⁸ Quedan descritas en el artículo 529 duodecimos LSC: consejeros ejecutivos, consejeros no ejecutivos, consejeros dominicales, consejeros independientes.

³⁴⁹ La LSC exige en el artículo 529.2 terdecimos LSC que el consejo de administración constituya al menos una comisión de auditoría y una (o dos separadas) de nombramientos y retribuciones. Ambas se encuentran desarrolladas en los artículos 529 quaterdecimos y 529 quincecimos de la LSC.

³⁵⁰ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 640 y 641, determinan que los grupos de sociedades pueden distinguirse atendiendo a varios criterios y uno de ellos (al que se hace referencia en el texto principal) es al personal. Sobre la responsabilidad de los administradores en el grupos de sociedades véase: DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 177 hasta 182.

³⁵¹ En el grupo de sociedades el tratamiento que se le da a los administradores es relevante. El Código de Comercio en el artículo 42 dispone que se presumirá que una sociedad dominante ostenta el control de otras dependientes de ella a partir de unas circunstancias determinadas. En particular, hace alusión a dos situaciones en las que hace mención a los administradores de la sociedad. En primer lugar, hace referencia a que la sociedad “tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración” (apartado 1. b), y en segundo lugar,

gimen de administración que regirá en cada sociedad será el que disponga la LSC para cada tipo de ente, además se tendrá en cuenta lo que dispongan los estatutos sociales cuando lo estipule norma.

D. Sujetos que por su condición pueden tener –o no– facultades de administración en las sociedades de capital

El administrador social es el sujeto que tiene facultades de gestión y representación en la sociedad por excelencia³⁵². No obstante, ello no impide concretar otros sujetos que también disponen de facultades de administración a pesar de que no ostentan el cargo de administrador en los términos establecidos en el artículo 212 y siguientes de la LSC. Antes de la entrada en vigor del artículo 252 CP, los únicos sujetos activos del delito de administración desleal podían ser los administradores de derecho o de hecho y los socios. Con la nueva redacción del artículo 252 CP pueden ser calificados como sujetos activos del delito las figuras antes señaladas (como justificaremos a continuación), pero también otras que tengan facultades de administración derivadas de la ley o negocio jurídico, o en su caso encomendadas por una autoridad³⁵³.

cuando “haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente posteriores” (apartado 1.d).

³⁵² También, FOFFANI, L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, Milan, 1997, pág. 33, puntualiza que, en el sistema penal societario, la tutela del patrimonio de la sociedad encuentra siempre como locutor “natural y tradicional” al administrador.

³⁵³ Cuando estuvo vigente el antiguo artículo 295 CP la doctrina penal se encargó de analizar varias figuras (liquidador, apoderado, persona jurídica, etc.) para comprobar si tenían encaje en el concepto de administrador de derecho o de hecho (o socio), y en su caso, calificarlas como posibles sujetos activos del delito societario. La doctrina recurrió a un concepto amplio de administrador de hecho con la finalidad de que no quedarán impunes sujetos que habían cometido un acto de administración desleal (puede consultarse: BLANCO LOZANO, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 192; también, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2010, pág. 9; y además, la STS de 26 de enero de 2007. RJ 2007\1586). Ahora bien, desde la entrada en vigor del artículo 252 CP, lo que aquí interesa no es que el sujeto que realiza la conducta típica pueda incluirse en el concepto del administrador de derecho o de hecho, sino que lo verdaderamente importante es que dicho sujeto tenga facultades de administración (porque así lo exige el nuevo delito).

a) Administrador de hecho

El antiguo delito de administración desleal ubicado en el derogado artículo 295 CP contemplaba como posible sujeto activo del ilícito al administrador de hecho. Dicha figura era incluida expresamente en el precepto mencionado junto con dos sujetos más (el administrador de derecho y los socios)³⁵⁴. El proyecto de 2007 mantuvo la alusión específica al administrador de hecho. En cambio, durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2015 que preveía la reforma del CP no se hizo en ningún momento mención concreta a este administrador. En consecuencia, la redacción del precepto final (actual artículo 252 CP) no incluyó explícitamente en su contenido al administrador de hecho. Algún autor³⁵⁵, ha considerado un error

En relación con las figuras que se van a analizar posteriormente caben dos puntualizaciones: la primera que, aunque venimos señalando que no es relevante que el sujeto que comete el hecho delictivo tenga encaje en el concepto de administrador de derecho o de hecho, por la forma en la que desarrollan su actividad y por precisar lo más exhaustivamente posible la condición de sujeto, indicaremos (cuando las circunstancias lo permitan) si actúan como administradores de hecho o de derecho; y en segundo lugar, queremos matizar que aunque podríamos acogernos a un concepto más restrictivo de administrador de hecho, vamos a seguir aplicando el concepto amplio. De esta manera, el artículo 252 CP se analiza en consonancia con lo expuesto para los delitos societarios, entre los que anteriormente se encontraba el delito de administración desleal societaria.

³⁵⁴ La doctrina penalista ha optado por calificar como administrador de hecho a aquel que desempeñe continuamente las funciones y gestiones propias de administrador de derecho (BLANCO LOZANO, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 192; también, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 9. Por su parte, la jurisprudencia –siguiendo a la parte doctrina que apostaba por un concepto más extenso– afirmó a través de la STS de 26 de enero de 2007 (RJ 2007\1586) que podía considerarse administrador de hecho al sujeto que no cumple con las formalidades exigidas por la ley para ostentar la condición de administrador de la sociedad, aunque se concreten en él los poderes de un administrador de derecho. Además, añade la resolución de manera más detallada: “es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador (...) en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización del material del funciones dirección” (aluden al contenido de la Resolución citada las a SSTS 19 de abril de 2012 (RJ 2012\9034); 22 de octubre de 2013 (RJ 2013\7117); 1 de octubre de 2014 (RJ 2014\5093); 16 de octubre de 2014 (RJ 2014\4730); 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6331)).

³⁵⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419.

que el artículo 252 CP no haga referencia expresa al administrador de hecho, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 había unanimidad en su admisión como sujeto que puede realizar la acción típica del delito de administración desleal, y su eliminación en el nuevo precepto puede generar dudas interpretativas.

El artículo 252 CP requiere al sujeto activo que tenga facultades para administrar el patrimonio ajeno derivadas de la ley, encomendadas por una autoridad o asumidas mediante negocio jurídico. De modo que para admitir al administrador de hecho como posible sujeto activo del delito de administración desleal genérico, habrá que observar si cumple con las exigencias que demanda en su redacción el precepto señalado. Así, es conveniente analizar si el administrador de hecho dispone materialmente de facultades de administración, y además concretar a partir de qué fuente jurídica (ley, autoridad o negocio jurídico) ha adquirido las mismas.

Teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación del artículo 252 CP que aquí interesa es el de las sociedades de capital, acudimos en primer lugar a lo expuesto en la LSC, que regula este tipo de sociedades, con el fin de precisar si reconoce que los administradores de hecho puedan tener facultades de administración en relación con el patrimonio social. Los artículos de la LSC se refieren a los administradores de forma general, salvo el artículo 236.3 LSC que sí menciona expresamente los administradores de hecho³⁵⁶. La LSC reconoce la posibilidad de que existan administradores de hecho aludiendo a ellos en sede de responsabilidad. El artículo 236 LSC exige a los administradores de hecho que respondan de los daños causados de sus acciones u omisiones contrarias a la ley, a los estatutos o realizadas por incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo. En concreto, que el artículo 236 LSC haga alusión a la obligación de los administradores de hecho de respetar los deberes inherentes a la actividad que desarrollan, nos hace trasladarnos a lo expuesto en los artículos 225 y siguientes de la LSC que regulan los deberes de los administradores³⁵⁷. Específicamente, el artículo 228

³⁵⁶ En el CP solo se hace mención al administrador de hecho en el artículo 31 y en los preceptos que regulan los delitos societarios. En concreto, incluyen la expresión “administrador de hecho” los artículos 290, 293 y 294 del CP.

³⁵⁷ También manifiesta que los deberes de los administradores sociales de derecho se extienden a los administradores de hecho: FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El ad-*

LSC que desarrolla las obligaciones básicas que se derivan del deber de lealtad hace referencia –en la letra a) del precepto– a que el administrador no puede ejercitar sus facultades con fines distintos para los que le fueron concedidos. Por lo tanto, si el cumplimiento del deber de lealtad obliga a los administradores de derecho a ejercitar sus facultades debidamente (entre las que se encuentran las de administrar), y dicho deber se hace extensible a los administradores de hecho –en virtud de lo expuesto en el artículo 236.3 LSC–, se presupone que también estos últimos tienen facultades para administrar que son reconocidas en este caso por la LSC.

De modo que, acogiéndonos a lo expuesto en el párrafo anterior, podríamos afirmar que a través de la LSC puede extraerse que el administrador de hecho es un sujeto que tiene facultades de administrar derivadas de la ley y que en consecuencia puede ser calificado como sujeto activo del delito de administración desleal tipificado en el artículo 252 CP. El problema es que si aceptamos que el administrador de hecho es sujeto activo del delito de administración desleal utilizando la idea expresada en el párrafo anterior, se está reduciendo la calificación de éste a la equiparación de sus deberes con los del administrador de derecho. Además, nos estamos ciñendo a un concepto del administrador de hecho estricto, exclusivamente mercantil. De manera que solo podríamos admitirlo como sujeto activo del artículo 252 CP en los supuestos en los que encaje en la definición de administrador de hecho que ha proporcionado la LSC. Concretamente, el artículo 236.3 LSC determina que son administradores de hecho “la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

No obstante, no podemos limitarnos a un concepto mercantil de administrador de hecho³⁵⁸. La descripción administrador de hecho dada en la LSC es útil para determinar la validez de un negocio jurídico, o en su caso, para concretar si el administrador es responsable de los daños ocasionados a la sociedad, los socios o acreedores sociales, pero nada más allá. En cambio, la aplicación del Derecho penal

ministrador de hecho y derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 317 y 318.

³⁵⁸ *Vid.*, notas al pie 356 y 357.

supone dar un paso más, ya que delimita la responsabilidad del administrador que ha cometido un hecho punible vulnerando un bien jurídico protegido, y en consecuencia se le debe imponer una pena³⁵⁹. Por ello, no podemos limitarnos a una definición estricta de administrador de hecho, que impida sancionar a sujetos que utilizando sus facultades de administración han cometido el ilícito descrito en el artículo 252 CP. Así, consideramos de nuevo –esta vez en relación con el contenido del novedoso delito– que debemos acogernos a un concepto amplio de administrador de hecho, y no al estricto que nos ofrece la LSC.

Ahora bien, la cuestión es que si decidimos apostar por un concepto más amplio de administrador de hecho, también necesitamos precisar una nueva fuente de donde provengan sus facultades de administrar que no sea la LSC. Para ello, recurrimos a las manifestaciones realizadas por la doctrina que –como veremos en líneas posteriores– ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de considerar al administrador de hecho como sujeto activo del artículo 252 CP, y se ha manifestado proclive a aceptar este tipo de administrador como autor del delito de administración desleal genérico^{360,361}. No obstante, las líneas interpretativas para dotar al administrador de hecho de un carácter que le permita ser calificado como sujeto activo han sido diferentes. A continuación, exponemos algunas de las interpretaciones a las que podemos adherirnos para admitir que el administrador de hecho que cause un perjuicio al patrimonio que administra será enjuiciado a través del artículo 252 CP.

Uno de los primeros autores que se ha detenido a analizar por qué puede considerarse al administrador de hecho como sujeto activo

³⁵⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 313 y 314.

³⁶⁰ Igualmente, la jurisprudencia se ha manifestado admitiendo al administrador de hecho como sujeto activo: SSTs de 26 de enero de 2007 (RJ 2007/1586); 19 de abril de 2012 (RJ 2012/9034); 1 de octubre de 2014 (RJ 2014/5093); 16 de octubre de 2014 (RJ 2014/4730), entre otras.

³⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 584 y 585; CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 11; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 89 y 90; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419; RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 533; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 195 hasta 198; GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 2ª...”, *op. cit.*, págs. 880 y 881; QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231; CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 767.

del artículo 252 CP ha sido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. El autor parte de la redacción del precepto mencionado y nos recuerda que el sujeto activo del delito de administración desleal debe tener obligatoriamente facultades emanadas de la ley, encomendadas por una autoridad o bien asumidas mediante negocio jurídico, que le permitan disponer del patrimonio. En concreto, –continúa expresando– el administrador de hecho adquiere sus facultades de administrar (y con ello la posibilidad de ser autor del delito) de la última de las fuentes señaladas, es decir, de un negocio jurídico. Para ello define negocio jurídico como una declaración de voluntad que se celebra por palabra o por escrito y produce efectos en el orden jurídico. El administrador de hecho dispone de sus facultades de administración través de un negocio jurídico, en el que habrá aceptado (de palabra o por escrito) administrar el patrimonio de otro sujeto. Así, nacerá una relación entre el administrador de hecho que se compromete a administrar lealmente el patrimonio con el dueño de dicho patrimonio, que ha depositado en el primero su confianza³⁶².

También, RAMOS RUBIO ha considerado que no existe ningún problema para incluir el administrador de hecho entre los sujetos activos del delito de administración desleal. Cuando los hechos sean cometidos por un administrador de hecho, las facultades de administración no provendrán de un mandamiento de la autoridad o de un negocio jurídico, sino de la ley. En concreto, el autor sostiene que el administrador de hecho podrá disponer de patrimonio de la sociedad en virtud de lo dispuesto en los artículo 1888 y siguientes del Código Civil (que regulan la gestión de negocios ajenos sin mandato) y en el artículo 31 CP³⁶³. Respecto a la remisión a este último precepto no existe unanimidad. Así, mientras el Informe del Consejo Fiscal de 2012 manifiesta –como hace el autor señalado– que el artículo 252 CP podrá aplicarse al administrador de hecho en función

³⁶² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 195 hasta 198.

³⁶³ RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 533. A favor del artículo 1888 Cc y siguientes para admitir el administrador de hecho MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 89 (nota 122). También, CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 202, determina que los administradores de hecho pueden ser sujetos activos del artículo 252 CP, y posteriormente alude a la posibilidad de que dentro de la expresión “negocios jurídicos” a la que alude el precepto se incluyan los cuasicontratos, entre los que se encuentra la gestión de negocios ajenos del artículo 1888 Cc y siguientes.

de lo establecido en el artículo 31 CP³⁶⁴, otros autores han considerado que este precepto únicamente puede aplicarse “al administrador de hecho de una persona jurídica que desempeñe el cargo de administrador de otra persona jurídica, no al que aquí nos ocupa”³⁶⁵.

Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN también acepta al administrador de hecho como posible sujeto activo del artículo 252 CP. Sin embargo, para justificar su posición atiende a otra línea interpretativa. El autor insiste en que lo verdaderamente relevante para admitir a una persona como sujeto activo es que tenga facultades de administración³⁶⁶. Hubiese bastado con que el precepto hubiera incluido esta exigencia (tener facultades de administrar) para que la diferenciación de los sujetos activos hubiese sido correcta. Además, el autor nos recuerda que antes de la entrada en vigor del artículo 252 CP se usaba una definición amplia-penal de administrador, y dentro del mismo se incluía el administrador de hecho³⁶⁷.

Por consiguiente, queda acreditado que el administrador de hecho puede ser sujeto activo del artículo 252 CP. A pesar de que hemos hecho alusión a diferentes interpretaciones que justifican el origen de las facultades de administración de las que dispone el administrador, entendemos que la lógica resulta de admitir que provienen de un negocio jurídico o de la ley. En cambio, no podemos aceptar al administrador de hecho como posible sujeto activo simplemente por-

³⁶⁴ En concreto en las págs. 226 y 227 del texto señalado.

³⁶⁵ Cita textual extraída de FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419, apoya esta interpretación MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 89 (nota 122). Igualmente rechaza la remisión al artículo 31 CP para admitir los administradores de hecho, citando a la primera autora indicada en esta nota: CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 202. Además, se pronuncia sobre la posibilidad de remitirse al artículo 31 CP para admitir los administradores de hecho en los delitos societarios RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 74.

³⁶⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 89 y 90. En relación con los delitos societarios, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 75, determinaba que lo importante era “el concreto ejercicio de las funciones inherentes a las cualidades exigidas por la Ley para los sujetos activos, y no el título, cargo o denominación formal que éstos ostenten”.

³⁶⁷ En concreto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 89, nos recuerda la definición contenida en el DRAE del término “administrar” (acepción 3ª: “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes”) y “administrador” (acepción 2ª: “persona que administra bienes ajenos”).

que tenga facultades de administrar (para ello deberían desaparecer las fuentes determinadas en el artículo 252 CP). Evidentemente, el administrador de hecho tiene las facultades que exige el artículo 252 CP pero también hay que concretar de dónde provienen éstas, así el precepto podrá ser aplicado correctamente. Si admitimos que el administrador de hecho dispone de facultades de administración pero no añadimos nada más estaremos dejando a un lado uno de los requisitos que demanda el artículo 252 CP para aplicación.

Una vez que nos hemos decantado por un concepto amplio del término administrador de hecho (como ya se hizo en relación con el derogado artículo 295 CP) y teniendo en cuenta que hemos justificado el origen de sus facultades de administración, conviene añadir una puntualización más. En concreto, es conveniente precisar que la doctrina ha diferenciado dentro del concepto material de administrador de hecho dos categorías: el “administrador de hecho notorio” y el “administrador de hecho oculto”. El primero, se configura como el administrador que no cumple con los requisitos exigidos por la ley pero aparece frente a terceros como administrador de la sociedad; en cambio, el segundo, se divide a su vez en dos subtipos, el primero alude al “administrador que actúa bajo apariencia”, es decir, que actúa externamente pero no se presenta como administrador frente a terceros, y en segundo lugar, el “administrador oculto en la sombra”, que se trata de un administrador que domina al administrador de derecho (que termina actuando como un simple testaferro), quien es el que ejecuta las órdenes del administrador de hecho, que es quien realmente gestiona la sociedad³⁶⁸. En relación con el “administrador oculto” algún autor como QUERALT JIMÉNEZ ha precisado que no puede ser sujeto activo del artículo 252 CP porque no aparece como tal frente a terceros³⁶⁹, mientras que otros como FERNÁNDEZ BAUTISTA, sí lo admiten como administrador idóneo del precepto señalado, ya que señala que lo importante no es aparecer frente a

³⁶⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 309 hasta 312.

³⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 585, determina que se trata del sujeto que dirige la sociedad pero no aparece en ningún lugar. Como el artículo 252 CP no hace alusión expresamente a este administrador y teniendo en cuenta que admite al administrador de hecho “como una variante del administrador su percepción ante terceros, el administrador oculto, por definición, carece de esa nota de publicidad material y no puede ser tenido por sujeto típico de este delito, quedando absurdamente –y de modo reparable solo por una reforma legal– fuera del círculo de administradores típicos”.

terceros como administrador sino realizar actividades dirigidas a la dirección y administración de la sociedad ³⁷⁰. A nuestro juicio, el administrador oculto debe ser admitido como posible autor del artículo 252 CP, realmente resulta indiferente si el administrador es o no reconocido por terceros, ya que encontraremos supuestos en los que el administrador perjudicará el patrimonio social y para ello no habrá tenido que presentarse a terceros como sujeto que se encarga de la gestión de la sociedad. Como bien señala la última autora mencionada, lo importante es que el administrador despliegue una actividad administradora en relación con la sociedad (en nuestro caso con el patrimonio social) siendo secundario si los terceros tienen conocimiento (o no) de que está facultado para la realización de competencias.

b) Socio

El derogado artículo 295 CP incluía expresamente entre los posibles sujetos activos del delito a los socios ³⁷¹. No obstante, el artículo 252 CP no hace mención específica al socio ni a ningún otro sujeto.

Por regla general, en las sociedades de capital se diferencian: por un lado, el socio (que pertenece a la junta general) que es propietario de todas las participaciones o acciones sociales (sociedad unipersonal ³⁷²) o bien de un porcentaje de las mismas; y de otro lado, el administrador social (que forma parte del órgano de administración), encargado de la representación y gestión de la sociedad. No obstante, existen supuestos en los que tales cargos son desempeñados por

³⁷⁰ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 314 hasta 316, manifiesta que lo relevante no es que el administrador se haya presentado o no frente a terceros, lo realmente importante es que haya gestionado el patrimonio social. En los casos en los que el administrador se encargue de la administración y gestión de la sociedad podrá configurarse como administrador de hecho, con independencia de que “el ejercicio de dichas facultades se eleve a la esfera de conocimiento público”. También, considera que podrá ser autor RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 82 hasta 87, CORCOY BIDASOLO, M., y GALLEGU SOLER, J. I., “Actividad societaria. Mercado y consumidores. Delitos societarios”, en *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y parte especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 284 y 285.

³⁷¹ La mayoría de la doctrina calificó la inclusión del socio en el derogado artículo 295 CP como “innecesaria”, así: CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 269 hasta 271.

³⁷² Sobre el socio único de la sociedad unipersonal véase: DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 81 hasta 83.

una misma persona, y por lo tanto el socio tiene la posibilidad de acceder al patrimonio social. Por ello, no hay problema en admitir que en algunos casos el socio ocupa también el cargo de administrador. En concreto, el socio ejercerá como administrador social porque cumple con los requisitos que exige la LSC en los artículos 212 y siguientes.

Sin embargo, en otras ocasiones la estrecha relación entre los socios y la sociedad de la que forman parte, lleva a los primeros a realizar labores de administración sin ostentar la condición formal de administrador. Los socios desarrollan actividades destinadas a dirigir y administrar la sociedad pero no son verdaderos administradores. Cuando se den tales circunstancias, en las que el socio que no es administrador se encargue de la administración y gestión de la sociedad, estaremos ante un supuesto en el que el socio actúa como administrador de hecho³⁷³. Así, los socios que a su vez ejercen como administradores serán administradores de derecho, pero los que ejerzan labores de administración sin tener la condición de administrador formal serán administradores de hecho³⁷⁴. En ambos casos, el socio puede ser sujeto activo del delito de administración desleal.

c) Liquidador

Según lo establecido en el artículo 371 LSC, la disolución de la sociedad abre lo que se denomina un periodo de liquidación. Los administradores de la sociedad cesarán en su cargo con la apertura del periodo de liquidación. Si fueran requeridos, deberán colaborar con las operaciones de liquidación que sean necesarias (artículo 374 LSC). Los liquidadores son nombrados por la junta general que acuerda la disolución de la sociedad. Salvo que se haya previsto lo contrario, los sujetos que ejercían como administradores serán los nuevos liquidadores (artículo 376 LSC). El artículo 375.1 LSC alude a las obligaciones de los liquidadores, y señala que éstos tienen el deber de velar por el patrimonio de la sociedad hasta que no sea liquidado y repartido debidamente entre los socios. Además, la LSC puntualiza en el artículo 375.2 LSC que los liquidadores actuarán conforme al régimen previsto para los administradores sociales en dicha ley, excepto normas específicas. De manera que la LSC iguala

³⁷³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 324.

³⁷⁴ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 152 hasta 154.

—en términos generales— la figura de los administradores a la de los liquidadores (que por lo habitual recaerán en la misma persona).

En relación con el antiguo delito de administración desleal (derogado artículo 295 CP) se discutió si los liquidadores podían ser incluidos como sujeto activo. Un sector de la doctrina determinaba que a pesar de que los liquidadores eran una figura parecida a los administradores o incluso eran sustitutos de éstos no eran completamente coincidentes. Además, el derogado delito societario solo podría ser aplicado en las sociedades constituidas o en formación, porque así lo determinaba el artículo 297 CP, de manera que la sociedad que estaba en fase de liquidación quedaba excluida. Otro sector doctrinal concretó que los liquidadores eran verdaderos administradores de derecho y por lo tanto sujetos idóneos del delito societario de administración desleal. Y por último, algunos autores determinaron que los liquidadores podían ser sujetos activos porque actuaban como administradores de hecho, en el sentido de que no podían ser administradores de derecho porque la ley obliga a cesar a los administradores en su cargo cuando se abra el periodo de liquidación (artículo 374 CP) y porque a pesar de que el artículo 297 CP solo hiciese referencia a la sociedad constituida o en formación se entiende que la sociedad en la fase de liquidación aún se encuentra constituida³⁷⁵.

Ahora bien, si trasladamos la problemática expuesta en el párrafo anterior al artículo 252 CP observamos que su nueva redacción ha puesto fin a todas las cuestiones suscitadas. El artículo 252 CP en ningún caso utiliza la palabra “administrador” por tanto, el sujeto que realiza la conducta ilícita no tiene que ser un “administrador” en sentido técnico-jurídico, basta con que tenga facultades para admi-

³⁷⁵ Tratan la problemática expuesta: CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 260 hasta 262; RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 123 hasta 127; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona, 2010, págs. 118 y 119. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 439. LÓPEZ LORENZO, V., y FACORRO ALONSO, A., “Aspectos...”, *op. cit.*, pág. 26, aluden a que la doctrina penalista no se ponía de acuerdo sobre si los liquidadores eran administradores de derecho o de hecho. MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad penal de los administradores de hecho”, en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro* (dir. SOLER PASCUAL, L. A.), Estudios de Derecho Judicial nº 91, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 150, los consideraba administradores de derecho, RODRÍGUEZ MONTANÉS, T., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 120, como administradores de hecho.

nistrar. En el supuesto que analizamos, los liquidadores disponen de facultades de administrar porque así lo determina la LSC cuando el artículo 375.2 LSC expone que los liquidadores actuarán conforme al régimen previsto para los administradores sociales en dicha ley. Teniendo en cuenta que los administradores disponían de facultades para gestionar y representar la sociedad, éstas serán ejercidas ahora por los liquidadores. Además, el nuevo delito de administración desleal no ciñe su ámbito de aplicación a un momento concreto de la vida social sino que puede desarrollarse en cualquier fase en la que se encuentre la sociedad. Por lo tanto, con la nueva redacción del artículo 252 CP los liquidadores se consideran sujetos idóneos para administrar deslealmente el patrimonio social porque disponen de facultades para ello, ya que así lo dispone la propia LSC. De manera que los liquidadores no tienen que encajar en el concepto de administrador de derecho o de hecho para ser admitidos como sujetos activos³⁷⁶, ya que autónomamente reúnen el carácter necesario para ser calificados como sujetos susceptibles de cometer la conducta típica descrita en el artículo 252 CP.

d) Auditor de cuentas e interventor

El auditor de cuentas se encarga de comprobar “si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales de ejercicio”³⁷⁷. El auditor de cuentas es nombrado por la junta general, y en el caso de que ésta no lo haya designado antes de que termine el periodo de auditar, los administradores o cualquier socio pueden solicitar a un registrador mercantil que nombre una persona para realizar la auditoría. El régimen de los auditores de cuentas se regula en la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, que expresa en su artículo 1 que la función del auditor es revisar y verificar las cuentas anuales, así como otros estados financieros o cualquier otro documento contable, y emitir un informe sobre la fiabilidad de tales documentos que pueda tener efectos si es presentado a terce-

³⁷⁶ Recordemos que, como el antiguo delito de administración desleal societario solo concretaba como posibles autores del ilícito al administrador de derecho, de hecho o a los socios, la doctrina se esforzó por incluir dentro de tales sujetos a figuras como la de los liquidadores, quienes a través del artículo 252 CP gozan de autonomía para ser calificados como sujetos activos idóneos del nuevo delito.

³⁷⁷ Artículo 268 LSC.

ros. De modo que el auditor de cuentas solo “juzga externamente (mediante un informe) lo interno, las cuentas anuales realizadas por los administradores”³⁷⁸. El auditor no se encarga de la gestión del patrimonio ni tampoco de la representación de la sociedad, simplemente plasma la situación económica que presenta la sociedad en un momento puntual. Además, el auditor es totalmente independiente de los administradores³⁷⁹. Por lo que, el auditor de cuentas no puede ser identificado como un sujeto con facultades de administración que pueda ser sujeto de artículo 252 CP³⁸⁰.

Los interventores son una figura que presenta ciertas similitudes jurídicas con los auditores de cuentas³⁸¹. El artículo 381 LSC se refiere a los interventores; según el precepto, éstos solo ejercerán sus funciones en las sociedades anónimas y cuando los accionistas (que representan el 20% del capital social) lo soliciten al secretario judicial o al registrador mercantil³⁸². Se encargan de fiscalizar las operaciones que se lleven a cabo durante el periodo de liquidación. De manera que los interventores no disponen en ningún momento de facultades de administración y por lo tanto no estarán en condiciones de cometer la conducta típica del artículo 252 CP.

e) Promotor y fundador social

En relación con la SA podemos diferenciar varios procedimientos para su constitución. El primero de ellos es el regulado en los artículos 41 y siguientes de la LSC, que consiste en la fundación sucesiva o por suscripción pública de acciones. En este supuesto, se lleva a cabo una promoción pública de acciones bien a través de un medio

³⁷⁸ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 133. MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, págs. 108 y 109.

³⁷⁹ El artículo 14 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas declara la independencia de los auditores de cuentas.

³⁸⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2 ed.), *op. cit.*, págs. 80 y 81, rechaza la posibilidad de que el auditor de cuentas sea sujeto activo de los delitos societarios. Incluso –puntualiza– ni en el de falsedad.

³⁸¹ Así lo expresa el AAP de Madrid de 29 de enero de 2010 (JUR 2010\125803), que según señala: “la doctrina ha destacado que el interventor ocupa una posición jurídica similar a la de un órgano de vigilancia durante la liquidación, siendo equiparable su función a la de los auditores de cuentas durante el período de vida social activo, si bien aquél goza de facultades más amplias, quedando sustituida la misión de auditar las cuentas por la de fiscalizar las operaciones de liquidación”.

³⁸² Cuando la sociedad haya emitido y tenga en circulación obligaciones, también se puede nombrar a un interventor el sindicato de obligacionistas.

publicitario o mediante la actuación de intermediarios financieros, antes de que se otorgue escritura de constitución de la sociedad. Los promotores son los encargados de comunicar a la CNMV el proyecto de emisión de acciones; además, tienen que redactar un programa de fundación que contará con unos elementos obligatorios y con otros que estimen necesarios. En dicho programa se determinará, entre otras circunstancias, la identidad de los promotores y si están facultados para ampliar el plazo de suscripción de acciones. Una vez redactado el programa de fundación (que llevará la firma de todos los promotores) deberán aportar una copia a la CNMV junto con un informe técnico y un folleto informativo. Además, los promotores formalizarán ante notario una lista definitiva del número de acciones suscrito³⁸³ y su valor nominal. Posteriormente, los promotores convocarán una junta donde se tratarán los puntos descritos en el artículo 47.1 LSC. Entre ellos, destacamos la alusión que se hace a la aprobación de las gestiones que han realizado los promotores y también a la aprobación de los derechos especiales de los promotores. Además, la LSC determina que la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios. Los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad; y también responderán a éstos y a la sociedad “de la realidad y exactitud de las listas de suscripción que han de presentar a la junta constituyente; de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión; de la veracidad de las declaraciones contenidas en dicho programa y en el folleto informativo, y de la realidad y la efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias”. Las aportaciones son indisponibles hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil, excepto para gastos concretos (notaría, de registro y fiscales) imprescindibles para la inscripción (artículo 45 LSC). De manera que los promotores gestionan las aportaciones e inversiones económicas de los suscriptores con el fin de que la sociedad se constituya correctamente. En este momento, debemos reali-

³⁸³ La suscripción de acciones se realizará en un documento que lleva por nombre “boletín de suscripción”, que deberá tener el contenido incluido en el artículo 46 LSC. Los promotores se quedarán con el boletín y le entregarán una copia a cada suscriptor (artículo 46.2 LSC).

zar una serie de puntualizaciones. Tenemos que tener en cuenta que lo que aquí nos interesa analizar es si el promotor puede ser sujeto activo del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital, es decir, si el promotor puede administrar deslealmente el patrimonio social (que entendemos que es el bien jurídico protegido del delito en las circunstancias en las que lo venimos estudiando). Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el caso de la sociedad de fundación sucesiva o por suscripción pública de acciones, dicho ente aún no se ha inscrito en el Registro Mercantil, y por lo tanto, no tiene personalidad jurídica y no dispone de patrimonio social propio. Por tanto, entendemos que el promotor no puede administrar deslealmente el patrimonio social porque las aportaciones de los suscriptores no son todavía consideradas como patrimonio de la sociedad³⁸⁴.

En segundo lugar, la SA puede constituirse a través del procedimiento simultáneo o por convenio. Las sociedades se constituyen por un contrato unilateral en el supuesto de las sociedades unipersonales, o bien a través de un contrato realizado entre dos o más fundadores^{385, 386}. Así, todos los fundadores (que son socios) otorga-

³⁸⁴ En el texto principal no estamos afirmando que los promotores no puedan ser sujetos activos del delito del artículo 252 CP, sino que los promotores no pueden administrar deslealmente el patrimonio de una sociedad durante el desarrollo del procedimiento de suscripción pública de acciones porque la sociedad aún no dispone de su propio patrimonio. De modo que en estos supuestos concretos, el promotor será sancionado a través de otro delito. En relación con el antiguo contenido del artículo 295 CP, RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 147 hasta 149 determina que es un administrador de hecho; igualmente, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 254 y 255. Haciendo alusión a los delitos societarios: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 439; MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 150 y 151; LÓPEZ LORENZO, V., y FACORRO ALONSO, A., “Aspectos...”, *op. cit.*, pág. 26. En contra, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 78, quien haciendo alusión a los delitos societarios en general concreta que, como no se han nombrado administradores hasta la junta, los promotores gestionan y representan a la sociedad. En consonancia con la opinión de la última autora, a nuestro juicio los promotores no podrían tampoco considerarse administradores de derecho, ya que no forman parte del órgano de administración en el sentido en el que determina la LSC.

³⁸⁵ El papel de los socios fundadores es especialmente relevante, ya que si no concurre la voluntad efectiva de éstos en la constitución de la sociedad, o se determina la incapacidad de los mismos, podrá ejercitarse la acción de nulidad de la sociedad una vez que ésta se ha inscrito (artículo 56.1.a) y b) LSC).

³⁸⁶ VALENZUELA GARACH, J., “Sociedad...”, *op. cit.*, pág. 81.

rán la escritura de constitución de la sociedad (artículo 21 LSC)³⁸⁷. A diferencia de los promotores, la LSC indica que los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, socios y terceros “de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución”. Los fundadores –al igual que los promotores– pueden reservarse derechos especiales de contenido económico (artículo 27.1 LSC)³⁸⁸. Los fundadores disponen de una cantidad de fondos para la constitución de la sociedad, y además pueden realizar contratos que sean perjudiciales para la sociedad, sin embargo, no pueden ser calificados como administradores de derecho ni de hecho en el contexto que hemos señalado; al igual que ocurre con los promotores, el patrimonio que pueden administrar deslealmente no pertenece en sentido estricto a la sociedad porque ésta aún no tiene personalidad jurídica³⁸⁹.

³⁸⁷ En la escritura y también en los estatutos sociales, se pueden añadir las condiciones y pactos que los fundadores crean convenientes (salvo que sean contrarios a la ley), en concreto así lo prevé el artículo 28 LSC.

³⁸⁸ Además, el precepto limita el valor de tales derechos, ya que en conjunto “no podrá exceder del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. Los estatutos habrán de prever un sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales”. Además, el artículo 27.2 LSC determina que “estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales”.

³⁸⁹ En relación con los delitos societarios RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 147 hasta 149 alude al debate doctrinal que ha surgido sobre si los fundadores deben considerarse administradores de hecho o de derecho. En concreto, una parte de la doctrina ha considerado que el artículo 31 LSC separa a los fundadores y los administradores de derecho, lo que permite considerar a los primeros como administradores de hecho (el autor apoya esta interpretación); de otro lado, otros autores manifiestan que los fundadores actúan como socios porque “otorgan escritura social y suscriben todas las acciones, gestionando las aportaciones recibidas hasta que se nombra a los administradores”. A favor de la primera interpretación: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 439. LÓPEZ LORENZO, V., y FACORRO ALONSO, A., “Aspectos...”, *op. cit.*, pág. 26. MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 150 y 151. En consonancia con el derogado artículo 295 CP apoya la segunda interpretación expuesta: CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 269 y 270. De otro lado, tomando de nuevo como referencia los delitos societarios FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 77, considera que son administradores de derecho porque su actuación afecta al bien jurídico de manera parecida a si fuese realizada por los administradores sociales, y porque la ley les concede facultades de administración.

f) Apoderado voluntario

El consejo de administración tiene la posibilidad de delegar sus funciones en un consejero delegado pero también puede atribuir –como hace frecuentemente³⁹⁰– apoderamientos “a cualquier persona” (artículo 249.1 LSC). El apoderado, cuya representación es voluntaria, es una figura distinta a la del consejero delegado³⁹¹. Cualquier persona puede ser apoderado³⁹². Existen diferencias entre la delegación de facultades y el apoderamiento: el ámbito de actuación del apoderado es mucho más estricto que el consejero delegado, pues actúa como subordinado; en el Registro Mercantil solo es necesaria la inscripción de los poderes generales³⁹³ pero no de los especiales, en cambio, la delegación de facultades requiere siempre de inscripción; y además, los apoderamientos se pueden realizar independientemente de la forma que tenga el órgano de administración, mientras que la delegación de facultades solo puede realizarse en el consejo de administración³⁹⁴.

En la práctica, muchos sujetos que actúan a través de apoderamientos no reciben el nombre de apoderados sino otras denominaciones como: gerente, director general, director gerente, director técnico³⁹⁵. La LSC alude en concreto al director y al gerente en el

³⁹⁰ CRUZ RIVERO, D., “La administración... (2016)”, *op. cit.*, pág. 280.

³⁹¹ Sobre la distinción entre administradores delegados y apoderados, véase: MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 510 hasta 531.

³⁹² En este sentido, BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 525, se cuestionan si el cargo de apoderado puede recaer en una persona que ya es consejero. Los autores consideran que podría admitirse cuando el poder se otorga a favor de un consejero que no es titular del poder de representación según lo dispuesto en el artículo 124.2 RRM, en cambio no será posible cuando se pretenda otorgar un apoderamiento a un administrador que ya es titular del poder de representación.

³⁹³ CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTIZ, J., *Esquemas...*, *op. cit.*, pág. 347, excepto los poderes generales para pleitos que no requieren inscripción.

³⁹⁴ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 523 hasta 525.

³⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 440 (alude solo a los tres primeros). BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 525 (menciona el primero, segundo y cuarto). Sobre la figura del director general, como apoderado voluntario, se pronuncia también GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil...*, *op. cit.*, pág. 465. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 47 determina que “los administradores se integran en una posición orgánica con un contenido legal mínimo e inderogable y que los directivos, por el contrario,

artículo 181 autorizándoles (si los estatutos lo prevén) a asistir a la junta general para que estén informados de la marcha de la sociedad. Además, el artículo 180 LSC se refiere a la obligación que tienen los administradores de asistir a dicha junta. De esta manera, se rechaza la idea de considerar al apoderado como un administrador de derecho, ya que la propia Ley hace referencia a cada figura por separado.

La doctrina, en relación con el derogado artículo 295 CP, no tuvo más remedio que calificar a los apoderados como administradores de hecho porque de lo contrario, no hubiesen podido ser sancionados a través del delito societario, que solo admitía como sujetos activos los administradores de derecho o hecho³⁹⁶. La decisión de calificar al apoderado como administrador de hecho se fundamenta en que tenga “acceso al bien jurídico tutelado, ejerciendo de hecho funciones de administración frente a terceros con el reconocimiento de la sociedad y gozando de autonomía”³⁹⁷. En nuestro caso, teniendo en cuenta que el artículo 252 CP solo permite ser sujeto activo a quien tenga facultades para administrar (independientemente de su denominación), entendemos que los apoderados sí pueden ser autores del delito de administración desleal en los supuestos en los que tengan poderes que les permita tomar decisiones sobre la administración del patrimonio social, pudiendo interceder en la gestión y el desarrollo de la sociedad³⁹⁸.

son simples apoderados generales que reciben sus funciones de un acto de representación negocial. Así como los administradores constituyen un órgano social, con un conjunto típico de facultades y deberes, los directivos son empleados laborales sometidos a la esfera de competencias a las reglas ordinarias de la representación voluntaria”.

³⁹⁶ Sobre lo expuesto, véase CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 248 hasta 253, hace una recopilación de las interpretaciones dadas por varios autores sobre la posibilidad de configurar los apoderados (y en su caso, los directores y gerentes) como administradores de derecho o hecho, decantándose el autor que citamos expresamente por ésta última opción. Igualmente, cuando el apoderado tenga amplísimas facultades DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 83 hasta 85. A favor de considerarlos administradores de hecho: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 439 y 440. En contra, señala que actúa como administrador de derecho DEL ROSAL BLÁSICO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 66. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 84, determina que la interpretación del anterior autor solo sería aceptada cuando se trata de apoderados singulares pero no generales, ya que los primeros tienen poder limitado y específico.

³⁹⁷ Por todos, *Ibidem.*, pág. 83.

³⁹⁸ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 251 y 252, manifiesta que hay que tener en cuenta que resulta difícil considerar al apoderado como sujeto ac-

g) Administrador concursal

Cuando las sociedades de capital –que son las que aquí interesan– se encuentran con problemas de solvencia para hacer frente a sus pagos, es obligatorio solicitar que se declare judicialmente el concurso de las mismas. La solicitud del concurso puede instarla el deudor –concurso voluntario–, los acreedores –concurso necesario–, o el mediador concursal en los supuestos en los que se pretenda alcanzar antes un acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en adelante LC). En el caso de que el concurso sea voluntario, el deudor conservará las facultades que le permiten administrar y disponer del patrimonio, aunque para realizar cualquier ejercicio sobre el mismo necesitará la autorización o conformidad del administrador concursal (artículo 40.1 LC). En cambio, si el concurso es necesario, el deudor queda suspendido, esto es, no podrá administrar ni disponer de su patrimonio, y será sustituido por el administrador concursal (artículo 40.2 LC). Por tanto, entre los órganos necesarios para que el procedimiento concursal se realice correctamente, se requiere la presencia del administrador concursal, cuyo régimen jurídico está desarrollado en los artículos 27 a 39 LC³⁹⁹. En particular, el artículo 33 LC recoge las funciones de los administradores concursales.

En general, el administrador concursal desarrolla actividades que se dirigen a la administración y gestión de la sociedad, por lo que en un principio podría ser sujeto activo del delito de administración desleal del artículo 252 CP. El administrador puede hacer uso de sus facultades de administración y, excediéndose en su ejercicio, causar un perjuicio al patrimonio de la sociedad que se encuentra en con-

tivo del delito de administración desleal (en concreto, alude al antiguo artículo 295 CP), ya que éste requiere que el sujeto activo se exceda en sus facultades de administración, y si el apoderado se sobrepasa de las facultades que le otorga el poder legalmente ya no puede obligar a la sociedad. Sin embargo, el autor señala que si siguiésemos ese criterio el apoderado nunca podría ser sujeto del delito de administración desleal porque si se extralimita de su mandato no obliga a la sociedad. El autor resuelve esta cuestión recordando que, el apoderado habitualmente en el tráfico mercantil cuenta con amplios poderes y esta circunstancia le permite que pueda ser autor del ilícito.

³⁹⁹ VERDÚ CAÑETE, M. J., “El concurso: declaración y órganos”, en *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal* (AAVV), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 236, cuando el caso sea muy complejo junto con los administradores concursales se nombran auxiliares delegados.

curso. No obstante, el artículo 435.4 CP hace mención expresa a los administradores concursales, castigándolos en el supuesto de que cometan –entre otras– la conducta descrita en el artículo 432 CP. En concreto, el artículo 432 CP hace alusión a los supuestos en los que el delito de administración desleal del artículo 252 CP es cometido por un funcionario o autoridad pública en relación con el patrimonio público. El CP equipara el concepto de administrador concursal al de autoridad o funcionario incluido en el artículo 24 CP. Tal equivalencia puede ser criticada, debido a la ampliación a la que es sometido el término de autoridad y funcionario público para acoger a los administradores concursales⁴⁰⁰.

El artículo 435 CP determina que las disposiciones del Capítulo VII (que lleva por título “De la malversación”), entre las que se encuentra el artículo 432 CP (cuyo sujeto activo es una autoridad o funcionario público), son extensivas a “los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores”. Por lo tanto, en el supuesto de que un administrador concursal administre deslealmente el patrimonio que tiene el deber de salvaguardar será castigado a través del artículo 435.4 CP en remisión al artículo 432.1 CP (que a su vez se remite al artículo 252 CP). Resaltamos en virtud de lo expuesto la dificultad para sancionar a los administradores concursales que causan un perjuicio al patrimonio que administran. Para imponerles a este tipo de administradores la pena, se debe recurrir primero a un precepto que castiga expresamente a la autoridad o funcionario público (artículo 432 CP), y después a otro artículo más general (artículo 252 CP). Entendemos que la única finalidad que tienen las remisiones anteriores es que el administrador concursal sea sancionado con una pena mayor que la que se le impondría si fuese castigado directamente a través del artículo 252 CP. Por ello, consideramos más apropiado que en el mismo artículo 252 CP se hubiera incluido un apartado que mencionase como sujeto activo concreto del delito a los administradores concursales y haber incluido una pena mayor, evitándose así las dos remisiones antes aludidas.

⁴⁰⁰ Nuestra duda se acrecienta teniendo en cuenta el concepto de patrimonio público que da LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 99: “es un patrimonio público en el que es observable su vinculación a la consecución de fines sociales de carácter general”.

Por consiguiente, los administradores concursales sí pueden realizar el comportamiento típico de administración desleal, pues así puede extraerse de los artículos 432.1 CP y 435.4 CP, puestos en relación con el artículo 252 CP.

h) Administrador e interventor judicial

La LEC prevé el embargo de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas o adscritos a su explotación. En estos supuestos se constituye la administración judicial, regulada en los artículos 630 a 633 de la LSC. El administrador judicial será determinado en una comparecencia a la que asistirán las partes, los administradores de la sociedad ejecutada y los socios o partícipes que tengan acciones o participaciones que no hayan sido embargadas. Además, cuando se acuerde la administración judicial de una empresa o un grupo de ellas, el secretario judicial nombrará un interventor, en cambio si se acuerda el embargo de la mayoría del capital social o de los bienes de la empresa o adscritos a su explotación, se nombrarán dos interventores. Salvo que se disponga otra cosa, el administrador judicial ejercerá los derechos y quedará obligado a los mismos deberes que los administradores sociales. El administrador judicial informará al secretario judicial cuando enajene o grave participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otro que se haya señalado como relevante. Si el interventor pretende realizar tal actividad (enajenación o gravamen), el administrador lo convocará en una comparecencia, en la que finalmente resolverá el secretario judicial. Cuando el administrador judicial reemplace a los administradores sociales, el primero queda sujeto al régimen de administración de los sustituidos⁴⁰¹.

Por tanto, el administrador judicial puede realizar actividades que conlleven la administración del patrimonio social⁴⁰². No obstante, en este caso –como ocurre en el supuesto de los administradores concursales– nos encontramos ante la posibilidad de sancionar a los ad-

⁴⁰¹ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 154.

⁴⁰² No existe unanimidad sobre si el administrador judicial encajaría en el concepto de administrador de derecho o de hecho. A favor de interpretar que ejerce como administrador de derecho: por todos, *Ibidem.*, pág. 154; a favor de considerarlo de hecho CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 257, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 63 y 64.

ministradores judiciales a través del delito de malversación tipificado en el artículo 432 CP por remisión del artículo 435.3 CP. Este último determina que las disposiciones incluidas en el Capítulo VII (entre las que se encuentra el artículo 432.1 CP) podrán aplicarse a “los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”. De modo que, teniendo en cuenta que el patrimonio social encajaría dentro de la disposición mencionada, cuando el administrador judicial administre deslealmente los bienes de los que dispone será castigado en relación con lo expuesto en los artículos 435.3, 432 CP y 252 CP. El mismo criterio se sigue para afirmar que los interventores judiciales serán sancionados a través de los preceptos señalados⁴⁰³.

i) Letrado asesor

La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, desarrollada por el Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los letrados a las sociedades mercantiles⁴⁰⁴, determina que existen sociedades que obligatoriamente deberán designar un letrado asesor que actúe junto con los órganos de dirección y administración^{405, 406}. El letrado tiene

⁴⁰³ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 257 hasta 259, señala que la intervención judicial sobre determinados bienes es una forma de asegurar los mismos, y ésto a su vez es una forma de depósito judicial o secuestro, porque el artículo 1785 CC dispone que “el depósito judicial o secuestro tienen lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de los bienes litigiosos”. Por lo tanto, como los interventores judiciales administran bienes secuestrados o depositados por la autoridad pública, no existe ningún obstáculo para que sean enjuiciados a través del artículo 435.3 CP.

⁴⁰⁴ Entre las que se encuentran las sociedades de capital como dispone el artículo 2 LSC.

⁴⁰⁵ El artículo 1.1 de la Ley 39/1975, dispone que las características que deben tener las sociedades mercantiles que con carácter obligatorio deban tener un letrado asesor. En concreto, podrán ser sociedades que están domiciliadas en España cuando su capital sea de 300.506,052 euros o más o el volumen normal de sus negocios (según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado) alcance los 601.012,104 euros o la plantilla de su personal fijo supere 50 trabajadores. O bien, sociedades cuyo domicilio se encuentre en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a 300.506,052 euros o la plantilla del personal que tengan fijo sea mayor de 50 trabajadores.

⁴⁰⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes...*, *op. cit.*, pág. 232, cuando el letrado asesor deba intervenir y no lo haga, los administradores habrán actuado en contra de la ley,

varias funciones: las propias que desempeña por su profesión; asesorar sobre si los acuerdos y decisiones que toma el órgano de administración social son legales; dejar constancia de su intervención en las deliberaciones a las que asista, y por último desarrollar cualquier otra actividad que le haya sido asignadas por los estatutos sociales (artículo 1.3 Ley 39/1975). La Ley ha determinado explícitamente las funciones de las que dispone el letrado asesor, pero ha añadido a éstas una clausula abierta que será perfeccionada por cada sociedad. En particular, el artículo 1.3 Ley 39/1975 señala que el letrado asesor realizará las funciones “que puedan asignarle los Estatutos de la Sociedad”. Por lo que, en algunas ocasiones se le puede atribuir al letrado asesor funciones que puedan interferir en la marcha de la sociedad, porque estén relacionadas con la gestión y dirección de la misma (y con ello del capital social)⁴⁰⁷. Así, en los casos en los que el letrado asesor tenga facultades de administración (que se las hayan designado los estatutos sociales) y las infrinja perjudicando el patrimonio que administra, será sancionado a través del artículo 252 CP. El letrado asesor no puede ser calificado como administrador de derecho porque no dispone de los requisitos esenciales definidos en la LSC para ser definido como tal, sin embargo, sí puede ser configurado como un administrador de hecho.

j) Presidente y secretario de la junta general

Las sociedades de capital disponen de dos órganos sociales: el órgano de administración y la junta general. El régimen de la junta general se encuentra descrito en el Título V de la Ley de Sociedades de Capital (artículos 159 a 208). Según el artículo 191 LSC la mesa de la junta está formada por el presidente y el secretario. En primer lugar, la LSC permite que los estatutos sociales determinen quienes van a ocupar el cargo de presidente y secretario en la junta gene-

incumpliendo el deber de diligencia que tienen que respetar, y ello unido al daño que causen generará su responsabilidad.

⁴⁰⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 126 hasta 128, determina que los letrados a los que nos referimos no realizan actos de administración y no pueden ser considerados sujetos activos del ilícito. A favor de que el letrado asesor actúe como administrador de hecho RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 145 hasta 147, y MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, págs. 115 y 116. En contra: NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 106 y 107.

ral⁴⁰⁸; en su defecto la LSC concreta expresamente que serán los mismos que ocupen los cargos de presidente y secretario en el órgano de administración; subsidiariamente, pueden ser elegidos por quien designen los socios en el momento en el que vaya a dar comienzo la reunión. Así, el presidente también puede ser administrador de la sociedad. Cuando el presidente de la junta general ejerza como administrador podría configurarse como sujeto activo del artículo 252 CP, ya que dispondrá de facultades de administrar que le permitirán gestionar el patrimonio social (tendrá la condición de administrador de derecho). En cambio, puede que el presidente de la junta no sea administrador. En este caso, el presidente solo podrá ejercer sus funciones en relación con las competencias que la LSC le asigna a la junta⁴⁰⁹, y como ninguna permite administrar el patrimonio social, no podrá ser sujeto activo del delito de administración desleal. Afirmamos que la LSC no faculta al presidente de la junta a administrar el patrimonio de la sociedad, porque para la realización de tal competencia tiene legitimación otro órgano (en concreto, el órgano de administración)⁴¹⁰. Si por cualquier circunstancia –debido a la cercanía con la sociedad– el presidente de la junta realizara labores de gestión y administración dirigidas que perjudiquen el patrimonio social –es decir, el bien jurídico protegido en el artículo 252 CP–, sería calificado como administrador de hecho⁴¹¹.

⁴⁰⁸ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 72, puntualiza que “la designación del presidente de los estatutos podrá hacerse nominalmente o mediante la determinación de los requisitos que deben concurrir en el mismo, su oficio o cargo. En la práctica se han seguido diversos sistemas: así, la pertenencia del presidente a un grupo determinado de socios o de acciones, la rotación periódica en el cargo entre los socios, la mayor edad o mayor antigüedad, etc.”. De manera similar, MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pág. 112.

⁴⁰⁹ Que se encuentran descritas en el artículo 160 LSC.

⁴¹⁰ En sentido general, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 271 y 272, determina que la administración de la sociedad será desarrollada por el órgano de administración, sin que se permita la intromisión de la junta general.

⁴¹¹ La doctrina planteó la posibilidad (en relación con el derogado artículo 295 CP) de que el presidente ejerciese a su vez como socio, ya que recordemos que el precepto señalaba que podían ser sujetos activos los administradores de hecho (o de derecho) o los socios. En concreto, se debatió la posibilidad de que el presidente-socio respondiese penalmente como administrador de hecho o como socio. Finalmente, se determinó que el presidente-socio, respondería en primer lugar por su condición de socio, y si no lo fuese como administradores de hecho. Sobre lo expuesto, MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pág. 112. RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 142 y 143. En nuestro caso, el artículo 252 CP no especifica los posibles autores del delito sino que simplemente exige que éstos tengan facultades de administración. Si el cargo de

Igualmente, el citado artículo 191 LSC dispone que la junta está constituida por un secretario que acompaña al presidente⁴¹². Como hemos señalado en el párrafo anterior, el secretario de la junta podrá ser el mismo que ejerza dicho cargo en el órgano de administración, y en su defecto quien estipulen los estatutos sociales o designen los socios. Como ocurre con el presidente, en los supuestos en los que el cargo de secretario coincide con el de administrador, éste es un posible sujeto activo del artículo 252 CP (calificado como administrador de derecho). En cambio, cuando no se solapen ambos cargos, el secretario (sea o no socio) únicamente puede actuar como administrador de hecho (y solo en el caso de que desarrolle facultades de administración sobre el patrimonio social)⁴¹³.

k) Comisionario del sindicato de obligacionistas

Otra de las figuras que encontramos en la LSC es el comisionario del sindicato de obligacionistas. La LSC faculta al sindicato de obligacionistas, que se constituye como una asociación formada por obligacionistas, para que proteja sus intereses colectivos. El sindicato está formado por un órgano unipersonal –el comisionario– y otro colectivo –la asamblea de comisionistas–⁴¹⁴. En concreto, el comisionario es nombrado cuando la sociedad acuerde la emisión de las obligaciones. En general, el comisario se encarga de representar al sindicato y del “control y la vigilancia de la marcha de la sociedad” cuando los obligacionistas vean sus derechos vulnerados. A pesar de que se trata de una figura (la del comisionario) que en algunos casos la LSC pone en común con los administradores sociales, se entiende que son sujetos diferentes⁴¹⁵. El comisionario no realiza facultades que estén diri-

presidente de la junta se solapa con el de socio, podría ser calificado como administrador de hecho, cuando por su cercanía con la sociedad desarrollase facultades de administración y gestión que supongan el dominio del hecho ilícito.

⁴¹² La figura que estudiamos cada vez es más desarrollada por el letrado asesor; así lo expone: *Ibidem.*, págs. 143 y 144.

⁴¹³ De forma general (aludiendo a los delitos societarios): *Ibidem.* Sobre el cargo de secretario: FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 74 y 75.

⁴¹⁴ Más extensamente véase: BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 596 y 597.

⁴¹⁵ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 144 y 145, el autor en concreto señala una serie de artículos en los que la LSC hace alusión al comisionario y a los administradores sociales (a pesar de que en la obra señalada cita la LSA, actualizamos estos preceptos e incluimos su posición en la actual LSC): artículo 422 LSC, que determina que la asamblea general de obligacionistas podrá ser convocada

gidas a la administración del patrimonio social, ya que sus funciones se proyectan solo en relación con los obligacionistas. De manera que el comisionario –si nos ceñimos a la labor que desempeña– no puede ser considerado sujeto activo del delito de administración desleal del artículo 252 CP⁴¹⁶.

1) Pactos de sindicación

Los pactos parasociales son “convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada, con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen”⁴¹⁷. Más concretamente, la LSC alude a la publicidad de este tipo de pactos, y los define en el artículo 530 LSC, como aquellos que tratan sobre la regulación del ejercicio del derecho al voto en las juntas o que se centran en determinar restricciones o condiciones de la libre transmisión de las acciones⁴¹⁸. Entre los pactos parasociales, encontramos los pactos de sindicación⁴¹⁹. Los socios-sindicados se unen para asegurarse que van a poder influir en la toma de decisiones de la sociedad, es decir, todos ejercen el derecho al voto en el mismo sentido (unitariamente) porque pretenden hacerse con el control social^{420, 421}. En concreto, los socios-sindicados actuarán conforme determine el comité ejecutivo, ya que dentro de la estructura del sindicato es dicho órgano el que concreta en qué sentido emitirán los sindicatos sus votos. En los supuestos en los que

por el comisario o por los administradores de la sociedad, y el artículo 427 LSC en relación con lo expresado en dicha Ley sobre la impugnación de acuerdos sociales.

⁴¹⁶ *Ibidem.*, págs. 144 y 145, se ha pronunciado sobre la posibilidad de considerar al comisionario como administrador de hecho o de derecho para que pueda ser incluido como un posible autor de los delitos societarios, y ha rechazado tal opción.

⁴¹⁷ PAZ-ARES, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, en *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, n.º 5, 2003, pág. 1.

⁴¹⁸ En particular, la LSC hace referencia a los pactos parasociales en la sociedad cotizada, ante esto MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, págs. 353 y 354, considera que aunque en las sociedades anónimas estos tipo de pactos es donde adquieren mayor relevancia también pueden originarse en otro tipo de sociedades.

⁴¹⁹ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 276.

⁴²⁰ SÁEZ LACAVE, M. I., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2009, pág. 4.

⁴²¹ Esto es lo que se conoce como sindicatos de mando o de voto. Tales sindicatos dan lugar a los sindicatos de bloqueo, que imponen a los socios-sindicados que forman parte de los mismos, restricciones o condiciones en relación con sus acciones.

los socios decidan agruparse para actuar conjuntamente y votar en la junta general, ninguno de ellos estará ejercitando una facultad de administración en relación con el patrimonio, con lo que no pueden cometer el delito del artículo 252 CP. En cambio, más controvertido resulta analizar esta circunstancia desde el punto de vista de admitir que puedan realizarse pactos de sindicación entre los administradores del órgano de administración. En general, la doctrina mercantil rechaza que puedan realizarse pactos de sindicación en el consejo de administración⁴²². No obstante, CASTRO MORENO ha analizado la posibilidad de que el pacto de sindicación se desarrolle en el órgano de administración. El autor se ha planteado la posibilidad de que un sindicato esté representado en el consejo por una persona que actúa como un “nuncio o mensajero” de dicha asociación. En el supuesto de que el representante desarrolle su actividad en relación con el patrimonio deslealmente, podrá ser sujeto activo del delito de administración desleal (ya que actúa como administrador de derecho). Sin embargo, la cuestión es si puede serlo también quien le haya ordenado desde el sindicato que tome esa decisión perjudicial para el patrimonio social. El autor, desde la perspectiva de la autoría y participación –cuestiones que serán analizadas por nosotros en el epígrafe debido–, se pregunta cómo podría ser calificado quien da las instrucciones desde el sindicato, al que finalmente ha considerado como inductor –si el administrador actuase con dolo– o como autor de un delito de estafa –si ha causado error en el administrador con el objetivo de que éste perjudique a la sociedad–⁴²³.

1.1.2. Sujeto pasivo

El antiguo delito de administración desleal ubicado en el derogado artículo 295 CP concretaba como posibles sujetos pasivos del ilícito

⁴²² La doctrina ha admitido la realización de pactos de sindicación en el seno de la junta general, sin embargo se ha discutido sobre la posibilidad de que tales pactos puedan llevarse a cabo en relación con el órgano de administración. Para ello, puede verse extensamente el artículo de PAZ-ARES, C., “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2010, pág. 4, en el que indica que “la tesis más generalizada en la doctrina es que los acuerdos relativos al voto de los administradores están proscritos en nuestro ordenamiento, a pesar de que alguna norma aislada los mencione como posibles o admisibles”.

⁴²³ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 276 hasta 280.

cito societario a los “socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital”. El precepto era exhaustivo al determinar quiénes podrían ser perjudicados por la conducta típica realizada por el administrador de hecho, derecho o los socios. No obstante, la enumeración de sujetos contenida en el precepto no generaba nada más que controversias. Especialmente, recordemos que la doctrina y jurisprudencia se manifestaron en varias ocasiones en relación con la inclusión –o exclusión– de la sociedad como sujeto pasivo, ya que ésta no era mencionada específicamente en el derogado artículo 295 CP⁴²⁴.

A diferencia del anterior precepto, la redacción del delito de administración desleal genérica (artículo 252 CP) no ha concretado quién puede calificarse como sujeto pasivo. El artículo 252 CP –al igual que ha hecho con el sujeto activo–, suprime cualquier referencia a personas que por su vinculación con la sociedad son susceptibles de ser considerados posibles sujetos pasivos (como son el socio, depositario, cuentapartícipe...). El legislador, con la intención de que el artículo 252 CP pueda ser aplicado en cualquier ámbito y no solo en el societario, ha eliminado expresamente los términos jurídico-mercantiles contenidos en el derogado artículo 295 CP. Ahora bien, la cuestión que nos interesa dilucidar –y que vamos a tratar a continuación– es si los sujetos pasivos que fueron incluidos en el derogado artículo 295 CP pueden ser calificados como tales en el delito del artículo 252; o si por el contrario el número de posibles sujetos pasivos ha aumentado o disminuido cuando el nuevo delito concurre en el seno de las sociedades de capital.

A. La sociedad

a) La sociedad como ente con personalidad jurídica

El sujeto pasivo de un delito se identifica con el titular del bien jurídico protegido⁴²⁵ que es lesionado o puesto en peligro⁴²⁶. El bien

⁴²⁴ Vid., MATA Y MARTÍN, R. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 345; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 397 y 398; BLANCO LOZANO, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 192; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 342.

⁴²⁵ QUINTANAR DÍEZ, M., y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos de Derecho penal. Parte general* (dir. QUINTANAR DÍEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 62; MAQUEDA ABREU, M. L., y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho penal en casos. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 124.

⁴²⁶ ORTOS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 329.

jurídico que se tutela a través del artículo 252 CP es el patrimonio, por consiguiente el sujeto pasivo del delito de administración desleal genérica es el titular del mismo, ya sea persona física o jurídica⁴²⁷. El sujeto que ha depositado en otro la confianza para que administre lealmente su patrimonio será determinado como sujeto pasivo. Si trasladamos tal idea al caso que analizamos, esto es, a la aplicación del artículo 252 en el ámbito de las sociedades de capital, podemos especificar más aún quien ostenta la condición de sujeto pasivo. A lo largo de este estudio hemos mantenido que, cuando la sociedad sufre un menoscabo, el bien jurídico protegido directamente por el delito de administración desleal es el patrimonio social. De manera que, si aceptamos que mediante el artículo 252 CP se protege el patrimonio social, paralelamente admitimos que el sujeto pasivo del ilícito es la sociedad.

Para definir a la sociedad como sujeto pasivo del artículo 252 CP aplicado en el ámbito de las sociedades de capital, en los términos expuestos anteriormente, es relevante comprobar que tal ente tenga personalidad jurídica. Resulta importante destacar tal extremo porque cuando la sociedad tenga personalidad jurídica –distinta a la de los socios– dispondrá de su propio patrimonio⁴²⁸. Por ello, es conveniente hacer alusión al momento en el que la sociedad adquiere dicha personalidad.

Los artículos 19 y siguientes de la LSC se refieren a la constitución de las sociedades de capital. El artículo 20 LSC determina que la fundación de tales sociedades requiere que se otorgue escritura pública, que posteriormente tendrá que ser inscrita en el Registro Mercantil. La escritura se otorgará por todos los socios fundadores (artículo 21 LSC). El contenido mínimo de la escritura de constitución se deter-

⁴²⁷ CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 13; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7^a ed.), *op. cit.*, pág. 579; BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547. QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231. FARELDO CABANA, P., *Los delitos...* (2^a ed.), *op. cit.*, pág. 418; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 77; RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 533.

⁴²⁸ DE LA CUESTA RUTE, J. M., “La sociedad como persona jurídica”, en “Teoría general de sociedades mercantiles. Sociedades personalistas”, *Derecho mercantil* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015, pág. 159. DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 200.

mina en el artículo 22 LSC^{429, 430}. Después se deberá realizar la inscripción registral, que queda definida en los artículos 31 a 35 LSC. Los socios fundadores y los administradores de la sociedad tienen legitimación para presentar la escritura en el Registro Mercantil en el plazo de dos meses desde que se haya producido el otorgamiento de la misma. La inscripción de la sociedad en el Registro es muy relevante porque a partir de dicho momento adquiere personalidad jurídica⁴³¹. Por último, será publicada en el BORME la inscripción referida.

Cuando los socios fundadores de la sociedad hayan otorgado escritura de constitución conforme establece la LSC y además, hayan inscrito tal documento en el Registro se considerará que la socie-

⁴²⁹ Como mínimo la escritura de constitución debe contener los siguientes extremos: “a) La identidad del socio o socios. b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado. c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio. d) Los estatutos de la sociedad. e) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad”. Además el artículo 22 añade una serie de puntualizaciones más: “2. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas. 3. Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción”. Cabe hacer mención especial a los estatutos, ya que determinan el funcionamiento que va a seguir la sociedad. Deben contener: “a) La denominación de la sociedad. b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran. c) El domicilio social. d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren. En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos. f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad”.

⁴³⁰ Si la escritura de constitución no contiene alguno de los requisitos mínimos exigidos en la LSC, será incompleta y por lo tanto, no podrá inscribirse en el Registro Mercantil. Por lo que, debería otorgarse otra escritura nueva, que supla a la inicial y que sea completa conforme a lo establecido en la LSC. Así, DE SAN ROMÁN, J., y IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “La fundación de las sociedades de capital”, en *Fundamentos del Derecho empresarial. Derecho de sociedades* (coord. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.), Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 95.

⁴³¹ La personalidad jurídica que adquiere se corresponde con el tipo social elegido (artículo 33 LSC), es decir, como sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad comanditaria por acciones.

dad tiene personalidad jurídica. Desde el momento en que la sociedad se inscribe y adquiere personalidad jurídica tiene “capacidad para mantener sus propias relaciones jurídicas y operar como sujeto de derecho”⁴³², de manera que se le considera legalmente como empresario y queda sometida al régimen jurídico del mismo⁴³³. La sociedad con personalidad jurídica goza de una denominación, domicilio y nacionalidad⁴³⁴, y además será titular su patrimonio (separado del patrimonio los socios). La posibilidad de que la sociedad disponga de su propio patrimonio de manera autónoma le permitirá además configurarse como sujeto pasivo del delito de administración desleal cuando se desarrolle en el ámbito de las sociedades de capital.

Hasta aquí no encontramos ningún impedimento en calificar la sociedad como sujeto pasivo del delito del artículo 252 CP cuando su patrimonio sufra un perjuicio. Como hemos mencionado, la sociedad se constituye como un ente con personalidad jurídica que tiene su propio patrimonio (el patrimonio social) que se distingue del patrimonio personal de los socios. La personalidad jurídica se adquiere cuando se otorga escritura y se inscribe en el Registro Mercantil, sin embargo, podemos encontrar algunos casos en los que tales formalidades legales no se cumplen. Tales supuestos serán analizados en el epígrafe siguiente.

b) Referencia a casos especiales

a’) Sociedad en formación y sociedad irregular

Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, la doctrina penalista se pronunció en torno al contenido de los artículos 290 a 297 CP y en particular sobre su aplicación a la sociedad en formación y la sociedad irregular, aunque desde un enfoque diferente al que nosotros proponemos. Si atendemos a la redacción de los delitos societarios (entre los que se encontraba el antiguo delito de administración desleal), observamos que los preceptos en los que quedan regulados señalan que la conducta ilícita debe concurrir en una “sociedad cons-

⁴³² GARCÍA DE ENTERRÍA, J., y IGLESIAS PRADA, J. L., “Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 407.

⁴³³ *Ibidem.*, pág. 408.

⁴³⁴ DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 200.

tituida o en formación”⁴³⁵. Además, el artículo 297 CP define qué debe entenderse por el término sociedad y otorga una definición de la misma⁴³⁶. Sin embargo, en dicho precepto (en el 297 CP) no se hace mención a la sociedad irregular. Por este motivo, la doctrina discutió si podía aceptarse o considerarse como marco idóneo para el desarrollo de los delitos societarios. Finalmente, la sociedad irregular se ha considerado como una entidad incluida en el artículo 297 CP y en la que consecuentemente pueden discurrir los delitos societarios descritos en el Capítulo XIII del Título XIII^{437,438}.

En relación con el nuevo artículo 252 CP hemos indicado (en el epígrafe anterior) que la sociedad es el sujeto pasivo del delito de administración desleal cuando el patrimonio social ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la realización de la conducta descrita en el precepto mencionado. La sociedad es una entidad que tiene personalidad jurídica (a partir de su inscripción de carácter constitutivo en el Registro Mercantil) y un patrimonio propio diferenciado del de los socios⁴³⁹. Por lo tanto, ella es la titular del patrimonio administrado que se perjudica por el sujeto activo. No obstante, la cuestión precisa ciertas puntualizaciones. En algunos casos la sociedad no se ha constituido plenamente (conforme a los requisitos legales exigidos) y en consecuencia no adquiere personalidad jurídica. Teniendo en cuenta que dicha condición es la que le permite a la sociedad operar en el tráfico mercantil como sujeto autónomo (y con patrimonio propio), debemos cuestionarnos qué sucede cuando

⁴³⁵ En concreto, los artículos 290, 291, 293, 294 CP. El artículo 292 CP a pesar de ser un delito societario no incluye en su contenido la expresión “sociedad constituida o en formación”.

⁴³⁶ Según el precepto: “se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

⁴³⁷ En nuestro caso, no habría problema en admitir que el delito de administración desleal puede desarrollarse tanto en una sociedad en formación como en una sociedad irregular (otra cuestión –que es a la que dedicamos el epígrafe– es delimitar quién sería el titular de patrimonio administrado). El artículo 252 CP, a diferencia de los delitos societarios, no ha reducido su ámbito de aplicación a un sector concreto.

⁴³⁸ Por todos, RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 116 hasta 118.

⁴³⁹ Recordamos que DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 200, señala que una de las consecuencias de que se atribuya la personalidad jurídica a una sociedad consiste en admitir que tiene un patrimonio autónomo, independiente del patrimonio de los socios.

carece de personalidad. Es esencial concretar a quién pertenece el patrimonio aportado por los socios antes de que la sociedad se constituya como ente independiente de manera formal, ya que el titular del mismo será sujeto pasivo del delito que analizamos.

Como ya hemos señalado, la inscripción de la sociedad le otorga personalidad jurídica (artículo 33 LSC), no obstante, a veces los socios fundadores han expresado su voluntad de constituir la sociedad otorgando escritura pública pero no han realizado la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil. Cuando concurren estas circunstancias la sociedad se denominará sociedad en formación. En virtud de la definición de sociedad en formación podría discutirse si ésta tiene autonomía patrimonial. A nuestro juicio, la sociedad en formación dispone de su propio patrimonio. Tal afirmación la hacemos basándonos en el contenido del artículo 37 LSC que regula la responsabilidad de dicho ente en situaciones específicas. El precepto establece que la sociedad en formación responderá con “el patrimonio que tuviere” por determinados actos y contratos⁴⁴⁰. El precepto señalado manifiesta que la sociedad es titular de su propio patrimonio; en cambio, si la sociedad en formación no tuviese un patrimonio independiente de los bienes de los socios, el artículo 37 LSC habría sido redactado en otro sentido. Por tanto, a través del artículo 37 LSC consideramos que la sociedad en formación, a pesar de que no tenga formalmente personalidad jurídica como cualquier SA, SRL o sociedad comanditaria por acciones debidamente inscrita, dispone de patrimonio autónomo. Por ello, entendemos que se debe calificar a la sociedad en formación como posible sujeto pasivo del artículo 252 CP.

Diferente a la categoría de la sociedad en formación es la sociedad irregular. Se reputa irregular una sociedad cuando se verifica la voluntad sus socios de no inscribirla en el Registro Mercantil o cuando haya transcurrido un año desde que se otorgara escritura sin que se haya solicitado su inscripción⁴⁴¹. Si se presenta como una SA, SRL,

⁴⁴⁰ En concreto, por los “indispensables para la inscripción de la sociedad”, también “por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción” y por último “por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios”.

⁴⁴¹ De forma que si la situación de la sociedad en formación se alarga en el tiempo y concurren alguno de los dos supuestos señalados la sociedad será irre-

o sociedad comanditaria por acciones, ésta se regirá por las normas de la sociedad colectiva o civil, dependiendo de si el objeto social es mercantil o civil⁴⁴². La irregularidad legitima a cualquier socio para solicitar la disolución de la sociedad y exigir la restitución de su aportación (previa liquidación de patrimonio social, como dispone el artículo 40 LSC).

La sociedad irregular no está inscrita en el Registro Mercantil, es decir, formalmente no tiene personalidad jurídica, lo que podría suponer un impedimento para admitir que dispone de patrimonio propio. Sin embargo, la doctrina mercantilista ha debatido sobre estos extremos, deteniéndose a analizar la cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad irregular y la titularidad del patrimonio común constituido a partir de las aportaciones de los socios.

Una primera orientación determinó que la sociedad solo adquiriría personalidad jurídica cuando fuese inscrita en el Registro Mercantil. Sin embargo, posteriormente algunos autores defendieron que la inscripción formal de la escritura de constitución de la sociedad en Registro no era el criterio que determinaba si dicho ente tenía o no personalidad propia. Para este último sector doctrinal la personalidad jurídica no se adquiere con la inscripción formal en el Registro sino que basta con la publicidad de hecho. De modo que, la sociedad podía tener personalidad jurídica aunque no se hubiese

gular. Sobre la sociedad en formación y la sociedad irregular puede consultarse: BOLDÓ RODA, C., “Fundación de las sociedades de capital”, en “Sociedades de capital (I). Principios. Fundación. Financiación”, en *Derecho mercantil* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015, págs. 185 y 186; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., y IGLESIAS PRADA, J. L., “La fundación de las sociedades de capital”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 419 hasta 421; LÓPEZ ORTEGA, R., “La constitución de las sociedades de capital”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3°, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 260 hasta 263; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 383 hasta 385.

⁴⁴² ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades...”, *op. cit.*, págs. 52 y 53; DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 199, señalan que a pesar de que la sociedad no tenga la personalidad jurídica del tipo elegido (SA, SRL o S. Com. por A.) debido a la falta de inscripción, ésta responderá con su patrimonio. La responsabilidad de los socios vendrá determinada en función de si la sociedad irregular se rige por las normas de la sociedad colectiva (en la que los socios responden solidariamente) o de la sociedad civil (donde los socios responden mancomunadamente).

inscrito en el Registro⁴⁴³. Si apoyamos la segunda interpretación, esto es, que no es necesaria la inscripción de la sociedad para que tenga personalidad jurídica, no hay ningún problema en calificar la sociedad como sujeto pasivo⁴⁴⁴. Ahora bien, si nos acogemos a la primera interpretación, que exige la inscripción como requisito irrenunciable para que la sociedad tenga personalidad jurídica –sobre la base del carácter constitutivo de la misma–, habría que identificar la pertenencia del patrimonio aportado por los socios para determinar el sujeto pasivo.

En relación con lo expuesto cabe citar a algunos autores que se han pronunciado sobre la titularidad del patrimonio de la sociedad irregular. En concreto, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ han determinado que la sociedad irregular “es sujeto de Derecho, posible titular de derechos y obligaciones. Pero se trata de una entidad societaria que no alcanza la autonomía patrimonial y la independencia respecto de sus socios propias (sic) de la constitución regular y definitiva de la sociedad capitalista”⁴⁴⁵. De otro lado, DÍAZ MORENO afirma que la sociedad irregular tiene “cierta” independencia en relación con su patrimonio. Así, la sociedad irregular, aunque no tenga personalidad jurídica, tiene su patrimonio separado del patrimonio personal de los socios. Éstos no podrían disponer de los bienes que han aportado aunque consideremos que la sociedad no tiene personalidad jurídica. De hecho, en el caso de que haya que repartir el patrimonio social, primero se satisfarán los créditos de los acreedo-

⁴⁴³ Se hacen eco de estas dos posiciones: GARCÍA ESCOBAR, G. A., *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso* (tesis doctoral dir. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Tomo I, Universidad de Granada, 2016, págs. 122 hasta 125.

⁴⁴⁴ Se entendería que no puede reconocerse la existencia de una sociedad de capital en el sentido que establece la LSC (no adquiere el tipo social de SA, SRL o S. Com. por A.), porque adquiere personalidad jurídica con la inscripción. Sin embargo, sí podría reconocerse que la sociedad tiene autonomía plena en el tráfico y también capacidad obligarse frente a terceros. En este sentido se expresa: GARCÍA DE ENTERRÍA, J., y IGLESIAS PRADA, J. L., “La fundación...”, *op. cit.*, pág. 420. Considera que la sociedad debe estar inscrita en el Registro Mercantil para tener personalidad jurídica: GARCÍA ESCOBAR, G., “Presupuesto subjetivo del concurso en el derecho español. El caso de la sociedad irregular”, en *Revista Crítica de Derecho privado*, n° 12, Volumen I, 2015, págs. 317 hasta 340.

⁴⁴⁵ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 383 y 384, aluden a lo expuesto no solo refiriéndose a la sociedad irregular sino también a la sociedad en formación (no obstante, aluden al artículo 37 LSC en el que se indica que la sociedad responde con su propio patrimonio).

res y después los de socios. Además, los acreedores personales de los socios no pueden dirigirse contra el patrimonio social sino contra el personal de cada socio⁴⁴⁶. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO sostiene que la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica, aunque reconoce que lo importante es que tenga “un patrimonio con propia autonomía dentro del tráfico jurídico”, en concreto “de una organización, con un patrimonio colectivo o común, dedicada al suministro de bienes y servicios”⁴⁴⁷. De manera que, teniendo en cuenta que algunos autores han admitido que la sociedad irregular –tenga o no personalidad jurídica para constituirse como genuina sociedad de capital– tiene autonomía patrimonial, entendemos que tal ente (que opera en el tráfico mercantil y que genera obligaciones frente a terceros) tiene capacidad para ser sujeto pasivo de artículo 252 CP.

Además, cuando la LSC establece en el artículo 39 LSC que la sociedad irregular actúa como una sociedad colectiva o civil, recordamos que éstas distinguen entre el patrimonio propio de la sociedad y el patrimonio de los socios (con el que tendrán que responder personalmente en caso de que el de la sociedad sea insuficiente). Por lo tanto, si tenemos en cuenta que las sociedades colectiva y civil tienen un patrimonio propio, podemos razonar del mismo modo en relación a la sociedad irregular (que se rige por las normas de las aquéllas).

Resumiendo, como el patrimonio social es el bien jurídico protegido a través del artículo 252 CP cuando el delito se comete en el ámbito de las sociedades de capital, nos hemos cuestionado quién es el titular de dicho patrimonio cuando la sociedad no tiene formalmente personalidad jurídica. En concreto, se ha demostrado que las denominadas sociedades en formación o irregulares tienen su

⁴⁴⁶ DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, págs. 199 hasta 201. ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades...”, *op. cit.*, pág. 52, determina que la sociedad irregular tiene “personalidad jurídica básica, siendo válidas las obligaciones por ella asumidas, de las que responderá con su patrimonio”. De forma que admite que la sociedad irregular tiene su propio patrimonio.

⁴⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 30 y 31, realiza las afirmaciones incluidas en el texto principal en el marco del Derecho concursal. En concreto el autor determina que la falta de personalidad en la sociedad, cuando ésta disponga de su propio patrimonio, no será impedimento para admitir su concursalidad.

propio patrimonio, independiente del patrimonio personal de los socios. En este sentido, son titulares de dicho patrimonio social y por consiguiente, sujeto pasivo del artículo 252 CP.

b') Procedimiento de formación sucesiva de la sociedad anónima: los suscriptores como titulares del patrimonio perjudicado

La LSC hace referencia a dos procedimientos a través de los cuales podrán constituirse las sociedades de capital. En primer lugar, la Ley prevé el procedimiento de constitución simultánea, que puede aplicarse a la SA y SRL y que se realizará mediante un contrato entre dos o más personas o por un acto unilateral en el caso de la sociedad unipersonal (artículo 19.1 LSC). En segundo lugar, la LSC contempla la posibilidad de que las SA se constituyan en forma sucesiva por suscripción pública de acciones (artículo 19.2 LSC). La aplicación del último procedimiento señalado, que queda regulado en los artículo 41 a 55 LSC, no ha tenido mucha aplicación práctica⁴⁴⁸.

Sobre el desarrollo del procedimiento de fundación sucesiva ya nos detuvimos cuando hicimos alusión a la posibilidad de calificar a los promotores como sujetos activos del delito contemplado en el artículo 252 CP. Por ello, ahora simplemente vamos aludir a una fase concreta de dicho procedimiento. El proceso fundacional de la sociedad anónima finaliza cuando se otorga escritura pública de constitución y dicho documento se inscribe en el Registro Mercantil. Tras la realización de tales formalismos, no existe problema en reconocer que la sociedad anónima ha sido debidamente constituida y que por lo tanto goza de personalidad jurídica. Es estos casos, en los que la sociedad tiene autonomía patrimonial, dicho ente puede ser calificado como sujeto pasivo del artículo 252 CP. Sin embargo, puede que el acto de administración desleal se produzca durante el desarrollo del procedimiento de fundación sucesiva, antes de que se haya otorgado escritura de constitución o bien ésta no se haya inscrito en el Registro

⁴⁴⁸ NÚÑEZ LOZANO, P. L., "Constitución de la sociedad anónima", en "La sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones", *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, pág. 237; LÓPEZ ORTEGA, R., "La constitución...", *op. cit.*, pág. 268; BOLDÓ RODA, C., "Fundación...", *op. cit.*, pág. 188; DE SAN ROMÁN, J., y IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., "La fundación...", *op. cit.*, pág. 91; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 386.

Mercantil⁴⁴⁹; en el caso de que se diesen tales circunstancias ¿quién sería el titular del patrimonio desembolsado por los suscriptores?

Los promotores deben redactar un programa de fundación que contendrá como mínimo los datos determinados en el artículo 42 LSC. En concreto, la letra f) de dicho precepto, exige a los promotores que concreten, “el criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas”, en los supuestos en los que “el total de aquellas rebase el valor o cuantía del capital”, o también pueden especificar “la posibilidad de constituir la sociedad por el total valor suscrito” aunque éste “sea este superior o inferior al anunciado en el programa de fundación”. Si las suscripciones rebasan el capital social podría ampliarse éste (si fuese posible conforme a lo estipulado en la LSC), o bien plantearse la devolución de las suscripciones sobrantes. Por lo que, si hay que devolvérselas entendemos que en ningún caso han llegado a ser titularidad de la sociedad, la cual ni tan siquiera se ha constituido. En el supuesto de que la sociedad se hubiese inscrito en el Registro Mercantil, las aportaciones de los suscriptores sí hubieran pasado a formar parte del patrimonio social; sin embargo, durante el procedimiento de fundación sucesiva dichas aportaciones son titularidad de los suscriptores.

La interpretación que venimos haciendo toma más fuerza si atendemos a lo dispuesto en el artículo 45 LSC que determina que “las aportaciones serán indisponibles hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil”. El precepto solo permite que las aportaciones de los suscriptores se usen para “gastos imprescindibles de la inscripción” (en concreto de notaría, registro y fiscales). Del precepto se deduce que las aportaciones que han realizados los suscriptores pertenecen a un fondo común del que no se puede hacer uso salvo en circunstancias determinadas (que no son desarrollar la actividad social)⁴⁵⁰. De modo, que las aportaciones no son propiedad de la so-

⁴⁴⁹ La LSC determina su artículo 55 LSC, que “transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido”.

⁴⁵⁰ LÓPEZ ORTEGA, R., “La constitución...”, *op. cit.*, pág. 270, la autora señala que no puede plantearse la irregularidad de la sociedad, debido a lo expuesto en la LSC sobre la indisponibilidad del fondo común (artículo 45 LSC) y en relación con la no responsabilidad de los suscriptores, excepto que dolo o culpa (artículo 53.3 LSC).

ciudad que está constituyéndose a través del proceso de formación sucesiva, ya que ésta no puede disponer de ellas como propias.

Además, el artículo 55 LSC determina que en el caso de que no se produzca la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, los suscriptores pueden exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubiesen aportado. El precepto señalado nos recuerda en cierto modo al artículo 40 LSC que regula el derecho del socio de la sociedad irregular a instar la disolución de la sociedad. El artículo 40 LSC manifiesta que el socio de la sociedad irregular solo verá restituidas sus aportaciones cuando haya instado disolución de la sociedad, ésta se haya liquidado, y se hayan satisfecho los créditos de los acreedores en caso de que los haya. A diferencia de la sociedad irregular que sí da comienzo a la actividad social usando el fondo común (porque tiene autonomía patrimonial), la sociedad en constitución sucesiva no realiza ninguna actividad. Por este motivo, el suscriptor ve reintegrada su suscripción directamente sin tener que esperar a la liquidación de la sociedad.

En consecuencia, cuando el delito de administración desleal del artículo 252 CP concurra durante el procedimiento de formación sucesiva de sociedad anónima, el bien jurídico protegido no será el patrimonio social sino el patrimonio de los suscriptores. Por lo que, la sociedad no puede ser definida como sujeto pasivo del artículo 252 CP, en este caso los sujetos pasivos del delito serán los suscriptores; ya que son los titulares del bien jurídico protegido (patrimonio) que ha sufrido un perjuicio⁴⁵¹.

c') Sociedades nulas. Sociedades de hecho

En algunas ocasiones la escritura de constitución de la sociedad adolece de algún vicio o defecto que si no hubiese pasado desaper-

⁴⁵¹ Teniendo en cuenta que el título del trabajo que desarrollamos es “El delito de administración desleal (artículo 252 CP) en el ámbito de las sociedades de capital”, hemos mantenido que el único bien jurídico protegido es el patrimonio social y como consecuencia de ello solo puede ser denominado sujeto pasivo la sociedad. A pesar de que en el epígrafe que se ha venido redactando hemos finalizado concluyendo que el sujeto activo son los suscriptores (y el bien jurídico el patrimonio de los mismos), entendemos que ésta consecuencia solo se deriva de la administración desleal que acaece en el proceso de formación sucesiva de la sociedad anónima, pero no cuando ésta se ha constituido debidamente como un tipo de sociedad de capital (ámbito al que se ciñe nuestro estudio), por lo tanto entendemos que la conclusión a la que hemos llegado no interfiere para seguir manteniendo que el único sujeto pasivo es la sociedad.

cibido en el momento de su inscripción hubiera bastado para que el documento se declarase nulo. La doctrina de las sociedades de hecho⁴⁵² reconoce que la actividad que ha venido desarrollando la sociedad afectada por un vicio de nulidad tiene eficacia jurídica y que los terceros con los que ha contraído obligaciones deben ser protegidos⁴⁵³. De forma que, la declaración de nulidad de la sociedad no producirá efectos retroactivos⁴⁵⁴.

El artículo 56 LSC recoge una serie de causas graves que permiten que se ejercite una acción de nulidad en relación con una sociedad ya inscrita. Se trata de circunstancias tasadas de forma muy estricta⁴⁵⁵. La nulidad de la sociedad solo podrá ser declarada por una resolución judicial. Una vez que judicialmente se haya declarado la nulidad de la sociedad se abre un periodo de liquidación que seguirá lo previsto en los artículos 360 a 400 LSC (artículo 57.1 LSC)⁴⁵⁶. A pesar de que se declare la nulidad de la sociedad, las obligaciones y créditos frente a terceros y los que éstos hayan contraído con la sociedad seguirán siendo válidos (serán sometidos al régimen de liquidación), tal y como dispone el artículo 57.2 LSC. Así, se pretende proteger las relaciones de terceros con la sociedad, ya que la LSC mantiene vigente sus créditos, y además los socios podrán requerir la parte que les corresponda de sus aportaciones cuando se haya satisfecho a los acreedores⁴⁵⁷. Además, debemos puntualizar que el hecho de que el artículo 57.2 LSC se refiera a los créditos de la sociedad y a las deudas de éste, no permite entender que la sociedad dispone de su propio patrimonio.

⁴⁵² Dicha “doctrina” se crea porque si aplicamos estrictamente la teoría de nulidad de contratos debería admitirse que la sociedad nula no ha existido nunca, y por consiguiente los contratos que haya realizado debería considerarse nulos. De forma que, si la sociedad se considerara nula, los terceros relacionados con la sociedad serían perjudicados. Así lo expone: DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 196.

⁴⁵³ LÓPEZ ORTEGA, R., “La constitución...”, *op. cit.*, págs. 272 hasta 274.

⁴⁵⁴ PAZ-ARES, C., “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 365. Puede verse también, DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 202.

⁴⁵⁵ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 391.

⁴⁵⁶ DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 202, durante el proceso de liquidación la sociedad continua teniéndose por existente.

⁴⁵⁷ *Ibidem.*

La sociedad que ha sido constituida bajo algún vicio formal, que opera en el mercado, dispone de su propio patrimonio. De manera que, a pesar de que la sociedad no se haya constituido conforme a los requisitos de la LSC y posteriormente sea declarada nula, consideramos que durante el tiempo que desarrollo su actividad era titular del patrimonio social y por consiguiente, posible sujeto pasivo del artículo 252 CP. En ningún caso podrá objetarse que los vicios que contenía la escritura de constitución, anulan la existencia de la sociedad y con ello impiden que pueda ser calificada como titular del patrimonio social.

B. Exclusión de sujetos perjudicados indirectamente

Desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 el delito de administración desleal puede aplicarse en cualquier ámbito y no solo al societario. En general, dicha modificación provoca que el número de sujetos pasivos del delito aumente considerablemente. De forma que ya no podrán ser solo sujetos pasivos los determinados en el derogado artículo 295 CP sino que podrían ser calificados como tales cualquier persona que sea titular de un patrimonio perjudicado a través de un acto de administración desleal. No obstante, si ceñimos la aplicación del artículo 252 CP al ámbito concreto de las sociedades de capital, observamos que paradójicamente el número de posibles sujetos pasivos se reduce en relación con los que venía señalando el derogado delito societario de administración desleal.

El antiguo artículo 295 CP calificaba como sujetos pasivos a los socios, cuentapartícipes, depositarios y titulares de bienes, valores o capital. Sin embargo, cuando aplicamos el nuevo delito de administración desleal en el marco de sociedades de capital debidamente constituidas y se perjudique el patrimonio social, el único sujeto pasivo del ilícito es la sociedad. La sociedad de capital que desarrolla su actividad social conforme los parámetros exigidos por la LSC tiene autonomía patrimonial y es por lo tanto, titular del patrimonio social.

La estrecha relación que tienen los socios con el patrimonio social –que ya fue explicada en el epígrafe relativo al bien jurídico– sí fue tenida en cuenta en la redacción del antiguo delito societario. Sin embargo, el artículo 252 CP deja fuera a los socios como posibles sujetos pasivos cuando se perjudique el patrimonio social. Inevitablemente, cuando el patrimonio de una sociedad sufra un perjuicio, ello reper-

cutirá de manera negativa en los socios. Sin embargo, el menoscabo que debe soportar el patrimonio social que ha sido administrado deslealmente, que a su vez influye al socio, no es motivo suficiente para poder calificar a éste como sujeto pasivo⁴⁵⁸. Podría discutirse la figura del socio de la sociedad comanditaria por acciones que responde con su patrimonio personal e ilimitadamente por las deudas sociales⁴⁵⁹. No cabe duda de que a través del delito de administración desleal aplicado el bien jurídico protegido es el patrimonio cuyo titular es la sociedad. No obstante, podríamos pensar en el supuesto límite en el que el administrador de una sociedad comanditaria por acciones asume en nombre de la sociedad un negocio jurídico al que ésta no va a

⁴⁵⁸ Igualmente, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419, considera que los socios no pueden ser sujetos pasivos del artículo 252 CP. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231, considera que el accionista minoritario sí puede ser sujeto activo. La jurisprudencia se ha manifestado en contra: STS de 10 de noviembre de 2015 (RJ 2016\96). La sentencia condena por un delito de administración desleal al administrador solidario que aprovechándose de su condición de socio dispone de dinero de la cuentas de la sociedad. Según ha manifestado la Resolución, debe considerarse perjudicado la sociedad mencionada y también al socio de la misma, al que le corresponde el 49% del capital social de la sociedad, y que además había realizado una aportación dineraria a través de una tercera sociedad también controlaba por él. La justificación es la siguiente: “En realidad, el concepto de patrimonio administrado es similar al del art. 295 que, en cierto modo, sustituye, en tanto que en éste el perjuicio había de originarse a «sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren», que es una descripción más detallada pero que responde al propio concepto, pues todos esos elementos se corresponden, sin duda, con el patrimonio administrado. No puede entenderse que el patrimonio administrado se lesione y a los socios tal perjuicio no les afecte. Económicamente la correspondencia es un hecho innegable”. Sin embargo, no pueden calificarse como perjudicados los terceros (a éstos se la aplicara el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP). Repiten el mismo contenido expuesto: la SAP de Toledo de 1 de febrero de 2016 (ARP 2016\209) y SAP de Cuenca de 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017\5789). Para evitar conflictos interpretativos en relación con la admisión o no del socio, éste debería haberse incluido expresamente como sujeto pasivo si el legislador pretendía calificarlo como perjudicado.

⁴⁵⁹ No utilizamos la expresión “socio colectivo” en virtud de lo expuesto por LA CASA GARCÍA, R., “La sociedad comanditaria por acciones”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 1060, que determina que “las continuas alusiones a los socios colectivos contenidas en la regulación legal de la sociedad comanditaria por acciones han de entenderse realizadas a los accionistas administradores que asumen una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales contraídas durante el desempeño del cargo. Por ello puede señalarse con razón que resulta técnicamente incorrecta la referencia constante a los socios ilimitadamente responsables como socios colectivos”.

poder hacer frente con su propio patrimonio porque es insuficiente; en este caso, uno de los socios, al menos, deberá responder con su patrimonio personal hasta que la sociedad salde la deuda a la que fue obligada. En este caso se duda con fundamento la calificación del socio, pues podría entenderse que a través del artículo 252 CP aplicado en las sociedades de capital se está protegiendo el patrimonio de la sociedad, y también en el caso específico de la S. Com. por A., el patrimonio del socio que ha asumido responder personalmente con su patrimonio. En ese caso, el sujeto pasivo del delito sería la sociedad, y además el socio señalado de la S. Com. por A. No obstante, se trata de una cuestión que excede nuestro ámbito de estudio y que conveniría ser examinada de forma detenida.

De otro lado, el derogado artículo 295 CP también determinó como posible sujeto pasivo al cuentapartícipe; sin embargo, cuando un sujeto con facultades de administración realice la conducta del artículo 252 CP y cause un perjuicio al patrimonio social, debemos excluirlo⁴⁶⁰. Cuando el cuentapartícipe realiza su aportación a la sociedad (que actúa como gestora), no se crea un patrimonio separado o común⁴⁶¹. La aportación del cuentapartícipe se integra en el patrimonio social⁴⁶². Por lo tanto, el titular de la aportación que ha realizado el cuentapartícipe es la sociedad. En el supuesto de que se produzca un acto de administración desleal sobre el patrimonio de la sociedad, el cuentapartícipe será indirectamente perjudicado, sin embargo, el principal perjuicio lo sufrirá la sociedad.

⁴⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231, duda sobre la calificación del cuentapartícipe como sujeto pasivo y considera que sería injusto excluirlo. En cambio, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419, no incluye al cuentapartícipe aunque puntualiza un supuesto en el que éste podría ser calificado como sujeto pasivo; en concreto, cuando “la transmisión del bien no se efectúa a título de dueño, sino que se transmite simplemente el uso de la cosa, como puede suceder en el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local”.

⁴⁶¹ LEÓN SANZ, F. J., “Las cuentas en participación”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 116; MILLÁN GARRIDO, A., “Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, 2016, Madrid, pág. 223.

⁴⁶² Habitualmente la aportación será de tipo financiero pero no siempre tiene que ser dinero. También podrán aportarse bienes o derechos: LEÓN SANZ, F. J., “Las cuentas...”, *op. cit.*, pág. 121.

1.2. Objeto material

El objeto material sobre el que recae la acción típica descrita en el artículo 252 CP es el patrimonio⁴⁶³. En concreto, cuando un sujeto infringe sus facultades de administración excediéndose, y como consecuencia de ello causa un perjuicio al patrimonio de la sociedad que administra, dicho patrimonio se identifica con el objeto material del delito. Así, se confirma la coincidencia entre el objeto material de la acción y el objeto jurídico en el delito del artículo 252 CP. El objeto sobre el que recae la acción del sujeto activo y el objeto que tutela el Derecho penal no siempre son idénticos. Sin embargo, en el caso del artículo 252 CP ambos objetos se corresponden con el patrimonio (social).

Una vez admitido que en el ámbito de las sociedades de capital el patrimonio social es el objeto material en el artículo 252 CP es conveniente precisar qué debemos entender por tal concepto. Sin embargo, antes de hacer alusión a las diferentes definiciones de patrimonio, cabe precisar que dicho término –“patrimonio”– no puede ser confundido con el de “propiedad”⁴⁶⁴. La diferenciación entre el vocablo “patrimonio” y “propiedad” es relativamente reciente, ya que años atrás el Código Penal había utilizado de forma indistinta ambas expresiones con la misma finalidad⁴⁶⁵. La propiedad permite a un sujeto “gozar y disponer”⁴⁶⁶ de algo dentro de los límites impuestos por la ley; de manera que si se ataca a la propiedad, no tiene por qué producirse automáticamente un perjuicio al patrimonio⁴⁶⁷.

⁴⁶³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 72; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 579, quien puntualiza que en el delito de administración desleal se entrega la confianza para administrar pero no se entregan las cosas físicamente como ocurre en el delito de apropiación indebida.

⁴⁶⁴ En el Preámbulo (XIV) podemos leer: “La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio...”, de forma que el propio legislador diferencia entre ambos términos y no los utiliza de forma sinónima.

⁴⁶⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 25; MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, págs. 326 y 327.

⁴⁶⁶ Utilizamos los verbos “gozar y disponer” en virtud de lo expuesto en el artículo 348 CC, que define la propiedad.

⁴⁶⁷ Así, JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 107, distingue entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio atendiendo al ánimo de lucro exigible en cada caso. De forma que, en los primeros el sujeto activo tiene la voluntad de sustraer la cosa y apropiarse de ella de forma definitiva, en cambio en los segundos simplemente pretende obtener un beneficio

La delimitación del concepto de patrimonio no es unánime en la doctrina, no hay una definición del término que sea aceptada de forma general. Sin embargo, sí es común admitir la existencia de distintas concepciones de patrimonio: la concepción jurídica, la concepción económica, la concepción mixta (económico-jurídica) y finalmente, la concepción personal o funcional.

- Concepción jurídica de patrimonio: se entiende que el patrimonio está formado por el conjunto de todos los derechos patrimoniales del sujeto que le son reconocidos en virtud de lo expuesto en las normas jurídicas (de Derecho privado y público)⁴⁶⁸. Según esta teoría, resulta irrelevante el valor económico que tenga un bien, ya que lo primordial es que exista un derecho sobre dicho bien⁴⁶⁹. Paradójicamente, el concepto jurídico de patrimonio es criticado por ser “excesivamente restringido”, ya que al rechazar la dimensión económica del patrimonio puede dejar fuera de éste a bienes que no están reconocidos por el Derecho; y además, por ser a su vez “excesivamente amplio”, porque no se toma como referencia una pauta económica, es el sujeto pasivo quien valora cuando se ha producido una pérdida patrimonial⁴⁷⁰.
- Concepción económica de patrimonio: existen varias definiciones dentro de este concepto de patrimonio, a pesar de que todas tienen en común que su valor se define en términos materiales y económicos, dejando a un lado su na-

patrimonial. MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 326, determina que mientras que la propiedad “es uno de los títulos jurídicos en virtud de los cuales una persona puede usar y disponer de un bien, pero no el único. En el patrimonio de cada ciudadano pueden integrarse, además de los poseídos en propiedad, otros bienes y derecho que, en virtud de vínculos jurídicos de arrendamiento, comodato, derecho de uso, usufructo y otros semejantes, pueden ser legítimamente disfrutados por él”. GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, págs. 38 hasta 49, analiza la diferencia entre ambos conceptos de forma amplia.

⁴⁶⁸ *Ibidem.*, pág. 113, construye la definición penal de patrimonio como consecuencia del estudio de la obra de Karl Binding. Máximo defensor de la concepción jurídica de patrimonio.

⁴⁶⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 72. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 124 y 125, además añade que siguiendo este concepto de patrimonio, serían objeto de protección los bienes que tuviesen un mero valor sentimental.

⁴⁷⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 72 y 73.

turaliza jurídica⁴⁷¹. La concepción económica se aleja de la existencia del patrimonio como una suma de derechos y deberes, y se centra en atender a la valoración económica del mismo. El “valor” es el dato a partir del que se construye el concepto de patrimonio⁴⁷².

- Concepción mixta o jurídico-económica de patrimonio: Es la que goza de mayores seguidores. Parte de la teoría económica del patrimonio, que es limitada por consideraciones jurídicas. El concepto jurídico-económico de patrimonio englobaría los bienes y derechos que pueden ser evaluables económicamente y que están relacionados con el sujeto pasivo del delito a través de una vinculación recogida en el ordenamiento jurídico⁴⁷³. Dentro la concepción mixta puede distinguirse una interpretación estricta y otra amplia. Según la concepción mixta estricta, los bienes patrimoniales deben ser evaluables económicamente y además ser poseídos legalmente, es decir, a través de una relación jurídica. Sin embargo, la concepción mixta amplia no requiere que exista un vínculo jurídico entre el sujeto y el bien patrimonial, basta con que la posesión tenga apariencia jurídica^{474, 475}.

⁴⁷¹ GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 126 y 127. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 125; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 73 y 74, ambos coinciden en que quedan excluidos dentro del concepto económico jurídico los objetos con valor afectivo. Además, el último autor añade que la concepción a la que se alude “conduce a que entren en el concepto de patrimonio bienes cuya posesión fue adquirida ilícitamente”.

⁴⁷² PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2016, pág. 8.

⁴⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, págs. 323 y 324; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 26; GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 148 hasta 160, el autor analiza la teoría jurídico-económica a partir de lo expuesto por la doctrina y jurisprudencia germana, italiana, helvética y española. Así, toma como punto de partida el concepto de patrimonio económico, posteriormente determinado según las distintas concreciones normativas que se realicen.

⁴⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 75.

⁴⁷⁵ La concepción mixta amplia (basada en el valor económico y en la apariencia jurídica del patrimonio) es la seguida por la doctrina mayoritaria; así lo expone BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 21 y 22, sumándose a dicha posición destacando que lo importante es la apariencia jurídica, no que el patrimonio tenga reconocimiento jurídico.

- Concepción personal o funcional de patrimonio⁴⁷⁶: Esta teoría define el término patrimonio en función de la finalidad que el sujeto quiera otorgarle al daño patrimonial. La protección del patrimonio se fundamenta en que éste garantiza el “libre desarrollo de la persona”⁴⁷⁷. Se trata de una concepción subjetiva, ya que se concreta según el fin que una persona le haya dado al bien patrimonial. El patrimonio es el medio para que su titular pueda alcanzar sus fines personales, por lo que si se ha producido o no un perjuicio patrimonial no dependerá del valor que el mercado le otorga al patrimonio sino de los fines que se le había asignado al mismo⁴⁷⁸. Así, no se toma como referencia el valor económico de la cosa sino que se valora la función de ésta⁴⁷⁹. El patrimonio está integrado por las relaciones de dominio que tiene la persona con los bienes patrimoniales reconocidos jurídicamente⁴⁸⁰. Una de las Sentencias más relevantes que alude al concepto personal del patrimonio (poniéndolo en consonancia con el delito de estafa) es la STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783, Sentencia de la colza), que determina que “el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, [y que] ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial (...) es un criterio objetivo-individual (...) De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero

⁴⁷⁶ La concepción personal de patrimonio se encuentra estrechamente vinculada con el concepto mixto (jurídico-económico) de patrimonio, así GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 177. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 123 (nota 313), no se detiene en la concepción personal de patrimonio, señalándola simplemente como una variante del concepto mixto (jurídico-económico).

⁴⁷⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 24.

⁴⁷⁸ PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción...”, *op. cit.*, pág. 9.

⁴⁷⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid, 1988, págs. 60, determina que la concepción personal del patrimonio no soluciona nada más de lo que ya estaba resolviendo la concepción mixta (jurídico-económica) de patrimonio.

⁴⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 25.

implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial⁴⁸¹.

Tras la exposición de las diferentes concepciones de patrimonio, debemos identificar cuál de ellas casa con el término “patrimonio” incluido en el delito del artículo 252 CP. La determinación de la definición de patrimonio es esencial a la hora de concretar los hechos que pueden ser sancionados a través del ilícito. Por ello, la doctrina se pronunció en relación con el concepto de patrimonio que acogía el entonces delito societario de administración desleal, y actualmente lo ha vuelto a hacer tomando como referencia el nuevo contenido del artículo 252 CP⁴⁸². Cuando se hace mención al patrimonio inevitablemente se debe aludir al perjuicio, ya que ambos conceptos –a pesar de que sean tratados en epígrafes diferentes⁴⁸³– deben ser puestos en conexión para ser definidos correctamente⁴⁸⁴.

En general, con el derogado artículo 295 CP se ha venido aplicando la concepción de patrimonio económica⁴⁸⁵. La razón de utilizar el concepto económico deriva del propio contenido del precepto, que requería que de la realización de la conducta típica, que consistía

⁴⁸¹ Citan también esta Resolución en este momento de la investigación: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 78 y 79, y VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 267; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 25.

⁴⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo de acción del nuevo delito de administración desleal del art. 252 del Código Penal”, en *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales* (PUENTE ABA, L. M.), Comares, Granada, 2016, pág. 3, ha determinado que se trata de una de las cuestiones más “relevantes” y “debatidas” en el nuevo delito de administración desleal. También, lo considera “esencial”: PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción...”, *op. cit.*, pág. 3.

⁴⁸³ El presente punto de la investigación debe estudiarse puesto en relación con el epígrafe referente al resultado del delito de administración desleal, en este último hacemos un repaso a los cambios conceptuales que ha realizado el legislador en relación con el perjuicio (y por tanto, con el patrimonio) que no han sido incluidos aquí para evitar repeticiones.

⁴⁸⁴ Proximidad de ambos preceptos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 3.

⁴⁸⁵ Así lo expresa la Exposición de Motivos (XVII). GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 774, señala que el derogado artículo 295 CP no permitía utilizar otra concepción que no fuese la económica o la jurídico-económica. En cambio la jurisprudencia ya hacía referencia a una posible interpretación personal del patrimonio: SSTS de 17 de julio de 2006 (RJ 2006\7697), 15 de febrero de 2010 (RJ 2010\3278), 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011\594).

en la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad o de la contracción de obligación a cargo de ésta, se origine un perjuicio que pudiera evaluarse económicamente. Así, la determinación del patrimonio en términos económicos se justificaba a partir del perjuicio que exigía el precepto.

Tras la última Reforma del Código Penal, las opiniones manifestadas por la doctrina sobre el concepto de patrimonio utilizado en el artículo 252 CP han sido divergentes. De forma general, MUÑOZ CONDE ha determinado que en los delitos patrimoniales (entre los que se encuentra el delito de administración desleal) lo más correcto es definir el contenido de patrimonio a través de la concepción jurídico-económica. Así, el patrimonio y su titular estarán relacionados jurídicamente, y además el primero tendrá una dimensión económica⁴⁸⁶. Igualmente, otros autores –que se han pronunciado tomando como referencia el contenido del artículo 252 CP– se han mostrado a favor de aceptar el concepto mixto de patrimonio. NURIA PASTOR y COCA VILÁ determinan que el patrimonio debe entenderse “en términos jurídico-económicos”. Los autores también exigen que el patrimonio tenga un valor económico y a su vez que el elemento patrimonial goce de “reconocimiento jurídico”⁴⁸⁷. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN adopta la concepción económica de patrimonio entendida según el “criterio del saldo global similar al acogido en la estafa”⁴⁸⁸. Finalmente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, considera que el patrimonio no puede entenderse sino es en relación con la finalidad que se le otorgue. Por ello, el autor defiende la concepción personal de patrimonio en el nuevo delito de administración desleal⁴⁸⁹.

A nuestro juicio, la primera concepción que debe ser rechazada para definir el patrimonio al que alude el artículo 252 CP es la personal o funcional⁴⁹⁰. El contenido del precepto señalado nos dificulta la posibilidad de admitir un concepto personal de patrimonio. Cuando

⁴⁸⁶ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 324.

⁴⁸⁷ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 261.

⁴⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 3.

⁴⁸⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 77, en concreto considera que la concepción personal es “sugestiva” y “útil”.

⁴⁹⁰ Cuando rechazamos este concepto de patrimonio lo hacemos en términos absolutos pero no conjugado con otro concepto de patrimonio como veremos al final de este epígrafe.

el artículo 252 CP exige que el perjuicio recaiga sobre “el patrimonio administrado” y el apartado segundo determina que el delito será leve cuando la cuantía del perjuicio patrimonial no supere los cuatrocientos euros, nos alejamos de la posibilidad de contemplar un dimensión personal del patrimonio⁴⁹¹. Para realizar una interpretación del patrimonio en virtud de la finalidad que le ha otorgado el titular del mismo, el legislador de la Reforma debería haber tratado en la Exposición de Motivos –como hizo en el texto del Proyecto de 2013– la relación entre la concepción personal de patrimonio y el delito del artículo 252 CP, y además haberla trasladado al contenido del precepto que recoge el ilícito. De esta manera, se establecería una serie de directrices que nos ayudarían a interpretar el concepto de patrimonio desde un punto de vista personal. En el supuesto de que admitiésemos una concepción personal de patrimonio en el artículo 252 CP, se produciría –como bien ha determinado GILI PASCUAL– una ampliación del tipo de injusto del delito de administración desleal⁴⁹². Por tanto, no podemos ceñirnos exclusivamente a una concepción de patrimonio que supondría una extensión del tipo si el contenido del precepto que regula el delito no permite tal interpretación. Además, la propia jurisprudencia ya ha reconocido que el concepto de patrimonio administrado del artículo 252 CP es “similar” al del artículo 295 CP, por lo que queda excluida la posibilidad de definir al patrimonio a través de una concepción personal⁴⁹³.

Además, rechazamos también un concepto jurídico puro de patrimonio en el que el éste se reduce a la suma de los derechos patrimoniales subjetivos de la sociedad como sujeto de derecho. La lesión producida al patrimonio no puede entenderse estrictamente en sentido jurídico como una vulneración de los derechos y obligaciones que encuentran fundamento en otras ramas del ordenamiento jurídico. A través de este concepto de patrimonio quedarían excluidos los bienes procedentes de negocios ilícitos, y también expectativas como la clientela⁴⁹⁴. En concreto, creemos que esta teoría no pue-

⁴⁹¹ Como determina MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed. P.E.), *op. cit.*, pág. 547, “del tenor literal del apartado 2 se desprende que el perjuicio patrimonial (también el del apartado primero en todo caso) ha de ser cuantitativamente evaluable”.

⁴⁹² GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 775.

⁴⁹³ SAP de Cuenca de 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017/5789).

⁴⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

de ser mantenida porque el hecho de que el artículo 252.2 CP establezca un cuantía económica como referencia para determinar la gravedad del perjuicio ocasionado ya nos impide defender el patrimonio desde un punto de vista estrictamente jurídico. Es cierto que la referencia económica a la que se hace alusión es mínima, tan solo cuatrocientos euros, pero el hecho de que sea mencionada expresamente ya es justificación suficiente para no defender esta concepción de patrimonio.

Más coherente con el contenido del artículo 252 CP sería defender un concepto económico de patrimonio, que permite determinarlo como la suma de bienes que tienen valor económico independientemente de su naturaleza jurídica. Esta interpretación encaja con la sociedad como titular del patrimonio, pues la simple realización de un balance basta para definir qué valor dinerario tienen los bienes y derechos, así como las obligaciones y deudas que integran de manera formal el activo y pasivo de la misma. En este concepto de patrimonio quedaría incluida la clientela⁴⁹⁵. Además, como no se tiene en cuenta la naturaleza jurídica del patrimonio, quedarían incluidos dentro del mismo los bienes que provienen de negocios ilícitos. Si definimos el patrimonio al que se refiere el artículo 252 CP como un conjunto de bienes a los que se le atribuye valor económico, entenderíamos que también está integrado por bienes que tienen un origen ilícito (como el dinero B).

Por último, aludimos a la concepción mixta de patrimonio, a través de la que el patrimonio se entiende formado por bienes que tienen valor económico y apariencia jurídica. Preferimos esta posición a la interpretación (también mixta) que defiende que el patrimonio está integrado por bienes con valor dinerario y que además tienen reconocimiento jurídico, ya que aceptarla supondría de nuevo dejar fuera del concepto de patrimonio a la clientela o la mano de obra, a las que no queremos renunciar⁴⁹⁶.

Cuando apostamos por una interpretación de patrimonio mixta en el sentido expuesto anteriormente –de manera amplia– debemos precisar qué ocurre cuando el administrador lleva a cabo un negocio

⁴⁹⁵ La clientela sí se evalúa económicamente (así lo permite el Fondo de Comercio, definido en la Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad).

⁴⁹⁶ En concreto: Capítulo IV (epígrafe 1.3.4).

ilícito, esto es, si se puede mantener que ha existido administración desleal cuando el administrador en uso de sus facultades de administración realiza un negocio contrario a derecho y perjudica al patrimonio que administra⁴⁹⁷. Desde la perspectiva del Derecho privado, el patrimonio invertido en un negocio jurídico ilícito no cuenta con protección normativa, ya que el artículo 1305 CC, determina que no se podrá ejercitar ninguna acción para que se reintegre el patrimonio invertido en un negocio que tuviese un objeto ilícito. Desde este enfoque, el titular del patrimonio no podría reclamar la protección de su patrimonio porque ha sido invertido en un negocio ilícito. La realización de un negocio ilícito no supondría consecuencias jurídicas porque es nulo y por lo tanto el objeto del mismo no estaría protegido jurídicamente. De tal forma que –desde una perspectiva civil–, el administrador que ha causado un perjuicio al patrimonio que administra es impune debido a que dicho menoscabo se deriva de realizar un negocio no reconocido jurídicamente. Ahora bien, y desde el ámbito del Derecho penal ¿debe ser castigado el administrador pese haber invertido el patrimonio en un negocio ilícito?, ¿puede ser reconocida a la víctima la protección penal de su patrimonio? En realidad, cuando el administrador materializa todos los elementos del tipo del artículo 252 CP se entiende que ha cometido un delito de administración desleal, independientemente de que el acto de administración esté o no enfocado a la realización de un negocio ilícito. Al fin y al cabo, realizar un negocio ilícito supone infringir las facultades de administración excediéndose en su uso. En esta caso la norma penal está dirigida a la protección del patrimonio, y esta tutela no queda excluida porque el administrador realice un acto ilícito. Si el sujeto con facultades de administración, se excede en el ejercicio de éstas, y causa un perjuicio al patrimonio, habrá cometido un delito de administración desleal, independientemente de que las facultades se hayan desarrollado para llevar a cabo un negocio que queda fuera del amparo jurídico. Si excediéndose en el ejercicio de sus facultades de administración, produce un perjuicio patrimonial (por ejemplo, una disminución del patrimonio) es indiferente si tal me-

⁴⁹⁷ También véase: PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 88 hasta 90, los autores –que defienden un concepto de patrimonio mixto basado en el valor económico y en el reconocimiento jurídico (pág. 261)– plantean la situación expuesta en el texto principal.

noscabo proviene de un negocio ilícito⁴⁹⁸. Con todo ello no estamos defendiendo una independencia absoluta del Derecho penal en relación con el resto de ramas del ordenamiento jurídico. Entendemos que el ordenamiento penal actúa en unas circunstancias concretas donde no ha llegado la protección del Derecho privado. Incluso, somos conscientes de que el Derecho penal debe actuar de forma subsidiaria a las normas recogidas en el resto de los ordenamientos, sin embargo, la relevancia de la protección del patrimonio social ante la conducta desleal del administrador supone en el caso concreto que se demande su actuación (la de la norma penal).

Además, debemos precisar si quedan incluidas dentro del término de patrimonio al que venimos aludiendo las expectativas⁴⁹⁹. Podemos encontrar varios tipos de expectativas: a) expectativas que toman como base un derecho subjetivo: son expectativas construidas a partir de derechos subjetivos que forman parte del patrimonio y aquellas en las que de la actuación del administrador se derivara un lucro inmediato (expectativas inmediatas con derecho de exclusión); b) expectativas que no están fundadas en un derecho subjetivo: son expectativas que suponen un enriquecimiento real y que requieren una actuación del administrador pero también un tercero⁵⁰⁰. No existe unanimidad en la doctrina sobre si las expectativas forman parte o no del patrimonio del artículo 252 CP. Algún autor ha rechazado totalmente estas expectativas de beneficio o ganancia⁵⁰¹, y en cambio

⁴⁹⁸ En el mismo sentido, constituiría un delito del artículo 252 CP el supuesto en el que un sujeto deposita en otro su confianza para que administre su patrimonio en el que se integran bienes que provienen de un origen ilícito, y el administrador los administra deslealmente causando un perjuicio.

⁴⁹⁹ En general, la doctrina dominante (en el marco del delito de estafa) ha rechazado las expectativas de ganancia porque han considerado que si la expectativa se frustra deja de producir un beneficio, y la no consecución de un beneficio no puede ser sinónimo de perjuicio, pues éste se identifica con un menoscabo del patrimonio pero en ningún caso con un no incremento de mismo. Sin embargo, si las expectativas se incluyen dentro del patrimonio, ya simplemente se consideraría que se ha producido una lesión al mismo, de tal forma podría cuestionarse si la frustración de las expectativas del titular por el sujeto que administra su patrimonio es una conducta típica idónea. Así lo han expresado PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción...”, *op. cit.*, pág. 15; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 93.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. También, PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción...”, *op. cit.*, págs. 15 y 16.

⁵⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, págs. 231 y 232, manifiesta que la intención del legislador del 2015 era suprimir cualquier tipo de expectativa.

otros sí se consideran partidarios de su admisión, bien solo de las expectativas que se construyen sobre derechos subjetivos⁵⁰² o de éstas y además de las que no se apoyan en tales derechos⁵⁰³. A nuestro juicio, las expectativas sí forman parte del concepto de patrimonio del artículo 252 CP. Ahora bien, entendemos que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 252 CP las expectativas que no se desarrollan tomando como base un derecho subjetivo, porque si ya de por sí resulta dudosa su admisión, más aún si no disponen de una base jurídica que las fundamenten. Sin embargo, admitimos las expectativas que se construyen sobre un derecho subjetivo como parte del patrimonio. Por ejemplo, si una sociedad tiene la expectativa de cobrar el arrendamiento de varios locales durante los próximos cinco meses y el administrador no los cobra⁵⁰⁴. Además, como hemos mencionado, en este grupo de expectativas se incluyen las que dependen de la realización del administrador de una actividad concreta que suponga un beneficio para el titular del patrimonio administrado.

En relación con el antiguo delito societario la jurisprudencia⁵⁰⁵ consideró administración desleal (a través del ahora derogado artículo 295 CP) los siguientes hechos: una sociedad había obtenido un contrato con opción a compra sobre unos terrenos para la construcción inmobiliaria. En concreto, la compra se formalizaría cuando dichos terrenos tuviesen la calificación jurídica necesaria para que pudiesen realizar obras sobre ellos. Sin embargo, el administrador transmitió la referida opción de compra a favor de otras sociedades con las que tenía intereses económicos perjudicando así a la sociedad a la que venimos refiriéndonos. La cuestión que se plantea en la sentencia es si el administrador causó o no un perjuicio económico a la sociedad, lo que conlleva primero determinar si la opción de compra, como expectativa, forma parte o no de patrimonio social. De modo que solo si las expectativas se entienden incluidas en el patrimonio social habría perjuicio. Ante tal situación, la reso-

⁵⁰² PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 96 y 261.

⁵⁰³ RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, pág. 534.

⁵⁰⁴ Incluimos ejemplos basados en conductas omisivas del administrador porque admitimos la comisión por omisión, tal y como ha quedado justificado en el epígrafe correspondiente.

⁵⁰⁵ STS 15 de febrero de 2010 (RJ 2010\3278). La resolución admite una concepción de patrimonio económica y personal, pues considera que para comprender el perjuicio hay que atender a la valoración económica de los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad de la operación enjuiciada.

lución determinó que la opción de compra (aunque sea gratuita) es “una expectativa jurídica de carácter patrimonial”, es decir, un derecho económicamente evaluable, porque simplemente el precontrato (que incluya la descripción del inmueble y el precio) para formalizar la futura compraventa, ya tiene un cierto contenido económico y forma parte del activo patrimonial de la sociedad.

La admisión de las expectativas como parte del patrimonio supone en cierta manera aceptar que en determinadas ocasiones se otorga a éste un concepto personal o funcional⁵⁰⁶. Sin embargo, con el objetivo de que el concepto de patrimonio no sea más extenso de lo que puede interpretarse de la literalidad del artículo 252 CP, cabe precisar que las expectativas que se entienden incluidas son únicamente las que tienen valor económico. De modo que, la interpretación del patrimonio fundamentada a partir de los fines que se le asigna a los bienes, no se aplica independientemente sino en consonancia con la concepción mixta (económico-jurídica).

Recapitulando, cuando una expectativa sea determinada y exista una certeza de que su materialización iba a suponer un aumento cuantificable económicamente del patrimonio, entendemos que requiere protección jurídico-penal. Por ello, de *lege ferenda* y con el fin de evitar que las conductas u omisiones de los administradores impidan que el patrimonio que administran aumente positivamente, el artículo 252 CP debería sancionar expresamente a conductas que impliquen la frustración de un aumento de patrimonio social cuya probabilidad era cierta. Así, será castigado el hacer o no hacer del administrador que derive en una falta de incremento del patrimonio que iba a producirse. Además, cuando el perjuicio lo constituyan una expectativa económica, de forma paralela también será apreciable en algunas ocasiones una disminución de patrimonio. Por ello, la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia indicó que los gastos relacionados con la opción de compra, como los notariales de la escritura pública de la misma, ya suponían una disminución del patrimonio de la sociedad.

⁵⁰⁶ Así, la resolución antes citada admite una concepción de patrimonio económica y personal, pues considera que para comprender el perjuicio hay que atender a la valoración económica de los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad de la operación enjuiciada.

Dejando a un lado los posibles conceptos de patrimonio y las particularidades propias de cada uno, conviene precisar que el Derecho penal distingue entre el patrimonio entendido en su totalidad y el patrimonio que alude únicamente a determinados elementos que lo componen⁵⁰⁷. En general, los delitos patrimoniales se configuran como delitos que atacan elementos concretos del patrimonio⁵⁰⁸. No obstante, si concretamos la aplicación del artículo 252 CP en el ámbito de las sociedades mercantiles resulta más complicado mantener que el objeto de protección penal se refiera a elementos específicos del patrimonio. Dentro del mercado en el que operan las sociedades, el valor monetario es el criterio que sirve para igualar los distintos bienes que poseen tales entes. Las sociedades disponen de patrimonio que es determinado por un valor monetario, que únicamente podrá ser dividido en partidas del balance que también serán determinadas en función de dicho valor. De forma que cuando el administrador actúa deslealmente, no diferencia entre los elementos del patrimonio, sino que su acción se proyecta sobre el patrimonio de la sociedad en su conjunto. Así, en los supuestos en los que el delito de administración desleal sea aplicado en las sociedades de capital, se excluye de los delitos patrimoniales que perjudican determinados elementos del patrimonio, porque se dirige al patrimonio en su conjunto⁵⁰⁹.

Por último, el artículo 252 CP señala que el patrimonio administrado tiene que tener una cualidad específica: la ajenidad⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Sobre delitos contra el patrimonio en su totalidad y delitos contra elementos concretos del patrimonio, véase: GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 40.

⁵⁰⁸ De forma general, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 325, manifiesta la inexistencia en Derecho penal de delitos dirigidos al patrimonio en su totalidad (cita el delito de estafa como ilícito que se proyecta hacia elementos que forman el patrimonio pero no se concreta en uno). Se pronuncia igualmente, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 126. En relación con los delitos societarios no hay unanimidad de opiniones. Así, el último autor señala (en la misma página citada) que en los delitos societarios el patrimonio debe entenderse como totalidad. En contra, FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 26.

⁵⁰⁹ PASTOR MUÑOZ, N., "La construcción...", *op. cit.*, pág. 12, determina que "el referente del tipo de administración desleal sí es un patrimonio considerado en su globalidad". También: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 72.

⁵¹⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "Delitos...", *op. cit.*, pág. 547, puntualiza expresamente que el patrimonio administrado en el artículo 252 CP debe ser ajeno.

Entendemos que el legislador decidió acompañar el término patrimonio con el adjetivo ajeno simplemente con la intención de indicar que el patrimonio no podía ser administrado por el titular del mismo⁵¹¹. Sin embargo, la mención expresa en el artículo 252 CP de que el patrimonio objeto de administración desleal tenga que ser ajeno exige matizar el significado de dicha circunstancia. La razón de detenernos en este punto estriba en que –equivocadamente– puede interpretarse que cuando el artículo 252 CP exige que el patrimonio sea ajeno, se está requiriendo que pertenezca a otra persona diferente a la que lo va a administrar. En tal caso, habría que plantearnos qué ocurriría cuando un administrador se encarga de la administración de un patrimonio sin dueño⁵¹². No obstante, si nos ceñimos al marco de aplicación del artículo 252 CP que venimos tomando como referencia, es decir a las sociedades de capital, tal supuesto no debe preocuparnos. Las sociedades de capital debidamente constituidas son titulares de su propio patrimonio. De modo que partimos para analizar el ilícito de un delito cuyo objeto material tiene un titular concreto que es la sociedad. No obstante, sí es conveniente hacer alusión a otros supuestos en los que, el hecho de que el patrimonio deba ser ajeno requiere una serie de precisiones. En concreto, es el caso en el que un administrador es titular de parte una patrimonio administrado. En general, cuando el administrador sea titular de una parte del patrimonio puede ser sujeto activo del delito del artículo 252 CP. En otro sentido, podemos encontrar algún caso en el que el sujeto que administra el patrimonio es titular de la totalidad de éste. Por ejemplo, en la sociedad unipersonal –regulada en los artículos 12 a 17 LSC–, en la que el socio único es a su vez administrador de la sociedad. En el marco de este tipo de sociedad, el acto de administración desleal será atípico pero no porque el patrimonio no sea ajeno

⁵¹¹ En el mismo sentido se ha manifestado PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 101 y 102, “será típica la infracción del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos cuando con ello se lesione un interés patrimonial que no pertenece en exclusiva al administrador”.

⁵¹² En general, los autores se han pronunciado en relación con el supuesto específico del negocio de *Trust*: CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, págs. 768 y 769, determinan que con la inclusión del adjetivo “ajeno” serían atípicos los supuestos en los que el acto de administración desleal recae sobre el patrimonio del *Trust*. Sobre dicho caso también PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 100 y 101. Estos autores también (pág. 103) se pronuncian sobre el supuesto en el que “el cónyuge administra deslealmente el patrimonio de la sociedad de gananciales”.

(que sí lo es, ya que es de la sociedad) sino porque el titular del patrimonio ha prestado su consentimiento⁵¹³.

1.3. Conducta típica

1.3.1. La infracción de las facultades de administración

La delimitación de la conducta ilícita es una de las partes del análisis del delito de administración desleal más importante. Cuando concretamos la acción típica estamos determinando cuál va a ser la conducta llevada a cabo por el sujeto activo que es relevante para el Derecho penal⁵¹⁴. La descripción del comportamiento prohibido incluido en el artículo que recoge el ilícito debe ser redactado de manera que permita identificar con facilidad qué hechos pueden ser considerados delictivos. En particular, la conducta típica del delito de administración desleal (artículo 252 CP) consiste en infringir las facultades de administración que una persona posee en relación con un patrimonio provocándole un perjuicio al mismo. El sujeto comete un exceso en el ejercicio de las facultades de administración y en consecuencia causa un perjuicio al patrimonio administrado⁵¹⁵. El precepto no concreta qué facultades son las que deben ser infringidas por el administrador, tan solo señala el modo en el que debe producirse dicha infracción para que sea considerada ilícita. En con-

⁵¹³ *Ibidem.*, págs. 102 y 103.

⁵¹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 126.

⁵¹⁵ Igualmente, determinan la conducta típica como la infracción de las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 4; el mismo autor en: *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 77; PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 270; los mismos autores en: *El delito...*, *op. cit.*, pág. 119; ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 374; REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 7; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 9 hasta 11, se centra en el exceso del ejercicio de las funciones; GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 2ª...”, *op. cit.*, pág. 881; RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 534; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. G., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547, este autor no hace alusión al exceso en el ejercicio de las facultades; QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231, manifiesta que la conducta típica se determina en función de la consecuencia derivada de la realización de la misma: el patrimonio sufre un perjuicio porque el administrador no ha cumplido con las obligaciones inherentes a su cargo.

creto, el artículo 252 CP determina que el poder de administración sobre el patrimonio que tiene un sujeto solo será quebrantado cuando éste se exceda en su ejercicio.

La conducta típica, como podemos observar a través de la redacción del artículo 252 CP, se encuentra redactada de forma amplia⁵¹⁶. El hecho de que el precepto señalado haga referencia de manera general a las facultades de administración, ya supone una traba a la hora de tener que interpretar el ilícito. El legislador era consciente de que bajo la expresión “facultades para administrar un patrimonio ajeno” iban a quedar incluidas un número desproporcionado de comportamientos, por ello añadió un elemento que tenía como objetivo determinar la acción típica. Así, la exigencia en el precepto de que las facultades de administración fueran infringidas mediante un exceso en las mismas está dirigido a concretar la conducta punible. El exceso que se requiere al sujeto activo a la hora de realizar el acto de administración desleal se configura como el desvalor de la acción del ilícito. Por este motivo, analizaremos este elemento en un epígrafe separado que será puesto en conexión con el presente.

Durante la tramitación parlamentaria de la última Reforma del Código Penal (LO 1/2015) el artículo 252 CP fue modificado en varias ocasiones. La primera propuesta de redacción del nuevo delito de administración desleal la encontramos en el Anteproyecto de 2012. El precepto redactado para acoger las conductas de administración desleal tomaba como base la redacción del tipo penal alemán de la *Untreue*⁵¹⁷. El precepto alemán regulaba en el mismo apartado el tipo de abuso (a través del que se sancionaban a los que abusando de sus facultades realizaran actos de disposición y contracción

⁵¹⁶ RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 534, ha considerado que la primera crítica que se le puede hacer a la conducta típica es su “deficiente redacción”.

⁵¹⁷ El § 266 StGB alemán, al que hemos hecho referencia anteriormente, dispone: “1. Quien abuse de la facultad otorgada por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o infrinja el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la Autoridad, negocio jurídico o relación de confianza, y, de este modo, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales le estaban confiados, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2. En casos especialmente graves, la pena será de privación de libertad entre uno y diez años”. La traducción de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 466.

de obligaciones) y el tipo de infidelidad (que castigaba a los que lesionaran el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos). Partiendo de tal esquema, el legislador del Anteproyecto estructuró el artículo 252 CP en varios apartados. En concreto, el precepto aludía en el primer apartado al tipo de abuso y en el segundo al tipo de infidelidad. Éste último era una copia literal del precepto alemán, sin embargo el tipo de abuso incluido en el Anteproyecto no diferenciaba entre dos modalidades de acción, es decir, entre disponer y obligar, sino que simplemente hacía mención a la primera⁵¹⁸. Además, el precepto del Anteproyecto –a diferencia del alemán– no requería expresamente que el sujeto activo abusara de las facultades que le habían sido otorgadas sino que se excediera en el ejercicio de ellas. Posteriormente, el precepto que recogía el delito de administración desleal en el Proyecto de 2013 mantuvo los dos apartados antes señalados. En el primero, que venía haciendo alusión a los que tuviesen “facultades para disponer” se produjo una modificación, ya que dicha expresión fue sustituida por “facultades para administrar”⁵¹⁹. El segundo apartado permaneció intacto. Finalmente, la redacción del artículo 252 CP incorporada en la LO 1/2015 –es decir, la que veníamos analizando– mantuvo únicamente el primer apartado propuesto con el contenido señalado⁵²⁰.

⁵¹⁸ Por ello, algunos autores consideraron que la conducta de contracción de obligaciones sería reconducida al tipo de infidelidad. Así, PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 40.

⁵¹⁹ Sobre esta circunstancia: GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 772, quien además nos recuerda que el Informe del Consejo Fiscal de 2012 (págs. 229 y 230) y el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de 2013 (sin numerar), recomendaron dicho cambio. Este último texto puede encontrarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358> (última consulta el 01/10/17).

⁵²⁰ Teniendo en cuenta la redacción final del artículo 252 CP, parece que ésta se acerca más a la del delito de administración desleal contenido en el ordenamiento austriaco que al del alemán. En concreto al § 153.1 öStGB que manifiesta (traducción extraída del Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pág. 224): “El que intencionadamente abuse de una facultad concedida por la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico para disponer del patrimonio ajeno o para obligar a otro, y por ello le cause a éste un perjuicio patrimonial, será castigado con una pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días”. Dicho precepto recoge el tipo de abuso pero no es absolutamente equivalente a nuestro artículo 252 CP, ya que éste es más amplio; así lo han manifestado PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 72.

De tal forma podemos comprobar que el legislador, que partía de la redacción del antiguo artículo 295 CP en el que la conducta típica estaba suficientemente delimitada (acotada en las acciones de disposición y contracción de obligaciones como hace el tipo de abuso alemán), primero restringió su contenido (cuando en el Anteproyecto mantuvo la modalidad de disponer pero eliminó la de contraer obligaciones) pero finalmente lo ha ampliado de manera desproporcionada. Cuando el actual artículo 252 CP concreta como comportamiento típico la infracción de facultades para administrar un patrimonio ajeno, abre la puerta a un sinnúmero de conductas que pueden quedar englobadas bajo su redacción.

A. El concepto de infringir

El artículo 252 CP exige al sujeto que posee facultades de administración que las infrinja excediéndose en su ejercicio y cause un perjuicio al patrimonio administrado. El legislador cuando precisa que las facultades de las que dispone el administrador sean infringidas se está refiriendo a que las mismas sean quebrantadas. El sujeto debe gestionar debidamente el patrimonio, y para ello tendrá que aplicar las facultades que le han sido concedidas de manera correcta. Cuando el sujeto que dispone de facultades de administración –otorgadas mediante la ley, autoridad o negocio jurídico– las incumple, está perfeccionado uno de los elementos que exige el delito de administración desleal para su aplicación⁵²¹.

La introducción del verbo “infringir” en el precepto resulta relativamente novedosa, ya que la primera vez que se propuso su inclusión fue en el texto del Anteproyecto de 2012 (el Proyecto de 2007 no contempló esta posibilidad). El legislador del Anteproyecto mencionado y del Proyecto de 2013 hacía referencia en el apartado primero del artículo 252 CP a los que infringieran las facultades para disponer, y posteriormente para administrar; mientras que en el apartado segundo aludía a los que quebrantaran el deber de velar por los

⁵²¹ Sorprende el uso que realiza el legislador del verbo “infringir”, ya que en nuestra opinión es poco proclive a relacionarse con el término “facultades”, siendo éstas potestades en las que el sujeto podría –más correctamente– extralimitarse, o bien, utilizarlas indebidamente. La formulación legal, sin embargo, parece requerir una cierta desnaturalización de los conceptos utilizados para hacer plausible una interpretación jurídica.

intereses ajenos. Por tanto, el uso del término “infringir” y no el de “quebrantar” en el actual artículo 252 CP se debe simplemente a que “quebrantar” venía utilizándose en el segundo apartado que se propuso para el precepto. La intención del legislador utilizando tales sinónimos era evitar la inclusión de vocablos repetitivos. Teniendo en cuenta que finalmente solo se ha mantenido el apartado primero del artículo 252 CP y se ha eliminado el segundo (es decir, el apartado que utilizaba “quebrantar”), el legislador podría haber utilizado tanto el verbo “quebrantar” como el de “infringir”.

B. ¿Qué entendemos por facultades de administración?

Uno de los problemas principales del artículo 252 CP que recoge el delito de administración desleal reside en definir qué debemos entender por “facultades de administración”. Se trata de una expresión muy amplia e indeterminada que no facilita la concreción de los comportamientos prohibidos por el ilícito. Las consecuencias de la inclusión de una redacción tan imprecisa ha favorecido a la aparición de múltiples críticas hacia el precepto. La inseguridad jurídica que se deriva del contenido de algunos preceptos del Código Penal se hace presente en el artículo 252 CP, en el que incluso se ha llegado a cuestionar si podría considerarse inconstitucional⁵²². Nos sorprende la actitud que ha tenido el legislador ante la delimitación de la conducta típica del artículo 252 CP, ya que simplemente debería haber tomado como referencia la acción ilícita descrita en el artículo 295 CP y mejorarla. En cambio, nos encontramos ante un precepto en el que se exige al sujeto activo que infrinja unas facultades cuya delimitación resulta muy complicada.

En el ámbito de las sociedades de capital es difícil determinar cuáles pueden ser las facultades de administración del sujeto que come-

⁵²² DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 11, considera que la falta de concreción de las modalidades de acción y la exigencia del exceso de las facultades de administración (imprecisas como se ha señalado) favorecen a plantear una posible inconstitucionalidad como sucedió en Alemania. Por su parte, CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 14, también ha criticado la redacción del artículo 252 CP aunque desde una perspectiva diferente a la de su conducta típica, en concreto la autora toma como referencia la relación del delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal, y puntualiza que el artículo 252 CP es inexacto e impreciso, pues su “redacción presenta cierta tibieza y más de una debilidad”.

te el ilícito definido en el artículo 252 CP. Como vimos en el epígrafe dedicado al sujeto activo, el acto de administración desleal puede ser cometido por el administrador de la sociedad (en los términos previstos en la LSC) pero también por otros sujetos⁵²³. Resulta relevante hacer esta precisión, ya que no podemos construir la conducta típica del artículo 252 CP a partir de la consideración de que el único sujeto que puede cometer el delito de administración desleal en las sociedades de capital es el administrador social. También puede imputarse dicho ilícito a cualquier otro sujeto que tenga facultades de administración sobre el patrimonio social y le cause un perjuicio a éste. Por ello, no podemos partir de las competencias del órgano de administración de la sociedad (artículo 209 LSC) para delimitar cuáles son los actos de administración que pueden realizar los administradores en relación con el patrimonio social. El problema, como hemos señalado, es que no solo los administradores tienen acceso al patrimonio de la sociedad sino que hay otros sujetos que aunque formalmente no adquieran esta denominación también pueden cometer actos que tengan influencia directa sobre el mismo. Por este motivo, habrá que abordar la problemática buscando una solución general que pueda ser aplicada a todos los casos, no únicamente cuando el sujeto que administra el patrimonio sea calificado como administrador social.

El artículo 252 CP exige que el sujeto activo tenga facultades para administrar porque así lo haya dispuesto la ley, se lo haya encomendado la autoridad o lo haya asumido a través de un negocio jurídico. Tales facultades permiten a quien las posea realizar actos jurídicos de administración⁵²⁴. La amplitud con la que ha sido redactado el artículo 252 CP nos obliga a recurrir al ámbito teórico del Derecho civil para concretar los actos que pueden ser llevados a cabo por el sujeto que tenga poder de administración. Sin embargo, el Código Civil no facilita una definición exacta de las actuaciones que pueden realizar quienes están facultados para desempeñar actos de administración. Ante la inexistencia de una concepto jurídico que concrete los actos que puede desarrollar el sujeto que poderes de administración, trae-

⁵²³ Así, GALLEGU SOLER, J. I., “Sección 2ª...”, *op. cit.*, pág. 881.

⁵²⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2007, pág. 97, determina –trasladando la problemática al Código Civil– que la definición de actos de administración no “es cuestión sencilla, ni pacífica”.

mos a colación lo expuesto por DÍEZ-PICAZO que ha distinguido los siguientes actos de administración⁵²⁵:

- “1°. Los actos de finalidad conservativa, como pueden ser los actos y contratos tendentes a realizar en una cosa las reparaciones ordinarias o los dirigidos a facilitar su custodia;
- 2°. Los actos encaminados a la defensa de los bienes frente a los posibles ataques o violaciones procedentes de terceras personas;
- 3°. Los actos dirigidos a obtener de unos bienes su rendimiento normal de acuerdo con su destino económico”.

Como podemos observar, esta autorizada definición de los actos de administración no incide especialmente en el contenido de los mismos, sino que se centra en actuaciones que conllevan determinadas finalidades. Tal circunstancia, que es perfectamente plausible en lo que se refiere a la definición de los actos de administración, implica algunas dificultades a la hora de trasladar el contenido de los mismos como parte de los presupuestos necesarios en la aplicación del precepto penal que estamos estudiando. Todo ello porque cuando se enumeran los actos de administración de esta manera, realmente no se están definiendo conductas, sino actos dirigidos a concretas finalidades. Definir un acto a partir de sus finalidades puede ser útil para comprender el concepto, pero en materia penal puede ser criticable porque parece implicar una extensión *quasi* infinita del ámbito de aplicación del precepto, lo que quizá no respondería plenamente con el espíritu de última *ratio* del Derecho penal. Si, por ejemplo, nos remitimos a otras definiciones dadas por el mismo autor, podemos entender más fácilmente la diferencia. En particular, DÍEZ-PICAZO define los actos de disposición como “aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido”⁵²⁶. El concepto de “actos de disposición” que aparecía en el antiguo art. 295 CP era de más fácil comprensión en el sentido de que la doctrina civilista había dado

⁵²⁵ *Ibidem.*

⁵²⁶ *Ibidem.*, pág. 96. Además, puntualiza que dentro de los actos jurídicos de disposición se encuentran: “1°. Los negocios de enajenación o negocios traslativos, por medio de los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona; 2°. Los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa; 3°. La renuncia abdicativa, por medio de la cual el titular de un derecho hace voluntaria la dejación de éste extinguiéndolo”.

una definición concreta del mismo. El acercamiento a tal expresión no se realiza a partir de sus finalidades únicamente, sino también al contenido material del acto, lo que clarifica la cuestión de la conducta en un posible ilícito penal. La definición teleológica –amplia– de actos de administración está lastrada por esta disfunción, que evidentemente complica la aplicación al caso concreto. Por todo ello, vemos que de nuevo el artículo 252 CP utiliza expresiones indeterminadas y muy generales que favorecen la aplicación del precepto de manera desorbitada. El desarrollo de las funciones del administrador en la actividad de las sociedades deberá ser casi impecable, ya que de lo contrario su conducta fácilmente podrá suponer una actuación contraria a los actos que se han señalado.

Ahora bien, a pesar de que la definición de “actos de administración” no sea tan exhaustiva como desearíamos, ello no es óbice para que no pueda tomarse como referencia a la hora de concretar qué actos puede realizar el sujeto con facultades de administración. Los actos de administración señalados en el párrafo anterior nos facilitarán comprobar, en términos generales, si el administrador ha obrado o no dentro del ámbito que le permiten sus competencias. La amplitud con la que podrán desarrollarse tales poderes vendrá delimitada en la ley o el negocio jurídico del que forme parte, o en todo caso será concretadas por la autoridad pertinente. Teniendo en cuenta que en nuestro caso hemos determinado el patrimonio social como objeto de la administración, los actos señalados estarán dirigidos a la protección del mismo⁵²⁷. El artículo 252 CP ha concretado la conducta típica en la infracción del sujeto activo de sus facultades de administración. Una vez que conocemos de forma general los actos que puede desarrollar el sujeto que dispone de poderes de administración habrá que ponerlos en conexión con la expresión “infringir excediéndose” para determinar qué conductas puede realizar el sujeto que tiene el deber de administrar el patrimonio.

⁵²⁷ Ejemplos de actos de administración: administrador que debe avisar para que se repare la nave industrial (que forma parte del patrimonio social) por riesgo de derrumbamiento donde se desarrolla la actividad productiva que le es propia a la sociedad; mismo administrador que inicia los trámites procesales para hacer valer la propiedad de un bien social sobre el que un tercero ha interpuesto una acción reivindicatoria; administrador que dispone una estrategia comercial (precio, canales de distribución, etc) positiva para la sociedad.

1.3.2. Desvalor de acción: excederse en el ejercicio de las facultades de administración

El artículo 252 CP exige que el sujeto que dispone de facultades de administración las infrinja excediéndose en el ejercicio de las mismas. El propio precepto determina cuál es la manera en la que se deben infringir los poderes para administrar. Cualquier infracción de las facultades de administración que cause un perjuicio en el patrimonio no puede calificarse como típica sino solo la que se realice mediante un exceso. Tal requisito –el de que las facultades se infrinjan excediéndose–, se configura como un elemento que constituye el desvalor de la acción del delito de administración desleal⁵²⁸.

Antes de la entrada en vigor del artículo 252 CP, el artículo 295 CP (derogado) señalaba que el administrador del patrimonio debía actuar con “abuso de las funciones de su cargo”⁵²⁹. Sobre dicha expresión se construían las dos modalidades típicas del antiguo delito societario: disponer de los bienes de la sociedad y contraer obligaciones a cargo de ésta⁵³⁰. En cambio, el actual delito de administración desleal utiliza el verbo “exceder”, que debe interpretarse en conexión con la infracción de las facultades de administración. Algunos autores han tratado de diferenciar entre el término “abusar” y “exceder” apoyándose en las definiciones dadas por la RAE. El primer concepto se define como “hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien”; mientras que el segundo vocablo se refiere –atendemos a la segunda acepción– a “propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable”⁵³¹. A pesar de que esta distinción pueda tomarse como referencia no podemos olvidar que se trata simplemente de una diferenciación semántica que

⁵²⁸ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 9; VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 318, cita a otros autores que determinaron que la expresión “abuso en el ejercicio de sus funciones” debía considerarse como un elemento que constituye el desvalor de la acción pero traslada tal ideal al contenido del actual artículo 252 CP.

⁵²⁹ Sobre las interpretaciones hechas por la doctrina de la expresión: AAVV., *Memento práctico. Penal 2011* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 1120.

⁵³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, págs. 6 y 7. También, MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 268.

⁵³¹ Tales conceptos los encontramos en las siguientes direcciones: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=abusar> (abusar) y <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=HBYDixr> (exceder).

en realidad resulta insuficiente para justificar por sí sola aspectos jurídicos. En realidad, ambos vocablos actúan como sinónimos⁵³². Por ello, recurrimos a la interpretación que se venía haciendo sobre la expresión “abuso de las funciones de su cargo” antes de la Reforma de 2015 del Código Penal para conocer el sentido del término “exceder” en el artículo 252 CP. En concreto, cuando estaba en vigor el delito societario (derogado artículo 295 CP) se cuestionó si “abuso” se refería a la extralimitación de los poderes de los que disponía la persona que administraba el patrimonio, o bien, a un uso indebido de tales facultades. No es lo mismo que el sujeto que tiene el deber de administrar un patrimonio ejerza funciones para las que no estaba facultado, a que desarrolle las actividades que le hayan atribuido pero lo haga indebidamente. Tal diferenciación ya fue utilizada por la doctrina y la jurisprudencia⁵³³ antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 para distinguir el delito de administración desleal societario y el delito de apropiación indebida. En concreto esta interpretación que distinguía los ilícitos señalados se denominaba “teoría de los excesos”. Según esta teoría, cuando el administrador se sobrepasa realizando labores para las que no está facultado y causa un perjuicio está realizando un delito de apropiación indebida (exceso extensivo); mientras que el administrador que ejercita indebidamente las facultades que se la han atribuido comete un delito de administración desleal (exceso intensivo). Sin embargo, algún sector jurisprudencial consideró que cuando se hacía referencia al abuso de facultades en el delito de administración desleal (societario) se refería a que el administrador había actuado sobrepasando los poderes que tenía atribuidos⁵³⁴.

⁵³² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 6 (nota 5) ha definido dicha discusión “como estéril” y manifiesta que los términos son sinónimos; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 9 y 10; VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 310 señala que no es importante aclarar por qué el legislador decidió usar “exceder” y no “abusar” pero sí es relevante la identificación de los conceptos, los cuales considera como sinónimos (“excederse es abusar”). En concreto, la autora realiza un análisis exhaustivo sobre la tradición interpretativa del término abuso para conocer el tratamiento que debe otorgarse a la fórmula “excediéndose” incluida en el artículo 252 CP. Aunque de forma general determina que abusar o exceder un derecho o una facultad es sobrepasar los límites normales para ejercitar los mismos, también ha concretado que tal definición en el artículo 252 CP supone la infracción en el deber de protección penal.

⁵³³ El informe del Consejo Fiscal de 2012 recuerda las dos interpretaciones jurisprudenciales señaladas en el texto principal (pág. 226).

⁵³⁴ El Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pág. 226).

Ahora que el término abuso se ha suprimido es conveniente concretar si a través del “exceso” debemos entender incluidas las extralimitaciones o simplemente el mal uso de las facultades de administración⁵³⁵. La delimitación de los excesos que se sancionan a través del artículo 252 CP es relevante. Algunos autores ya se han pronunciado y han determinado que la expresión “excediéndose” utilizada en el artículo 252 CP puede ser confusa ya que parece que solo se refiere a las conductas realizadas por el sujeto que administra el patrimonio fuera de sus facultades⁵³⁶; en cambio otros han manifestado que el precepto se refiere a la realización de facultades dentro de los lími-

⁵³⁵ CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, págs. 769, ya anticiparon (refiriéndose a la redacción del artículo 252 propuesta en el Anteproyecto) que la inclusión de “excediéndose” en el precepto generaría un conflicto interpretativo sobre si se considera que el acto de administración desleal se ha cometido cuando el sujeto que administra el patrimonio ha sobrepasado –o no– los límites que tiene atribuidos. Por ello, los autores proponen que se incluya el verbo “abusar” que se refiere “al uso desviado, a la desviación de poder”.

⁵³⁶ MORALES PRATS, F., “Apropiación indebida y administración desleal: reflexiones político criminales sobre la reforma de 2015 del Código Penal”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto* (coords. MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., y VENTURA PÜSCHEL, A.), Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 706 hasta 707, duda si debido a la nueva redacción del artículo 252 CP solo se incluyen bajo dicho precepto las conductas de abuso extensivo y se han dejado fuera supuestos de abuso intensivo. También menciona tal apreciación, DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 10, quien defiende –en relación con lo expuesto– que la falta de claridad obligará a los tribunales a tomar una posición”. Además, el autor se posiciona admitiendo una interpretación amplia del término “exceso”, en la que se incluyan el uso indebido de facultades y la extralimitación de las mismas, ya que –continúa– no existen elementos para apreciar lo contrario. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 585 y 586, define exceso: “supone ir frontalmente más allá y en contra de los deberes que conforman la esencia de la función de gestión en nombre de otro de sus activos”. Parece que el autor se decanta por una interpretación de “exceso” en la que se sancionan los actos de administración desleal que se realizan un sujeto sobrepasando las funciones que tiene atribuidas. Además, señala que la “falta de diligencia, el descuido o la dejadez” no suponen un exceso en las facultades de administración. JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 137 hasta 139, primero manifiesta que el legislador pretende sancionar solo los excesos intensivos pero posteriormente termina admitiendo que también tienen cabida en el artículo 252 CP los excesos extensivos. PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 120, consideran que “parece que se excede el administrador que usa sus facultades para fines contrarios al interés del titular del patrimonio”. Según los autores “el administrador no se excede de sus facultades cuando las usa respetando los deberes que rigen su actuación, pero sí cuando traiciona los fines que deberían haber inspirado su conducta”.

tes establecidos pero indebidamente ejercidas⁵³⁷. La concreción del vocablo “exceso” es relevante, ya que el hecho de que se interprete como una extralimitación de los poderes de administración, o bien, como el uso indebido de dichos poderes, repercutirá a la hora de enjuiciar los actos de administración desleal. En el caso de que solo nos decantemos por una de las dos posibilidades las conductas que encajan en la opción restante se enjuiciarán a través de otras normas penales, serán atípicas y no generaran responsabilidad penal o bien podrán ser sancionadas a través del Derecho privado. La delimitación del artículo 252 CP a partir del exceso que se exige al administrador ayudaría a perfilar el ámbito de aplicación del precepto.

Comenzamos aludiendo a la posibilidad de incluir en el artículo 252 CP la conducta del administrador que actúa fuera de sus facultades de administración (excesos extensivos). Para defender la inclusión de estos comportamientos en el delito de administración desleal podríamos utilizar dos líneas argumentativas. La primera consiste en atender al significado que el Código Penal da a los términos utilizados por la reforma. El Código Penal incluye en algunos de sus preceptos el verbo “exceder” –bien como infinitivo o conjugado en presente del subjuntivo⁵³⁸– para referirse a límites relacionados con plazos o cantidades económicas (“no podrá exceder de quince años”, “que la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros”). En tales casos, exceder se utiliza como sinónimo de superar. Si trasladamos tal idea al artículo 252 CP podríamos entender que el precepto va a sancionar supuestos en los que el administrador actúa “superando” sus facultades de administración, esto es, extralimitándose en el ejercicio de las mismas. El segundo argumento para justificar la inclusión de los excesos extensivos en el artículo 252 CP conllevaría partir de la labor exegética que la doctrina y la jurisprudencia realizaron del (derogado) artículo 295 CP antes de la reforma. De ella podemos destacar que en contraposición a la “teoría de los excesos”, ya expli-

⁵³⁷ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 798, a quien le parece un acierto –tomando como referencia el contenido del precepto propuesto en el Anteproyecto– que se haya sustituido la fórmula “excederse” por “abuso”.

⁵³⁸ Igualmente, podemos encontrarlo conjugado en futuro (“por un tiempo que no excederá de diez años”) y en pretérito imperfecto del subjuntivo (“si la cuantía de lo sustraído excediese de cuatrocientos euros” o “que la cuantía defraudada excediera de cuatrocientos euros”). Sin embargo, en el texto principal indicamos otros tiempos verbales del verbo “exceder” por ser los más comunes entre los preceptos del Código Penal.

cada, “criterio de la temporalidad”, al que también aludimos anteriormente, permitía que los administradores que se extralimitasen en sus facultades fuesen castigados a través del delito de administración desleal. Si retomamos ahora esta interpretación, aunque deba sostenerse sobre nuevos elementos tras la inclusión del delito en el artículo 252 CP, los excesos extensivos podrían entenderse incluidos en el artículo 252 CP.

La consecuencia de aceptar que a través del artículo 252 CP solo se sancionan los excesos extensivos sería en términos generales admitir la impunidad penal de los excesos intensivos en relación con el delito de administración desleal. En ese caso, cuando un sujeto con facultades de administración actúe dentro de sus funciones pero lo haga indebidamente sería penalmente impune a través del artículo 252 CP, mientras que si hubiese cometido los mismos hechos antes de la Reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2015 sí habría sido sancionado a través del delito societario de administración desleal o del delito de apropiación indebida. Si excluimos los excesos intensivos del artículo 252 CP, el sujeto que ha cometido los hechos mencionados antes de la fecha señalada podría ampararse bajo el principio de la retroactividad penal de la ley más favorable para evitar ser condenado o reducir su condena si estaba siendo cumplida. A todas luces resulta evidente que el legislador no ha intentado reducir en este sentido el espectro punitivo del delito de administración desleal con la reforma del año 2015, ya que se generarían importantes lagunas, espacios que antes estaban ocupados por conductas sancionadas y que con esta nueva concepción saldrían del tipo delictivo. Además, tampoco consideramos que este tipo de actos sean menos relevantes para el Derecho penal que los que el administrador comete fuera de sus funciones. El exceso intensivo constituye una de las modalidades típicas del delito de administración desleal en su concepción societaria pre-reforma de 2015, lo que nos lleva a afirmar que un perfil tan básico del ilícito no ha podido ser eliminado del mismo sin más manifestaciones o justificaciones por parte del legislador. Entendemos que la comisión del delito tiene su origen en muchas ocasiones atendiendo a los caracteres del mismo y al concepto de facultades de administración, a un uso indebido de éstas en función de intenciones que nada tienen que ver con el beneficio social.

De modo que, podemos interpretar que cuando el artículo 252 CP manifiesta que la infracción de las facultades de administración

debe realizarse excediéndose en su ejercicio puede referirse tanto dentro como fuera de ellas. Sin embargo, si aceptamos que el artículo 252 CP sanciona al administrador que se extralimita de sus funciones estamos favoreciendo a la construcción de un tipo penal demasiado amplio. Cuando bajo la expresión “excediéndose” se incluyen los supuestos en los que el administrador realiza actividades fuera del ejercicio de las facultades de administración asumidas se está permitiendo que se castigue a través del artículo 252 CP un sinnúmero de comportamientos que pueden ser realizados por el sujeto que se encarga de la gestión del patrimonio. Además, si se castiga penalmente al administrador porque ha actuado fuera del ámbito competencial que tenía otorgado por su condición, no se estaría sancionando en sí el incumplimiento de las facultades de las que dispone. A nuestro juicio, en casos como los mencionados lo que verdaderamente se castiga es la infracción de deberes inherentes a la condición de administrador. Cualquier comportamiento del administrador que supusiera una vulneración de los deberes de lealtad y fidelidad supondría el exceso de dicho sujeto en el ejercicio de sus facultades de administrar. Esta idea conllevaría definir la esencia del injusto del delito de administración desleal en la infracción de los deberes extrapenales que derivan de la relación del administrador con el patrimonio. Creemos que esta interpretación, que supone considerar al artículo 252 CP como un delito de infracción de deber, y en consecuencia rechazarlo como un delito de dominio, puede ser rebatida⁵³⁹. El administrador, por la posición que tiene en la sociedad, debe respetar los deberes propios de su cargo, pero ello no quiere decir que el incumplimiento de éstos suponga automáticamente el fundamento del injusto del artículo 252 CP. Lo importante aquí no es observar si se han quebrantado los deberes más básicos del administrador, sino que el perjuicio patrimonial derive del ejercicio de las facultades de administración utilizadas indebidamente, pues es evidente que en todos estos supuestos conllevaran la infracción del deber de protección patrimonial. Para aplicar correctamente el artículo 252 CP habrá que tener en cuenta

⁵³⁹ Recordemos que si el legislador hubiese querido redactar el artículo 252 CP como un delito de infracción de deber estricto, habría mantenido el párrafo segundo (tipo de infidelidad) propuesto en el Anteproyecto de 2012 y en el Proyecto de 2013. Ya hemos apuntado anteriormente que, a nuestro juicio, el delito del artículo 252 CP debe concebirse como un delito mixto, a caballo entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. Sobre el extremo expuesto puede consultarse el epígrafe dedicado a la autoría y participación.

que quien administra el patrimonio ha vulnerado sus deberes más esenciales, pero no será la clave que nos permita determinar la punibilidad de la conducta ilícita. Por lo tanto, rechazamos esta interpretación, y defendemos que dentro del desvalor de la acción del artículo 252 CP, que se manifiesta en el precepto cuando se requiere al administrador que se exceda infringiendo sus facultades de administración solo, pueden incluirse los excesos intensivos⁵⁴⁰. De forma que, los excesos extensivos serán sancionados a través del Derecho privado, o incluso a través de otros preceptos del Código Penal, por ejemplo si conllevan apropiación a través del artículo 253 CP.

1.3.3. Viabilidad de las conductas omisivas

El contenido del artículo 252 CP no hace mención expresa a los comportamientos omisivos. El precepto solo alude la acción activa pero no hace referencia a la omisión. El hecho de que el tipo penal no recoja la omisión nos obliga a interpretar si ésta tiene encaje dentro del artículo 252 CP⁵⁴¹. La ampliación de la conducta típica debe estar justificada. Habrá que comprobar si las conductas omisivas también producen el resultado prohibido. En definitiva, se trata de de-

⁵⁴⁰ En contra: VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 322 hasta 325. A favor: CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 24 y 25, llega a la misma conclusión utilizando una línea interpretativa diferente. Según la autora “excediéndose en el ejercicio de las mismas” debe entenderse como un exceso intensivo con el objetivo de que el delito del artículo 252 CP no acoja hechos en los que “una gestión engañosa o fraudulenta enriquece al sujeto activo de la misma”. También se decanta por la definición de “exceso intensivo” aunque basándose en la redacción del derogado artículo 295: MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 264 hasta 267.

⁵⁴¹ Nos centramos en la posibilidad de admitir la comisión por omisión ya que entendemos que la omisión pura no tiene cabida en la redacción del artículo 252 CP. Recordemos que en términos generales la distinción entre ambos tipos de omisión se debe a que en la omisión propia o pura consiste en “un no hacer algo que está expresamente ordenado por la norma penal, por lo que se agota en la no realización de esa actuación requerida por ley”; mientras que, la comisión por omisión u omisión impropia “supone igualmente un comportamiento omisivo pero con el que se viola la obligación de impedir la producción de un resultado típico contenido en un tipo comisivo-base, por lo que el sujeto omitente asume el papel de garante del bien protegido por la norma penal y responde del resultado acaecido como consecuencia de a actitud omisiva”. Tal diferenciación se extrae de MORILLAS CUEVA, L., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Tomo II, Volumen I, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 141. También: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, B de F, Madrid, 2013, pág. 130, quien realiza esta distinción sobre la base de la dogmática penal alemana.

terminar si el sujeto que tiene facultades para administrar y omite sus deberes puede generar un perjuicio al patrimonio que administra.

El legislador de la Reforma de 2015 de nuevo ha vuelto a errar en la redacción del artículo 252 CP. En relación con el derogado artículo 295 CP se cuestionó si podían admitirse los comportamientos omisivos⁵⁴². El legislador es consciente de la polémica que se originó sobre la inclusión –o no– de las omisiones dentro del delito societario de administración desleal (antiguo artículo 295 CP). Con el fin de evitar que tal debate se repitiese de nuevo el legislador debería haber determinado si tales conductas tienen cabida dentro del artículo 252 CP. En el caso de que la respuesta hubiese sido negativa la Exposición de Motivos hubiera servido como escenario para dejar constancia de la exclusión; mientras que si se hubiesen incluido, el mismo artículo 252 CP podría haber indicado expresamente que la omisión podría dar lugar al resultado consistente en un perjuicio para el patrimonio.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior cabe mencionar que durante la tramitación parlamentaria hubo un lapso temporal en el que las conductas omisivas estuvieron incluidas dentro del artículo 252 CP. En concreto, cuando el apartado segundo del artículo 252 propuesto en el Anteproyecto de 2012 y en el Proyecto de 2013 hacía referencia a la sanción de quienes quebrantaran el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos⁵⁴³. La inclusión del tipo de infidelidad en el precepto que regulaba el delito de administración desleal bastaba para admitir el enjuiciamiento de las conductas de omisión⁵⁴⁴. La amplitud con la que estaba redactada la acción típica

⁵⁴² Sobre las diversas posiciones doctrinales en relación con la omisión y el derogado artículo 295 puede consultarse: MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 322 hasta 325.

⁵⁴³ El Proyecto de 2013 recogía en la Exposición de Motivos (pág. 13) una serie de conductas cuya realización daba lugar a un perjuicio del patrimonio, entre las que incluía: “cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado). Además, el texto del Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pág. 222) y el Informe del CGPJ de 2013 (pág. 197), ya hacían referencia “la falta de cobro de créditos por el administrador”.

⁵⁴⁴ Igualmente, en Alemania se permite en el tipo de la deslealtad. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 450; NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 799; PASTOR MUNOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 40; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 157; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 13, sobre las críticas del tipo de infidelidad germano.

permitía incluir comportamiento omisivos. Si a través de la redacción del artículo 252 CP propuesta en los textos mencionados podían incluirse las conductas omisivas porque la conducta típica era ambigua e imprecisa, podríamos cuestionarnos si tal justificación podría mantenerse en relación con el contenido actual de dicho precepto. En realidad, –tomando como referencia lo expuesto en epígrafes anteriores en los que hicimos referencia al concepto de “facultades de administración”– podemos partir de la base de que el sujeto que tiene facultades para administrar derivadas de la ley, un negocio jurídico o encomendadas por la autoridad, está legitimado para realizar actos de administración en relación con el patrimonio administrado. Entre las facultades que debe desarrollar el administrador se encuentran las que están dirigidas a proteger el patrimonio que administra frente ataques de terceros⁵⁴⁵. Si dicho acto fuese infringido por el administrador (excediéndose en el ejercicio del mismo), estaría cometiendo un delito de administración desleal. Tal situación puede apreciarse por ejemplo cuando un administrador es consciente de que la sociedad tiene una deuda que vence el primer día del mes siguiente, cuyo impago genera el embargo de los bienes sociales pertinentes, y aun así no la abona. Se trata de una conducta omisiva porque no realiza la acción exigida (pagar la deuda) para evitar que el patrimonio social sufra un perjuicio provocado por terceros que iniciaran los trámites necesarios para el embargo de los bienes de la sociedad ante el impago de la deuda. De modo que, en términos generales, las conductas omisivas parecen tener encaje dentro de la tipificación del delito de administración desleal. Sin embargo, tal afirmación no puede realizarse sin una base jurídica más consistente que la sustente.

Teniendo en cuenta la cuestión que analizamos –la posibilidad de incluir las conductas omisivas en el artículo 252 CP– es conveniente recurrir a lo expuesto en el artículo 11 CP, que permite que los delitos de resultado puedan considerarse cometidos por omisión en los supuestos en los que la no evitación de dicho resultado equivalga (atendiendo al sentido del texto de la ley) a su causación. El artículo 11 CP es una cláusula general que debe tomarse como base sobre la que se construyen las conductas omisivas que causan un resultado. De manera que tendremos que analizar el 252 CP en consonancia con el

⁵⁴⁵ Utilizamos la referencia a la defensa del patrimonio frente a los ataques de terceros, en virtud de lo expuesto en el epígrafe anterior (1.3.2).

contenido del artículo 11 CP para comprobar si el legislador ha incluido en su contenido la conducta omisiva. Así, será posible admitir –o rechazar– si en algunas ocasiones el perjuicio que sufre el patrimonio administrado deriva de la omisión del sujeto que no ha cumplido debidamente con su deber de salvaguarda hacia el mismo. Para justificar debidamente la posibilidad de encajar las conductas omisivas en la redacción del artículo 252 CP hemos considerado conveniente recurrir a la jurisprudencia. Numerosas sentencias se ha pronunciado sobre los elementos que deben apreciarse para poder admitir la comisión por omisión. A continuación ponemos en consonancia los requisitos expuestos en numerosas resoluciones y el delito que venimos tratando⁵⁴⁶:

En primer lugar, debemos constatar que existe una “situación típica”. Para determinar si una conducta es contraria a Derecho habrá que comprobar si su realización pone en peligro o lesiona el interés jurídicamente protegido a través de un delito. Es necesario que exista un riesgo que tenga cierta entidad para un bien jurídico protegido, que en nuestro caso está concretado en el patrimonio de la sociedad.

En segundo lugar, tenemos que identificar “la ausencia de la acción determinada que le era exigida” al sujeto. Este elemento es muy importante, ya que la omisión se construye a partir de “la no realización de la acción que, de acuerdo con el sentido del tipo, se esperaba que el sujeto llevase a cabo”⁵⁴⁷. La acción que se espera del sujeto que tiene una posición de garante frente a un bien jurídico protegido es evitar que éste sea lesionado. Por ello, el sujeto que realiza la conducta omisiva ha hecho lo contrario a lo que exigía el Derecho penal⁵⁴⁸. Por ejemplo, al administrador que guarda silencio ante la prórroga de un contrato desventajoso económicamente para la sociedad se le reclamará que hubiera puesto fin al mismo cuando legalmente hubiera tenido ocasión; al administrador que no cobra ni reclama el cumplimiento de una deuda se le exigirá que realice las actuaciones necesarias para que sea satisfecha.

⁵⁴⁶ STS de 25 de abril de 2005 (RJ 2005\6547); 27 de enero de 2012 (RJ 2012\2064); 28 de mayo de 2013 (RJ 2013\3991); AP de Guadalajara de 9 de julio de 2012 (ARP 2012\604).

⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 30.

⁵⁴⁸ Sobre “la acción esperada”: ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, op. cit., pág. 262.

Posteriormente –el tercer elemento–, hay que determinar si el sujeto tenía “capacidad para realizar la acción debida”. Hay que tener en cuenta que, en el caso de admitirse las conductas omisivas, el sujeto tiene que tener poderes de administración (derivados de la ley, encomendados por la autoridad o asumidos a través de un negocio jurídico) sobre el patrimonio perjudicado. Si el sujeto no tiene capacidad para poder realizar la acción típica tampoco podrá ser calificado como sujeto activo del delito de administración desleal por omisión. Únicamente quien tenga la posibilidad de administrar un patrimonio podrá impedir que éste sea perjudicado. Si un sujeto tiene facultades de administración pero no puede ejercerlas sobre el patrimonio de la sociedad que ha sufrido el perjuicio, sino sobre el patrimonio de otra sociedad, no podría cometer la conducta típica del artículo 252 CP (ni por acción ni omisión).

En cuarto lugar, habrá que estar a la “posición del garante”. El fundamento de la comisión por omisión se construye sobre la posición del garante, que es quien tiene el deber especial de intervenir para que se produzca el resultado⁵⁴⁹. Cuando este sujeto no actúa, su omisión equivale a la realización de una acción activa, porque si hubiese actuado el resultado no se habría producido⁵⁵⁰. De modo que, el sujeto que dispone de facultades de administrar tiene el deber especial de proteger el patrimonio, y en el supuesto de que omita dicha obligación ello será equivalente a la realización de la conducta del artículo 252 CP. De la estrecha relación que une al administrador con el patrimonio surge el deber de velar por la protección de éste cuando se encuentre en una situación de riesgo; de manera que, la conducta de quien ostenta facultades de administración debe estar dirigida a adoptar las medidas necesarias para que el patrimonio que administra no sea perjudicado. En concreto, se exige al administrador del patrimonio que ejerza sobre éste como si fuese el titular del mismo. Sin embargo, en algunos supuestos es complicado determinar si el administrador tenía el deber de actuar de una determinada forma. Por ello, habrá que estar a la “extensión del deber”, es decir, a las conductas que se le pueden exigir al sujeto con facultades de administración; y también al “nivel de sacrificio de intereses propios

⁵⁴⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 143.

⁵⁵⁰ QUINTANAR DÍEZ, M., y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 81.

exigible al administrador”, ya que la posición de garantía del administrador tiene que estar limitada^{551,552}.

El artículo 11 CP determina las fuentes de las que pueden provenir los deberes jurídicos del garante: la ley, el contrato y la creación de un riesgo mediante una acción u omisión precedente⁵⁵³. Así, el administrador de derecho⁵⁵⁴ de una sociedad de capital que no impide que el patrimonio social sea perjudicado ha infringido un deber especial derivado de la ley extrapenal⁵⁵⁵ (artículos 225 y siguientes LSC) y además de un negocio jurídico (contrato laboral), en el que se compromete a la realización de una profesión que implica la administración del patrimonio e inherentemente el deber de protegerlo y evitar perjudicarlo. Es necesario que el sujeto que tiene facultades para administrar haya asumido que tiene que proteger y custodiar el patrimonio social (es decir, el bien jurídico), ya que entre ambos existe una verdadera relación de dependencia⁵⁵⁶. Igualmente, no hay

⁵⁵¹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 123 y 124, determinan que el deber de los administradores comprende, en primer lugar “las acciones dirigidas a evitar el menoscabo patrimonial que derivaría de la omisión”, en segundo lugar, las “medidas debidas de vigilancia de las personas a las que ha delegado determinadas tareas”, y en tercer lugar, manifiestan que generarán dudas los supuestos en los que “el administrador no actúa para poner fin a una “situación perjudicial” para la empresa cuyos efectos negativos van a proyectarse en un futuro”, por ejemplo el trabajador que actúa negligentemente y afecta de manera negativa a la sociedad. Según los autores y tomando el supuesto mencionado, parece que el administrador sí va a ser responsable por no eliminar riesgos que provengan de terceros cuando puedan. En relación con la tercera puntualización VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, págs. 360 hasta 363, considera que sí se puede imputar responsabilidad penal a los administradores por los comportamientos de sus subordinados. Igualmente se pronunciaba CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 520, en relación con el derogado artículo 295 CP.

⁵⁵² En el mismo sentido, JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 164 y 165.

⁵⁵³ ORTS BERENQUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, *op. cit.*, pág. 264, se pronuncian sobre estas tres opciones.

⁵⁵⁴ Los apoderados y los liquidadores sí porque la Ley así lo determina (en relación con los primeros: artículo 1726 CC, que hace referencia a los mandatarios, los artículos 255.2 y 297 CC, que igualmente aluden a los factores mercantiles y el artículo 2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula el estatuto laboral del personal de alta dirección; sobre los segundos: artículo 375.1 LSC).

⁵⁵⁵ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución...*, *op. cit.*, págs. 95 y 96, concreta que no puede tratarse de una ley penal (porque sería un delito de comisión pura). Las órdenes de la autoridad (de las que también pueden derivarse facultades de administración) se entienden incluidas en la ley como fuente jurídica del deber de actuar a la que hace referencia el artículo 11 CP.

⁵⁵⁶ *Ibidem.*, pág. 97 al caso de artículo 252 CP.

problema en admitir que los liquidadores se encuentran en una posición de garante (artículo 375.1 LSC), los apoderados⁵⁵⁷, o los administradores concursales. En cambio, hay otros supuestos que resultan más dudosos como es el caso de los administradores de hecho, ya que la ley no les obliga expresamente que obren como garantes del patrimonio que administran. Sin embargo, si recordamos lo expuesto en el artículo 236 LSC, éste determina que la responsabilidad de los administradores de derecho se extiende a los administradores de hecho, y además, señala que será considerado como tal quien ejerza las funciones propias del administrador. En este sentido, entendemos que si la LSC permite considerar administrador de hecho a quien obre como un administrador de derecho, entendemos que al primero también se le exigirán el cumplimiento de los deberes que acompañan al cargo que desarrolla, que consisten –entre otros– en velar por la integridad del patrimonio que administra. Por este motivo, defendemos que los administradores de hecho pueden ser sujetos activos del delito de administración desleal en comisión por omisión⁵⁵⁸. En cambio, es más complicado admitir a los socios como posibles sujetos activos del delito del artículo 252 CP en comisión por omisión, ya que no hay ninguna ley que les imponga ningún deber de proteger el patrimonio social. No obstante, consideramos que sería injusto que quedara fuera del delito de administración desleal supuestos en los que el socio ha omitido una conducta que ha causado un perjuicio al patrimonio que tenía el deber de administrar. Para solventar este problema, el socio será considerado administrador de hecho, y así podrá ser enjuiciado conforme al artículo 252 CP por la omisión de su conducta⁵⁵⁹. No obstante, para evitar que algunos sujetos utilicen la indeterminación con la que ha sido redactado el artículo 252 CP para intentar quedar exentos de responsabilidad penal (o sancionados a través de otro ilícito que tenga una pena menor), es conveniente que –como reiteraremos posteriormente– el precepto se redacte de forma que pueda observarse la inclusión de las omisiones.

⁵⁵⁷ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 520 y 521, ya admitió a los apoderados y a los liquidadores como posibles autores del delito de administración desleal societario, lo hizo apoyándose en normas que actualmente se encuentran derogadas.

⁵⁵⁸ *Ibidem.*, en contra, apoyándose en el derogado artículo 295 CP.

⁵⁵⁹ *Ibidem.*, de nuevo nos mostramos disconformes con la interpretación del autor.

Y por último –quinto elemento– nos detenemos en analizar “la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo”. Habrá que observar si el sujeto tenía la opción de evitar el resultado y si finalmente éste se ha producido⁵⁶⁰. En concreto, será relevante comprobar si el resultado tiene como origen que el sujeto con facultades de administración no haya llevado a cabo una conducta que debería haber realizado debido a la posición que ostenta, y ello ha ocasionado el perjuicio al patrimonio social.

Por tanto, en la estructura del artículo 252 CP sí pueden incluirse conductas de comisión por omisión. Cuando el administrador con facultades de administrar realice actos de administración, éstos podrán ser activos u omisivos⁵⁶¹. Como bien indica DE PORRES ORTIZ DE URBINA⁵⁶², “la pasividad puede ser tan nociva para una diligente

⁵⁶⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 149.

⁵⁶¹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 261. Los mismos autores en “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 270, determinan que el artículo 252 CP abarca las omisiones que “puedan entenderse como un ejercicio de las facultades que ostenta el administrador”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, págs. 9 hasta 11, no admite expresamente que en el artículo 252 CP encajen las conductas omisivas pero lo intuimos cuando realiza una crítica a la propuesta dada por otro autor para incluir la omisión en el artículo 252 CP y recurre al artículo 11 CP. VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 427, admite la omisión porque considera que el artículo 252 CP al ser un delito de infracción de deber, es indiferente que dicha infracción se cometa a través de una conducta activa u omisiva porque lo que realmente importa es que “defraudación de la expectativa en sí”. REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 13, sostiene que el sujeto que intencionadamente omite el cumplimiento de las obligaciones del administrador y menoscaba el patrimonio administrador será enjuiciado a través del artículo 252 CP. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 13, nos recuerda que en general los delitos de resultado (como es el delito de administración desleal) permiten –según el artículo 11 CP– la omisión. El autor considera “aventurado” afirmar o rechazar la inclusión de las conductas omisivas en el artículo 252 CP. A pesar de ello, admite que el punto de vista del “bien jurídico protegido y de las necesidades que surgen del tipo penal deberían quedar incluidas las omisiones del administrador contrarias a los deberes de fidelidad y diligencia que causen un perjuicio al patrimonio administrado”. En contra, CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 206, determina que el artículo 252 CP cuando hace referencia al “exceso” alude a una conducta activa; además, con la eliminación del apartado segundo del artículo 252 CP propuesto durante la tramitación parlamentaria que hacía referencia al tipo de infidelidad se eliminó la posibilidad de incluir las conductas omisivas. Ante tal justificación, DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 13 manifiesta que cuando se suprimió el segundo apartado al que hemos hecho referencia en ningún momento se indicó que fuese con el objeto de no castigar las conductas omisivas sino que su eliminación se debió a la amplitud con la que había sido redactado.

⁵⁶² *Ibidem.*, pág. 14.

administración como la actuación debida”; por ello, dejar fuera del artículo 252 CP supuestos en los que el administrador perjudica el patrimonio administrado a través de una omisión no tendría sentido. Sin embargo, no cualquier comportamiento omisivo puede ser considerado administración desleal, tan solo el que cumpla con los elementos del tipo penal. Hay que puntualizar que como la conducta típica descrita en el artículo 252 CP es excesivamente amplia, ello generará que el número de conductas omisivas que tengan encaje en dicho precepto sea elevado. La concreción de la conducta típica en el artículo 252 CP no es necesaria solo desde el punto de vista de comportamientos activos sino también de los omisivos.

Con el objeto de comprobar que no cualquier conducta omisiva debe ser sancionada a través del delito de administración desleal, cabe traer a colación la SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2016 (JUR 2017\9073) en la que no se apreció un delito de administración desleal en el siguiente caso: sociedad formada por dos administradores solidarios, uno –el querellante– que estaba apartado formalmente de la sociedad, y el otro administrador –el querellado– que no había declarado a Hacienda Pública las liquidaciones del IVA, lo que generó una deuda que fue pagada por el querellante (porque la sociedad no tenía liquidez). Según determinó el Tribunal, el imputado no había cometido un delito de administración desleal porque el querellado no se ha extralimitado en sus facultades ni puede apreciarse la falta de diligencia en sus funciones de administrador. Además, –expone la Resolución– el querellado no administraba ningún patrimonio⁵⁶³.

El legislador de la Reforma 1/2015 tendría que haber redactado el contenido del artículo 252 CP de manera que no surgiesen dudas

⁵⁶³ Por su parte, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 270, determinan que serán admitidas como omisiones aquellas que se entiendan como un ejercicio de las facultades que tiene el administrador pero además añade como conducta incluida en el artículo 252 CP las que “generen riesgo de sanciones o de responsabilidad patrimonial para el patrimonio administrado” e incluso menciona algunos ejemplos entre los que se encuentra el supuesto en el que el administrador de la sociedad comete un delito fiscal en relación con el Impuesto de sociedades que implica una multa penal para la sociedad administrada. Los mismos autores se plantearon si el delito fiscal podría quedar incluido dentro del segundo apartado del delito de administración desleal propuesto en el el Anteproyecto y del Proyecto de 2013 y afirmaron que casos como el mencionado “pueden considerarse riesgo no permitido para el patrimonio administrado”.

a la hora de admitir el enjuiciamiento de las conductas omisivas. A pesar de que el precepto señalado utilice la expresión “excediéndose” que parezca acotar el ámbito de aplicación solo a conductas activas, ello no impide que las omisiones tengan cabida en el mismo. El sujeto que omita un comportamiento exigido por el cargo que ostenta puede causar un perjuicio al patrimonio administrado igual o mayor que si infringe activamente una facultad de administración. Además, la exclusión de la omisión supondría la admisión de una vía que podría utilizarse por los administradores para poder perjudicar el patrimonio que administran sin tener que responder penalmente. Si el artículo 252 CP está siendo objeto de todo tipo de críticas por su excesiva amplitud, en la esfera en la que no puede limitarse para cumplir con las exigencias de taxatividad propias de las normas penales es en relación con las conductas omisivas. La exclusión de la omisión no puede utilizarse con la única finalidad de reducir el ámbito de aplicación del artículo 252 CP, porque erróneamente el precepto haya sido redactado de forma muy general y ello nos obligue a interpretar sus elementos de forma restrictiva. De modo que, la inclusión en el artículo 252 CP de supuestos en los que ha quedado acreditado que el sujeto con facultades de administración no ha obrado conforme al deber que se le exigía y ha causado un perjuicio de especial entidad, no tienen por qué vulnerar el principio penal de intervención mínima. Las conductas omisivas no pueden ser automáticamente excluidas de la esfera de aplicación del artículo 252 CP. A nuestro juicio, y tomando como referencia el concepto de perjuicio que hemos defendido, consideramos que las conductas omisivas que pueden ser enjuiciadas a través del artículo 252 CP, son aquellas en las que el administrador omite un comportamiento que hubiese generado un aumento del patrimonio social esperado, o bien, otras en las que el administrador no impide que el patrimonio social sufra una disminución a pesar de que podría haberla evitado⁵⁶⁴. Las omisiones fuera de los casos expuestos serían impunes penalmente y serían sancionadas a través del Derecho privado, donde tienen mayor encaje.

⁵⁶⁴ En concreto, *lege ferenda* podría hacerse referencia expresa a que serán castigados –entre otras conductas– por un delito de administración desleal: “los que omitan la realización de actividades, cuando haya quedado probado que éstas iban a producir un aumento del patrimonio administrado o hubiesen evitado una disminución del mismo”.

1.3.4. Posibilidad de redacción de una conducta más precisa

El problema –como venimos manifestando– es que el artículo 252 CP no hace referencia a ninguna acción específica a partir de la que se pueda concretar la conducta ilícita del administrador⁵⁶⁵. Cuando el precepto determina como acción típica la infracción de las facultades de administración, está utilizando una formulación demasiado ambigua que impide definir la esfera de actuación del sujeto mencionado⁵⁶⁶. Así, cuando el artículo 252 alude a las “facultades de administración” la acción típica no se está limitando a actos de disposición y contracción de obligaciones como hacía el derogado artículo 295 CP, sino que abarca muchas más⁵⁶⁷. Según la literalidad del artículo 252 CP, cualquier conducta desleal realizada por el administrador excediéndose en el ejercicio de sus funciones que cause un perjuicio al patrimonio que administra sería ilícita. La ausencia de determinación de la acción típica permite sostener que cuando un comportamiento sea contrario a las normas que regulan la conducta de los administradores y suponga la causación de un perjuicio patrimonial, quedará englobado en el artículo 252 CP.

La forma de concebir la expresión “facultades de administración” como un cajón de sastre en el que entra cualquier conducta que atente contra el patrimonio administrado es cercana al tipo de infidelidad que recoge el precepto alemán. A través del artículo 252 CP se estaría calificando como un acto de administración desleal cualquier conducta irregular realizada por un sujeto que perjudica el patrimo-

⁵⁶⁵ JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 125. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Defraudaciones”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 562. Se dejan a un lado las dos modalidades específicas de distraer y contraer obligaciones, reconduciéndose a un tipo más extenso. MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 269, demandaba hace años la inclusión de una modalidad amplia de acción, porque “el administrador tiene en sus manos una pluralidad de acciones: todas las que caracterizan el desarrollo de la actividad empresarial. Por ello, no es adecuado referirse a ciertas modalidades de acción”.

⁵⁶⁶ Como indican PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 112, las facultades de administrar ya no se limitan solo a la facultad de disponer y contraer obligaciones a cargo del patrimonio social como determina el derogado artículo 295 CP sino a cualquier facultad de gestión.

⁵⁶⁷ *Ibidem.*, pág. 120, sostienen que con la expresión “facultades de administración” el tipo se ha alejado del derogado artículo 295 CP y también del tipo de abuso alemán.

nio que administra excediéndose en sus funciones, mientras que el tipo de infidelidad del parágrafo 266 del Código Penal Alemán se utiliza para castigar a los que infringen sus deberes de velar por los intereses patrimoniales ajenos⁵⁶⁸. De esta manera, podría observarse como el párrafo que fue eliminado de la propuesta de delito de administración desleal (tipo de infidelidad) es el que enmascaradamente ha sido introducido en el artículo 252 CP⁵⁶⁹. Por este motivo, la interpretación de la conducta típica del artículo 252 CP debe realizarse con cautela, pues a través de ella podríamos llegar a confirmar la exégesis que hemos criticado líneas atrás⁵⁷⁰.

Con el fin de buscar una solución al error cometido por el legislador en relación con la redacción de la conducta típica de artículo 252 CP, la doctrina ha comenzado a manifestarse intentado limitar el contenido del precepto. Así, algunos autores han establecido como modalidades de acción la vulneración de las normas aplicables en el sector de actividad del que el sujeto con facultades de administrar

⁵⁶⁸ También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, págs. 5 y 6, manifiesta que al no incluirse una modalidad de acción se permite que se castigue la falta de lealtad.

⁵⁶⁹ En este sentido, GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 772 admite que el tipo del artículo 252 CP es tan abierto que podría regular comportamiento que se hubiesen enjuiciado a través del tipo de infidelidad. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 86, afirma que las conductas de infidelidad quedan englobadas en el tipo penal vigente. En este sentido, PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 120 y 121, dan un paso más y se plantean por qué el legislador no ha definido la conducta típica como una “infracción del deber de velar” y sí como una “infracción de facultades”. La respuesta que dan los autores a tal cuestión es que cuando se hace referencia a la infracción de facultades se está limitando la conducta típica a acciones que suponen un ejercicio de la función del administrador y a su vez, se están excluyendo las actuaciones fácticas que se realizan aprovechando el poder de administración que tiene el sujeto que comete la conducta ilícita. El ejemplo que citan para una mayor comprensión es el del tutor que aprovechándose que tiene las llaves del inmueble del menor sustrae un cuadro, comete hurto pero no administración desleal; pero en el caso de que el anterior tutor utilizase el patrimonio del menor para irse de vacaciones sí cometería el delito del artículo 252 CP. Probablemente, la decisión del legislador de no copiar literalmente el tipo de infidelidad alemán era excluir las actuaciones fácticas del administrador, pero ello no es un obstáculo para que hubiese redactado el artículo 252 CP aludiendo a modalidades concretas de acción.

⁵⁷⁰ Recordemos que muchos autores aplaudieron la decisión del legislador de no incluir el tipo de infidelidad: Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 5. Además, el informe de la Fiscalía General del Estado y el emitido por el CGPJ también se hicieron eco de dicha exigencia: MORALES PRATS, F., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 706.

forme parte, la desatención de las obligaciones del administrador de manera absoluta⁵⁷¹, etc. Otros, como CASTRO MORENO, tras aludir a la amplitud del término “administrar”, recurre a la enumeración de las conductas señaladas en el artículo 259 CP, y toma algunas de ellas como referencia para determinar los comportamientos desleales que pueden ser sancionados a través del artículo 252 CP. Sin embargo, la idea de recurrir al artículo 259 CP para delimitar la acción típica del delito de administración desleal nos parece peligrosa. En primer lugar, porque sería apoyarnos en una serie de comportamientos que se construyen sobre unas circunstancias concretas del sujeto activo, esto es, que se encuentre en una situación de insolvencia actual o inminente; y en segundo lugar, porque la lista de acciones mencionada es cerrada por una cláusula muy genérica (artículo 259.1.9), a través de la que se tipifica cualquier conducta (activa u omisiva) “que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial”. Si trasladamos tal cláusula al artículo 252 CP, de nuevo nos encontramos con una conducta muy abierta, que sancionaría cualquier comportamiento en el que el administrador anteponga sus intereses personales a los sociales y cause un perjuicio al patrimonio que administra. Dejando a un lado la interpretación realizada por el autor señalado, cabe recordar que nuestra aportación sobre la delimitación de la conducta típica se hizo en epígrafes anteriores. La expresión “facultades de administración” debe limitarse a través de la definición de los “actos de administración”. El sujeto que tiene poderes para administrar está legitimado para realizar cualquier acto dirigido a la conservación del patrimonio, a la defensa de éste o bien a favorecer su normal desarrollo en consonancia con el objeto social previsto⁵⁷². Si dicho administrador actúa de forma contraria a como debería hacerlo, en los

⁵⁷¹ Atiende a esta interpretación DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 11. El autor primero determina que actos de disposición y contratación de obligaciones son relevantes y posteriormente señala que caben más conductas que no son las anteriores en el artículo 252 CP porque éste no precisa ninguna modalidad de acción. Algunos de estos supuestos también son mencionados por GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 772 y 773.

⁵⁷² Para concretar los actos del administrador nos apoyamos en la definición de “actos de administración” de DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 97.

términos establecidos en el artículo 252 CP, y perjudica el patrimonio social, habrá cometido un delito de administración desleal.

Las anteriores propuestas pretenden interpretar la expresión “facultades de administración”, y de la conducta típica en general, de forma amplia, lo que conlleva una aplicación del precepto más extensa; sin embargo, otros autores han preferido realizar una interpretación más estricta⁵⁷³. A pesar de que el artículo 252 CP haga alusión de forma genérica a la infracción de las facultades de administración, podría pensarse en reducirse la acción típica a la vulneración de las facultades de disposición y contracción de obligaciones⁵⁷⁴. Para ello, tomaríamos como punto de referencia el derogado artículo 295 CP y limitaríamos la aplicación del artículo 252 CP en función de la acción típica prevista en el delito societario. Esta interpretación tomaría fuerza en virtud del contenido del Informe Fiscal sobre el Anteproyecto, en el que se criticó que la propuesta de delito de administración desleal hiciese referencia únicamente a las “facultades de disponer”, y reclamó que se hiciese mención conjuntamente a las “facultades para disponer u obligar a otro” proponiendo que se incorporase la expresión “facultades para administrar”⁵⁷⁵. La consecuencia de admitir una interpretación estricta de la expresión “facultades de administración”, limitada a los actos de disposición y contracción de obligaciones, conllevaría dejar fuera del ámbito del artículo 252 CP conductas que actualmente podrían tener cabida en su redacción.

⁵⁷³ Hace referencia a estas dos posibilidades GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 772 y 773 pero no se decanta por ninguna, simplemente indica que se deberían haber recogido expresamente.

⁵⁷⁴ Sigue esta interpretación MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, págs. 6 y 7. Posteriormente (en la pág. 8) el autor determina que, como el artículo 252 CP incluye los usos temporales ilícitos, el verbo “disponer” debería incluir el de “utilizar”. En caso de que no se entienda así, se debería añadir también el de “utilizar” o eliminar el de “disponer” y dejar únicamente el de “utilizar”. NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 787, incluye una propuesta alternativa a la propuesta del Anteproyecto de 2012, en la que indica que será sancionado a través del delito de administración desleal quien actúe “utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o, en el caso de que se trate de la administración de una sociedad, los empleados que prestan su servicio”.

⁵⁷⁵ Véase la págs. 228 y 229 del texto mencionado. CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 769, ya señaló que el artículo 252 incluido en el Proyecto debía concretar la acción típica en las dos modalidades de acción señaladas en el texto principal y así lo expresa en la propuesta alternativa de artículo que realiza (pág. 766).

Probablemente, lo más sencillo sería concretar la acción típica del artículo 252 CP en las dos conductas descritas en el derogado artículo 295 CP. Sin embargo, tal idea supone quizá alejarse de la decisión del legislador, que probablemente quiere romper con el pasado y dejar a un lado la mención a los dos comportamientos a los que venimos aludiendo. No obstante, ello no empece a que de *lefe ferenda* estas dos modalidades de acción vuelvan a ser incluidas en el precepto.

Para la futura construcción de un precepto más concreto, en cuya redacción puedan distinguirse las acciones punibles, es coherente partir buscando alguna referencia que nos ayude a delimitar el contenido del actual artículo 252 CP. Para ello, hay que comenzar echando la vista atrás y recurriendo a la redacción del derogado delito societario. Las conductas ilícitas concretadas en el artículo 295 CP cumplían con las exigencias de taxatividad de las normas penales. En dicho precepto las facultades de administración se limitaban a dos: la de disposición de los bienes que eran propiedad de la sociedad y la de contracción de obligaciones en las que tal ente fuese parte. Con el derogado artículo 295 CP, las dos modalidades comisivas permitían a *grosso modo* enjuiciar las conductas de administración desleal más significativas (en el punto que el tipo presentaba más problemas era en relación con la admisión de las conductas omisivas). El derogado artículo 295 CP no incluyó dos modalidades comisivas (disponer y contraer obligaciones) novedosas, ya que el delito de administración desleal regulado en Alemania y en Austria también hace alusión a ellas.

En consecuencia, creemos que es mejor –y más garantista– plasmar en un precepto futuro una interpretación restrictiva de la conducta típica, aludiendo –entre otras– a la realización de las facultades de disposición y contracción de obligaciones. De forma que se continuaría aplicando la conducta descrita en el delito societario de administración desleal. La concreción de dos modalidades de acción típicas permiten distinguir más fácilmente qué comportamientos realizados por el sujeto con facultades de administración sobre el patrimonio social generan responsabilidad penal. Cuando el administrador actúe fuera de las modalidades señaladas será enjuiciado a través de la jurisdicción que corresponda (civil, mercantil...). Así, dentro de las funciones de administración incluiríamos expresamente las facultades de disposición, y las de contracción de obligaciones. Ahora bien, habría que realizar algunas puntualizaciones sobre los actos a los que nos referimos.

La primera modalidad de acción estaría dirigida a sancionar a los administradores que disponen del patrimonio que administran causándole un perjuicio. Como hemos señalado se trata de una acción que estaba tipificada expresamente en el artículo 295 CP y que su inclusión de *lege ferenda* en el precepto ha sido demandada por parte de la doctrina. El artículo 252 CP en vigor contiene un tipo de injusto excesivamente amplio e impreciso, y debe acotarse haciendo referencia –entre otras– a la facultad de disponer⁵⁷⁶.

La cuestión que trae aparejada el hecho de que aceptemos los actos de disposición como conducta típica, es si además debemos entender incluidos el uso de los bienes y del personal de la sociedad. Varios autores⁵⁷⁷ y también la jurisprudencia⁵⁷⁸, ya se hicieron eco de este tema en relación con el derogado artículo 295 CP. Sobre el uso de bienes sociales, podría citarse el supuesto en el que el administrador utiliza indebidamente el coche de la sociedad⁵⁷⁹. El coche forma parte del patrimonio de la empresa, por lo que si atendemos a la redacción actual del artículo 252 CP el administrador estaría obligado a no infringir (excediéndose) sus facultades de administración sobre tal bien. El administrador no puede quebrantar sus poderes de administración causando un perjuicio al coche. Si partimos de la

⁵⁷⁶ Así: VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 433; NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 787 y 788; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 8, prefiere las modalidades típicas del derogado artículo 295 CP; sin embargo, se detiene en analizar si sería mejor hacer alusión a “disponer de los bienes” o a “utilizarlos”.

⁵⁷⁷ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 311; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 47 hasta 49; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 294 hasta 299.

⁵⁷⁸ Aludimos a ella específicamente en notas posteriores.

⁵⁷⁹ Cabe traer aquí a colación el caso juzgado en la SAP de Guipúzcoa de 16 junio de 2008 (JUR 2009\10702): administrador de una sociedad que realizaba diariamente tareas de gestión en la empresa y utilizaba habitualmente el vehículo perteneciente a la sociedad, incluso en fines de semana y vacaciones, abonando la sociedad la gasolina y los gastos de impuestos y seguro. En ocasiones era la esposa del acusado quien utilizaba el referido vehículo. Según la Resolución: “el cargo de administrador que ejercitaba, como por la gestión que diariamente realizaba en la empresa podría percibir legítimamente alguna remuneración de ésta. Dicha remuneración puede perfectamente percibirla en especie y, en concreto, mediante el uso de un vehículo de la empresa, incluso fuera del horario laboral y la realidad muestra que así ocurre en muchas ocasiones, no sólo en el caso de administradores o cargos directivos de las empresas, sino tratándose de cargos inferiores o comerciales, o de personal de otras categorías profesionales”. El Tribunal no apreció un delito de administración desleal.

redacción del artículo 252 CP debemos tener en cuenta que entre los actos de administración hemos incluido aquellos dedicados a la custodia, protección frente a terceros de lesiones y otros actos que permitan alcanzar el fin social, de modo que nos resulta complicado incluir el uso de los bienes sociales. Quizá podríamos plantearnos si encajan dentro de los actos de custodia, ya que la RAE define “custodiar” como “guardar algo con cuidado y vigilancia”, y si vamos más allá “guardar” – en su acepción quinta – se define como “conservar o retener algo”. Por lo que, podía admitirse que el administrador tiene la obligación de conservar debidamente los bienes sociales que utilice, de forma que si causa un perjuicio a los mismos puede ser castigado a través de un delito de administración desleal. En el caso de que quede demostrado que el coche, que pertenece a la sociedad, no puede ser utilizado porque anteriormente ha sido usado indebidamente, podría apreciarse un delito de administración desleal. El administrador debe encargarse de que el coche esté en perfectas condiciones para que pueda desarrollar el fin que se le ha asignado dentro del desarrollo de la actividad social. En segundo lugar, la doctrina ha hecho también referencia al uso del personal de la sociedad. Por ejemplo, el administrador de una sociedad cuyo objeto social es la fabricación de puertas, pide a los empleados que hagan más puertas de las que habitualmente hacen para poder venderlas sin que los beneficios de dichas ventas sean para la sociedad, o bien el supuesto en el que el administrador de una sociedad, que tiene como objeto social la fabricación y comercialización de cocinas, le pide a varios empleados que todos los días acudan a trabajar a una empresa familiar de la que forma parte, retrasando la realización del diseño de cocinas que tenía encargado. Los supuestos en los que el administrador utiliza los empleados o trabajadores de una sociedad causando un perjuicio a la sociedad, que no ha podido realizar su actividad con normalidad⁵⁸⁰. El problema que ocurre con estos supuestos es que debemos partir de la base de que los empleados no forman parte del patrimonio de la sociedad⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 8, el mismo autor propone que en el artículo que regula la administración desleal incluya la siguiente expresión “utilice (...) los empleados que presten su servicio a dicho patrimonio”. En sentido similar, NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788, propone de *lege ferenda* que se haga expresamente alusión “a los empleados que prestan su servicio”.

⁵⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 8, acude a la RAE para intentar justificar la inclusión de los empleados o trabajadores como partes

La jurisprudencia, que como hemos indicado también se ha pronunciado sobre la cuestión que tratamos, viene admitiendo el uso de bienes sociales, empleados e incluso la clientela, dentro de la conducta típica de la administración desleal⁵⁸². Por este motivo, algunos

integrantes del patrimonio de la empresa. En concreto, el autor determina que el término “bienes” es definido como “patrimonio, hacienda, caudal” (acepción tercera), y el vocablo “patrimonio” como “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica” (acepción cuarta), por lo que –según el autor– en la definición de patrimonio, que es bastante amplia, podría entenderse incluidos los trabajadores.

⁵⁸² A favor: STS de 26 julio de 2004 (RJ 2004\4212), que condenó por un delito de administración desleal al administrador de una sociedad que utilizó el local y los medios materiales y humanos para instalar otra sociedad con la que competía directamente. Según la Resolución “el desplazamiento de los bienes y personal de una sociedad a otra que es su competidora afecta las posibilidades de beneficios de la primera sociedad, dado que con sus propios medios se favorece una reducción o una acumulación de sus posibilidades de participar lícitamente en el mercado. Ese perjuicio, como es claro, afecta directamente tanto a los socios como a la sociedad”. También SAP Valladolid de 6 julio de 2016 (JUR 2016\195452): administrador y socio de una sociedad que constituye sin comunicarlo a los demás socios una nueva sociedad y se aprovecha del nombre y crédito comercial de la anterior empresa, de sus medios materiales y personales, así como de la cartera de clientes y proveedores de la inicial sociedad, causando a ésta un claro perjuicio en beneficio de los acusados. Todo ello lo hace con el consentimiento y conocimiento de su padre, que participó en la gestión y que además era presidente del consejo de administración y consejero delegado de la primera sociedad mencionada. La sociedad creada carecía “de trabajadores, de elementos de transporte y de cualquier infraestructura personal o material para el ejercicio de la actividad indicada en su objeto social”. En concreto, la resolución puntualizó “que hay que estar al principio de legalidad, ya que estamos ante hechos típicos y culpables”. Destacamos igualmente la SAP de Las Palmas de 20 de noviembre de 2015 (ARP 2016\177), en la que un socio realiza una suplantación empresarial y traspasa todas las actividades y beneficios de sociedades compartidas con el socio perjudicado y a espaldas de éste a otra sociedad creada para continuar con la actividad y los clientes de la empresa suplantada. Además, es obligatorio mencionar en este punto de la investigación la SAP de Cádiz de 4 noviembre de 2013 (JUR 2014\275879), los hechos calificados como delito consistieron en traspasar la cartera de clientes a una nueva sociedad, la cual utilizaba el mismo local y empleados que la empresa anterior y además tenía idéntico objeto social estatutario. La Resolución expone en relación con el antiguo delito de administración desleal que “la dinámica comisiva no son sólo concretos actos de disposición fraudulenta de bienes o generación de obligaciones sino que también puede constituirlo una administración desleal societaria realizada desde la legitimidad del cargo con la que éste, traicionando su deber de fiel cumplimiento de deberes y la confianza en él depositada, venga realizando con el propósito de obtener la inoperancia o el deterioro patrimonial de la entidad, siendo, en definitiva, los requisitos esenciales de la conducta típica la violación o quebrantamiento de los deberes del cargo de administrador de hecho o de derecho en lo que atañe a la administración del patrimonio societario y que con su comportamiento el suje-

to activo cause directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios o demás titulares de los bienes o valores administrados. Y es que es, precisamente, en ese quebrantamiento de los deberes de probidad y lealtad del Administrador donde recae el desvalor de la acción”. Para justificar tal interpretación, la Sentencia recurre a otras resoluciones dictadas anteriormente. En concreto, cita la SAP de Orense de 4 de junio 2003 [JUR 2003\185276], que confirma lo expuesto en la STS de 10 de marzo de 2005 (RJ 2005\2688) “cuando dice que «El tipo penal por el que ha sido condenado el recurrente, como delito societario, en su variante de infidelidad del administrador, requiere la existencia de unos perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes sociales, sin que sea necesario que la conducta punible se manifieste en la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas. Así lo hemos dicho recientemente (entre otras, Sentencia de 26 de julio de 2004 [RJ 2004\4212]). Tales perjuicios, en todo caso, tienen que estar completamente acreditados». Finalmente la Sentencia concluye: “el objeto material sobre el que recae el tipo lo constituyen los bienes de la sociedad, pero sin considerar en ellos sólo los corporales, como el activo inmovilizado material de la sociedad, existencias o inventarios del balance, sino, en general, todos aquellos bienes corporales o incorporales que sirven a la realización del giro empresarial, y en este sentido, el fondo de comercio y la cartera de clientes de una empresa activa tiene un indudable valor económico y privarle de dicha cartera de clientes puede generar su inactividad y desaparición en el mercado. Por ello la Jurisprudencia no ha dudado en considerar que la actuación sistemática de vaciamiento patrimonial de una empresa privándola de los recursos necesarios para continuar en el mercado puede constituir, sin duda, la mecánica comisiva de este delito (SAP de Madrid de 27 de enero de 2003 (JUR 2003\196138), SAP de Sevilla de 22 de marzo de 2002 (JUR 2002\162975), y la STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8091). Por último, aludimos también a la SAP de Murcia de 3 diciembre de 2010 (JUR 2011\51145), este caso concurre en el ámbito de una sociedad cooperativa pero lo traemos aquí a colación porque los hechos fueron calificados como un delito de administración desleal societaria: socios cooperativistas utilizaron material y maquinaria de la sociedad para usos personales sin consentimiento del socio restante y sin ingresar en dicha sociedad los beneficios que habían obtenido con la realización de los trabajos para los que habían utilizado los medios de la sociedad. En contra: SAP de Zaragoza 24 de noviembre de 2008 (ARP 2009\290): la acusada fundó otra sociedad con el mismo objeto social que el que tenía la sociedad de la que fue despedida, varios clientes coincidían, y además, algunos trabajadores eran antiguos empleados. Según la Resolución: “Los trabajadores, no son un bien patrimonial de la empresa, siendo absolutamente libres para optar entre contratar con una u otra empresa, pero no forman parte del patrimonio empresarial. Respecto a la clientela o fondo de comercio, si bien es cierto que resulta extraño que una empresa recién creada tenga un importante volumen de negocio y facturación, compartiendo clientela con la anterior empresa de la que procedía su fundadora, y cabe sospechar o intuir que la nueva empresa ha hecho lo posible para que la clientela se fuera de Ceji, SL a la mercantil Garcu, SL, que se dedican a un objeto social coincidente, tal actuación no se entiende que integre el elemento típico propio del delito de administración desleal del artículo 295 del CP, que jurisprudencialmente se reserva para casos graves de disposición fraudulenta de dinero o bienes de la sociedad, no pudiendo perseguirse penalmente la conducta descrita, con base

autores como MARTÍNEZ-BUJÁN y también NIETO MARTÍN han propuesto que se haga referencia expresa a la utilización del patrimonio social y de los empleados de la sociedad en el precepto que regula el delito de administración desleal. A nuestro juicio, los supuestos en los que el administrador utiliza los bienes de una sociedad y causa un perjuicio al patrimonio sí generan responsabilidad penal. Dicha cuestión podría discutirse en relación con el contenido del artículo 295 CP (que hubiese precisado la incorporación del verbo “utilizar”), pero la redacción del nuevo delito de administración desleal (artículo 252 CP) permite sin mayores preámbulos el enjuiciamiento de sujetos que valiéndose de sus poderes de administración utilizan los bienes sociales causando un perjuicio a la sociedad⁵⁸³. Además, actualmente resulta sencillo admitir que el uso de bienes sociales por parte del administrador tiene cabida dentro del artículo 252 CP, ya que con la inclusión del artículo 252.2 CP (que castiga el delito leve) podrán ser sancionados a través de la pena de multa los supuestos en los que el perjuicio económico no sea mayor de cuatrocientos euros⁵⁸⁴. Cuestión distinta es la utilización de los empleados. Quizá, el enjuiciamiento de dichos supuestos a través artículo 252 CP supone alterar la verdadera esencia del ilícito. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina antes citada han consolidado una línea interpretativa que admite la utilización de los empleados como conducta

en los principios de intervención mínima y subsidiariedad que informan el Derecho Penal. Cuestión distinta es que los hechos pudieran incardinarse en un acto de competencia desleal, pero en cualquier caso, la determinación de si ha existido o no dicho acto de competencia desleal deberá encauzarse ante la Jurisdicción Mercantil”.

⁵⁸³ En sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 8. A nuestro juicio, creemos que es más apropiado hacer alusión a “disponer” y a “utilizar”, ya que si solo se hace alusión a los actos de disposición surgirán voces que a posteriori cuestionarán de nuevo si caben en el delito los usos por parte del administrador de los bienes de la sociedad. Con el propósito de que el tema quede zanjado, creemos que sería más apropiado incluir los dos.

⁵⁸⁴ Antes de la entrada en vigor del artículo 252 CP se criticó que los supuestos de escasa gravedad de uso indebido de bienes y personal estuviesen castigados a través del derogado artículo 295 CP, ya que algún autor como MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 311 (nota 338) que defendía la “permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico” como bien jurídico protegido, entendía que las conductas señaladas no lo vulneraban. Por ello, sostiene que los casos en los que el uso de bienes de una sociedad cause un perjuicio de escasa gravedad a la sociedad genere solo responsabilidad civil. Igualmente, MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, págs. 48 y 49, creía que dichas conductas apenas vulneraban el bien jurídico protegido, y como no existía la “falta” de administración desleal no podrían ser sancionadas.

típica del delito de administración desleal (a pesar de que éstos no forman parte del patrimonio social). El legislador de la reforma ha olvidado revisar la jurisprudencia de los últimos años para apreciar que las conductas mencionadas se vienen incluyendo en el delito de administración desleal, pues, no se ha referido expresamente a ellas en el artículo 252 CP, problema que de *lefe ferenda* también debería solventarse –con el objeto de cumplir con las líneas más básicas del principio de legalidad y seguridad jurídica–.

La segunda modalidad de acción que se incluiría en el precepto de administración desleal sería la que castiga la contracción de obligaciones que causen un perjuicio en el patrimonio social. El sujeto con facultades de administración puede obligar a la persona titular del patrimonio (en nuestro caso a la sociedad) a realizar una prestación negativa que consiste en dar o hacer alguna cosa, o bien en una prestación negativa concretada en no hacer algo (artículo 1088 CC). Podemos cuestionarnos si es necesario hacer mención expresa a la contracción de obligaciones a cargo del titular del patrimonio o bastaría con la alusión a los actos de disposición. Tal duda surge porque cuando se hace referencia a los actos de disposición se entiende que quedan englobados bajo éstos los negocios que suponen la constitución de un gravamen⁵⁸⁵, pero es que además, una interpretación amplia de la expresión “contracción de obligaciones” supone incluir bajo esta modalidad cualquier acto que conlleve una carga para el patrimonio social. Por este motivo, si los actos de gravamen se consideran incluidos bajo la modalidad de distracción, la modalidad de contracción de obligaciones pierde su autonomía y queda subsumida en la primera. Ante esto, CASTRO MORENO considera que la modalidad de contracción de obligaciones tan solo acoge las acciones en las que la “sociedad se sitúe en calidad de auténtica y verdadera deudora, aunque sea subsidiaria”⁵⁸⁶. Si equiparamos el ámbito de aplicación de las dos modalidades señaladas, quedarían fuera del delito de administración desleal casos de afianzamiento personal⁵⁸⁷. Por ejemplo, la constitución de una hipoteca no se incluiría en la modalidad

⁵⁸⁵ La propia definición de disponer (acepción quinta) incluye los actos de gravamen, ya que define el verbo como: “ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute”.

⁵⁸⁶ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 349 hasta 351.

⁵⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, págs. 57 hasta 59. CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 350 hasta 352.

de contracción de obligaciones porque es un acto de gravamen pero en sí no es una obligación, es la garantía de que ésta va a cumplirse. De modo que, hay que hacer alusión expresamente a la modalidad de disposición y de contracción de obligaciones⁵⁸⁸.

En conclusión, la redacción del artículo 252 CP es excesivamente amplia y permite que pueda castigarse a través del delito de administración desleal cualquier conducta realizada por el administrador que cause un perjuicio al patrimonio que administra. El legislador debería haber mantenido la dos modalidades comisivas del derogado artículo 295 CP. Cuando se demandaba la inclusión en el Código Penal de un delito de administración desleal más amplio, se hacía en relación con su ámbito de aplicación (esto es, que no se limitase solo a las sociedades) pero no con la conducta típica. El artículo 252 CP tiene un contenido que, a pesar de que no es idéntico al tipo de infidelidad propuesto en el Anteproyecto de 2012 y el Proyecto de 2013, sí tiene una aplicación similar. Por ello, hemos sostenido que el artículo 252 CP debería ser modificado para reducir el contenido de la expresión “facultades de administración” a modalidades de acción concretas. Entre otras, una de ellas consistiría en disponer del patrimonio, y otra en contraer obligaciones a cargo del patrimonio que administra. Se construiría de esta manera, un precepto más preciso, y sobre todo más garantista y respetuoso con el principio de seguridad jurídica.

1.4. *Resultado: causar un perjuicio*

El nuevo artículo 252 CP exige que el sujeto con facultades de administración las infrinja excediéndose y cause un perjuicio al patrimonio administrado⁵⁸⁹. El delito de administración desleal se configura como un delito de resultado⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ *Ibidem.*, el autor reflexiona sobre las posibles concepciones que pueden otorgarse a la modalidad de contracción de obligaciones. El ejemplo de la hipoteca al que hacemos referencia en el texto principal es extraído de la obra citada.

⁵⁸⁹ Así, ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 374; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547; CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 770; GALLEGO SOLER, J. I., y HORTAL IBARRA, J. C., “Actividad...”, *op. cit.*, pág. 281.

⁵⁹⁰ Véase el Capítulo III de la Parte Segunda de este trabajo.

El primer problema con el que nos encontramos reside en determinar el concepto de perjuicio que debemos aplicar en el artículo 252 CP. El resultado que exige el artículo 252 CP debería estar perfectamente delimitado, sin embargo, con la nueva redacción del precepto no se ha conseguido nada más que enturbiar la interpretación de este elemento del tipo. Si hacemos un breve repaso a los textos más relevantes que surgieron durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015 podemos observar cómo la cuestión expuesta es controvertida.

En primer lugar, el texto del Anteproyecto de 2012 determinó –refiriéndose al artículo que recogía el delito de administración desleal– que: “el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro”. El legislador, con la intención de superar la redacción del antiguo artículo 295 CP, consideró que el perjuicio patrimonial no se producía únicamente cuando la acción del administrador provocaba una disminución económica del patrimonio. El artículo 252 CP del Anteproyecto admite también que se castiguen casos en los que el patrimonio permanece inalterable a pesar de que podría haber sido incrementado, o cuando el administrador genera una situación de peligro para el patrimonio. De esta manera, se configura un concepto de perjuicio amplio y cercano a los delitos de peligro. Además, el legislador añade algunos ejemplos con la intención de que se comprendiese mejor la concepción de perjuicio que había expuesto⁵⁹¹.

Posteriormente, el Informe del Consejo Fiscal de 2012 se detuvo a analizar expresamente el concepto de perjuicio al que hacía referencia el Anteproyecto. El Consejo Fiscal manifestó que la interpretación de perjuicio propuesta en la Exposición de Motivos del Anteproyecto

⁵⁹¹ En concreto: “venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado.”

no estaba reflejada en la redacción del delito de administración desleal de dicho texto. El Anteproyecto simplemente se había limitado a reproducir una interpretación de perjuicio, muy criticada por la doctrina alemana, que tenía su origen en la necesidad de los tribunales germanos de castigar la tentativa (que no existe en el artículo 266 del Código Penal Alemán)⁵⁹². Además, el Consejo Fiscal manifiesta que hay que distinguir cuándo –primera posibilidad– de un negocio de riesgo se derive una disminución patrimonial, de que –segunda posibilidad– cada vez que el patrimonio se ponga en peligro se considere que se ha menoscabado; y aconseja al legislador que haga “mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada”.

Más adelante el texto de Proyecto de 2013 volvió a detenerse en el concepto de perjuicio que debía ser aplicado en el delito de administración desleal propuesto. Así, señalaba que “la reforma supera (...) la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio”. El legislador no quería que el concepto de perjuicio se redujese a ser considerado una disminución económica, ya que claramente manifestó que “lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado”. De esta manera, se admitía que existía un perjuicio patrimonial cuando del acto de administración desleal se derivaba una reducción de patrimonio o una falta de incremento de mismo⁵⁹³; o en todo caso, cuando el sujeto con facultades de administración actuaba sin autorización

⁵⁹² El Informe añade que en Alemania, la previsión de punición de la tentativa no se aprobó en la reforma de 1998, y ello ha generado una interpretación extensiva del perjuicio económico, que aproxima el delito de administración desleal alemán a un tipo de peligro concreto, a pesar de que fue configurado como un delito de resultado.

⁵⁹³ Incluye los siguientes ejemplos: “cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado”.

o de forma contraria a los intereses administrados, frustrando el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los titulares de tales bienes o del patrimonio⁵⁹⁴. El legislador en este caso omitía la alusión a los supuestos en los que se ponía en peligro el patrimonio, pero de nuevo se refería a un concepto extenso de perjuicio⁵⁹⁵.

Finalmente, el texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo eliminó toda referencia que aludiese al perjuicio. Tan solo el apartado segundo del artículo 252 CP, que recoge el delito leve de administración desleal, señala que en los supuestos en los que el perjuicio sea menor de cuatrocientos euros se impondrá la pena de multa. Como el apartado segundo determina que el perjuicio tiene que ser valorado económicamente, entendemos que también lo será el perjuicio al que se hace referencia en el primer apartado del precepto^{596,597}. Cuando el artículo 252.2 CP se refiere a que el perjuicio sea inferior de una cifra económica concreta, deja entrever la decisión del legislador de volver a definir el perjuicio patrimonial desde una perspectiva económica. Ahora bien, esta interpretación que venimos haciendo podría criticarse argumentando que la referencia económica señalada en el apartado segundo no se incluye con el fin de precisar el concepto de perjuicio sino como un criterio legal utilizado por el Código Penal tras la Reforma 1/2015 para determinar los delitos leves a partir de su cuantía. La alusión a la cifra de cuatrocientos euros es importan-

⁵⁹⁴ De nuevo añade algunos ejemplos: cuando “mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado”. En relación con los supuestos de concesión de préstamos no autorizados y el de creación de cajas negras de fondos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 547, determinó que parecían acercarse más a un delito de peligro que a un delito de resultado.

⁵⁹⁵ Evidentemente la posibilidad de concretar el perjuicio como la puesta en peligro del mismo es eliminada. *Ibidem.*, págs. 547 y 548, si con la redacción actual del artículo 252 CP ya es cuestionable determinar si el perjuicio al que se refiere el legislador debe ser entendido de manera amplia (porque el Proyecto de 2013 lo describe de forma amplia), más aún sería admitir el peligro.

⁵⁹⁶ Así, CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 16 y 23.

⁵⁹⁷ Sobre la misma idea que la expresada en el texto principal: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 547 y 548.

te a meros efectos distintivos de la gravedad del ilícito; lo que conllevaría pensar que el artículo 252.2 CP no sirve para argumentar la aplicación de un concepto económico estricto en el delito de administración desleal. Sin embargo, es difícil mantener que la referencia económica del apartado segundo únicamente responde a criterios identificativos y no sirve para justificar que el artículo 252 CP responda a un concepto estricto de patrimonio que excluya a otros. La razón es que tampoco tenemos ninguna señal en la Exposición de Motivos ni en el propio precepto, que por el contrario nos permita defender argumentadamente un concepto de perjuicio amplio apoyándonos en los mismos. En la Exposición de Motivos no se menciona el derogado artículo 295 CP para indicar si –tomándolo como referencia– debemos –o no– ceñirnos a un concepto determinado de perjuicio. Tampoco el texto señala en qué situaciones podemos entender que ha existido el perjuicio exigido en el artículo 252 CP como se hacía en el Proyecto y en el Anteproyecto.

La configuración del perjuicio de forma personal favorecería a la determinación de algunos supuestos como típicos; ya que el reconocimiento de una concepción estricta implicará que algunos hechos queden fuera del ámbito de aplicación del artículo 252 CP. Sin embargo, la admisión de un concepto de perjuicio que fuese más allá del estrictamente económico supondría realizar una interpretación extensa del precepto que quizá no se corresponda con el contenido del artículo 252 CP⁵⁹⁸.

⁵⁹⁸ GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 774 y 775, determina que en el caso de aceptar un concepto personal o funcional del perjuicio generará una ampliación del delito de administración desleal. Habrá que tener un especial cuidado con los negocios de riesgo, ya que “deberá contenerse también la mayor tendencia a la consideración del solo peligro como perjuicio”. Igualmente: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 548 y 549, sostiene que aunque se interprete el perjuicio patrimonial en sentido amplio no podrá incluirse el simple peligro. En concreto, los negocios de riesgo podrán ser incluidos en el artículo 252 CP (aunque se tome un concepto económico de patrimonio), cuando el sujeto se exceda en sus facultades de administración e infrinja el deber de lealtad, obre con dolo eventual y cause un perjuicio al patrimonio; y RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, págs. 536 y 537, señala que habrá que diferenciar “supuestos de creación de un riesgo objetivo determinante de un perjuicio con una eficacia potencial mensurable, cuya incidencia patrimonial pueda evaluarse acudiendo a determinados parámetros económicos comúnmente aceptados –como, por ejemplo, la ratio de solvencia o capacidad de hacer frente al pago de deudas en un momento dado–, de aquellos otros en que el riesgo no haya llegado a concretarse en ningún perjuicio objetivo ni pueda equipararse al mismo”.

Como anteriormente hemos manifestado, si atendemos a la literalidad del precepto observamos lo complicado que es admitir un concepto amplio de perjuicio. No ya solo porque la fundamentación sobre el concepto de patrimonio al que hacían referencia los textos del Anteproyecto y Proyecto haya desaparecido, ni tampoco debido a la alusión que se hace en el párrafo segundo del artículo 252 CP al carácter económico del perjuicio patrimonial, sino también porque uno de los elementos del concepto personal de patrimonio del artículo 252 CP no resulta expresamente visible. A diferencia de otros preceptos, la literalidad del artículo 252 CP no especifica a qué sujeto debe perjudicarse con la realización de la conducta típica. En concreto, el artículo 252 CP expone que la infracción del administrador de sus facultades de administración debe causar “un perjuicio al patrimonio administrado”, pero no alude “al titular del patrimonio administrado”. En cambio, recordemos que el derogado artículo 295 CP exigía que se causara “directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”. Igualmente, el artículo 254 bis del proyecto de 2007 que recogía la redacción de la “administración fraudulenta” hacía alusión a los actos considerados desleales y añadía que se podrían realizar “frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se tratare de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare”. Teniendo en cuenta que en el concepto personal de patrimonio “la lesión no se produce en los bienes sino en la persona titular de los mismos”⁵⁹⁹ resulta complicado encajar en el artículo 252 CP esta interpretación cuando el precepto solo hace referencia al patrimonio pero no al titular del mismo.

El cambio de criterio del legislador, que primero apostó por un concepto amplio de perjuicio en el que no cupiese solo la merma económica como ocurría en el artículo 295 CP, y finalmente decidió no determinar qué perjuicio exige el artículo 252 CP, obedece a que previó que la inclusión en el precepto de un concepto amplio llevaría a la extensión del tipo desproporcionada, a la que ya daba lugar la generalidad con la que habían sido redactados algunos elementos del tipo del ilícito. Sin embargo, el legislador era partidario –como

⁵⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 76.

dejó constancia en el Anteproyecto y el Proyecto⁶⁰⁰— de un concepto amplio, y por ello se negó a redactar el artículo 252 CP de manera que solo tuviesen encaje conductas que habían ocasionado una disminución patrimonial; dejando así la cuestión abierta y sin concretar. Como hemos visto, ni la Exposición de Motivos ni el propio artículo 252 CP, aclaran cuál es la interpretación correcta del concepto de perjuicio. Por este motivo, algunos autores reclaman ya que la jurisprudencia se pronuncie en relación con esta problemática⁶⁰¹ y otros proponen de *lege ferenda* la redacción del precepto de manera que se concrete la configuración del perjuicio patrimonial⁶⁰².

Como señalábamos al principio de este epígrafe, la identificación del perjuicio requerido en el artículo 252 CP resulta esencial a la hora de determinar el alcance del precepto. Cuando el perjuicio se define en términos contables habrá que recurrir a la teoría del saldo para comprobar que realmente el patrimonio ha sufrido un menoscabo. La disminución del acervo patrimonial tras la realización de la conducta ilícita realizada por el sujeto con facultades de administración sería la clave que debemos tomar como referencia para admitir la causación de un perjuicio. Por ejemplo, podemos aplicar

⁶⁰⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 546, puntualiza que la concreción económica de los cuatrocientos euros incluida en el artículo 252 CP no casa con la intención del legislador del Proyecto de 2013 de “superar” el concepto económico de perjuicio.

⁶⁰¹ REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 13, y JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 143.

⁶⁰² Por este motivo algunos autores de *lege ferenda* ya han demandado que el legislador redacte el delito de administración desleal de manera que no haya dudas sobre la admisión de un concepto de perjuicio que no se reduzca al económico. En concreto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 548; el mismo autor en: *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 119, sostiene que de *lege ferenda* el artículo debería determinar que “existe un perjuicio no solo cuando se produce una pérdida patrimonial sino también cuando se desaprovecha la posibilidad fundada de obtener un incremento patrimonial esperado, así como cuando se frustra el fin perseguidos por el titular del patrimonio”. NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788, propone que se incluya la siguiente expresión en el delito de administración desleal: (quien) “desaproveche una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio administrado o gestionado”. También: VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 433, determina que de cara a una posible modificación, el artículo 252 CP debería incluir un apartado en el que indicase que se castigaría expresamente al administrador que realiza “comportamientos que impiden un aumento futuro de patrimonio o que causan una disminución futura de aquél, cuando la probabilidad de incremento patrimonial o en su defecto, de una futura disminución patrimonial, es razonable cierta”.

fácilmente el criterio del saldo cuando el administrador, utilizando sus facultades de administración, hace suyos fondos de la sociedad. El patrimonio social habrá experimentado una disminución originada por la conducta típica realizada por el administrador. Ahora bien, teniendo en cuenta que el patrimonio es el motor sobre el que se construye la sociedad, podemos encontrar supuestos en los que el perjuicio patrimonial se podría valorar tomando como referencia la finalidad que el titular del patrimonio le había otorgado a éste. El perjuicio no solo sería determinado económicamente sino en relación con el fin que el titular del patrimonio pretendía conseguir. Para comprenderlo mejor podemos pensar en el administrador de una sociedad que tiene que comprar unos terrenos con cincuenta mil euros para la construcción de unos invernaderos. Debido al cultivo que se pretende realizar, los terrenos tienen que estar cerca de un pantano para que de esta manera sea más fácil la construcción de un sistema de riego y posteriormente el uso del mismo. Sin embargo, el administrador compra un solar valorado pericialmente en el mismo precio en el que difícilmente llega el agua y en el que la instalación de un sistema de riego es costoso. En este supuesto el patrimonio de la sociedad no ha sufrido una variación pero el administrador ha frustrado el fin que se le había asignado a la operación, que era el de comprar unos terrenos que tuviesen un acceso fácil y continuo al agua. El valor monetario del patrimonio de la sociedad no ha disminuido, sin embargo, el resultado frustrado ha causado un perjuicio al titular del patrimonio, ya que puede acreditarse que los otros terrenos tenían mejores condiciones. El administrador, que tenía una posición de garantía en relación con el patrimonio administrado, no ha tenido en cuenta los intereses del titular de éste.

A nuestro juicio, no es coherente conforme a los principios básicos del Derecho Penal (principio de legalidad) admitir un concepto amplio de patrimonio⁶⁰³ (que permitiría considerar administración

⁶⁰³ En contra: LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...* (P.E.), págs. 199 y 200, determina que al haberse eliminado la exigencia de que el perjuicio sea “económicamente evaluable” se permite que la conducta pueda comportar una reducción o una falta de incremento del activo, como las operaciones ajenas al intereses del titular del patrimonio. El autor acepta un concepto amplio de perjuicio. Igualmente, DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 14 y 15, se apoya en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2007 y en la STS de 11 de julio de 2005 (RJ 2005\5418), para sostener un concepto de perjuicio amplio. También RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, págs. 536 y 537, alude al contenido del texto del Proyecto

desleal la conducta expuesta en el ejemplo del párrafo anterior). Resulta más lógico –desde una perspectiva jurídica– defender un concepto económico-jurídico⁶⁰⁴. Ahora bien –y en consonancia con el concepto al que nos acogimos de patrimonio– creemos que sí puede admitirse un perjuicio personal o funcional en determinados supuestos. En concreto, en los casos en los que no se aplica una concepción de perjuicio estrictamente funcional sino puesta en conexión con la económica. Así, admitimos la inclusión en el artículo 252 CP de casos en los que el administrador tiene certeza de que con su conducta (ya sea acción u omisión) va a impedir un aumento económico del patrimonio o va a provocar una reducción de éste. Además, en este sentido, vaticinamos que la jurisprudencia podría decantarse

de 2013, por lo que parece indicar que admite un concepto de perjuicio en el que tengan cabida supuestos de reducción y falta de incremento del activo y también los que el administrador actúe sin estar autorizado de forma contraria a los intereses del titular del patrimonio y frustre el fin que se le había otorgado los bienes. GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 2ª...”, *op. cit.*, pág. 885, sostiene que el perjuicio será determinado según la conducta punible. La razón es que no siempre podrá aplicarse la teoría del saldo sino que también habrá que recurrir al criterio de la frustración de la finalidad. El autor considera que la aplicación de tal criterio en el ámbito empresarial tiene muchas ventajas (tendremos que partir del fin perseguido por el titular del patrimonio y como ha influido la acción típica en la consecución del mismo). Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 587, simplemente señala que el perjuicio debe ser económico (y puntualiza que se excluyen los daños morales). De otro lado, QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 232, determina que como el artículo 252 CP es un delito patrimonial el perjuicio “es la reducción del patrimonio”. Por su parte, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271, han concluido que es importante para determinar el concepto de perjuicio comparar la situación del patrimonio “antes” y “después” de que se realizase la conducta típica, y detenerse en el “después” para tener en cuenta las ganancias y pérdidas que podrían haberse producido a largo plazo. Los mismo autores en “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 41 y 42, desarrollan la idea mencionada extensamente. *Vid.*, el artículo doctrinal: “La construcción...”, *op. cit.*, págs. 18 y 19, referentes al cálculo de perjuicio.

⁶⁰⁴ A favor de considerar que el perjuicio al que se refiere el artículo 252 CP es un perjuicio patrimonial o económico, aunque utilizando otra justificación: CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, págs. 206 y 207, determina que aunque el nuevo delito de administración desleal no sea tan específico como lo era el derogado artículo 295 CP, el autor entiende que la ubicación sistemática del precepto y la remisión a las penas de los artículos 249 CP (en la que se hace referencia al importe de lo defraudado y al quebranto económico), hacen entender que el perjuicio del artículo 252 CP tiene carácter patrimonial. Además, el perjuicio incluye el lucro cesante. Con la antigua redacción del artículo 295 CP resultaba más complicado admitir la inclusión de lucro cesante (porque exigía que el perjuicio fuese directo) pero como el artículo 252 CP ha sido redactado más ampliamente no presenta ninguna dificultad.

por admitir esta interpretación de perjuicio incluso con la redacción del artículo 252 CP, ya que está cercana al concepto económico y nos permite castigar por ejemplo las expectativas fundadas con base en un derecho subjetivo que han sido frustradas y que han impedido un aumento del patrimonio. En cambio, rechazamos que en caso de modificarse el contenido del artículo 252 CP se hiciera con el propósito de castigar la conducta del administrador que frustre el fin perseguido por el titular del patrimonio sin que ello vaya acompañado de una pérdida patrimonial o la posibilidad de que se produzca un aumento patrimonial esperado que pueda acreditarse. En nuestra opinión, el enjuiciamiento de tales comportamientos no cabe en el artículo 252 CP, ya que supondría un ensanchamiento desproporcionado del tipo. El administrador que actúa de forma contraria a los intereses de su principal y frustra el fin que dicho sujeto perseguía debe ser sancionado a través del Derecho privado pero no según lo expuesto en el artículo 252 CP. De esta manera, defendemos una posición intermedia entre el concepto estricto económico de patrimonio y el concepto puramente personal, que como ya hemos señalado, debería ser reflejada en el delito de administración desleal.

2. Elementos del tipo subjetivo

Una vez analizados los elementos del tipo objetivo del delito de administración desleal seguimos avanzando sobre el esquema general de la teoría jurídica del delito. A continuación procedemos a realizar el estudio de la vertiente subjetiva del ilícito objeto de la investigación. En primer lugar, nos detendremos en la configuración del artículo 252 CP como un delito doloso, lo que conllevará prestar especial atención a la admisión del dolo eventual y al rechazo de la imprudencia; posteriormente, abordaremos la posible concurrencia del ánimo de lucro propio o ajeno como elemento subjetivo del injusto que no está mencionado expresamente en el precepto que regula el ilícito; y por último se tratarán los aspectos más relevantes del error de tipo en relación con nuevo el delito de administración desleal. De esta forma se pretende presentar los problemas interpretativos que traen aparejados los elementos del tipo subjetivo del artículo 252 CP y proponer las soluciones que, desde nuestro punto de vista, nos parezcan más ajustadas a Derecho.

2.1. *El dolo*

El delito de administración desleal ubicado en el artículo 252 CP solo puede ser cometido dolosamente⁶⁰⁵, aunque el precepto no incluya ninguna expresión (“a sabiendas”, “intencionadamente”, etc.) que permita identificar el dolo. La comisión dolosa exige que el sujeto con facultades de administración tenga conciencia y voluntad de que está realizando los elementos del tipo objetivo del delito; si por el contrario el administrador ignora o tiene un conocimiento erróneo de la existencia de tales elementos puede apreciarse un supuesto de error de tipo que incluso podría excluir la responsabilidad penal⁶⁰⁶. El elemento cognitivo es imprescindible y se manifiesta con anterioridad a la comisión del hecho delictivo⁶⁰⁷. El dolo –en relación con el artículo 252 CP– abarca tanto la acción típica, como el resultado lesivo e incluso el objeto material. El autor tiene que ser consciente de que se está excediendo en el ejercicio de sus facultades de administración y que ello va a originar un perjuicio sobre un patrimonio concreto⁶⁰⁸. Además, para determinar el dolo es imprescindible la concurrencia del elemento volitivo, pues el autor debe conocer los elementos del tipo objetivo pero también querer realizarlos. La voluntad del administrador es llevar a cabo la conducta descrita en el artículo 252 CP, que dará lugar al resultado típico⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 9; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 20; y también en: *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 549; MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 398; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271, también en: “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 42, y en: *El delito...*, *op. cit.*, pág. 187; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 588; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 13; CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 206; RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 536; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante defraudación (II). Administración desleal, apropiación indebida. Defraudación del fluido eléctrico y análogas”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 131; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 205.

⁶⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 422.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

⁶⁰⁸ Por su parte, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 187, desde una óptica que supone entender el delito de administración desleal como un delito de infracción de deber, manifiestan que el dolo contiene “la existencia del deber de custodia patrimonial, su infracción y el carácter perjudicial de ésta”.

⁶⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 367 hasta 370, ha manifestado que en los delitos económicos el elemento cognitivo se refiere al “co-

En relación con derogado artículo 295 CP fue discutido si solo tenía cabida el dolo directo o también el eventual⁶¹⁰. En cambio con la nueva redacción del artículo 252 CP tal cuestión no plantea conflictos interpretativos. El artículo 252 CP no incluye ninguna palabra o expresión que limite el contenido del dolo y dificulte la apreciación del dolo eventual⁶¹¹, como sí lo hacía el antiguo delito societario⁶¹². La limitación del ámbito punible del artículo 252 CP podrá realizarse a través de la interpretación de otros elementos del tipo (objetivo o subjetivo) pero no en torno a la admisión del dolo eventual. De manera que habrá dolo eventual en los supuestos en los que el administrador no persigue perjudicar el patrimonio ajeno pero se le presenta como probable que dicho perjuicio se materialice, y aun así continúa actuando⁶¹³.

La alusión al dolo eventual conlleva inevitablemente hacer referencia a los negocios de riesgo, esto es, a aquellos en los que el ad-

nocimiento del hecho” y el volitivo a la “decisión de realizar el hecho”, y deja a un lado los parámetros psicológicos del autor. El autor recuerda cómo define el artículo 5.1 de la propuesta de Eurodelitos la actuación dolosa: “Actúa dolosamente quien, conociendo el hecho, decide realizarlo. Conoce el hecho quien en el momento de su comisión considera al menos como posible la concurrencia o la aparición de todas las circunstancias objetivas del hecho exigidas por la ley (...). Se decide a realizar el hecho quien actúa intencionadamente, sabiendo que éste se realizará con seguridad, o actúa sin confiar seriamente en la no producción o inexistencia de las circunstancias que se describen en el segundo inciso de este apartado”, éste expone: “no actúa dolosamente quien desconoce el hecho en el momento de su realización. (...)”.

⁶¹⁰ Resumidamente alude a esta discusión: MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 354 y 355 (la autora admitía el dolo directo, eventual e incluso la imprudencia en relación con el perjuicio del patrimonio de socios y de terceros).

⁶¹¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 548.

⁶¹² Recordemos que la consecuencia de realizar la conducta típica descrita en el derogado artículo 295 CP era causar “directamente” un perjuicio económicamente evaluable. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 347, señala que el contenido del dolo era restringido en el derogado artículo 295 CP debido a varias exigencias incluidas en el precepto. El delito societario requería que el administrador actuara abusando de las funciones propias de su cargo, en beneficio propio o de un tercero, y de manera fraudulenta. Por lo que, el encaje del dolo eventual era dudoso. Por su parte CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 442, alude solo a la exigencia de que la disposición o contracción de obligaciones debe ser fraudulenta y en beneficio propio o de un tercero.

⁶¹³ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 189 y 190, señalan a la dificultad que supone diferenciar entre “las conductas imprudentes (culpa consciente) y las dolosas (dolo eventual”, y sostienen que “si el autor no busca un perjuicio patrimonial, pero lo advierte en el momento de actuar como una consecuencia no improbable de su conducta, actúa con dolo”.

ministrador obliga a la sociedad a asumir un riesgo que supera los límites de la normalidad y pone en peligro el patrimonio social⁶¹⁴. En el ámbito de las sociedades de capital es habitual que los sujetos con facultades de administración desempeñen tareas que de forma inherente conllevan un riesgo para el patrimonio de las sociedad. Gran parte de las operaciones que se realizan en el ámbito empresarial y de los negocios presentan un riesgo, pero éste solo es tolerado por el Derecho cuando sea lógico y proporcionado⁶¹⁵. El problema surge cuando el administrador admite un riesgo desproporcionado que desemboca en un perjuicio para el patrimonio⁶¹⁶. La nueva redacción del artículo 252 CP permite castigar supuestos como el mencionado⁶¹⁷. El contenido del artículo 252 CP ha sido redactado sin incluir ningún elemento que nos obligue a descartar la posibilidad de admitir el dolo eventual en los casos en los que el administrador gestione el patrimonio asumiendo un riesgo fuera de los márgenes mínimos permitidos y cause un perjuicio al patrimonio ajeno. Si el administrador que toma una decisión arriesgada solo pone en peligro el patrimonio pero no ocasiona una lesión al mismo, no habría delito de administración desleal⁶¹⁸.

⁶¹⁴ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 346 y 347. Sobre la definición de negocios de riesgo: FARALDO CABANA, P., “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 19, 1996, págs. 171 y 172.

⁶¹⁵ La LSC introdujo en el año 2014 un precepto (artículo 226 LSC) que contiene una serie de parámetros que deben de tomarse como referencia para determinar si la decisión del administrador quebranta el deber de diligencia al que está obligado por su cargo, lo que supondría admitir (en relación con los negocios de riesgo) que ha asumido un riesgo que no estaba permitido. En concreto, habrá que observar que el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Puede consultarse el epígrafe “deber de diligencia” de esta parte del trabajo, donde ya hicimos alusión al artículo 226 LSC.

⁶¹⁶ También sobre los negocios de riesgo y las conductas de administración desleal (tomando como referencia el derogado delito societario): FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 348.

⁶¹⁷ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 798, considera que una de las funciones del delito de administración desleal es sancionar las operaciones de riesgo o altamente especulativas, ámbitos en los que se observa el dolo eventual (puesto en conexión con la exigencia de lucro). Además, el autor señala que la puesta en conexión de este tipo de dolo y el ánimo de lucro permite sancionar los negocios de riesgo respetando el principio de taxatividad y de intervención mínima penal.

⁶¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 549, y en: “El tipo...”, *op. cit.*, págs. 20 y 21, cuando puntualiza los requisitos que debe cumplir una operación de riesgo para ser típica manifiesta que el sujeto que infringe el deber

Por tanto, el injusto incluido en el delito de administración desleal no puede limitarse a las conductas que se realicen con dolo directo de primer o segundo grado, es suficiente con apreciar dolo eventual⁶¹⁹.

El artículo 252 CP contiene un delito doloso (como ya hemos señalado), que no admite la imprudencia⁶²⁰. La comisión imprudente no ha sido tipificada de forma expresa (artículo 12 CP⁶²¹), por lo que, la sanción negligente de la administración desleal sería contraria al principio de legalidad. Cuando el administrador haya tenido una actitud negligente su comportamiento no es relevante para el ordenamiento penal. Así, el sujeto con facultades de administración que actúa imprudentemente y causa un perjuicio al patrimonio debe ser castigado a través de lo estipulado en las normas civiles y mercantiles⁶²². El legislador ha considerado que en los casos de administración desleal imprudente no existe un ataque grave al patrimonio como bien jurídico protegido, y por lo tanto, no es adecuado recurrir a la imposición de una sanción penal (principio de intervención mínima y *ultima ratio*). La admisión de la comisión imprudente supondría calificar como tal un sinnúmero de comportamientos en los que el administrador realiza la acción típica descrita en el artículo 252 CP de

de lealtad debe obrar con dolo eventual, en el sentido de que pueda llegar a producirse el perjuicio para el patrimonio, y que finalmente dicho perjuicio sea efectivo; también CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 443, aunque en relación con el delito societario de administración desleal.

⁶¹⁹ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 549; MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 399; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 548; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos patrimoniales...”, *op. cit.*, pág. 131; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 42 y en *El delito...*, *op. cit.*, pág. 187; CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 206.

⁶²⁰ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 398; PASTOR MUNOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271, y en *El delito...*, *op. cit.*, págs. 187; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 13; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos patrimoniales...”, *op. cit.*, pág. 131; CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 9; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 205.

⁶²¹ Según el precepto “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

⁶²² En sentido similar se pronunciaba MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 353, apoyándose en el contenido del derogado artículo 295 CP; además, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 101, señala –en relación con los delitos societarios en general (entre los que aún se encontraba el delito de administración desleal)– que la calificación de la actuación del administrador como imprudente será un elemento que ayudará a distinguir los casos en los que de comportamiento se derive responsabilidad penal o en todo caso, responsabilidad civil.

forma descuidada. En tal caso, muchos sujetos se mostrarían reacios a ocupar la posición de administrador cuando éste deba gestionar un patrimonio de otro, pues solo los sujetos que se sienten más preparados para llevar a cabo una administración adecuada serían los que aceptarían desempeñar el cargo mencionado.

2.2. *Elemento subjetivo del injusto: el ánimo de lucro*

A veces los tipos penales incluyen, además del dolo, otros elementos subjetivos. En concreto, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto es exigido en algunos delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida⁶²³. La introducción del ánimo de lucro tiene como propósito limitar el ámbito de aplicación de determinados ilícitos. La inclusión de dicho elemento supone que su ausencia en el comportamiento provocaría la atipicidad de la conducta⁶²⁴.

El delito societario de administración desleal sancionaba a los que realizaran la acción descrita en el antiguo artículo 295 CP (disponer o contraer obligaciones) con la finalidad de obtener un beneficio para sí mismo o facilitárselo a otro sujeto. El precepto incluía la expresión “en beneficio propio o de un tercero”, por lo que no era necesario deducir la exigencia de lucro del contenido del artículo.

En el Proyecto de 2007 el artículo en el que estaba ubicado el delito de administración desleal genérico requería la existencia del ánimo de lucro (artículo 254 bis); y el delito societario propuesto en el texto mencionado, pese a contener una redacción nueva respecto a la del derogado artículo 295 CP, mantenía la referencia a dicho elemento subjetivo.

Posteriormente, el delito de administración desleal genérico del Anteproyecto de 2012, propuso castigar con las penas previstas para el delito de estafa al sujeto que excediéndose en sus facultades de administración o quebrantando el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, causara un perjuicio. Tales conductas, descri-

⁶²³ Por ánimo de lucro “se entiende una ventaja económica de cualquier género que produzca, a su vez, el oportuno perjuicio en el sujeto pasivo del delito”. Tal definición se extrae de la STS 14 de octubre de 2005 (RJ 2005\7794).

⁶²⁴ En términos generales: NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Elementos del tipo subjetivo (I): El dolo”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 211 y 212.

tas en los apartados primero y segundo del artículo 252 CP, podían ser sancionadas de forma más grave (en su mitad superior) en los supuestos en los que, como indicaba el apartado tercero, el autor hubiese actuado con ánimo de lucro. Ante tal propuesta, el CGPJ⁶²⁵ manifestó que la realización de la conducta de administración desleal por parte de los administradores conlleva generalmente un “móvil económico”, por lo que, las modalidades básicas señaladas apenas serían aplicadas⁶²⁶. El delito formulado en el Anteproyecto se alejaba en su apartado primero y segundo de los delitos de enriquecimiento y se acercaba a los de daños. Trascurrido un tiempo, el Proyecto de 2013 propuso un delito de administración desleal en el que no se incluía el apartado tercero antes mencionado. De forma que en el precepto de este último Proyecto no se hacía alusión expresa a la posibilidad de que el autor realizara la acción típica con ánimo de lucro. Durante la tramitación parlamentaria la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de IU propuso que se incluyese en el artículo que castigaba la administración desleal la expresión “beneficio propio o de un tercero”⁶²⁷.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2015 mantuvo la propuesta del Proyecto de 2013 y no incluyó ninguna referencia al ánimo de lucro. Podríamos argumentar que la exigencia de lucro no ha sido incluida con la finalidad de evitar que quedaran exentos de responsabilidad penal los administradores que habiendo causado un perjuicio al patrimonio social, logran ocultar que han realizado la conducta ilícita con la intención de obtener un beneficio. El sujeto activo puede aprovechar la complejidad de los entramados societarios con la finalidad de sea imposible probar su propósito de lucrarse. Así, el administrador no cumpliría con una de las exigencias del tipo penal (el ánimo de lucro) del delito. No obstante, creemos que la verdadera

⁶²⁵ Informe del CGPJ de 2013, pág. 203. Además, —exponía el CGPJ— la referencia al ánimo de lucro podría conllevar la inaplicación del delito de apropiación indebida porque se le concedería prioridad al delito agravado de administración desleal con ánimo de lucro, ya que el primero solo se aplicaría cuando no existe otro de pena superior.

⁶²⁶ Igualmente, el dictamen del Consejo de Estado hacía referencia a la continuidad con la que sería aplicada el apartado tercero, pues habitualmente el sujeto que comete un acto de administración desleal obtiene un lucro para sí o para un tercero.

⁶²⁷ En análisis de la enmienda mencionada en el texto principal ha sido tratado en la Primera Parte, Capítulo II, de este trabajo.

razón por la que el legislador ha decidido no mencionar dicho elemento obedece una vez más a la intención de copiar el precepto alemán que regula la administración desleal⁶²⁸, que se configura como un delito de daños⁶²⁹. Como el tipo penal alemán no requiere el ánimo de lucro, el legislador no ha incorporado dicha exigencia a nuestro nuevo delito, pues ello hubiese supuesto añadir un elemento que no contempla el precepto germano⁶³⁰.

El artículo 252 CP no alude en su redacción al ánimo de lucro, pero ello no quiere decir que el tipo penal no exija su concurrencia. Los elementos subjetivos del injusto, como el que venimos analizando, pueden estar comprendidos expresamente en las normas penales o bien se deducen de la interpretación del contenido de éstas⁶³¹. A pesar de que el delito de administración desleal no aluda al ánimo de lucro, éste puede estar presente en el artículo 252 CP.

La principal consecuencia de la inclusión del ánimo de lucro en el artículo 252 CP sería restringir su ámbito de aplicación. No podemos olvidar que el artículo 252 CP es un precepto cuya redacción ha sido criticada por su falta de taxatividad. La posibilidad de utilizar el ánimo de lucro como elemento que ayude a construir un tipo penal menos ambiguo no puede obviarse⁶³². La inclusión del ánimo de lucro conllevaría que el delito de administración desleal solo se utilizase para castigar supuestos en los que el administrador ha obtenido –o tenía la intención de obtener– una ventaja para sí mismo, o bien ha beneficiado –o tenía el propósito de beneficiar– con su conducta a un tercero. Tal opción implicaría dejar fuera del artículo 252 CP supuestos en los que el sujeto con facultades de administración no

⁶²⁸ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 797; y GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 778.

⁶²⁹ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 797, determina que el delito de administración desleal alemán se configura como un delito de daños. El mismo autor en: *El delito...*, *op. cit.*, pág. 34.

⁶³⁰ A diferencia del delito de administración desleal que ha aprovechado la Reforma de 2015 para suprimir la referencia al lucro, el delito de apropiación indebida –que al igual que el artículo 252 CP forma parte del Capítulo VI (De las defraudaciones)– ha incorporado en su nueva redacción la exigencia expresa de que el autor del ilícito realice la apropiación para sí o un tercero.

⁶³¹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Elementos...”, *op. cit.*, pág. 211.

⁶³² Tomando el texto del Anteproyecto de 2012, NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 797 y 798, considera necesario incluir el ánimo de lucro porque favorece a la taxatividad del precepto.

ha actuado con afán de enriquecimiento propio o para otro sujeto; no obstante, serán muy pocas las ocasiones en las que el delito no pueda ser aplicado por tal motivo. Habitualmente el autor del delito de administración desleal pretenderá lucrarse con su comportamiento. Es posible que, como expresaba MARTÍNEZ-BUJÁN, que sí se admite al ánimo de lucro no encajen en el ámbito de aplicación del artículo 252 CP los casos en los que el administrador ha actuado por venganza⁶³³; sin embargo tales conductas –en las que puede no haber ánimo de lucro– no van a quedar sin tener una respuesta jurídico-sancionadora sino que ésta no va a tener carácter penal. Por lo que, la ausencia de ánimo de lucro puede servir como un criterio que permita distinguir la responsabilidad del sujeto que administra deslealmente un patrimonio. Con ello, se garantiza el principio de intervención mínima del Derecho penal, y se deja paso, cuando la ocasión lo requiera, a otros mecanismos de sanción incluidos en el Derecho privado.

La presencia del lucro en el precepto casaría con la idea expuesta en el epígrafe anterior en el que rechazamos la comisión imprudente del delito de administración desleal. Las conductas realizadas imprudentemente implican que no se hayan cometido con dolo, y por lo general cuando el administrador actúa de forma dolosa va a actuar con ánimo de lucro, salvo en casos marginales, que no reflejan la realidad mercantil y que no serán comunes.

A pesar de que la inclusión del ánimo de lucro como uno de los elementos del artículo 252 CP resulte positiva en algunos aspectos, entendemos que el precepto que regula el delito de administración desleal no debe ser interpretado de forma que requiera su cumplimiento⁶³⁴. De manera que, aunque la mención expresa al ánimo de

⁶³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 35, 2015, pág. 553.

⁶³⁴ En relación con el texto del Anteproyecto de 2012, CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, págs. 770 y 771, solicitan que se añada el ánimo de lucro al precepto porque así se aleja de los delitos de daños; el primer autor tras la entrada en vigor de la Reforma ha calificado el delito de administración desleal como un “delito de daños de infracción de deber”, puede consultarse en CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 206; además, NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 797 y 798, demanda la inclusión del ánimo de lucro porque considera que debe conjugarse con el dolo eventual para castigar las operaciones de riesgo o altamente especulativas, y además determina que en

lucro no sea necesaria estrictamente para su exigencia, consideramos que el actual artículo 252 CP debe interpretarse de manera que el ánimo de lucro propio o ajeno se excluya como elemento subjetivo del injusto⁶³⁵. A nuestro juicio, hay que respetar en este caso la literalidad del precepto y no exigir para su aplicación la concurrencia de un elemento adicional que además ha sido eliminado expresamente con la reforma. El sujeto activo del artículo 252 CP no tiene que lucrarse con su conducta para que se entienda realizado el tipo penal. Si el administrador ha actuado con la intención de obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero, solo deberá tenerse en cuenta a la hora de concretar la pena que se debe imponer a éste por el delito de administración desleal. Así, dentro del margen penológico establecido en el artículo 252 CP (que remite a las penas del delito de estafa), se impondrá al administrador una pena más cercana al límite

los únicos ámbitos en los que puede tomarse en consideración es en el bancario y en de intermediación financiera.

⁶³⁵ Algunos autores han interpretado que el delito de administración desleal (artículo 252 CP) exige ánimo de lucro: GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 778, ha sostenido que en el artículo 252 CP el ánimo de lucro se encuentra incluido de forma implícita; QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, págs. 231 y 232, “si no se exige ese elemento en la administración desleal, entraría incluso la gestión torpe o frívola, lo cual no tendría sentido penal”. NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos patrimoniales...”, *op. cit.*, pág. 131, se ha apoyado en la ubicación del artículo 252 CP en el Capítulo que lleva por título “de las defraudaciones” lo que parece un indicio para exigir al sujeto con facultades de administración que actúe con el propósito de enriquecerse ilícitamente; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 13 y 14, ha entendido que a pesar de que no exista ningún elemento subjetivo del injusto, “el exceso del administrador debe vincularse con la idea de fraude”. REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal...*, *op. cit.*, págs. 14 y 15, manifiesta que si no se incluye el ánimo de lucro se puede ocurrir que se genere una amplitud en la conducta ilícita, y se incluya en el artículo 252 CP cualquier decisión del administrador que conlleve un perjuicio para el administrado. En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado...”, *op. cit.*, pág. 553, ha señalado que el ánimo de lucro “no resulta necesario y es político-criminalmente insatisfactorio”, pues “lo relevante es que se cause dolosamente el perjuicio al patrimonio administrado, con independencia de que beneficie a alguien”; igualmente, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271, y en *El delito...*, *op. cit.*, págs. 187, donde puntualizan que el delito de administración desleal no es un delito de enriquecimiento; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 548, sostiene que realizar una restricción interpretativa del tipo a través de la inclusión implícita del ánimo de lucro, supondría en algunos casos “considerar atípico lo que la Ley, acertadamente o no, considera típico”; CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 9. Plantea la posibilidad de excluir o incluir en el artículo 252 CP la exigencia de que el sujeto con facultades de administración actúe en beneficio propio o de un tercero: CASTELLÓN NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 21.

máximo que la que se determinaría para el sujeto que ha cometido la conducta ilícita pero no ha obtenido ningún beneficio.

3. El error de tipo

El error de tipo se aprecia en los supuestos en los que el sujeto ignora que está realizando alguno de los elementos objetivos que forman el tipo delictivo. La concurrencia del error supone de forma automática la exclusión del dolo. Cuando se afirma la existencia del dolo, se presupone que el sujeto conoce todos los elementos del tipo objetivo, ya que en caso contrario no habría conducta dolosa⁶³⁶. La acreditación del error es difícil, pues debe demostrarse por el sujeto que supuestamente ha errado a través de argumentos sólidos que permitan probar su existencia desde una perspectiva objetiva⁶³⁷.

El error de tipo es diferente al error de prohibición, regulado en el artículo 12.3 CP^{638,639}. En el error de prohibición el sujeto no desconoce o tiene un juicio equivocado sobre los elementos objetivos de la infracción penal sino que actúa sin conocimiento de la antijuricidad de su conducta⁶⁴⁰. PASTOR MUÑOZ y COCA VILA han manifestado la complejidad que supone distinguir entre el error de tipo y el error de prohibición en relación con el artículo 252 CP. Según los autores, para realizar una diferenciación adecuada, hay que partir de que el conocimiento de la “contrariedad de un deber” es un elemento nor-

⁶³⁶ Puede consultarse: RAMOS TAPIA, I., “Delito de acción. La atipicidad (III)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 129 y 130; más esquemáticamente: NUÑEZ CASTAÑO, E., “Elementos...”, *op. cit.*, pág. 206.

⁶³⁷ Algunas sentencias han expresado la dificultad que supone determinar la existencia del error en términos generales. Así, la STS de 3 de junio de 2002 (RJ 2002\6417), o más recientemente la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de junio de 2015 (JUR 2015\247601).

⁶³⁸ En concreto el precepto expone: “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

⁶³⁹ A pesar de que el error de prohibición debería de ser tratado en relación con la culpabilidad, lo traemos a colación en el texto principal porque entendemos que su distinción del error de tipo resulta esencial para facilitar una aplicación correcta de ambos elementos conforme al contenido del artículo 252 CP.

⁶⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 684 hasta 686. Además, la STS de 2 de junio de 2015 (RJ 2016\6668), sobre el Caso “Herriko tabernas”, analiza el concepto del error.

mativo del tipo, que debe ser abarcado por el dolo. Cuando el autor tenga un conocimiento insuficiente de la “contrariedad de un deber” se excluirá el dolo. Así, habrá error de tipo cuando el sujeto con facultades de administración crea que el titular del patrimonio consiente la operación que va a realizar; mientras que, incurrirá en un error de prohibición, el administrador que conoce “la contrariedad del deber” de su operación pero cree estar autorizado para realizarla⁶⁴¹.

En el tratamiento del error de tipo puede distinguirse el error que acaece sobre los elementos esenciales del tipo, que diferencia entre el error invencible o vencible (artículo 14.1 CP⁶⁴²), o el que recae sobre las circunstancias del tipo que agravan o cualifican el delito (artículo 14.2 CP⁶⁴³). Nos detenemos en la primera posibilidad (que daría lugar a la impunidad), esto es, en que el error recaiga en los elementos típicos esenciales, destacando el supuesto en el que el autor se equivoca y lesiona un objeto que no pretendía perjudicar (error sobre el objeto de la acción)⁶⁴⁴. Por ejemplo, el caso en el que el sujeto que administra el patrimonio de diversas sociedades, realiza la acción descrita en el artículo 252 CP sobre el patrimonio de la sociedad “X”, pensando que dicho patrimonio

⁶⁴¹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 190.

⁶⁴² El artículo 14.1 CP: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. La distinción entre error vencible o invencible responde –según RAMOS TAPIA, I., “Delito...”, *op. cit.*, págs. 130 y 131– a la posible evitación del mismo. El error vencible se podría haber evitado, en cambio, el error invencible no, cualquier persona en la situación del autor hubiese actuado aplicando la diligencia en el mismo grado. El precepto señala que en los casos de error vencible la conducta será castigada como un comportamiento imprudente. Recordemos que el Código Penal determina en su artículo 12 que las acciones imprudentes solo son castigadas penalmente cuando la Ley lo determine de manera explícita. Por lo que, el problema que surge en relación con el delito de administración desleal es que el artículo 252 CP no contempla expresamente su comisión imprudente, condición *sine qua non* será posible castigar los hechos como tal. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 417, ha sostenido que “los tipos penales económicos no admiten como regla general la posibilidad de la ejecución imprudente”, por lo que “la presencia de un error vencible sobre el tipo en un delito económico conducirá necesariamente a la absolución puesto que, al no verse el castigo de la comisión por imprudencia, la responsabilidad penal queda excluida”.

⁶⁴³ Según el artículo 14.2 CP: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

⁶⁴⁴ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 720; RAMOS TAPIA, I., “Delito...”, *op. cit.*, págs. 131 y 132; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Elementos...”, *op. cit.*, págs. 208 y 209.

pertenece a la sociedad “Y”, que era en realidad a la que quería perjudicar. El administrador se ha equivocado y ha desarrollado el acto de gestión desleal sobre un patrimonio distinto al que creía haber lesionado. En estos casos, en los que hay error de tipo, habrá que distinguir si el error es o no relevante. Cuando el error recae sobre un objeto material cuya relevancia penal es igual a la del que pretendía lesionar, el error será irrelevante; en caso contrario, será relevante⁶⁴⁵. Conforme a lo estipulado en el artículo 252 CP, el sujeto con facultades de administración pretende perjudicar el patrimonio que administra a través del acto de gestión desleal. La relevancia o irrelevancia del error debe ser determinada a partir del objeto material lesionado pero no en función del perjuicio que ha supuesto el ataque ha dicho bien. En el ejemplo planteado líneas atrás el objeto material que se ha lesionado coincide con el que se pretendía menoscabar (el patrimonio), independiente de que el perjuicio en uno y otro haya sido de distinta identidad. Se castiga el resultado pero no el grado en el que ha sido perjudicado el patrimonio, por lo que entendemos que el error será irrelevante.

4. Posible causa de exclusión de la tipicidad: el consentimiento

En términos generales, consentimiento se materializa cuando el sujeto del delito, titular del bien jurídico protegido, admite bajo unas determinadas condiciones que el autor del ilícito atente contra dicho bien⁶⁴⁶. En relación con el artículo 252 CP, el consentimiento se configura como una causa de exclusión de la tipicidad⁶⁴⁷, pues la acción típica ya presupone que el sujeto activo actúa en contra o sin la

⁶⁴⁵ *Ibidem.*, y alude a la misma distinción: RAMOS TAPIA, I., “Delito...”, *op. cit.*, págs. 131 y 132.

⁶⁴⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 272; MORILLAS CUEVA, L., *Derecho...*, *op. cit.*, 199.

⁶⁴⁷ *Vid.*, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 143. En relación con el derogado delito societario, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 365; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 203; por su parte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 456, hace referencia al consentimiento de manera general sin especificar su tratamiento como una causa de atipicidad o en todo caso como una causa de justificación.

voluntad de la víctima del delito. Tras la modificación del contenido del delito de administración desleal, y teniendo en cuenta la posición que hemos tomado en epígrafes anteriores, el estudio del consentimiento debe realizarse desde una perspectiva diferente a la que se venía haciendo en base al derogado artículo 295 CP⁶⁴⁸.

Para determinar la relevancia del consentimiento lo primero que debemos concretar es quién está legitimado para prestarlo. El consentimiento debe ser emitido por el titular del bien jurídico protegido⁶⁴⁹. Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, el delito societario mencionaba expresamente como sujetos pasivos, y por tanto titulares del bien jurídico, a los socios, depositarios, cuentapartícipes y titulares de bienes, valores o capital⁶⁵⁰. En cambio, el nuevo artículo 252 CP ha eliminado la referencia a las figuras señaladas. La supresión de la enumeración de posibles sujetos pasivos conlleva que la determinación del titular del bien jurídico protegido en el artículo 252 CP se especifique en cada caso en concreto. La aplicación en el ámbito de las sociedades de capital del artículo 252 CP nos ha llevado a definir como único sujeto pasivo a la sociedad cuando se perjudique el patrimonio social. Por tanto, si los posibles titulares del bien jurídico protegido del derogado artículo 295 CP no coinciden exactamente con los del artículo 252 CP aplicado en el ámbito de las sociedades de capital y a las circunstancias que hemos limitado nuestro estudio, los sujetos que pueden prestar consentimiento no pueden ser los mismos. Antes de la Reforma había que estar a la posición tomada por los sujetos mencionados en el (derogado) artículo 295 CP, es decir, si éstos habían autorizado al administrador para que realizase alguna conducta concreta en relación con el patrimonio. Sin embargo, actualmente debemos partir de la eficacia del consentimiento prestado por la sociedad como sujeto titular del bien jurídico protegido. La cuestión que se va a analizar es la validez del consentimiento de la sociedad como ente con personalidad jurídica propia y diferenciada de la de los socios u otros sujetos. La autorización de los socios al administrador para que éste realice la conducta

⁶⁴⁸ En concreto, redactamos el epígrafe bajo el entendimiento de que el único sujeto pasivo es la sociedad, que goza de personalidad jurídica y autonomía respecto de los socios.

⁶⁴⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 211.

⁶⁵⁰ Recordemos que algunos autores defendían la inclusión de la sociedad como sujeto activo aunque no fuese nombrada expresamente en el delito societario: QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, págs. 590 y 591.

descrita en el artículo 252 CP no será pues determinante para aceptar el consentimiento, pues habrá que estar a la voluntad de la sociedad que es la que realmente aquí interesa. La sociedad, como titular del patrimonio social, podría permitir en casos muy excepcionales (casi inimaginables), al administrador la realización de una conducta desleal. En tales supuestos, en los que la sociedad se identifica como sujeto pasivo, habrá que analizar la posibilidad de que el administrador quede exento de responsabilidad penal.

La junta general, en las sociedades de capital, se encarga de determinar la voluntad de la sociedad. Para justificar la relevancia del consentimiento, solo tendremos en cuenta la decisión de la propia sociedad manifestada a través de la junta, pero no de manera independiente la voluntad de los socios, porque hemos determinado que el único sujeto pasivo es la sociedad. El consentimiento para realizar un acto de administración desleal que perjudique el patrimonio social debe emitirse por la junta. Según estipula la LSC, la junta solo se reúne para deliberar sobre los asuntos concretados en el artículo 160 LSC y otros que determinen la Ley o los estatutos (artículo 160. j) LSC); por tanto es un órgano social que no va tener la oportunidad de manifestarse siempre sino que actúa puntualmente y sobre materias tasadas. Además, el consejo de administración pretende evitar con su labor que la junta se tenga que reunir de manera habitual, y solo solicita la convocatoria de ésta para los casos en los que estrictamente se requiera por los asuntos a tratar. La eventualidad de la celebración de la junta supone una reducción de la aplicación del consentimiento como elemento que excluye la tipicidad penal.

La junta está formada por los socios, que pueden coincidir o no con todos o algunos de los miembros del consejo de administración. Cuando los miembros del consejo de administración y los de la junta general no sean en su totalidad o en su mayoría los mismos será difícil que la junta apruebe la realización de una conducta lesiva para el patrimonio. En general, si los administradores sociales pretenden realizar una conducta desleal, no van a someter sus actuaciones a la junta; ya que si este órgano está informado debidamente probablemente rechazará cualquier comportamiento que suponga un perjuicio al patrimonio social⁶⁵¹. Por regla general, los administradores conocen

⁶⁵¹ Incluimos el adverbio “probablemente” porque recordamos en relación con lo expuesto principal la sentencia del caso BSCH, que “se produjo en los acuerdos

mucho mejor el funcionamiento de la sociedad que los socios, por lo que los primeros deben informar a los socios para que comprendan el alcance del asunto sobre el que van a deliberar^{652, 653}. Dejando a

de fusión en 1999 del Banco de Santander con el Banco Central Hispano (BSCH, que años después pasó a denominarse simplemente Banco Santander); en el proceso de dichos acuerdos se firmaron sendos contratos: uno entre el nuevo presidente del BSCH, el anterior presidente del BS, y el copresidente (anterior presidente) del BCH, en el que se acordaba para la jubilaciones de este segundo, prevista para 2002 aunque luego se anticipó un año, el pago de *bonus* de reconocimiento de 43,75 millones de euros más una pensión anual de 7 millones de euros, y otro contrato entre el presidente y el consejero delegado en el que a éste se le asignan más de 108 millones de euros de *bonus* para su jubilación anticipada además de una pensión anual de 1,8 millones de euros que incrementarían la pensión abonada por la Seguridad Social; aunque inicialmente dichos contratos fueron ratificados por el consejo de administración en agosto de 2001 y posteriormente los pagos hechos a ambos obrantes en las memorias anuales de 2001 y 2002 fueron aprobados por la junta general de accionistas en sesiones de junio de 2002 y de 2003 mediante voto mayoritario de accionistas⁶⁵². Finalmente el citado presidente, copresidente y consejero delegado del nuevo BSCH fueron absueltos de un delito societario de administración desleal. Según el TS —enumeración nuestra—: 1º) las discrepancias de los socios respecto a acuerdos sociales se resuelven a través del Derecho mercantil, salvo que se produzca el perjuicio requerido en el (derogado) artículo 295 CP; 2º) no existen regulaciones ni límites legales que determinen cuándo una remuneración o pensión es proporcionada; 3º) no existe el carácter abusivo ni el perjuicio requerido en el (derogado) artículo 295 CP porque “hubo transparencia, al informarse de la decisión a los órganos sociales colegiados y al Banco de España y sobre todo la decisión fue sometida a posterior aprobación (por mayoría) de esos órganos, primero del consejo de administración y luego a la junta general de accionistas, con lo que la STS afirma que el consentimiento excluye por definición el perjuicio de la sociedad que consiente”. Así, en LUZÓN PEÑA, D. M., “Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coord. MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., y VENTURA PÜSCHEL, A.), Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 670 y 671, que además añade en contraposición al Caso BSCH, los hechos y la resolución del Caso *Mannesmann* (pág. 672), y puntualiza que a su juicio, aunque haya un consentimiento del órgano de administración o de la junta general antes de la asignación de las retribuciones o pensiones, el consentimiento no debe ser válido y no puede excluir la tipicidad porque el (derogado) artículo 295 CP afecta a una pluralidad de bienes jurídicos y no solo al patrimonio individual de la sociedad administrada, y por lo tanto, la descapitalización de la sociedad no solo afectaría a ésta sino también a otros sujetos como terceros, acreedores... (págs. 676 y 677).

⁶⁵² Sobre el derecho de información en la SRL y en la SA, véase respectivamente los artículos 196 y 197 LSC. Además, el artículo 204.3.b) LSC precisa que podrán impugnarse acuerdos sociales cuando “la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”.

⁶⁵³ En términos generales, JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 236, determina que el administrador tiene que informar al titular del patrimonio para que

un lado la situación anteriormente mencionada, en la que los socios no coinciden en su mayoría o en su totalidad con los miembros del consejo de administración, apuntamos que en los casos en los que tal circunstancia sí suceda, será más factible que la junta acuerde un acto desleal.

Como venimos señalando, la voluntad de la sociedad es expresada a través de la junta. Los acuerdos tomados por la junta serán aprobados por mayoría legal o estatutariamente establecida (artículo 159 LSC). Depende el asunto que se trate se requerirá para su aprobación un número concreto de votos. La doctrina penalista, en relación con la relevancia del consentimiento, ha distinguido entre los actos que se aprueban por unanimidad y por mayoría⁶⁵⁴. Según han manifestado algunos autores, en los supuestos en los que un acuerdo se haya aprobado por unanimidad de todos los socios, se entiende que el consentimiento de éstos es válido y se excluirá de responsabilidad penal al administrador social; mientras que si la aprobación de un asunto se ha decidido por mayoría absoluta, se aplicará el delito de administración desleal. Sin embargo, desde la óptica que venimos planteando, que es la de considerar como único sujeto pasivo a la

el consentimiento sea prestado de manera válida y responsable. PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 146 y 147, sostienen que si los administradores han intentado informar a los socios sobre un negocio pero éstos muestran desinterés, habrá consentimiento válido y no podrá imputarse el delito de artículo 252 CP. A pesar de que el administrador pretendía informar al socio (manipulando o no su decisión), éste ha tomado su decisión sin tener en cuenta información del administrador.

⁶⁵⁴ En este sentido se han manifestado varios autores, que parten de no concretar el sujeto pasivo del delito únicamente en la sociedad (como hemos hecho nosotros). En concreto, en relación con el derogado artículo 295 CP: CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 369; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 457, ha manifestado que cuando todos los socios autorizan un acto desleal no existe responsabilidad penal del socio-administrador, concurre un consentimiento válido (sobre esta opción NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 263), mientras que cuando los socios toman un acuerdo por mayoría, sin costar con el consentimiento del resto de los socios, habría administración desleal. Por su parte, ya sobre el artículo 252 CP pero manteniendo que el patrimonio pertenece a una pluralidad de sujetos (socios), PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 148, recogen la primera opción (socios que aprueban por unanimidad un acto) y se detiene en la posibilidad de que los socios hayan consentido por mayoría y determina que en principio si el acuerdo es jurídico-civilmente válido, excluye la tipicidad social. Sin embargo, ambos autores se centran en dos supuestos que analizan detenidamente. El primero concurre cuando el consentimiento se haya prestado respecto a un negocio que pone en peligro la liquidez social, y el segundo en relación con los problemas del consentimiento a negocios ilícitos del administrador.

sociedad, la distinción señalada es irrelevante. A nuestro juicio, no hay que distinguir si un asunto se ha aprobado por un porcentaje de socios u otro, pues lo relevante será determinar si hay o no voluntad social. Puede que entre todos los socios que forman la junta, algunos no estén conformes con aprobar un asunto pero finalmente la sociedad se muestre a favor del mismo. La voluntad de la sociedad y la voluntad individual del socio pueden ser diferentes. Así, cuando la junta general haya aprobado la comisión de un acto desleal, se entiende que los administradores no tendrán que responder penalmente por un delito de administración desleal.

Una vez que aceptamos a la sociedad como único sujeto pasivo creemos que no es necesario distinguir entre asuntos aprobados por unanimidad o por mayoría absoluta, pero tampoco aludir al consentimiento en relación con las sociedades unipersonales en las que el socio y el administrador son la misma persona. En los supuestos en los que el socio-administrador haya cometido un acto de administración desleal la conducta será impune, porque una persona no va a administrar deslealmente su propio patrimonio⁶⁵⁵.

Por lo que, el consentimiento debe ser prestado por el titular del bien jurídico, esto es, la sociedad. Si la sociedad consiente (que rara vez ocurrirá) la realización de los sujetos con facultades de administración que han realizado un acto de administración desleal, quedarían exonerados de responsabilidad penal. La decisión de los socios de aprobar o no un acto desleal es irrelevante porque no hemos considerado a éstos como sujetos pasivos. Entendemos que con la nueva redacción del artículo 252 CP (que no incluye a los socios como sujetos pasivos cuando el patrimonio social es perjudicado), el consentimiento no puede estudiarse desde la perspectiva de la voluntad de éstos. Cuando el patrimonio social sufra un perjuicio el único titular del bien jurídico protegido es la sociedad, que goza de personalidad propia y autonomía, por lo tanto será la que pueda emitir la aprobación a una conducta desleal. Evidentemente, será incoherente que la sociedad decida perjudicarse a sí misma, tal circunstancia se dará en supuestos muy limitados, por lo que la aplicación del consentimiento va a ser mínima.

⁶⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 457; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 369, ambos en relación con el delito societario.

Como indicamos en relación con el derogado artículo 295 CP, en los supuestos en los que se admita el consentimiento habrá que tener en cuenta –para que sea válido– que éste ha sido otorgado con anterioridad a la realización del acto de administración desleal⁶⁵⁶.

V. FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO

1. *Iter criminis*

La configuración del delito de administración desleal del patrimonio ajeno como un delito doloso, en el que el sujeto activo obra con conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, permite adentrarnos en el estudio del *iter criminis*. Si el delito ubicado en el artículo 252 CP hubiese sido calificado como un delito imprudente (idea que rechazamos), no se hubiera podido plantear ninguna referencia a los actos preparatorios ni a la tentativa⁶⁵⁷. En este epígrafe serán analizadas las distintas fases que sigue el delito en su realización (*iter criminis*). El objetivo que se pretende lograr a través del estudio de las etapas por las que pasa el ilícito, se centra en determinar en qué momento la acción realizada por un sujeto se considera punible, y en su caso qué tratamiento jurídico-penal debe recibir tal conducta. Para alcanzar la finalidad expuesta se ha llevado a cabo una investigación estructurada que toma como punto de partida las líneas más básicas de la Parte General del Derecho penal que, posteriormente serán puestas en relación con el contenido del artículo 252 CP. Comenzaremos diferenciando entre la fase interna y la fase externa, distinguiéndose a su vez en ésta, los actos preparatorios y los actos ejecutivos. En este punto, será conveniente analizar la posibilidad de que el Código Penal haya olvidado adelantar la línea de intervención penal en relación con el sujeto con facultades de administración que realice actos preparatorios dirigidos a la posterior eje-

⁶⁵⁶ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 146; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 457; NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 263; LUZÓN PEÑA, D. M., “Administración fraudulenta...”, *op. cit.*, pág. 676.

⁶⁵⁷ GIL GIL, A., “*Iter criminis*”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 323.

cución del delito. Tal apreciación, conllevará diferenciar entre actos preparatorios y actos ejecutivos, deteniéndonos dentro de los últimos en el análisis de la tentativa. Las notas características de la tentativa aplicadas en el nuevo ilícito resultan especialmente relevantes si tenemos en cuenta las controversias que surgieron en torno a la admisión de esta forma de ejecución imperfecta en el antiguo delito societario de administración desleal. La distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada conforme a la redacción del artículo 252 CP, así como del tratamiento de la tentativa inidónea serán aspectos que resaltaremos en líneas posteriores. A continuación definiremos el desistimiento, con el fin de poner de relieve en qué supuestos puede apreciarse este elemento. Finalmente, el estudio del *iter criminis* en relación con el delito de administración desleal se cerrará haciendo mención al momento en el que se produce la consumación de dicho ilícito.

1.1. *Actos internos y actos externos*

Los actos internos son “los que se desarrollan exclusivamente en la mente del sujeto sin haberse manifestado todavía al exterior”⁶⁵⁸. Son impunes porque los pensamientos no pueden ser sancionados. El Derecho penal solo puede intervenir cuando la acción haya sido exteriorizada⁶⁵⁹. De modo que el administrador del patrimonio social, que tiene la tentación de autorizar el pago de facturas de trabajos no realizados, y analiza mentalmente qué consecuencias traería aparejada su acción, no está delinquiendo. La fase interna finaliza cuando el sujeto lleva a cabo un hecho externo. El sujeto exterioriza su voluntad criminal⁶⁶⁰. En este momento se distinguirá si el sujeto ha realizado un acto preparatorio, que en principio no conllevaría una sanción penal, o un acto ejecutivo, que daría lugar al inicio de la tentativa.

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

⁶⁵⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas de realización del delito: el *iter criminis*”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 331; GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, págs. 323 y 324; MORENO-TORRES HERRERA, M. R., “Las fases de ejecución del delito”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 182.

⁶⁶⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 331.

1.2. *Los actos preparatorios: la exclusión de la administración desleal del artículo 269 del Código Penal*

Los actos preparatorios acaecen cuando el sujeto actúa externamente organizando o preparando la comisión de un delito⁶⁶¹. La realización de actos preparatorios no siempre conlleva una sanción penal sino solamente cuando el Código Penal lo prevé de manera expresa. Los artículos 17 y 18 CP recogen los posibles actos preparatorios genéricos punibles –conspiración, proposición, provocación⁶⁶²–, que se castigaran en los casos determinados por la ley. Además, en algunas ocasiones el Código Penal sanciona en la Parte Especial los actos preparatorios como delitos autónomos, como puede observarse en el artículo 248.2.b) CP, que castiga a los que fabriquen, introduzcan, posean o faciliten programas informáticos destinados a la comisión de estafas.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, los actos preparatorios de la conducta descrita en el delito societario de administración desleal (antiguo artículo 295 CP) no estaban penados. Actualmente, el artículo 252 CP tampoco castiga los actos preparatorios, tales conductas son impunes en relación con el nuevo delito de administración desleal genérico. A pesar de que el Código Penal no contemple la posibilidad de castigar la conspiración, proposición, provocación para delinquir conforme al contenido del artículo 252 CP, podemos cuestionarnos si el legislador ha obrado correctamente al prescindir del castigo de dichos actos. En concreto, el motivo que nos lleva a poner en duda la decisión del legislador se encuentra en la redacción del artículo 269 CP, que permite la punibilidad de los actos preparatorios en los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida. La relación del delito de administración desleal con el delito de estafa y el delito de apropiación indebida ha sido demostrada a lo largo de éste trabajo. Los ilícitos señalados se encuentran recogidos bajo el mismo capítulo, y además contemplan penas idénticas. Debemos recordar que antes de la entrada en vigor del delito societario de administración desleal, las

⁶⁶¹ GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, pág. 324.

⁶⁶² Mientras que los dos primeros actos preparatorios se encuentran incluidos en el artículo 17 CP, el tercero está recogido en el artículo 18 CP; además, este último precepto alude expresamente a la apología como “forma de provocación”.

conductas desleales realizadas por los administradores conforme al patrimonio que administran eran sancionadas en algunas ocasiones a través del delito estafa. Igualmente, el delito de apropiación indebida ha sido utilizado para castigar a los administradores desleales. La proximidad de la conducta típica descrita en el delito de apropiación indebida y en del administración desleal ha generado –y genera– muchos problemas a la hora de especificar el ilícito cuya aplicación resulta más ajustada a Derecho en cada caso determinado. De modo que nos encontramos ante tres delitos patrimoniales que, a pesar de contener características propias que permiten diferenciarlos entre ellos, tienen rasgos comunes. La estrecha relación que presentan los ilícitos mencionados nos lleva a pensar que el legislador ha olvidado incluir en el artículo 269 CP el delito de administración desleal del patrimonio ajeno⁶⁶³. La complejidad que supone distinguir (en casos determinados) qué actos encajan mejor en el artículo 252 CP o en el artículo 253 CP podría ser utilizada por un sujeto que, aprovechándose de la impunidad de los hechos preparatorios del delito de administración desleal, intente que su conducta no sea penada. En cambio, si el artículo 269 CP introdujera el delito de administración desleal, el sujeto mencionado no podría beneficiarse del olvido del legislador y su comportamiento sería castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente (que en el caso expuesto sería igual en ambos ilícitos). Por tanto, de *lege ferenda* el legislador debería revisar el contenido del artículo 269 CP y añadir el delito de administración desleal, así se permitirá que la intervención del Derecho penal se anticipe respecto al momento en el que puede operar actualmente.

⁶⁶³ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 400, ha manifestado que el nuevo delito no ha sido incluido “por una descoordinación del legislador” sin añadir ningún matiz más que justifique su posición. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pag. 103, establece un paralelismo entre el delito de estafa y el de administración desleal para determinar que la no inclusión del último en el artículo 269 CP se debe a un olvido del legislador. Además, CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 16, ha manifestado que el legislador ha olvidado modificar el contenido del artículo 269 CP para que sea extensible al delito de administración desleal. En contra, VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 397 hasta 399 (en concreto véase la nota 304), sostiene que el delito de administración desleal no ha sido incluido en el artículo 269 CP porque los actos preparatorios que realiza el sujeto que administra el patrimonio pueden ser sancionados en grado de tentativa por el artículo 252 CP.

En el caso de que se admitiese la punibilidad de los actos preparatorios en relación con el artículo 252 CP se podrían sancionar supuestos que a día de hoy no constituyen una infracción penal. Según lo establecido en el artículo 17.1 CP “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Así, podrían ser enjuiciados por conspiración los administradores sociales mancomunados que, tras varias discusiones con un socio, traman actuar conjuntamente para causar un perjuicio a la sociedad, y acuerdan cargar a cuenta de ésta varias facturas por trabajos que no se han realizado. Por su parte, el artículo 17.2 CP alude a la proposición y manifiesta que “existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”. Por ejemplo, habrá proposición en el caso de que exista una sociedad formada por dos administradores solidarios en la que uno de ellos, tras decidir que el próximo lunes acudirá a firmar un contrato a través del que enajenará varios inmuebles de la sociedad que administra a un precio ridículo, invita al otro administrador a que acuda con él y participe en la gestión firmando dicho contrato. En el ámbito de las sociedades de capital se pueden apreciar casos en los que sería denunciable el comportamiento del administrador por la comisión de actos preparatorios como los señalados, es decir, como conspiración y proposición. En cambio, es más complejo imaginar supuestos que no disten de la irrealidad en los que la provocación, como acto preparatorio definido en el artículo 18 CP (que “existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiofusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”), sea sancionada en relación con el delito de administración desleal.

Como venimos señalando, los actos preparatorios del delito contemplado en el artículo 252 CP son impunes porque el Código Penal no prevé expresamente su castigo. La anticipación del comienzo de la ejecución no es discrecional, pues está limitada por el principio de legalidad. La concreción del inicio de la ejecución del delito es clave para definir su punibilidad. A pesar de que la doctrina ha utilizado varias teorías para distinguir los actos preparatorios y los actos ejecutivos no existe un criterio unánime que defina en qué momento se

produce el inicio de la ejecución del delito^{664, 665}. De forma general MARTÍNEZ-BUJÁN ha manifestado que la delimitación de los actos preparatorios y los actos ejecutivos, conlleva determinar el comienzo de los últimos, y ello supone a su vez tener que definir el inicio de la acción típica. Según el autor, el comienzo de la acción típica se puede concretar a través de la concepción declarativa, esto es, incluyendo en ésta “la realización de actos que, aunque no estén descritos inmediatamente en el tipo, están ligados a él indisolublemente en un autentica unidad de acción”. Posteriormente habría que delimitar “en qué casos concretos puede entenderse que un determinado acto queda adscrito al tipo”⁶⁶⁶. Teniendo en cuenta que no podemos realizar aquí un análisis de las diferentes teorías que señalan el comienzo de la ejecución de delito en el artículo 252 CP, sí podemos puntualizar la posible aplicación de la “teoría de la unidad natural”. Según la teoría mencionada el acto es ejecutivo si queda inserto en el verbo que describe la acción típica, y también si dicho acto está “íntimamente e inmediatamente” unido a la conducta típica⁶⁶⁷. Así, redactar y acudir a la firma de un contrato que suponga un perjuicio para el patrimonio de la sociedad, al que no se presenta la parte contraria, estaría unido a la acción típica que consiste en infringir las facultades de administración mediante un exceso en su ejercicio, que incluye la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad que supongan un perjuicio al patrimonio de ésta. En esta supuesto el sujeto con facultades de administración está realizando un acto ejecutivo, que como posteriormente veremos, puede ser castigado como tentativa.

⁶⁶⁴ GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, pág. 333.

⁶⁶⁵ Como ya hemos señalado en el texto principal, en el delito del artículo 252 CP los actos preparatorios no pueden ser sancionados, sin embargo, ello no es motivo para que no tengamos que determinar en qué momento comienza la fase ejecutiva en el artículo 252 CP. Por ello, aludimos brevemente a las teorías que diferencian los actos preparatorios (a pesar de la impunidad de éstos) y los actos ejecutivos.

⁶⁶⁶ Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 338 hasta 340.

⁶⁶⁷ Hasta ahora la doctrina no se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicar una u otra teoría al delito de administración desleal. A nuestro juicio, aplicamos la teoría de FRANK cuya definición ha sido extraída de GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, págs. 332 y 333, que además alude a las teorías propuestas por CARRARA y BELING; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 340, determina que la aplicación de una teoría u otra dependerá de cada figura delictiva, y en consonancia con los delitos económicos habrá que atender en primer lugar a la fórmula de FRANK.

1.3. *La tentativa*

1.3.1. Tratamiento general de la tentativa

La fase de ejecución del delito comienza con la tentativa. El autor del delito pretende que se produzca la consumación de éste, sin embargo, en algunas ocasiones no logra alcanzar su objetivo. En estos casos, el tipo ha sido realizado de forma imperfecta⁶⁶⁸. El artículo 15 CP permite la punibilidad del delito consumado y también de la tentativa. En concreto, el artículo 16 CP determina que la tentativa concurre “cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. En la tentativa, el bien jurídico protegido no llega a lesionarse, se pone en peligro⁶⁶⁹.

Para trasladar las nociones básicas expuestas al contenido del nuevo delito de administración desleal es adecuado hacer antes una breve referencia a los problemas que surgieron para identificar la tentativa en el antiguo delito societario, y así comprobar si han sido superados tras la Reforma operada con la LO 1/2015. El derogado artículo 295 CP requería que el perjuicio que se derivase de la actuación del sujeto activo (que podía ser un administrador de hecho o derecho, o también un socio) fuese “económicamente evaluable”. La determinación económica del beneficio obtenido concretaba la pena de multa, que podía ser impuesta al autor de manera alternativa a la de prisión (también contemplada en el precepto). En

⁶⁶⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 335; GIL GIL, A., “Iter...”, *op. cit.*, pág. 331; LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 156 hasta 159.

⁶⁶⁹ MORENO-TORRES HERRERA, M. R., “Las fases...”, *op. cit.*, pág. 186, precisa que “el fundamento de la punición de la tentativa es la realización dolosa de una acción peligrosa, entendiendo por acción peligrosa aquella que representa un peligro para un bien jurídico desde el punto de vista, *ex ante*, del espectador objetivo no omnisciente”. La autora se decanta por la defensa de la teoría que atiende a la idoneidad *ex ante*, en las que si el resultado aparece como probable la tentativa será idónea, pero si es improbable será inidónea e impune. En cambio, otros autores se apoyan en las teorías que ponen de relieve la idoneidad *ex post*, en la que se distingue la tentativa relativamente inidónea, de la tentativa absolutamente inidónea. Ambas teorías pueden consultarse en GIL GIL, A., “Iter...”, *op. cit.*, págs. 346 hasta 348.

estas circunstancias, algunos autores han venido sosteniendo que la tentativa en el delito societario no puede ser admitida porque si del acto de administración desleal no se ha derivado un perjuicio definido en términos económicos no puede imponerse la pena de multa, con lo que no tendría sentido que si el delito no fuese consumado se pensase al sujeto con una pena mayor (una pena de prisión) que la que en realidad le correspondía por no haberse producido el resultado.

Con la entrada en vigor del artículo 252 CP, que sanciona la administración desleal en cualquier ámbito y no solo en el societario, el problema aludido anteriormente ha sido resuelto. El tipo básico del delito no requiere que el perjuicio sea cifrado en valores económicos ni tampoco condiciona la determinación de la pena de multa al beneficio obtenido de la realización de la conducta típica. Una vez eliminados los dos elementos que impedían apreciar la tentativa, no encontramos ninguna traba para admitir esta forma ejecución imperfecta⁶⁷⁰.

1.3.2. Distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada

El artículo 16.1 CP distingue en su contenido entre dos clases de tentativa: en primer lugar, la tentativa acabada, en la que el sujeto realiza todos los actos dirigidos a la consecución del resultado pero éste no se produce por causas ajenas a su voluntad; y en segundo lugar, la tentativa inacabada, en la que sujeto, por causas ajenas a su voluntad, solo realiza parte de los actos de ejecución que deberían llevar a la producción de resultado⁶⁷¹. Por tanto, habrá

⁶⁷⁰ Cabe puntualizar que el artículo 252.2 CP alude a la pena multa pero no condiciona su cuantía al beneficio que haya obtenido el autor del ilícito. También, admite la tentativa en el artículo 252 CP: CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 207; VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 396 y 397; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 102 y 103.

⁶⁷¹ Según establece la STS de 11 de abril de 2012 (RJ 2012\5611) la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se realiza en base a dos teorías: “una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en

tentativa cuando el sujeto con facultades de administración haya realizado todos o parte de los actos de ejecución pero, por causas ajenas a su voluntad, no haya causado un perjuicio al patrimonio administrado.

Como hemos señalado, si el sujeto encargado de la administración del patrimonio social lleva a cabo todos los actos que deben producir un perjuicio en éste, será un supuesto de tentativa acabada. Así, cuando un administrador pretende vender a otra sociedad un local por un precio que está por debajo al que se podría obtener, y llegado el día de la firma del contrato, el representante de la sociedad que va adquirir tal local no se presenta, los hechos encajan dentro del concepto de tentativa acabada. En cambio, pensemos en el administrador de una sociedad que tiene como objeto social la fabricación de sillas de cocina, y con la intención de regalar dos mil sillas, llama a varios negocios dedicados a la venta de mobiliario de cocina para ofrecérselas gratuitamente. Una vez que los dueños de dichos negocios han aceptado el ofrecimiento que les ha hecho el administrador, éste organiza, embala y mete las sillas en el camión de distribución. Al día siguiente, cuando el administrador iba a facilitarle al repartidor la dirección de los locales, le está esperando, junto a las sillas que iban a ser regaladas, un socio que ha conocido sus intenciones. En este supuesto el administrador no ha realizado todos los hechos ejecutivos dirigidos a producir el resultado, pues no llegó a entregar al repartidor la dirección de los locales a los que se hubiesen llevado las sillas. Tanto en este caso como en el anterior, el perjuicio no se ha materializado por causas externas e independientes a la voluntad del sujeto activo, sin embargo en el primero el administrador ha realizado todos los actos tendentes a la consecución del resultado, y en el segundo solo parte de ellos.

todas sus consecuencias y resultado por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el artículo 16.2 CP". La Sentencia añade que realmente lo más apropiado es seguir una teoría mixta, "pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito". A efectos penológicos la distinción señalada es relevante, pues la jurisprudencia —como también puede observarse en la sentencia citada— ha optado por rebajar la pena en dos grados en los casos de tentativa inacabada, y en un grado cuando sea tentativa acabada.

1.3.3. La tentativa inidónea

En algunas ocasiones “la tentativa no llega a consumarse por razones fácticas, relacionadas directamente con el potencial peligro para el bien jurídico que pudiera suponer la conducta del sujeto”⁶⁷². En estas circunstancias aparece la tentativa inidónea. Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se eliminó la referencia expresa a la tentativa inidónea (que se encontraba en segundo párrafo del artículo 52 del Código Penal anterior). Tal desaparición generó la división de opiniones sobre la admisión de su punición. En concreto, la expresión incluida en el contenido del artículo 16.1 CP, que condiciona la existencia de la tentativa a que se hayan practicado “todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”, ha sido utilizada para cuestionar la admisión de tentativa inidónea⁶⁷³. A pesar del cambio introducido con el nuevo Código, que permite defender la impunidad de la tentativa inidónea, la jurisprudencia y un sector doctrinal mayoritario han admitido –en términos generales– la punibilidad de la tentativa inidónea⁶⁷⁴.

En torno a la inidoneidad de la tentativa, la doctrina penal ha distinguido entre una concepción de la misma desde una perspectiva *ex ante* y también desde un enfoque *ex post*. En la primera, la tentativa inidónea –que será impune– se aprecia cuando la producción del resultado aparece como improbable; en cambio, la tentativa idónea requiere que la producción del resultado aparezca como probable. En la teoría de la idoneidad *ex post*, el sujeto pretende con su comportamiento que el delito se consume pero no lo consigue debido a la inidoneidad de los medios o del objeto⁶⁷⁵. Algún sector doctri-

⁶⁷² NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 339.

⁶⁷³ MIR PUIG, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 3, 2001 (sin numerar), de la expresión señalada podían realizarse dos interpretaciones: la primera “obliga a tener en cuenta todos los elementos realmente concurrentes en el intento, tanto los que conocía el autor, como los que antes o después se pongan de manifiesto”; la segunda “se conforma con que al emprender el intento y antes de que éste se demuestre fallido (*ex ante*) cualquier persona normal en la posición del autor habría considerado posible que produjera el resultado típico”.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

⁶⁷⁵ Sobre las distintas teorías relacionadas con la tentativa inidónea, véase: GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, págs. 346 hasta 349; y MIR PUIG, S., “*Sobre...*”, *op. cit.* (sin numerar), han manifestado la relevancia que supone distinguir entre las teorías propuestas. De modo que si una persona dispara a otra con la intención de matarla pero

nal ha incluido los supuestos de inidoneidad del sujeto dentro del estudio de la tentativa inidónea, y otros tratan estos casos como un delito putativo que queda fuera de ésta⁶⁷⁶. Teniendo en cuenta que no podemos realizar aquí un estudio exhaustivo de ambas teorías en relación con el artículo 252 CP, optamos por aplicar la teoría defendida por doctrina dominante, que ha optado por la determinación de la tentativa *ex post*⁶⁷⁷. En esta línea, algunos autores ha diferenciado entre tentativa relativamente inidónea y tentativa absolutamente inidónea⁶⁷⁸.

La tentativa relativamente inidónea es punible y acoge los casos en los que el autor del ilícito no alcanza el resultado del delito pero en otras circunstancias sí hubiera conseguido su consumación⁶⁷⁹. Esta tentativa puede fundamentarse en la idoneidad del medio empleado o del objeto sobre el que debe recaer la acción típica. Así, por ejemplo, nos podemos cuestionar si se aprecia esta tentativa en el caso del administrador de una sociedad que se dedica a la explotación de minas de oro, y compra una mina de estaño a pesar de que sabe que la sociedad de la que forma parte no puede explotar este material porque no dispone de los medios necesario, tras unos meses la mina que el administrador ha dado orden de comprar se abre y al contrario de lo esperado, dentro hay oro. En este supuesto el administrador pretendía menoscabar el patrimonio social con la compra de una mina que la sociedad no podía explotar y le iba a suponer grandes pérdidas económicas o que le hubiese obligado a invertir en nueva maquinaria para poder realizar tal actividad. Si en los hechos expuestos la mina hubiese sido de estaño pero no de oro, el administrador hubiese conseguido su objetivo. Probablemente el supuesto expuesto sea un caso de laboratorio en el que además sería complicado justificar la idoneidad del medio empleado o del objeto. De otro lado, encontramos supuestos en los que la tentativa es absolutamen-

ya ésta ya estaba muerta muerta desde hace horas, desde la perspectiva de las teorías *ex ante* este es un caso de tentativa idónea y punible, pues era muy improbable que el sujeto que dispara conociese que la persona estaba muerta; en cambio desde el examen de la teoría *ex post* se aprecia una tentativa absolutamente inidónea e impune.

⁶⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 345.

⁶⁷⁷ Así lo ha expresado: MIR PUIG, S., "Sobre..." , *op. cit.*, (sin numerar).

⁶⁷⁸ *Ibidem.*, ha manifestado que esta distinción ha sido abandonada. Algún autor, como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 345 y 346 actualmente la mantiene en su obra en relación con los delitos económicos.

⁶⁷⁹ Sobre la distinción de la tentativa inidónea: *Ibidem.*, págs. 346 y 347.

te inidónea, en los que la acción del sujeto no hubiese alcanzado el resultado delictivo ni en ese caso en concreto ni en cualquier otro. Así, podrá apreciarse esta tentativa cuando no haya bien jurídico que proteger, si el patrimonio social no existe ni ha existido, pues sería un delito imposible carente de punibilidad.

Finalmente, cabe recordar que en el primer párrafo de este epígrafe hicimos referencia a los delitos putativos. Retomamos aquí esta cuestión y añadimos una serie de puntualizaciones en relación con ellos. La doctrina ha discutido qué tratamiento jurídico debe aplicarse al sujeto que realiza una acción típica sin tener la cualidad personal que exige el tipo para ser calificado como sujeto activo. Pensemos en el administrador que administra deslealmente un patrimonio cuando cree erróneamente que la ley le autoriza para ello. Como ya vimos, el delito del artículo 252 CP no puede ser cometido por cualquier sujeto sino solo por quienes tengan una cualificación especial. Algunos autores han sostenido que en estos casos deben quedar integrados dentro del concepto de tentativa inidónea. En concreto, como supuestos en los que el sujeto es inidóneo. En cambio, otros autores califican esta situación como un delito putativo. En este delito el sujeto realiza una conducta creyendo que está llevando a cabo un delito, pero en realidad no está poniendo en peligro ningún bien jurídico. La determinación de unos hechos dentro del concepto de delito putativo suponen la atipicidad de la conducta realizada por el sujeto que cree que tiene la cualidad de autor⁶⁸⁰.

1.3.4. El desistimiento del sujeto con facultades de administración

Cuando un actor ha iniciado la fase ejecutiva del delito pero renuncia a que se produzca su consumación habrá desistimiento. Para que el desistimiento sea válido es necesario que el delito se encuentre en la fase de ejecución, pues si ha sido consumado ya no cabe la renuncia⁶⁸¹. Además, el desistimiento tiene que ser voluntario. Son irrelevantes los motivos que han llevado al autor a desistir, o si éste ha desistido aconsejado por otro. Cuando el sujeto decide que no va a

⁶⁸⁰ *Ibidem.*, pág. 325.

⁶⁸¹ *Ibidem.*, pág. 352.

realizar el delito porque las circunstancias no lo permiten, en ningún caso habrá desistimiento⁶⁸².

El artículo 16.2 CP, cuando alude al desistimiento, se centra en la posibilidad de que sea un solo sujeto el que interviene en el delito; mientras que el artículo 16.3 CP hace mención al desistimiento en los supuestos en los que son varios sujetos los que intervienen en los hechos delictivos. En este último precepto permite que quede impune el sujeto que intente impedir de forma “seria, firme y decididamente” la consumación del delito, a pesar de que no lo consiga.

En concreto, el artículo 16.2 CP determina que “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”. De modo que el artículo 16.2 CP contempla el desistimiento en los supuestos de tentativa inacabada, en los que el sujeto renuncia a realizar los actos que faltan para que se produzca el resultado (desistimiento pasivo); y el desistimiento en los casos de tentativa acabada, que acaecen cuando el sujeto ha realizado todos los actos dirigidos a consumir el delito pero no impide la producción del resultado (desistimiento activo). Si tomamos los ejemplos que expusimos cuando hicimos alusión a la tentativa acabada y inacabada, podemos observar el desistimiento activo en el supuesto en el que el administrador que acuerda ceder los derechos arrendatarios a un tercero, y acude a la firma del contrato decide acto seguido rescindir el contrato; en cambio, puede apreciarse desistimiento pasivo en el caso del administrador que pretende regalar una partida de sillas para perjudicar a la sociedad, llama a varios locales para ofrecérselas, y las prepara pero las deja en el almacén, no realizando ningún acto más. En este último supuesto aún faltaban actos para alcanzar el resultado, ya que voluntariamente había decidido no facilitar al repartidor la dirección de los locales para que las sillas fuesen repartidas.

La apreciación del consentimiento es relevante, pues supone la exclusión de la responsabilidad penal. Sin embargo, ello no quiere decir que la apreciación del desistimiento conlleve que el sujeto no

⁶⁸² GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, pág. 336.

sea enjuiciado por los actos delictivos que haya realizado con anterioridad a la fase ejecutiva del delito de administración desleal. En estos casos el sujeto debe ser castigado por el resto de delitos que haya realizado. Así, el administrador que acudía a firmar un contrato desventajoso para la sociedad con su coche, y en el transcurso del trayecto comete varios delitos contra la seguridad vial, aunque finalmente desista de firmar el contrato que hubiese consumado el delito de administración desleal, será condenado por los otros hechos delictivos.

1.4. *La consumación del delito*

La consumación formal del delito se produce cuando el sujeto ha realizado todos los elementos que componen el tipo penal (incluido el resultado). En el caso del artículo 252 CP, el sujeto con facultades de administración, deberá excederse en el ejercicio de las mismas, y en consecuencia perjudicar el patrimonio que administra. El delito de administración desleal, que calificamos anteriormente como un delito de resultado, exige expresamente que la acción del administrador desemboque en un menoscabo al patrimonio ajeno⁶⁸³. Una vez que el patrimonio sea perjudicado, el delito se habrá consumado.

En algunas ocasiones el sujeto activo causa un perjuicio al patrimonio y además obtiene un beneficio. Tal circunstancia puede ser relevante desde la perspectiva de la consumación material o agotamiento del delito. Sin embargo, –y ateniendo a la literalidad del artículo 252 CP– a efectos punitivos no tiene consecuencias penales porque la horquilla penológica contenida en el artículo que recoge el delito de administración desleal es la misma independientemente de que el sujeto activo obtenga o no un beneficio⁶⁸⁴.

⁶⁸³ CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, págs. 206 y 207; MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 400; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pag. 102. MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, Fasc/mes 1, 2015, pág. 212; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 91.

⁶⁸⁴ Aludiendo a la Parte General del Derecho Penal: GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, págs. 349 y 350; NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 344. En concreto, sobre el artículo 252 CP: MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 400.

2. Autoría y participación

En los próximos epígrafes abordaremos las cuestiones principales relativas a la autoría y participación en el artículo 252 CP. Sin embargo, antes de proceder al estudio de las distintas formas de intervención criminal haremos mención a la configuración del delito de administración desleal como un delito de dominio o de infracción de deber (o mixto). La delimitación del delito en torno a la calificación señalada es esencial, pues traerá aparejadas consecuencias jurídicas que no pueden dejarse a un lado a la hora de definir las diferentes formas de intervención en el delito del artículo 252 CP.

La determinación de la autoría y participación en el delito de administración desleal es relevante, pues nos permite precisar quién va a responder de los hechos delictivos, y en qué concepto lo va a hacer. El grado de intervención de un sujeto en la fase de ejecución del ilícito tendrá consecuencias a efectos penológicos. El artículo 27 CP determina que los autores y cómplices son responsables penalmente de los delitos. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 ha desaparecido del artículo 27 CP la alusión a las faltas. Antes de la reforma la redacción del artículo 27 CP distinguía entre los delitos y las faltas, sin embargo, en el Código Penal actual solo se hace referencia a los delitos. De manera que bajo el término “delitos” se incluyen los delitos graves, menos graves y leves.

Para delimitar las distintas formas de intervención criminal hay que acudir al contenido de los artículos 28 y 29 CP. El artículo 28 CP en el primer párrafo hace alusión a las diferentes clases de autoría: en primer lugar, señala la autoría única inmediata, en la que el autor comete el hecho por sí solo; en segundo lugar, la coautoría, cuando varios autores conjuntamente realizan el hecho delictivo; y finalmente, la autoría mediata, en la que el autor lleva a cabo el hecho a través de otro sujeto del que se sirve como instrumento. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 28 CP alude a varias formas de participación. A pesar de que el artículo 28 CP utilice la expresión “también serán considerados autores”, ésta debe interpretarse de forma que los sujetos mencionados en las letras a) y b) solo reciban el tratamiento de autores a efectos punitivos⁶⁸⁵. El apartado a) del artículo 28 CP

⁶⁸⁵ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículos 27, 28 y 29”, en *Comentarios al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 24 a 94* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo IX, Edersa, Madrid, 1999, pág. 175.

hace mención a “los que inducen directamente” a otros a cometer el hecho delictivo (inducción); mientras que el apartado b) del mismo precepto se refiere a los que cooperan en la ejecución del hecho con un acto sin el cual éste no se habría efectuado (cooperación necesaria). Por último, el artículo 29 CP determina que serán cómplices “los que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. La distribución entre los distintos tipos de participación ente los artículos 28 (apartado segundo) y 29 CP responde a razones punitivas. Los sujetos que sean calificados como inductores o cooperadores necesarios pueden ser sancionados como autores (teniendo en cuenta el contenido del artículo 65.3 CP en los casos en los que no tengan “las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor”), mientras que los cómplices gozan de beneficios punitivos (artículo 63 CP). El motivo de la distinción señalada radica en que la complicidad se diferencia del resto de formas de participación porque la contribución del cómplice en la ejecución de los hechos delictivos no es fundamental para la consumación de éstos.

En líneas posteriores nos ocuparemos de las cuestiones relacionadas con la autoría, entre las formas de autoría mencionadas (única inmediata, mediata y coautoría). A continuación, se analizarán los diversos tipos de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad).

2.1. *Autoría*

2.1.1. El delito de administración desleal: una posición intermedia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber

En el epígrafe dedicado al estudio del sujeto activo del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital, el ilícito fue calificado desde una perspectiva formal como un delito especial propio⁶⁸⁶. En concreto, el artículo 252 CP exige al sujeto que realiza la acción que tenga facultades de administrar un patrimonio ajeno provenientes de la ley, encomendadas por una autoridad o asu-

⁶⁸⁶ Véase: Capítulo IV, epígrafe 1.1.1.A, de este trabajo.

midas a través de un negocio jurídico. La configuración del delito de administración desleal como un delito especial requiere hacer una serie de precisiones en torno a los delitos de dominio y a los delitos de infracción de deber. La delimitación de ambas categorías en relación con el artículo 252 CP será relevante a la hora de definir quién puede ser calificado como autor y participe en el delito mencionado.

No es este el lugar oportuno para realizar un estudio extenso de los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, ya que ello desvirtuaría el objeto de nuestra investigación. Por este motivo vamos a tomar como punto de referencia los conceptos utilizados por ROXIN sobre las dos clases de delitos mencionados sin entrar a valorar las múltiples tesis y debates doctrinales que han surgido sobre ellos. A grandes rasgos, en los delitos de dominio el autor se identifica con el sujeto que comete (u omite) la conducta que está recogida en la norma penal, que pone en peligro o lesiona el bien jurídico protegido. Los hechos son imputados a un sujeto a título de autor cuando éste haya realizado la conducta descrita en el tipo penal. En contraposición, en los delitos de infracción de deber la autoría vendría definida por el quebrantamiento de un deber extrapenal. ROXIN ha sostenido que los delitos especiales son delitos de infracción de deber. Solo un círculo cerrado de personas, que tienen en común determinadas cualidades objetivas, pueden vulnerar el bien jurídico protegido por su cercanía a éste. El dominio del riesgo típico únicamente corresponde a un grupo de sujetos. De esta manera se considera que tan solo un *intraneus* puede ser calificado como autor, ya que es quien tiene en exclusiva un deber específico de actuar correctamente. Por tanto, en los delitos de infracción de deber el fundamento de la autoría se encuentra en que el injusto penal se agota en la infracción de un deber extrapenal, mientras que en los delitos de dominio se determina a partir de la realización de la conducta prohibida que recoge la norma penal, y en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (traducción de la novena edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 367 y 368, 343 hasta 345; BACIGALUPO, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 53 hasta 58; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 312; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Autoría y participación", en *Lecciones de Derecho penal. Parte General*

En general, algunos autores han considerado que el delito de administración desleal del artículo 252 CP es un delito especial que se fundamenta en la infracción de un deber extrapenal⁶⁸⁸. Sin embargo, creemos que esta interpretación es jurídicamente insostenible. Si en el artículo 252 Código Penal el tipo de injusto se limita a la infracción de un deber extrapenal, nunca podrían aplicarse las normas de Derecho privado (en concreto, la Ley de Sociedades de Capital). Tal situación, daría lugar a la vulneración de los principios más básicos del Derecho penal (principio de intervención mínima, de subsidiariedad, de fragmentariedad y de legalidad). El quebrantamiento del deber específico que se le ha asignado al sujeto no basta para que la conducta tenga relevancia jurídico-penal. Si la infracción del deber fuese la razón de ser del injusto del artículo 252 CP, cualquier acción (u omisión) realizada por el administrador que se desviase (aunque fuese mínimamente) de una diligencia perfecta generaría responsabilidad penal. Así, en relación con el delito del artículo 252 CP, el criterio para definir la autoría no puede limitarse solo al incumplimiento de un deber extrapenal.

Ante la imposibilidad de considerar el artículo 252 del Código Penal como un delito de infracción de deber puro cabe aludir a las consecuencias que traería aparejada su calificación como un delito especial de dominio en sentido estricto⁶⁸⁹. Desde un punto de vista

(dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 201 y 207.

⁶⁸⁸ VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 220 hasta 227: “el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber: ya sea que se trate del tipo de abuso o del tipo de infidelidad, la tipicidad se configura porque el autor del delito, el administrador, ha infringido su deber de custodia patrimonial” (pág. 223); PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 81 hasta 85; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 204.

⁶⁸⁹ Somos conscientes de que ROXIN, C., *Autoría...*, *op. cit.*, págs. 343 hasta 345, rechaza la configuración de los delitos especiales como delitos de dominio, pero hemos incluido esta posibilidad planteada por SILVA a partir de la teoría expuesta por JAKOBS para señalar por qué rechazamos la calificación del artículo 252 CP como un delito especial de infracción de deber pero también de dominio. *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 65. Recordemos que la tesis expuesta por ROXIN ha sido reformulada por JAKOBS, ya que en concreto los fundamentos sobre los que se construyen los delitos de infracción de deber no habían sido muy detallados (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pág. 33). En concreto, JAKOBS diferencia entre los delitos de responsabilidad por la propia organización (delitos de dominio) y los delitos de res-

práctico, la aplicación de la teoría del dominio en los delitos especiales conlleva que pueda calificarse como autor, tanto al sujeto que tiene las condiciones especiales para poder desarrollar la conducta típica (*intraneus*), como a aquel que no dispone de dicha cualificación pero realiza el hecho descrito en la norma penal (*extraneus*). La autoría se define a partir del dominio del hecho. La extensión del concepto de autor que supone esta teoría en relación con el artículo 252 CP es rechazada. El delito de administración desleal exige que el autor de los hechos tenga una condición específica. Tal circunstancia no puede pasar desapercibida, pues su ignorancia no debe utilizarse para igualar la categoría de autores a la de los sujetos a los que no se les ha asignado una cualificación o condición especial que genere el deber de evitar la lesión o peligro de un bien jurídico protegido concreto (en nuestro caso limitado al patrimonio social).

Ante la negativa de considerar el artículo 252 del Código Penal como un delito especial de dominio o de infracción de deber, entendiéndose ambos en sentido estricto o puro, recurrimos a una nueva línea doctrinal que defiende la aplicación de una posición mixta o intermedia entre las dos clases de delitos señalados⁶⁹⁰.

Algunos autores, como SILVA, HORTAL y MARTÍNEZ-BUJÁN han distinguido –en sus respectivas obras– una tercera categoría intermedia entre los delitos de dominio y los de infracción de un deber. Los autores mencionados utilizan líneas de interpretación diferentes para llegar a la misma conclusión, y es que la configuración de un delito como un delito especial, no supone obligatoriamente

ponsabilidad por incumplimiento de deberes especiales (delitos de infracción de deber). En relación con los delitos de dominio la responsabilidad tiene su fundamento en una organización defectuosa del ámbito individual del ciudadano, que tiene un deber negativo que consiste en no dañar las esferas de organización ajenas. En los delitos de infracción de deber la responsabilidad se deriva del incumplimiento de una obligación positiva que tienen determinados sujetos de actuar a favor de un bien jurídico cuando éste lo requiera para conservación. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 266, 267, 718, 719, 791; BACIGALUPO, S., *Autoría...*, *op. cit.*, pág. 81; RESTÓN, M. I., *Los delitos de infracción de deber ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 36 y 37.

⁶⁹⁰ Uno de los problemas que se ha puesto de manifiesto por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 321, es que aún no hay “unanimidad” sobre los delitos que forman parte de esta nueva categoría.

su tratamiento como un delito de infracción de deber extrapenal⁶⁹¹. Algunos delitos especiales no basan el criterio de imputación objetiva del sujeto estrictamente en la infracción de un deber sino que determinan la autoría a partir de la ejecución de la conducta típica descrita en el tipo, que solo puede ser realizada por personas que tienen una condición específica. Así, se adopta un criterio mixto que presenta rasgos de los delitos de infracción de deber y también de los delitos de dominio. Se trata de delitos (mixtos) que se construyen a partir de la infracción de un deber extrapenal específico, pero que no agotan el contenido del injusto en ese dato, pues el tipo exige el quebrantamiento de dicho deber y además que se cumpla un requisito posterior, que suponga la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico que se haya delimitado⁶⁹². El ejemplo que utilizan SILVA y MARTÍNEZ-BUJÁN para defender su teoría (mixta) es el delito de defraudación tributaria del artículo 305 Código Penal. El delito mencionado solo puede ser llevado a cabo por sujetos que tienen un deber extrapenal concreto que se encuentra en la Ley tributaria, sin embargo la fundamentación del injusto no se agota con la infracción de este deber, pues el contenido del artículo 305 Código Penal requiere más elementos de dominio. En concreto, el precepto exige que se oculten presupuestos que generan el hecho imponible y que se cause un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública⁶⁹³.

De manera que, a pesar de que la doctrina mayoritaria haya configurado el artículo 252 Código Penal como un delito de infracción

⁶⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo...*, *op. cit.*, págs. 65 hasta 74, distingue entre los delitos especiales de dominio y los delitos especiales de deber a partir de elementos que forman parte de la tesis expuesta por JAKOBS; HORTAL IBARRA, J. C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 246 hasta 248, parte del concepto de delito de infracción de deber mantenido por ROXIN; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 308 hasta 323, toma un punto diferente a la caracterización de los delitos de infracción de deber expuesta por JAKOBS.

⁶⁹² *Ibidem.*, pág. 318.

⁶⁹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo...*, *op. cit.*, págs. 70 hasta 74; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 319. Por su parte, HORTAL IBARRA, J. C., *Protección...*, *op. cit.*, págs. 246 hasta 248, se apoya en el contenido del artículo 316 del Código Penal. Además, hace alusión a los delitos de dominio, a los delitos de infracción de deber y a una postura intermedia en relación con el artículo 305 CP: GÓMEZ MARTÍN, V., "Responsabilidad penal del asesor fiscal (a propósito de la STS 1231/1999, de 26 de julio, ponente Joaquín Delgado García", en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo* (dirs. SERRANO-PIEDECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E.), Colex, Madrid, 2011, págs. 262 hasta 266.

de deber, nos adherimos a la posición que hasta ahora solo ha tomado MARTÍNEZ-BUJÁN que ha afirmado que desde un punto de vista material el nuevo delito de administración desleal del artículo 252 CP es un delito especial propio de naturaleza mixta, que se encuentra a caballo entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber⁶⁹⁴. El sujeto con facultades de administración sobre el patrimonio social tiene deberes generales y concretos de conservación del mismo, pero ello no quiere decir que la infracción de dicho deber vaya a generar responsabilidad penal necesariamente⁶⁹⁵. Que el administrador deje de proteger el patrimonio no significa que deba apreciarse la existencia de administración desleal desde un enfoque criminal, pues habrá que tener en cuenta también otros elementos relativos a la conducta de aquél. Por tanto, el sujeto con facultades de administración que quebrante su deber extrapenal en el marco de una sociedad de capital no va a ser calificado automáticamente autor del artículo 252 CP, ya que consideramos, de acuerdo a su naturaleza mixta, que existen otras exigencias que forman el tipo objetivo del delito aunque no se refieran exclusivamente a la infracción del deber. En concreto, el sujeto tiene que excederse en el uso de sus facultades de administración y causar un perjuicio al patrimonio ajeno. Desde nuestro punto de vista, la inobservancia del deber de proteger el patrimonio –como señala SILVA para el delito de defraudación tributaria–, es una “condición necesaria de la conformación típica (...) sin embargo, no constituye condición suficiente de la existencia referido delito”⁶⁹⁶. En consecuencia, la conducta típica se centra en la exigencia de que el sujeto se exceda en sus facultades de administración. Esta condición sería esencial, determinando la existencia del comportamiento delictivo.

En otro posible escenario, y en concreto con la redacción anterior del delito de administración desleal (antiguo artículo 295 CP),

⁶⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 103.

⁶⁹⁵ CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 20, hace una llamada en este sentido a evitar que cualquier comportamiento de administración desleal sea enjuiciado a través del artículo 252 CP, pues este precepto solo debe aplicarse cuando los hechos sean relevantes desde una perspectiva jurídico-penal. De modo que, cualquier conducta no puede encajar en el tipo penal del artículo 252 CP.

⁶⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo...*, *op. cit.*, pág. 71, utilizamos textualmente unas expresiones que el autor aplica al delito de defraudación tributaria pero que consideramos que definen perfectamente la idea que queremos transmitir en el texto principal y las hacemos “nuestras” en relación con el artículo 252 CP.

hubiera sido más fácil aún calificarlo como un delito mixto. En este supuesto, se habría descrito la conducta típica como la realización de una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o de una contracción de obligaciones a cargo de ésta. De modo que se hubiese requerido que el administrador infringiera un deber extrapenal especial, que realizara la conducta típica (disponer de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta) que conllevaba el abuso de sus facultades y además que causara un perjuicio económico. En el caso del artículo 252 CP, aunque la conducta haya sido descrita de manera ciertamente superficial, hay que concretar que el precepto no solo requiere la vulneración del deber de quebrantar el patrimonio sino además el exceso en las facultades de administración, y también la causación de un perjuicio patrimonial. En definitiva, el delito de administración desleal es un delito mixto de infracción de deber y de dominio, en el que no basta que el autor infrinja el deber extrapenal que tiene de proteger el patrimonio sino que también debe realizar un acto concreto (excederse en sus facultades de administración infringiéndolas) y producir un perjuicio al patrimonio social.

2.1.2. Clases de autoría

A partir del contenido del artículo 28 CP, procedemos a analizar las distintas clases de autoría que pueden distinguirse en relación con el delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital.

A. Autoría única inmediata

El artículo 28 CP, párrafo primero, primer inciso, determina que es autor quien realiza el hecho por sí solo. El autor comete la acción descrita en el tipo penal. En el caso del artículo 252 CP es autor el sujeto al que le han sido asignadas facultades de administración a través de una ley, asumidas por un negocio jurídico o encomendadas por una autoridad, y las infringe excediéndose en su ejercicio y causando un perjuicio al patrimonio administrado. Solo puede ser calificado autor el sujeto que tenga facultades de administración que provengan de alguna de las tres fuentes citadas, ya que éste es el único que tiene posibilidad de perjudicar al patrimonio que administra.

El precepto utiliza la expresión “las infrinjan” por lo que se sobreentiende que los únicos sujetos que pueden infringir las facultades de administración son aquellos que disponen de ellas en los términos expuestos en el precepto. Teniendo en cuenta que hemos rechazado la configuración del delito de administración desleal como un delito de infracción de deber puro, a favor de un criterio mixto (de dominio y de infracción de deber), hay que admitir que no basta con que el sujeto quebrante un deber extrapenal especial (concretado en el deber de proteger el patrimonio de la sociedad) para que sea considerado autor, además debe desarrollar la conducta descrita en el tipo y que de ésta se derive una lesión (o al menos una puesta en peligro) al patrimonio social. Ejemplo: administrador único de una sociedad que tiene una deuda personal que no abona, y que ha sido avalada con bienes de la sociedad.

Según hemos expuesto en el párrafo anterior la conducta delictiva incluida en el artículo 252 CP solo puede ser realizada por el sujeto que tiene la condición exigida en el precepto. Por tanto, la cuestión que procede resolver es si podrá ser calificado como autor directo el sujeto que no reúne los elementos personales exigidos en el precepto. En este momento cabe hacer mención al artículo 31 CP, que permite la extensión de la autoría en los supuestos en los que no concurra en un sujeto “las condiciones, cualidades o relaciones” que requiera el tipo penal –en nuestro caso en el artículo 252 CP– para ser sujeto activo del delito. A través del precepto puede castigarse a los que actúen como administrador de derecho o de hecho de “una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro”. No obstante, creemos que no es necesario recurrir al artículo 31 CP para castigar a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad porque aunque éstos no sean mencionados expresamente en el contenido del artículo 252 CP (como sí lo eran en el derogado artículo 295 CP), se encuentran incluidos tácitamente como posibles autores. La generalidad con la que han sido definidos los rasgos que deben presentar los sujetos activos del delitos de administración desleal permite la calificación como autores de los administradores mencionados. En cambio, el artículo 31 CP sí resulta útil para sancionar supuestos en los que una sociedad ha actuado como administradora de otra sociedad. Debemos recordar que el legislador ha olvidado sancionar expresamente a las personas jurídicas que hayan cometido los hechos delictivos descritos en el artículo 252 CP. Por ello, en el caso de que concurra tal situa-

ción –es decir, que una persona jurídica actúe como administradora de otra–, habrá que recurrir al artículo 31 CP para castigar a la persona física que haya actuado en nombre de la persona jurídica que ha realizado el delito.

B. Autoría mediata

El artículo 28 CP hace alusión en el párrafo primero, tercer inciso, a los que llevan a cabo el hecho “por medio de otro del que se sirven como instrumento”. En este supuesto, el autor (el hombre de atrás) no realiza la conducta típica por sí mismo sino que utiliza a otra persona para poder cometer el ilícito. En relación con la autoría mediata y el delito de administración desleal podemos destacar tres situaciones que concurren cuando: a) el sujeto que dispone de facultades para administrar el patrimonio utiliza a otro que no tiene las cualidades exigidas por el tipo para realizar el delito; b) un sujeto no tiene facultades de administración e instrumentaliza a otro que sí las tiene para que realice la acción típica; c) un sujeto que reúne las condiciones exigidas en el artículo 252 CP para ser autor del delito utiliza a otro que presenta las mismas características con el propósito de que lleve a cabo el hecho delictivo. La particularidad que presenta este último supuesto es que habrá que estar a la implicación material con la que el sujeto con facultades de administrar desempeña su cargo en relación con el patrimonio social. Veamos los tres supuestos mencionados por separado.

En primer lugar, puede darse el caso en el que un sujeto con facultades de administración (*intraenus*) utilice a otro sujeto que no tiene la cualificación especial que exige el tipo penal (*extraneus*). En este supuesto el administrador que realiza el hecho a través de otra persona será castigado como autor mediato. La calificación del sujeto que utiliza a otro para cometer el ilícito no trae aparejada ninguna discusión. Ahora bien, el grado de participación (si es que lo hay) del *extraneus* dependerá de si éste sabía o no qué estaba realizando un acto ilícito. En el caso de que una persona sea un mero instrumento que realiza el tipo objetivo pero no actúa con dolo, la acción que ha ejecutado no generará responsabilidad penal para sí mismo. En cambio, si el sujeto lleva a cabo con voluntad y consciencia una conducta de administración desleal que supone un perjuicio para el patrimonio social, va a ser calificado como partícipe. El *extraneus* podrá ser

partícipe pero nunca autor del delito porque no concurre en él la cualificación especial exigida por el tipo penal.

En segundo lugar, podemos encontrarnos ante supuestos en los que se distinguen el sujeto inidóneo para cometer el ilícito porque no reúne las características requeridas por el delito (*extraneus*) y el sujeto instrumentalizado que sí tiene dichas condiciones especiales (*intraneus*). En el caso de que hubiésemos configurado el delito del artículo 252 CP como un delito de dominio puro, el *extraneus* en el ejemplo citado podría ser calificado como autor mediato. A pesar de que el sujeto no cumple con las existencias personales que exige el precepto, sí tiene el dominio del hecho a través de otra persona que le sirve como instrumento. En cambio, si el delito de administración desleal hubiera sido definido como un delito de infracción de deber en sentido estricto, el *extraneus* no sería considerado como autor mediato. En nuestro caso, que abogamos por la naturaleza mixta del delito del artículo 252 CP, consideramos que cuando *extraneus* instrumentaliza al *intraneus*, el primero será partícipe⁶⁹⁷. Por consiguiente, el *intraneus* que actúa dolosamente y que tiene un deber específico será autor.

Por último, podemos encontrar situaciones en las que tanto el autor mediato como el instrumento son *intranei*. En este caso no habría problema en concretar la calificación de cada sujeto. Ahora bien, si avanzamos un paso más podríamos pensar en qué sucedería si un sujeto con facultades de administración asumidas fácticamente instrumentaliza a otro que de manera formal dispone de las mismas competen-

⁶⁹⁷ Esta es la posición que han defendido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo...*, *op. cit.*, págs. 69, 71, 72, 76; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 320 y 567, en relación con la existencia de delitos especiales con elementos de delitos de infracción de deber y de dominio, y el delito incluido en el artículo 305 CP. Sin entrar a distinguir las argumentaciones expuestas por los autores, ambos determinan que el asesor fiscal no responde como autor porque no tiene un deber específico, que en cambio sí recae sobre el obligado tributario, la conducta del primero solo puede ser valorada desde la participación. Quizás los autores trasladen este ejemplo al artículo 252 CP diferenciando entre el administrador de hecho como *extraneus* y el de derecho como *intraneus*, supuesto que rechazamos (salvo casos excepcionales) porque consideramos que el administrador de hecho es un *intraneus* cuando el administrador de derecho se aparta de la administración (podemos verlo en la tercera, y última opción señalada en el texto principal). Según los autores al sujeto partícipe (*extraneus*) le será de aplicación el contenido del artículo 65.3 CP, para que la pena impuesta sea rebajada, pues al no tener el mismo deber que los autores su pena debe ser menor.

cias. En este caso, no cabe duda de que el administrador que ostenta su cargo en consonancia con los establecido en la Ley de Sociedades de Capital encaja dentro de la figura del *intraneus*. Sin embargo, que el administrador de hecho pueda ser considerado o no *intraneus* dependerá de la implicación material en el desarrollo de las tareas de gestión y administración sobre el patrimonio social. No está en la misma situación el administrador de hecho que se encarga de toda la administración de la sociedad porque el administrador de derecho se aparta de sus gestiones y solo aparece formalmente como administrador; que, el administrador de hecho que aconseja al administrador de derecho sobre cómo debe obrar pero es éste en última instancia quien decide en relación a las asuntos que van afectar a la sociedad, y por consiguiente, al patrimonio social. Entendemos que el primero sí podría ser autor mediato porque responde al concepto de *intraneus*⁶⁹⁸, pero no el segundo que en todo caso (y atendiendo al hecho concreto) podría responder en grado de participación como inductor.

C. Coautoría

El artículo 28 CP, párrafo primero, segundo inciso, expresa que el delito puede realizarse “conjuntamente”. Habrá coautoría en los supuestos en los que en la ejecución de los hechos delictivos intervenga más de un autor. En los delitos de dominio la coautoría puede apreciarse si en la fase de ejecución varios sujetos actúan puestos de acuerdo sobre las tareas que deben llevar a cabo de manera independiente para (en conjunto) alcanzar la comisión del delito; en cambio, en los delitos de infracción de deber no es necesario que exista una “dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio

⁶⁹⁸ Recordemos que en su momento defendimos que el administrador de hecho es una figura idónea para cometer los hechos descritos en el artículo 252 CP. Resumidamente, nuestra argumentación se basó en considerar que en sede de responsabilidad la Ley de Sociedades de Capital equipara la figura del administrador de hecho al administrador de derecho (artículo 236 LSC). Tal circunstancia, conlleva que el administrador de hecho tenga que acatar, para desarrollar correctamente sus funciones, las mismas obligaciones que los administradores de derecho, entre las que se encuentran la de no utilizar las facultades con fines diferentes de aquéllos para los que le han sido concedidas (artículo 228. a) LSC). De tal deber puede extraerse el reconocimiento de la propia LSC de las facultades a los administradores de hecho, entre las que se encuentran (por la posición del su cargo) la administración (en mayor o menor grado) del patrimonio social. Además, las funciones del administrador no siempre tendrán su origen en la ley, podrían tenerlo también en un negocio jurídico.

del hecho”⁶⁹⁹. Entendemos que en los delitos mixtos, se apreciará la infracción del deber extrapenal junto con el dominio común del hecho. En relación con el artículo 252 CP la coautoría se determina cuando varios sujetos en connivencia desarrollan los elementos del tipo penal con el objetivo de que se produzca el resultado consistente en una lesión patrimonial. La conducta realizada por los sujetos mencionados conlleva la infracción de los deberes que vienen impuestos a través de una ley extrapenal. Esta clase de autoría se identifica por ejemplo si varios liquidadores –de común acuerdo e infringiendo sus deberes– realizan un acto de administración desleal que suponga un perjuicio a la sociedad; o también puede apreciarse cuando un administrador solidario prepara el contrato desventajoso para la sociedad, y otro administrador (también solidario) acude a la firma del mismo. Además, puede darse el caso en el que el órgano de administración acuerde realizar la conducta descrita en el artículo 252 CP en perjuicio de la sociedad. En este supuesto, los miembros del órgano colegiado responderán como coautores. Ahora bien, debemos recordar que a pesar de que el órgano de administración emita una decisión común, cada miembro responderá penalmente de los hechos delictivos que haya cometido y en proporción a su grado de participación. De manera que, la responsabilidad penal del administrador que ha cometido la conducta típica no se extiende al resto de administradores que forman parte del órgano de administración⁷⁰⁰.

2.2. Participación

Los artículos 28 CP y 29 CP hacen mención a las posibles formas de participación. En concreto, el artículo 28 CP alude a la inducción y a la cooperación necesaria, y el artículo 29 CP hace referencia a la complicidad.

2.2.1. La inducción

La inducción se aprecia en los supuestos en los que una persona incita a otra para que cometa un delito (artículo 28.a CP). La in-

⁶⁹⁹ ROXIN, C., *Autoría...*, *op. cit.*, págs. 346.

⁷⁰⁰ Hicimos referencia a la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado en Capítulo IV, epígrafe 1.1.1.C.c.a’).

ducción debe ser directa, esto es, dirigida a una persona concreta; y eficaz, ya que debe generar en el inducido la decisión de realizar el delito e iniciar la ejecución del mismo⁷⁰¹. Teniendo en cuenta estas características, podemos subrayar a modo de ejemplo que si un administrador se encuentra enfurecido porque acaba de discutir con el socio mayoritario, y otro administrador le aconseja que tome una decisión que repercuta negativamente en el patrimonio social, no habrá inducción. El último administrador tan solo ha hecho un comentario que no tiene entidad suficiente como para incitar a su destinatario. De otro lado, si un administrador, tras una discusión con el socio mayoritario, está convencido de realizar la conducta ilícita y su compañero (también administrador) tan solo le anima a ello, éste último será cómplice pero no inductor.

Por regla general, el inducido deberá ser un sujeto que disponga de facultades de administración en los términos expresados en el artículo 252 CP, pues si no tiene tales competencias no puede realizar la conducta típica. Ahora bien, ¿el inductor debe reunir también las condiciones personales incluidas en el precepto mencionado? No es obligatorio que el sujeto que hace surgir en otro la decisión de cometer un delito tenga competencias que le faculten para administrar el patrimonio social; en caso de que sí las tuviese, si solo induce es calificado como inductor, y en cambio si interviene en la ejecución del delito su conducta será tratada desde la perspectiva de la autoría pero no de la inducción.

2.2.2. La cooperación necesaria y la complicidad

Cuando hacemos alusión a la cooperación necesaria y a la complicidad nos referimos a diferentes maneras de contribuir a la realización del delito. Mientras que la cooperación necesaria se concreta en la realización de un acto sin el cual el delito no se hubiese efectuado (artículo 28.b) CP); la complicidad se manifiesta mediante un acto que no es esencial para que se produzca la comisión del ilícito (artículo

⁷⁰¹ OLMEDO CARDENETE, M., “Artículos 27...”, *op. cit.*, pág. 310. MELENDO PARDOS, M., “Teoría de la codelinquencia, y II: Participación”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General (AAVV)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 397 y 398: no es necesario que se alcance la consumación del ilícito pero sí al menos que comience su ejecución. La conducta del inductor será punible cuando el inducido haya dado comienzo a la ejecución del delito pero no antes.

29 CP). Para distinguir ambas figuras en relación con el delito de administración desleal en las sociedades de capital podemos pensar en el siguiente supuesto: un administrador pide a su abogado que redacte un contrato en el que se incluyan varias cláusulas que obliguen a la sociedad de la que forma parte a satisfacer elevadas indemnizaciones a la otra parte firmante –que es una sociedad de la que el administrador mencionado es socio– en caso de que concurran unas circunstancias determinadas. El administrador pretende generar las situaciones que dan lugar al cumplimiento de dichas cláusulas para que la sociedad, que se ha obligado, tenga que indemnizar a la otra sociedad de la que es socio. El abogado conoce la maniobra que pretende realizar el administrador, incluso es consciente de que sin su ayuda el administrador no podrá poner en marcha la ejecución del acto ilícito porque no tiene conocimientos jurídicos para redactar el contrato. El abogado, que se encarga de la elaboración del contrato a partir del cual se desarrollará la gestión desleal, ha actuado como un cooperador necesario. En cambio, si quien redacta el contrato es el administrador que pretende ocasionar un perjuicio al patrimonio social que tiene el deber de proteger, y el abogado solo acude a la firma como mero espectador (tomando conocimiento de que se está llevando a cabo una conducta punible), este último será condenado como cómplice.

3. Relaciones concursales

3.1. *Estafa*

Entre el delito de estafa y el delito de administración desleal puede darse un concurso real de delitos. Como ya hicimos alusión en relación con el delito societario, en algunas ocasiones el administrador comete el delito de administración desleal y después el delito de estafa, o viceversa⁷⁰². En otro orden de cosas, el delito de estafa no puede aparecer en concurso de normas con el nuevo delito de administración desleal (hacemos referencia a la relación de los ilícitos desde esta perspectiva a pesar de que fue tratada en el Capítulo II de esta

⁷⁰² Véase la SAP de Madrid de 13 de junio de 2016 (JUR 2016\275878), confirmada en la STS de 29 de junio de 2017 (RJ 2017/4120).

segunda parte de nuestro trabajo). La conducta realizada el administrador que actúa deslealmente es diferente a la que sanciona el delito de estafa. El sujeto que, con ánimo de lucro, engaña a otro para que realice un acto de disposición que determine un perjuicio, no puede a su vez infringir sus facultades de administración excediéndose para causar un perjuicio patrimonial. Se trata de figuras delictivas heterogéneas, que contienen conductas delictivas cuya realización es excluyente. De manera que los tipos penales señalados no pueden realizarse conjuntamente^{703, 704}.

3.2. *Apropiación indebida*

Los problemas concursales existentes entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida han sido constantes. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 el legislador pretende poner fin a las controversias surgidas y lograr una mayor delimitación entre las dos figuras delictivas ubicadas en los artículos 252 y 253 CP. Sin embargo, la estrecha relación que hay entre ambos delitos hace que puedan surgir supuestos en los que resulta difícil establecer una distinción entre ellos, razón por la cual se hace necesario acudir a las reglas concursales.

Antes de hacer mención al tratamiento concursal que se deriva de la concurrencia de los artículos 252 y 253 CP debemos recordar que cuando abordamos el estudio de la relación entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida realizamos una serie de puntualizaciones que ahora deben ser tenidas en cuenta. En

⁷⁰³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden económico (VI): Estafas”, en *Derecho penal. Parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 396.

⁷⁰⁴ Así lo ha expuesto además la SAP de A Coruña de 17 de junio de 2015 (JUR 2015\180107): En el delito de estafa “las exigencias típicas del engaño previo, disposición patrimonial del engañado y perjuicio efectivo, parte objetiva del delito, y de dolo directo de causar un perjuicio, en su componente subjetiva, no se compadecen con la dinámica de la administración desleal societaria. Pues el administrador de una sociedad mercantil no tienen capacidad de disposición de los bienes o intereses económicos de la sociedad como consecuencia de un engaño previo, sino a través de una relación legítima de administración basada en la confianza. Asimismo, el que engaña en el sentido de desleal es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración”. A través de la Resolución se absuelve al sujeto por un delito de administración desleal continuado y un delito de estafa continuado de los que venía siendo acusado.

concreto, hemos defendido que el artículo 252 CP permite castigar al administrador que se apropia de bienes o dinero de la sociedad en los supuestos en los que para realizar dicha apropiación usa indebidamente las facultades de las que dispone para administrar. En caso contrario, el administrador será enjuiciado a través del delito de apropiación indebida del artículo 253 CP. Además, señalamos que cuando el administrador tenga una obligación específica y la incumpla se aplicará el delito de apropiación indebida; en cambio, cuando el administrador tenga discrecionalidad sobre el patrimonio y lo perjudique, habrá cometido la conducta típica descrita en el delito de administración desleal. Por su parte, la jurisprudencia actualmente ha optado por aplicar el criterio del “punto sin retorno”, que venía siendo utilizado antes de la entrada en vigor de la Reforma mencionada para distinguir el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida. Así, el artículo 253 CP se aplica cuando el administrador incorpora definitivamente el dinero que administra a su propio patrimonio, en cambio, si el administrador no tiene ánimo de disponer del patrimonio en perjuicio de la sociedad de manera definitiva opera el artículo 252 CP.

La delimitación entre los artículos 252 y 253 CP resulta de gran ayuda a la hora de aplicar las distintas figuras delictivas contenidas en dichos preceptos. Cuando con posterioridad a la comisión del delito de apropiación indebida se ejecute el delito de administración desleal que causa un perjuicio al patrimonio social puede apreciarse un concurso real de delitos⁷⁰⁵. Así, el sujeto con facultades de administración que se apropia de dinero que había en un cajón de su mesa de trabajo en la fabrica donde se desarrolla la actividad de la sociedad (apropiación indebida) y después acude al banco a solicitar un préstamo que avala con los bienes de ésta (administración desleal) será castigado con las penas correspondientes a cada delito en virtud de lo previsto en el artículo 73 CP. De otro lado, y en relación con el concurso ideal, nos adherimos a la postura tomada por algunos autores que rechazan su aplicación porque consideran que la existencia de una sola acción no puede dar lugar a un concurso de este tipo porque vulneraría el principio de *non bis in idem*. Tal idea se fundamenta en base a que “prescindiendo de posibles peculiaridades no

⁷⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 105 y 106, JUAN SANJOSE, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 250.

sustanciales en la redacción de los respectivos tipos, lo relevante es que la acción es única, el perjuicio también lo es, y la posición específica de administrador es asimismo imprescindible para poder castigar por ambos delitos”⁷⁰⁶.

Sin embargo, los supuestos más conflictivos desde un punto de vista concursal son aquellos en los que es imposible distinguir la concurrencia de los elementos del tipo penal de la administración desleal y de la apropiación indebida porque se cumplen las exigencias de ambos. Esto ocurre normalmente en supuestos en los el administrador se apropia de la totalidad o una parte del patrimonio que administra y resulta complicado delimitar la conducta que ha realizado. Una de las medidas tomadas por la Reforma para evitar que surjan dudas a la hora de determinar qué concurso debe utilizarse para resolver estas situaciones ha consistido en dotar con las mismas penas a los delitos incluidos en los artículos 252 y 253 CP. Con tal equiparación de las penas se pretende que a efectos prácticos sea indiferente la aplicación de un tipo u otro. De modo que afectos penológicos –y aunque la distinción entre la apropiación indebida y la administración desleal fue tratada en otro epígrafe de este trabajo⁷⁰⁷– podría especificarse que el concurso de leyes que surge entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida no repercutirá en la pena a imponer⁷⁰⁸. A pesar de ello, podemos concretar que a nuestro juicio habría un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad contemplado en el artículo 8.1 CP a través del que el precepto especial (art. 252 CP), deroga al general (art. 253 CP)⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Así lo han expuesto: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 107. El autor además subraya que “entre ellos solo existiría la diferencia básica de que en el delito de apropiación indebida la conducta comporta un uso dominical, mientras que en la administración desleal, no”, cuestión que nos parece más discutible. JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 250.

⁷⁰⁷ En concreto en el Capítulo II de esta segunda parte de nuestro trabajo.

⁷⁰⁸ Admiten que existe un concurso de leyes: PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 253; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden económico (VII): Administración desleal. Apropiación indebida. Defraudación de fluido eléctrico y análogas”, en *Derecho penal. Parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 419.

⁷⁰⁹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 253, han considerado que debe aplicarse el principio de especialidad porque el artículo 252 CP “recoge la infracción del deber específico de velar por los intereses administrados, cosa que no hace el artículo 253 CP”. Los autores conciben el delito de administración desleal como un delito de infracción de deber y se apoyan en el conteni-

3.3. *Insolvencias punibles*

Los problemas concursales entre delito de administración desleal del artículo 252 CP y el delito de insolvencias punibles del artículo 259.2 CP se solucionarán a través del concurso de delitos. Entre estos dos preceptos cabe el concurso real y medial. Además, hay supuestos en los que el sujeto con facultades de administración se excede en el ejercicio de éstas y causa un perjuicio patrimonial que conlleva una situación de insolvencia para la sociedad. En este supuesto habrá un concurso ideal de delitos, pues una misma acción dará lugar a dos delitos diferentes.

3.4. *Corrupción entre particulares*

El delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP) está estrechamente ligado al delito de administración desleal. A través de la Reforma de 2015 no solo se modificó el delito de administración desleal sino también el delito de corrupción privada. El artículo 286 bis CP contiene en el apartado primero la corrupción pasiva y en el apartado segundo la corrupción activa. La primera modalidad –la pasiva– castiga al “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad”, que recibe, solicita o bien acepta “un beneficio o una ventaja no justificados de cualquier naturaleza”. Dicha acción la puede ejecutar el sujeto activo por sí mismo o a través de una persona interpuesta. Además, el precepto exige que la realización de la conducta típica se lleve a cabo “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la

do conceptual de esta categoría delictiva para justificar la aplicación del principio de especialidad. En cambio, nosotros llegamos a la misma solución desde un punto de partida distinto, y es que a pesar de que hemos preferido la configuración del delito del artículo 252 CP como un delito mixto también creemos que los deberes específicos de los que dispone el administrador, por su condición, permiten aplicar el principio de especialidad. La cuestión –y aquí es donde diferimos de los autores mencionados– no es que la infracción de dichos deberes especiales solo sea contemplada en el artículo 252 CP y no en el 253 CP, sino que el vínculo existente entre el sujeto activo del administración desleal y el patrimonio que debe administrar es más “intenso” en el artículo 252 CP debido a las fuentes de donde proviene (LSC, los Estatutos Sociales, los Planes de Cumplimiento...); LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 210, expone que en tales supuestos se aplicará el principio de especialidad porque el artículo 253 CP contiene expresamente la palabra “dinero”.

adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. En cambio, la segunda modalidad –la activa– sanciona a quien personalmente o a través de otra persona “prometa, ofrezca o conceda” a los sujetos antes enumerados un “beneficio o ventaja” (para ellos o para un tercero) que no estén justificados e independientemente de la naturaleza que sean, con el objetivo de que le favorezca indebidamente a él o en todo caso a un tercero frente a otros (en concreto, en “la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”).

La figura delictiva contenida en el artículo 286.1 bis CP se aprecia en relación con el delito de administración desleal cuando el sujeto con facultades de administración en una sociedad solicita un beneficio o una ventaja para sí mismo o para un tercero, perjudicando con su conducta el patrimonio social. En este supuesto, puede distinguirse una acción que da lugar a dos delitos. El administrador realiza la conducta descrita en el artículo 286.1 bis CP (que no exige puesta en peligro o lesión al patrimonio del titular al que se encuentra a su servicio) y en consecuencia produce un perjuicio al patrimonio social. En este supuesto existe un concurso medial de delitos⁷¹⁰. Concretamente, podemos hacer alusión al supuesto más habitual de corrupción privada, esto es, al caso conocido como *kick-back*. La práctica de corrupción citada se aprecia cuando el administrador social acuerda con la empresa con la que cierra un contrato que ésta le entregue una comisión para uso personal que, en realidad, se ha deducido del pago que ha realizado su propia sociedad⁷¹¹. Este es el caso de un administrador que compra un solar en el que desarrollará la actividad social por 250.000 mil euros y solicita al vendedor que le abone una comisión de 50 mil euros porque podría haber comprado otros terrenos de la misma calidad por un precio inferior y no lo ha hecho. Algún autor como GILI PASCUAL y JUAN SANJOSÉ han su-

⁷¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 108, no diferencia entre la modalidad pasiva y activa de corrupción pero entendemos que si no lleva a cabo distinción alguna es porque de forma genérica aplica el concurso medial a las distintas modalidades de corrupción en relación con el artículo 252 CP. Igualmente: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII)...”, *op. cit.*, pág. 419, reconoce –de manera general– que en determinados casos se apreciará el concurso mencionado.

⁷¹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., JAKOBS, G., y SHÜNEMANN, B., *La administración...*, *op. cit.*, pág. 136.

brayado que en estos supuestos el concurso existente sería medial y no ideal⁷¹².

Por otro lado, puede ocurrir que el administrador sea el que prometa un beneficio o una ventaja a otro sujeto para que éste a cambio le favorezca de forma indebida a él o bien a un tercero –como puede ser la sociedad– frente a otros. En el primer caso, en el que el administrador obtiene un beneficio para sí mismo a cambio de conceder a otro sujeto una ventaja que conlleve un perjuicio a la sociedad (por ejemplo, ofrecerle una suma de dinero) habrá un concurso ideal de delitos. En el segundo supuesto, el administrador soborna a otro sujeto con el propósito de obtener un beneficio para la sociedad que administra, y para ello utiliza el patrimonio de ésta (por ejemplo, el administrador que ofrece a otro unas vacaciones completas a cambio de que el segundo conceda a su sociedad, cuya actividad social es la construcción, la realización de varias urbanizaciones de lujo). Para concretar la posibilidad de que exista un concurso entre los delitos que venimos tratando antes hay que recordar que en este trabajo hemos defendido que el administrador que utiliza el patrimonio social para realizar un negocio ilícito ha cometido el delito descrito en el artículo 252 CP. De modo que si concurren los hechos expuestos, en los que un administrador utiliza el patrimonio social para sobornar a otro sujeto aun siendo con el objetivo de que la sociedad obtenga un beneficio, habrá un concurso ideal de delitos⁷¹³.

⁷¹² GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 780 y 781; JUAN SANJOSE, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 280. Más extensamente sobre la relación entre el artículo 252 CP y los casos de *kick-back* véase: PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 213 hasta 232, muy resumidamente los autores concluyen en relación con la cuestión expuesta que el cobro de comisiones ocultas perjudica el patrimonio social y por ello, si el autor lesiona “de este modo una expectativa patrimonial jurídicamente garantizada de contratar en mejores condiciones”, comete un delito de administración desleal del artículo 252 CP. Según los autores en estos supuestos el precepto mencionado castiga que no se haya realizado una expectativa de enriquecimiento que ya formaba parte del patrimonio social, pero no que no se hayan alcanzado unas condiciones más satisfactorias en el contrato (págs. 262 y 263).

⁷¹³ GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 780 y 781, manifiesta que el concurso ideal puede apreciarse a partir del concepto personal de patrimonio. También: JUAN SANJOSE, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 280; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 108; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII)...”, *op. cit.*, pág. 419 (véase la puntualización realizada sobre los dos autores últimos mencionados en notas anteriores en relación con el concurso ideal de delitos entre los artículos 252 CP y 286.2 bis CP).

3.5. *Delitos societarios*

A veces el sujeto que administra deslealmente al patrimonio de una sociedad agota también el tipo de injusto incluido en alguno de los delitos societarios (artículos 290 a 294 CP). Cuando anteriormente hicimos mención a las cuestiones concursales más habituales en relación con el derogado artículo 295 CP se trató su posible colisión con el delito de falsificación de cuentas anuales u otros documentos que reflejan la situación jurídica o económica de la sociedad. En concreto, expusimos que podían concurrir dos situaciones que a continuación tratamos más específicamente de lo que se hizo en el momento señalado. En la primera el sujeto con facultades de administración, con la finalidad de ocultar el perjuicio ocasionado al patrimonio derivado de la realización del delito del artículo 252 CP, comete el delito del apartado primero del artículo 290 CP. En caso de que concurren tales hechos se apreciará un concurso real de delitos. En esta situación, que se produzca el acto falsario no influye en el perjuicio que ha tenido que soportar el patrimonio⁷¹⁴. Además, se establecerá la misma solución concursal cuando tras la realización de la conducta desleal se produzca la acción falsaria (apartado segundo del artículo 290 CP) y ésta cause un perjuicio que no provenga del delito de artículo 252 CP⁷¹⁵. En cambio la segunda situación a la que se hizo referencia concurre cuando el administrador falsea las cuentas anuales u otro documento con el objetivo de poder cometer el acto de administración desleal, supuesto que se resolverá a través de un concurso medial⁷¹⁶. La realización de una falsedad –idónea para producir un ulterior perjuicio económico– como medio para que se cometa el delito de administración desleal se resolverá a través de un

⁷¹⁴ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 173.

⁷¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 107 y 108; y JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 300, justifican la posibilidad de aplicar el concurso real con el contenido de la STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014\4219).

⁷¹⁶ Así lo ha expuesto la propia jurisprudencia que ha terminado en la STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014\4219) que “cuando la falsedad en documentos sociales deviene medio de ocultación de una administración fraudulenta, efectivamente se produce un concurso real de delitos. Pero en el acontecer histórico de autor, la falsedad efectivamente sirve para ocultar la concreta disposición realizada; pero a su vez deviene instrumento necesario para realizar las sucesivas disposiciones (...) Por tanto deben calificarse los hechos declarados probados como un delito continuado de falsedad en documentos sociales del artículo 290 inciso final, en concurso medial con un delito continuado de administración desleal del [derogado] artículo 295 CP”.

concurso medial, pero si la falsedad conlleva un perjuicio económico se aplicará el concurso de leyes^{717, 718}.

Además, el delito de administración desleal del artículo 252 CP puede entrar en concurso con el delito de imposición de acuerdos abusivos por la mayoría (artículo 291 CP) o con el delito de imposición de acuerdos lesivos a través de minorías ficticias (artículo 292 CP). De modo que cuando los administradores aprovechándose de su situación dominante en la junta de accionistas o en el órgano de administración impongan un acuerdo abusivo que suponga infringir sus facultades de administración excediéndose para causar un perjuicio patrimonial (es decir, cometer un acto de administración desleal), habrá un conflicto concursal entre el artículo 252 CP y el 291 CP. Este último precepto exige que se cause un perjuicio a los demás socios (se entiende que a los minoritarios), y además que los acuerdos abusivos no reporten beneficios a la sociedad. Cuando el patrimonio lesionado sea el de los socios (que no coincide con el protegido en el artículo 252 CP en los términos que venimos expresando) habrá un concurso medial; mientras que si los patrimonios que han sido lesionados son los mismos en los artículos 252 y 291 CP (esto es, el de la sociedad) podrá apreciarse un concurso de leyes que se resuelve por el principio de consunción, en el que el artículo 291 CP es absorbido por el delito del artículo 252 CP⁷¹⁹. Por otro lado, si se adoptase un acuerdo lesivo por una mayoría ficticia a través de

⁷¹⁷ A partir de la admisión del concurso de leyes hay dos posiciones. La tomada por FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 173, que manifiesta que es preferente aplicar el supuesto concursal que surge entre los artículos 290 apartado primero CP y 252 CP por tres motivos: “porque presenta la ventaja de tutelar la funcionalidad del documento, los patrimonios efectivamente lesionados, y además, los patrimonios individuales puestos en peligro abstracto por la falsedad que no llegaron a ser efectivamente lesionados”. De manera que, si no concurren los elementos del delito de administración desleal en el supuesto concursal mencionado se aplicará subsidiariamente el artículo 290 apartado segundo CP. De otro lado, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 474, indica que deberá ser resuelto a través del principio de consunción, en el que el delito de administración desleal absorbe al falsario.

⁷¹⁸ En este epígrafe, dedicado a la relación concursal entre los delitos societarios y el delito de administración desleal, se hace en varias ocasiones mención a la existencia de un posible concurso de leyes o normas; aunque no sea este apartado el lugar en el que se debe hacer mención a esta relación, se trae aquí a colación porque no se ha tenido oportunidad de tratarla a lo largo de este trabajo y además porque tan solo se incluye un breve apunte sin entrar en consideraciones mayores.

⁷¹⁹ En este sentido: FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 233; BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico

algunas de las conductas incluidas en el artículo 292 CP que consistiese en un acto de administración desleal que conlleve un perjuicio al patrimonio social se aplicará de nuevo un concurso de normas en el que el artículo 252 CP absorbe al 292 CP⁷²⁰.

En relación con el artículo 293 CP que castiga la obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios no podrá apreciarse en algunas situaciones el concurso de leyes en relación con el delito de administración desleal. Mientras que en el artículo 293 CP el sujeto pasivo es el socio, en el artículo 252 CP, cuando se perjudique el patrimonio social, hemos mantenido que es la exclusivamente la sociedad. De manera que solo podrá aplicarse el concurso de delitos⁷²¹. Finalmente, la doctrina se ha manifestado sobre posibilidad de que exista una relación concursal entre el delito de obstrucción a la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras en una sociedad que esté sometida o actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa (artículo 294 CP) y el delito de administración desleal (artículo 252 CP). Para determinar el concurso que puede surgir entre estos delitos hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido en ambos no es idéntico. A través del delito societario se tutela “la claridad y la transparencia que deben observar las sociedades sometidas a supervisión administrativa en sus relaciones con las personas, entidades u órganos inspectores o supervisores”, mientras que en el delito patrimonial que concurre en el ámbito de las sociedades de capital protege –desde la perspectiva aquí estudiada– el patrimonio social. Además, este último delito se configura como un delito de resultado, y en cambio el primero se viene calificando de peligro abstracto⁷²². Todo ello impide la apreciación del concurso de

(XI): delitos societarios”, en *Derecho penal. Parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 494.

⁷²⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 255; además la autora considera que si se ponen en peligro más bienes jurídicos que el patrimonio social que ha sido lesionado a través del delito de administración desleal, se aplicará el 252 CP en relación con la sociedad, y el artículo 292 CP al resto sujetos.

⁷²¹ Igualmente: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 107; BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 497; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 305, especifica que existirá el concurso real o medial (excepto cuando el socio entregue bienes a título de uso –no de propiedad– y la administración desleal sobre los mismos suponga un perjuicio patrimonial).

⁷²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 526 y 527. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 346 y 347.

leyes entre estos ilícitos, y conlleva que solo pueda determinarse el de delitos⁷²³.

3.6. *Malversación de caudales públicos*

Quando “la autoridad o funcionario público” realicen la conducta ilícita descrita en el artículo 252 CP sobre “patrimonio público” se aplicará directamente el artículo 432.1 CP⁷²⁴. Existe un concurso de normas⁷²⁵ en el que precepto especial (artículo 432.1 CP) se aplica frente al general (artículo 252 CP), ya que el primero contiene una serie de circunstancias (concreción del sujeto activo, bien jurídico y objeto material) que le dotan de una mayor exclusividad. En alguna ocasión el sujeto que realiza el acto de administración desleal no puede considerarse autoridad o funcionario público en virtud de las definiciones incluidas del artículo 24 CP, sin embargo el Código Penal asimila aque-

⁷²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 533 y 534. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 346 y 347, la autora –que analiza el concurso entre los artículos 290 y 294 CP, manifiesta que los criterios que utiliza pueden aplicarse al resto de delitos patrimoniales– ha sostenido que puede existir un concurso ideal o real. Este último se aprecia cuando el delito de administración desleal no pueda absorber ni el bien jurídico del delito societario (porque el primero protege un bien jurídico individual) ni el peligro (pues su contenido queda enfocado a la lesión del bien jurídico). En cambio, MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 469 hasta 472, 595 y 596, defiende que cuando el delito del artículo 294 CP se cometa con el propósito de ocultar o encubrir uno o varios delitos que hayan sido ejecutados con anterioridad, únicamente se condenará por los últimos pero no por la realización de la conducta típica del delito societario del artículo 294 CP. Además, el autor puntualiza que, “podrá apreciarse un concurso aparente de normas, cuando sean diversos los autores del delito previo que trata de ser encubierto y el que, en su caso, sea descubierto con ocasión de la actividad supervisora o inspectora negada o impedida; concurso que debería resolverse, en lo que alcanzamos de ver, a través del principio de especialidad previsto en el artículo 8.1º, a favor del ilícito tipificado en el artículo 294 CP, desplazando, en consecuencia, la aplicación del delito de encubrimiento del apartado 2.º del artículo 452 CP. Dicha conclusión operaría en sentido *contratio* cuando los autores del encubrimiento lo fuesen de algunos de los enumerados en el artículo 454 CP”.

⁷²⁴ El legislador de la LO 1/2015 señaló en el Preámbulo (XV) de la misma que: “La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación de destino de los mismos”.

⁷²⁵ Por los mismos motivos que se ha expuesto en notas anteriores, pero en este caso en relación con los delitos señalados en el texto principal, se hace referencia en este epígrafe al concurso de normas.

llos a éstos con el propósito de enjuiciarlos a través del contenido del artículo 432.1 CP y no de de manera directa mediante el artículo 252 CP⁷²⁶. De modo que se aplicarán las penas previstas para autoridades y funcionarios públicos que cometan el delito de administración desleal a sujetos que no ostentan tal condición según las normas penales. Así, recurriremos al artículo 432.1 CP si el acto de administración desleal es cometido por administradores o depositarios de dinero, bienes embargados, secuestrados o depositados, independientemente de que los propietarios de éstos sean particulares (artículo 435.3 CP); o bien, si la conducta de administración desleal ha sido realizada por administradores concursales en relación con la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores (artículo 435.4 CP)⁷²⁷.

3.7. *Delito continuado y delito masa*

El delito continuado regulado en el artículo 74.1 CP puede admitirse en relación con el artículo 252 CP. El sujeto con facultades de administración realiza varias conductas delictivas, que por separado representan el tipo penal del delito de administración desleal. La pluralidad de acciones que perjudican el patrimonio social se realiza en un corto espacio de tiempo. Durante este lapso temporal, el administrador que ejecuta cada uno de los delitos no tiene por qué perjudicar siempre al patrimonio en una cuantía mayor de cuatrocientos euros, también puede ser de menos cantidad. De manera que las acciones que realice dicho sujeto podrán suponer la consumación del delito de administración desleal del tipo básico o bien del tipo atenuado o incluso de ambos. El delito continuado se entiende cometido por ejemplo en el caso de que un administrador pague facturas mensuales durante un año a una empresa por la prestación de servicios que no se han realizado. En este supuesto el sujeto acti-

⁷²⁶ Es lo que se conoce como malversación impropia. Como indica: MIR PUIG, C., “La malversación...”, *op. cit.*, pág. 229: “no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio”.

⁷²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII)...”, *op. cit.*, pág. 419, en concreto ente el artículo 252 CP y los artículos 432, 435.3 y 4 CP. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 106; GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 780, señala también que los preceptos mencionados tendrán aplicación preferente en el concurso normativo.

vo no ha cometido doce delitos de administración desleal sino uno continuado.

Además, el artículo 74.2 CP regula el delito masa, que acaece cuando se ha perjudicado a una generalidad de personas. A diferencia del delito continuado, la figura del delito masa queda excluida en el delito de administración desleal en los términos en los que venimos tratándolo. La razón deriva de que uno de los requisitos del delito masa es que afecte a un grupo indeterminado de personas, por lo que tal exigencia no se cumple en relación con el contenido del artículo 252 CP. Cuando el artículo 74.2 CP hace referencia a “personas” se entiende que son personas físicas, y nosotros hemos determinado que, cuando el delito del artículo 252 CP tiene lugar en el ámbito de las sociedades de capital y se perjudica el patrimonio social, el único sujeto pasivo del artículo es una persona jurídica (la sociedad).

VI. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

1. Consideración inicial

Una vez que se ha comprobado la existencia del delito de administración desleal en relación con unos hechos, habría que determinar cuál es la respuesta penal a la realización de la conducta prohibida. Sin embargo, antes de concretar la pena, hay que observar si concurre alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. El Código Penal hace mención a una serie de circunstancias que han sido definidas como “situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor”⁷²⁸. De modo que la presencia de estas situaciones o circunstancias se tendrá en cuenta en la medición de la pena. En concreto, cuando se haya identificado si hay una, ninguna o varias circunstancias modificativas (atenuantes o agravantes), se aplicará el artículo 66 CP⁷²⁹ al marco

⁷²⁸ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 510.

⁷²⁹ No hacemos referencia al artículo 66 bis porque el CP no ha contemplado la posibilidad de que la personas jurídicas que realizan el delito de administración desleal tenga responsabilidad penal.

punitivo al que alude el precepto que recoge el delito de administración desleal (que en este caso remite a los artículos 249 y 250 CP⁷³⁰). De esta manera, se determinará una nueva horquilla penológica dentro de la que nos moveremos para imponer una pena mayor o menor al sujeto que ha realizado el delito de administración desleal o que ha intervenido en la ejecución del mismo.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal están previstas en los artículos 21 (atenuantes), 22 (agravantes) y 23 (mixta) del Código Penal y son aplicables a todos los delitos sin exclusión. A continuación, vamos a poner en conexión los artículos mencionados con el delito de administración desleal del artículo 252 CP.

2. Circunstancias atenuantes

El Código Penal recoge en el artículo 22 CP las circunstancias que suponen una atenuación de la pena. A pesar de que cualquiera de las circunstancias descritas en el precepto señalado pueden aplicarse en el delito del artículo 252 CP nos centramos –por considerarlas de mayor interés en relación al delito que estudiamos– en el contenido de las atenuantes de confesión de la infracción (artículo 21. 4ª CP), de reparación del daño (artículo 21.5ª CP) y también de dilaciones indebidas (artículo 21.6ª CP).

El artículo 21.4ª CP permite la atenuación de la pena si el culpable ha confesado la infracción penal a las autoridades. Para apreciar la concurrencia de esta atenuante el precepto exige que la confesión se realice antes de que el culpable conozca que el procedimiento se dirige contra él. A modo de ejemplo: se aplicaría la circunstancia modificativa del artículo 21.4ª CP en el supuesto en el que un administrador que concede un préstamo a otro sujeto sin fijar a cambio ningún interés, acude tras unos meses a la policía para confesar que ha realizado una conducta que está perjudicando a la sociedad de la que es administrador. En cambio, si el administrador confiesa que ha cometido el delito del artículo 252 CP tras haber recibido una citación

⁷³⁰ Con el objetivo de evitar confusiones hay que señalar que el artículo 250 CP incluye una serie de circunstancias que en el caso de concurrir dan lugar a un subtipo agravado o superagravado, y que no excluyen la posible aplicación de las circunstancias modificativas genéricas a las que se hace referencia en el texto principal: MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 401.

del juzgado como imputado por un delito de administración desleal, no se podrá aplicar la atenuante mencionada⁷³¹.

También prevé el Código Penal como circunstancia atenuante la reparación del daño que se ha ocasionado a la víctima o al menos la disminución de sus efectos (artículo 21.5ª CP) –por ejemplo, la restitución de una cantidad de dinero de la que se había apropiado el administrador en el desarrollo de sus facultades de administración–. El párrafo que recoge la atenuante permite al sujeto que ha cometido la infracción reparar el daño antes de que se celebre el juicio oral. Por tanto, la atenuante de reparación del daño no será efectiva durante todo el procedimiento, quedando vedada su aplicación una vez que se ha iniciado el juicio oral o durante el transcurso del mismo⁷³².

A pesar de que tanto el artículo 21.5ª CP como el artículo 110 CP hacen mención a la reparación del daño, cada precepto lo hace desde una perspectiva diferente. En el primero, la reparación del daño se produce de forma voluntaria y antes de que se celebre el juicio oral; en cambio, en el segundo, dicha reparación es obligatoria porque proviene de una resolución judicial –independientemente de si caben recursos contra la misma– y además se conoce una vez finalizado el juicio oral. Recuérdese que tras la celebración del juicio oral, y si la víctima del delito ha sido a su vez perjudicada civilmente y ha ejecutado la acción civil correspondiente, puede condenarse al sujeto que ha realizado la infracción penal a que repare el daño ocasionado. La sentencia dictada por el Tribunal puede incluir dicha reparación del daño en concepto de responsabilidad civil derivada del delito (artículos 110 y 112 CP).

Finalmente, el artículo 21.6ª CP permite la atenuación de la pena cuando exista una “dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de procedimiento”. Para que esta circunstancia pueda aplicarse es necesario que concurren varios requisitos: el primero, que la dilación tenga carácter extraordinario e indebido; el segundo, que no sea atribuible al propio inculcado; y por último, que falte la proporción

⁷³¹ MELENDO PARDOS, A., “La punibilidad como elemento del delito”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 689, manifiesta que la jurisprudencia ha determinado que estamos ante un procedimiento judicial cuando existen diligencias policiales, mientras que la doctrina ha defendido que exista un resolución judicial que dé lugar al comienzo del procedimiento.

⁷³² *Ibidem*.

con la complejidad de la causa⁷³³. Si tales exigencias se cumplen se podrá afirmar que el procedimiento se ha alargado o paralizado más de lo razonable por causas derivadas del órgano judicial. También serán relevantes, a la hora comprobar si hay dilación del proceso, “las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante”⁷³⁴. A pesar de que haya que estar a cada supuesto en concreto para observar si realmente puede interpretarse como pertinente o no la atenuante de dilaciones indebidas, hacemos alusión a modo de ejemplo a varias sentencias en las que se pone en consonancia la teoría expuesta en este párrafo con el delito de administración desleal. En concreto, en la Sentencia de 3 de junio de 2014 (RJ 2014\4219) el Tribunal Supremo determinó que no podía aplicarse la atenuante de dilaciones indebidas porque la demora en el proceso era atribuible al acusado, ya que éste suspendió tres veces el juicio oral por enfermedad de su letrado. El juicio podría haber sido celebrado en 2011 pero se celebró más de dos años después. Ante tal situación, la Resolución dispone que no pueden apreciarse dilaciones indebidas porque éstas no existen cuando el juicio oral deba suspenderse por enfermedad del acusado o de su letrado. Tampoco se reputaron dilaciones indebidas –pero apoyándose en otra justificación– en la STS de 2 de junio de 2016 (RJ 2016\3098), que rechaza la aplicación de la atenuante muy cualificada del artículo 21.6^a CP aunque la instrucción se extendiera cuatro años. Según el Tribunal la causa era muy compleja y se invirtió en ella un plazo razonable. En cambio, la misma Sentencia sí apreció la atenuante simple respecto a la tramitación de juicio oral, pues la causa fue remitida por error a un juzgado equivocado, lo que conllevó la paralización del proceso durante un año y cuatro meses. Por último, hacemos mención a la SAP de Sevilla de 14 de abril de 2015 (ARP 2015\1123) que aplica

⁷³³ Así lo expone la STS de 13 de diciembre de 2012 (RJ 2013\23). En cambio, la STS de 2 de junio de 2016 (RJ 2016\3098) considera que el último requisito mencionado en el texto principal “se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante”.

⁷³⁴ STS de 2 de junio de 2016 (RJ 2016\3098).

la atenuante de dilaciones indebidas por haber transcurrido casi diez años “desde el inicio de las actuaciones hasta la celebración del juicio y el dictado de la sentencia”⁷³⁵.

3. Circunstancias agravantes

Las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal se encuentran reguladas en el artículo 22 CP. No todas las agravantes que se incluyen en dicho precepto tienen aplicación práctica en relación con el delito de administración desleal, o en caso de tenerla raramente se apreciarían. En concreto, nos referimos a la agravante de alevosía (artículo 22.1^a CP⁷³⁶), disfraz, abuso de superioridad, aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente (artículo 22.2^a CP), comisión del delito por alguno de los motivos descritos en el artículo 22.4^a CP⁷³⁷, ensañamiento (artículo 22.5^a CP), y prevalimiento del carácter público (artículo 22.7^a CP). Sin embargo, hay otras agravantes que probablemente concurren con mayor habitualidad en relación con el artículo 252 CP; en concreto, la agravante por precio, recompensa o promesa (artículo 22.3^a CP) y reincidencia (artículo 22.8^a CP). Por su parte, la agravante de abuso de confianza (artículo 22.6^a CP) merece una mención especial debido a la cercanía de su contenido con el delito patrimonial que estudiamos.

⁷³⁵ En las dos últimas sentencias citadas la condena que se impone es por un delito de apropiación indebida, sin embargo, las tomamos como ejemplos porque en ellas se discute detenidamente si los hechos que se enjuician casan en el contenido del delito de administración desleal o de apropiación indebida o en ambos. En concreto, en la Sentencia de 2016 la defensa mantuvo que los hechos ocurrieron antes de 2015, y que hasta dicha fecha no había delito de administración desleal cuando este concurría entre particulares a lo que el TS contestó: “es patente que en el caso que se juzga estamos ante un supuesto de apropiación indebida en la modalidad de administración o gestión desleal entre particulares, que, en contra de lo que sostiene la defensa, sí estaba penado antes de la reforma”. Por su parte, en la de 2015 determina el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida y aplica este último en virtud de lo expuesto en el artículo 8.4 CP. Por lo que, teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que estas sentencias pueden tomarse como referencia.

⁷³⁶ El precepto además exige expresamente que la agravante se aplique solo en delitos contra las personas.

⁷³⁷ En concreto “por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

La circunstancia agravante recogida en el artículo 22.3^a CP alude al supuesto en el que el hecho delictivo se realice mediante precio, recompensa o promesa. La jurisprudencia ha determinado que para que se pueda apreciar la agravante de precio o recompensa es necesario que ésta se presente “claramente como el motor de la acción criminal”. En concreto, existirá la agravante mencionada cuando: “a) en cuanto a la actividad, el recibo o promesa de una merced de tipo económico para la ejecución del hecho delictivo; b) en cuanto a la culpabilidad, que el precio influya como causa motriz del delito, mediante el “pactum sceleris” remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio; y c) en cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela”⁷³⁸. A pesar de que ha sido muy discutido el ámbito de aplicación del artículo 22.3^a CP, finalmente se ha admitido que tan solo se apreciará respecto al autor del delito, pero no en relación con el sujeto que realiza el ofrecimiento del precio, recompensa o promesa pero no ejecuta el hecho delictivo⁷³⁹.

Por otra parte, la reincidencia existirá “cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”; sin embargo, “no se computarán los antecedentes penales cancelados o los que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves” (artículo 22.8^a CP⁷⁴⁰). Trasladando lo anterior al conteni-

⁷³⁸ STS de 12 de marzo de 2012 (RJ 2012\4643) y STS de 2 de abril de 2014 (RJ 2014\2563).

⁷³⁹ MELENDO PARDOS, A., “El delito como conducta reprochable, IV: La graduación de la culpabilidad”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General (AAVV)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 668. La STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002\10240) justifica: “se ha erradicado la apreciación de la agravante de «precio, recompensa o promesa al inductor» por respeto al principio «non bis in idem»”. Véase también: SAP de Córdoba de 2 de abril de 2014 (ARP 2015\409), y SAP de Alicante de 16 de diciembre de 2015 (ARP 2016\710), que recuerda que la jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme al abordar la naturaleza de la agravante.

⁷⁴⁰ El artículo 66.5 CP contempla la posibilidad de la reincidencia múltiple “Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

do del artículo 252 CP entendemos que la reincidencia se apreciará cuando el administrador que infrinja, excediéndose, sus facultades de administración y cause un perjuicio al patrimonio administrado, habiendo cometido con anterioridad un delito que reúna dos requisitos: que esté incluido en el Título XIII (“De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”), y además que tenga la misma naturaleza que el delito de administración desleal. Cuando el precepto utiliza la expresión “misma naturaleza” se hace referencia a una identidad doble: respecto al bien jurídico protegido, y en relación con el modo de ataque que ha sufrido aquél⁷⁴¹. De forma que, no solo habrá que tener en cuenta que el administrador haya menoscabado el mismo bien jurídico sino además la conducta desplegada para lesionar el patrimonio.

Por tanto, si tomamos en cuenta lo expuesto anteriormente no podría aplicarse la agravante de reincidencia entre la estafa y el delito de administración desleal, ya que a pesar de que ambos ilícitos se encuentran ubicados bajo el mismo Título (XIII) y protegen el mismo bien jurídico (el patrimonio), presentan diferencias a la hora de concretar el medio comisivo que emplean para menoscabar el bien jurídico. En la estafa se utiliza el engaño como requisito indispensable, mientras que en el delito de administración desleal es el abuso de confianza. Por lo tanto cada ilícito tiene sus propios elementos: el delito de administración desleal no requiere el engaño; en cambio, en el delito de estafa no tiene presencia el componente de la deslealtad⁷⁴².

Dejando a un lado el delito de estafa, creemos que el supuesto que más interesa traer a colación aquí es la posible aplicación de la agravante de reincidencia en los casos en los que un sujeto comete una apropiación indebida y con posterioridad una administración desleal (o en orden inverso). En tal situación se aprecia la primera exigencia del artículo 22.8^a CP, es decir, que ambos ilícitos formen parte del mismo Título del Código. Sin embargo, es más dudosa la

⁷⁴¹ SAP de Las Palmas de 11 de junio de 2012 (JUR 2012\295482).

⁷⁴² Utilizamos como referencia la STS de 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010\9001), que inadmitió la posibilidad de aplicar la agravante de reincidencia en relación con el delito de estafa y el delito de apropiación indebida porque no tenían la misma naturaleza. En concreto el Tribunal determinó que ambos delitos son heterogéneos porque hay una diferencia esencial en el modo concreto en el que se produce el ataque al bien jurídico protegido en cada figura delictiva.

admisión del requisito relativo a la protección del mismo bien jurídico. La defensa del patrimonio a través de la tipificación del delito de administración desleal es indiscutible, sin embargo, se debate sobre la identificación y concreción del bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida. En general, se ha determinado que el artículo 253 CP protege la propiedad (cuando el objeto sean bienes muebles), pero también un derecho de crédito (en el caso del dinero)⁷⁴³. De modo que la agravante de reincidencia no podría aplicarse en relación con los artículos 252 y 253 CP porque no se refieren al mismo bien jurídico⁷⁴⁴. No obstante, las conductas delictivas incluidas en tales preceptos sí presentan la misma forma de menoscabar sus correspondientes bienes jurídicos, a través del abuso de confianza. Además, los delitos de administración desleal y apropiación indebida presentan una similitud más, y es que debemos recordar que durante años el delito ubicado actualmente en el artículo 253 CP fue utilizado para sancionar comportamientos de administración desleal. De manera que se castigaba a través de un precepto que no protegía exclusivamente el patrimonio –apropiación indebida– una conducta que en el Código Penal actual salvaguarda el patrimonio –administración desleal–. Recapitulando, a pesar de que la agravante de reincidencia no puede ser formalmente aplicada entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida porque protegen bienes jurídicos diferentes, la proximidad de las conductas que castigan, que en algunas ocasiones resultan imposibles de deslindar, podría conllevar la aplicación de la agravante mencionada en casos muy concretos.

Finalmente, hacemos mención expresa a la agravante de abuso de confianza recogida en el artículo 22.6^a CP. Dicha circunstancia carece de aplicación en relación con el delito del artículo 252 CP, pues

⁷⁴³ Informe del Consejo Fiscal de 2012, pág. 237.

⁷⁴⁴ Sobre este particular nos hemos pronunciado en el epígrafe referido al objeto material del delito, siendo una cuestión controvertida ya que la diferenciación en torno al bien jurídico de ambas figuras no es histórica sino reciente. La “nueva” sistemática, tendente a separar los conceptos de patrimonio y propiedad como bienes jurídicos a proteger, nos lleva a la imposibilidad de aplicar esta agravante sobre la base de un argumento de técnica jurídica. Al respecto, dudamos si tiene sentido la aplicación de este criterio en supuestos que hasta no hace mucho se castigaban mediante la misma figura. La naturaleza de ambos delitos, aunque distinta en lo estrictamente relativo al bien jurídico, quizá no sea tan diferente como para limitar la agravante de reincidencia, en una restricción que parece más artificial que racional.

queda absorbida “por la propia deslealtad” que ya trae aparejada la realización de la conducta ilícita⁷⁴⁵.

4. Circunstancia mixta de parentesco

En el artículo 23 CP se regula la circunstancia mixta de parentesco que tiene aplicación como agravante o atenuante. Ahora bien, debemos tener en cuenta que a pesar de que el artículo 23 CP admite la atenuación de la responsabilidad criminal, el artículo 268 CP contiene una excusa absolutoria de parentesco que en general permite que se exima penalmente al responsable por delitos patrimoniales siempre que no se aprecie violencia o intimidación. Ahora bien, la cuestión que debe tratarse es si en los supuestos en los que un sujeto con facultades de administración realiza el delito de administración desleal y perjudica el patrimonio social cabe la aplicación de los preceptos mencionados. En concreto, y como se ha analizado en el epígrafe apropiado, el artículo 268 CP no puede ser aplicado conforme al contenido del delito de administración desleal en el marco de las sociedades de capital desde la perspectiva que lo venimos estudiando. De manera que, es conveniente acudir a los argumentos expuestos sobre tal cuestión, ya que la argumentación dada para justificar la inaplicabilidad del artículo 268 CP puede utilizarse para rechazar la aplicación del artículo 23 CP en el supuesto expuesto^{746, 747}.

VII. PENALIDAD

1. Apartado primero del artículo 252 del Código Penal. Tipo básico y tipos agravados

El nuevo delito de administración desleal presenta una penalidad diferente a la del suprimido del artículo 295 CP. El derogado delito societario determinaba la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, mientras que el

⁷⁴⁵ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 401.

⁷⁴⁶ *Ibidem.*

⁷⁴⁷ Sobre la posible aplicación del artículo 268 CP, ver en la Parte Segunda de este trabajo el Capítulo VIII. Especial referencia a la excusa absolutoria del artículo 268 CP en el ámbito de las empresas familiares.

nuevo delito de administración desleal establece las penas previstas para el delito de estafa en su modalidad básica (artículo 249 CP) y también en la agravada (artículo 250). La decisión del legislador de sancionar el delito del artículo 252 CP con las mismas penas que el delito de estafa fue mantenida durante toda la tramitación parlamentaria de la reforma que finalmente entró en vigor el 2015⁷⁴⁸.

En concreto, el tipo básico del delito de administración desleal (artículo 252.1 CP) se sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años. Para la fijación de la pena habrá que aplicar el baremo de valoración previsto en el artículo 249 CP que hace referencia a: “el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”⁷⁴⁹.

La pena impuesta en el artículo 252 CP no solo coincide con la del delito de estafa sino también con la del delito de apropiación indebida. A través de la identidad de punitiva de ambos ilícitos el legislador pretende que, si el nuevo contenido de los delitos de administración desleal y apropiación indebida no es suficiente para diferenciar cada tipo delictivo, no surjan problemas de nuevo a la hora de tener que fijar la pena. Así, se ha renunciado a asignar a cada delito una pena acorde con el desvalor de la conducta, primando la idea de evitar

⁷⁴⁸ En cambio el Proyecto de 2007 castiga el tipo genérico de administración desleal con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio; y el delito societario de administración desleal con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del perjuicio causado e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio. Por tanto, el delito societario propuesto a través del Proyecto de 2007 mantenía la pena de prisión y pena de multa alternativas ya incluidas en el delito societario introducido en 1995, y además añadía la inhabilitación para el ejercicio de la industria o comercio.

⁷⁴⁹ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 787, propone la eliminación de la remisión al delito de estafa y elabora un precepto similar al artículo 249 CP pero ajustado a la tipificación del delito de administración desleal. En concreto el autor, que castiga a los reos del tipo básico de administración desleal con la pena de prisión de uno a tres años, considera que para fijar la pena deberá tenerse en cuenta: “la cuantía de lo defraudado y el quebranto económico ocasionado a los perjudicados, los medios empleados y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad en la infracción. Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de tres a doce meses. En ningún caso se consideraran de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad defraudada fuese superior a seis mil euros”.

conflictos en relación con la aplicación de la sanción que corresponda⁷⁵⁰. No obstante, no podemos perder de vista que en realidad el artículo 252 CP sanciona al administrador que infringe sus facultades administrando deslealmente el patrimonio que gestiona (y del que se apropiará en algunas ocasiones) y el artículo 253 CP castiga al sujeto que se apropia de un bien que ha recibido a través de un título legítimo que genera una obligación de entrega o devolución. En el delito de apropiación indebida que se produzca la apropiación y el perjuicio patrimonial es fundamental para que concurra el ilícito; en cambio, en el delito de administración desleal solo es presupuesto el perjuicio al patrimonio del principal pero no su apropiación. A este respecto, no compartimos los motivos por los que el legislador ha tipificado con la misma pena el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. Entendemos que ha dejado su labor a medias, ya que no ha asignado a los artículos 252 y 253 CP unas penas proporcionales al desvalor que contienen. Por tanto, y a pesar de la operatividad de la medida, nos sorprende que se haya determinado la misma pena para los dos ilícitos⁷⁵¹. En contra de lo defendido por una parte de la doctrina⁷⁵², creemos que el artículo 252 CP debería

⁷⁵⁰ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 779, sin embargo el autor también señala que la equiparación penológica entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida supone una “notable simplificación”. En el mismo sentido: LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio... (P.E.)*, *op. cit.*, pág. 200.

⁷⁵¹ Por su parte, ROSO CAÑADILLAS, R., “Las relaciones...”, *op. cit.*, pág. 85, manifiesta (haciendo alusión al Proyecto de 2013) que el legislador ha “escarmentado” de los problemas penológicos que se derivaban de la aplicación de delito de administración desleal y apropiación indebida, y “aplaude” la decisión del legislador de determinar la misma pena para ambos ilícitos. Además a JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 232, le parece acertada la solución punitiva del legislador a los problemas que venían concurriendo en relación con el delito societario de administración desleal. El autor cree que aunque esta nueva situación va a dar lugar a problemas interpretativos, también va a facilitar en gran medida los conflictos anteriores. En cambio, CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 3, manifiesta que el delito de administración desleal tendría que incluir directamente las penas que pueden aplicarse al sujeto que lo ha cometido porque los artículos 249 y 250 se refieren a situaciones específicas del delito de estafa que pueden no tener cabida en el delito de administración desleal.

⁷⁵² QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 232. Considera que es un decisión equivocada igualar las penas de los ilícitos mencionados en el texto principal. En concreto, el autor defiende que el delito de apropiación indebida debería contener una pena más grave porque recoge las conductas de auténtica apropiación definitiva. Además, añade— no todos los supuestos de deslealtad deberían ser “tipificables” como delito de administración desleal. También MARTÍNEZ-BUJÁN

haber contenido un marco penológico más amplio que el artículo 253 CP o haber introducido –como hemos propuesto– la redacción de un primer apartado, en el que se castigase la administración desleal en sentido básico y un segundo apartado en el que se sancionase lo que hemos denominado como “apropiación desleal” en el que se sancionen las conductas de administración desleal que conllevan una apropiación. Si consideramos que el delito de administración desleal castiga conductas no apropiatorias pero además en algunas ocasiones aquellas en las que existe apropiación, entendemos que la pena no puede ser equiparada a la del delito de apropiación indebida que sanciona exclusivamente comportamientos en los que el sujeto activo se ha apropiado de un bien. En el delito de administración desleal el sujeto infringe sus poderes de administración pero no siempre se apropia de un bien, es decir, no modifica su propio patrimonio o el de otro sujeto; en cambio, en el delito de apropiación indebida el bien pasa a formar parte del patrimonio del sujeto que realiza la acción o de un tercero⁷⁵³. En este sentido, la Reforma debería haber individualizado la pena de cada ilícito, ya que el tipo de injusto contenido en el delito de apropiación indebida y en el delito de administración desleal no tienen la misma gravedad.

Dejando a un lado la relación entre las penas previstas en los delitos de apropiación indebida y de administración desleal continua-

PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 111, manifiesta que las penas del delito de administración desleal deberían ser inferiores a las concretadas para el delito de apropiación indebida porque en el primer delito mencionado no deben quedar incluidas las conductas apropiatorias, únicamente los usos ilícitos no dominicales. El autor en la pág. 104, ha manifestado que el delito de apropiación indebida de *lege lata* es más grave que el de administración desleal, porque el primero sanciona los actos preparatorios (tal y como indica el artículo 269 CP) y el segundo no (este extremo es mencionado por MIR PUIG, C., “La malversación...”, *op. cit.*, págs. 221 y 222; CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, págs. 771 y 772, basándose en el texto del Anteproyecto de 2012 critican que las penas previstas para el tipo básico del delito de administración desleal se equiparaban a las incluidas en los delitos de estafa y apropiación indebida, aun cuando el primero contemplaba el ánimo de lucro como una agravación y en cambio los otros dos ilícitos ya lo sancionan en el tipo básico. Con lo que, en general, la administración desleal iba a ser mayor. De tal forma que los autores abogan por la inclusión de una pena mayor para el delito de apropiación indebida o estafa porque en ellos hay apropiación, pero no en la administración desleal. Ante tal situación NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 799 determinó que en realidad la equiparación de penas solo era “un espejismo”.

⁷⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 232.

mos analizando las penas a las que se remite el artículo 252.1 CP. Como hemos expuesto, el delito de administración desleal utiliza para sancionar a los sujetos que cometan la conducta típica las penas incluidas en el artículo 249 CP y también las del artículo 250 CP cuando concurra una o más de los eventos previstos en el mismo. En este último supuesto se crea un tipo agravado de administración desleal castigado con la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis doce meses (artículo 250.1 CP), y otro hiperagravado que recoge la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses (artículo 250.2 CP).

La mayoría de la doctrina ha criticado la remisión a los tipos agravados del delito de estafa incluidos en el artículo 250 CP. Este último precepto recoge una serie de circunstancias que están previstas para operar en relación con el delito de estafa, lo que conlleva que algunas no puedan aplicarse conforme a lo estipulado en el artículo 252 CP porque son incompatibles⁷⁵⁴. En nuestra opinión, el legislador debía haber obrado aquí de forma diferente, seleccionando qué agravaciones pueden aplicarse al delito de administración desleal y haberlas incluido expresamente en el artículo 252 CP sin tener que remitir al artículo 250 CP. La pena del delito del artículo 252 CP debería ser individualizada atendiendo al desvalor de su conducta –como hemos

⁷⁵⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 588 considera que la remisión a los tipos agravados de estafa “solo sirve a una económica legislativa inoperante y, en consecuencia, crea distorsiones”; RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 537, algunas circunstancias no tienen sentido para el delito de administración desleal; JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 231, algunas de las conductas que agravan la pena no podrán ser aplicadas por “una razón fáctica” al delito de administración desleal; LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...* (P.E.), *op. cit.*, pág. 200: considera que el legislador prefiere renunciar a la aplicación de algunas agravaciones propias de la estafa a cambio de imponer al delito de administración desleal la misma pena que el delito de apropiación indebida para así evitar que ambas figuras colisiones; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 111, entiende que el delito de apropiación indebida tiene que tener una pena mayor porque debe incluir las conductas apropiatorias, no debería ser igualado al delito de administración desleal. Por esta razón, el autor considera que las circunstancias recogidas en el artículo 250 CP carecen de sentido en el delito de administración desleal. También NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 800, resalta que algunas agravaciones del artículo 250 CP no podrán aplicarse y demanda que el delito de administración desleal tenga sus propias agravaciones (que propone –en relación con el texto del Anteproyecto de 2012– en las págs. 787 hasta 789). Además, alude a que solo podrán aplicarse cuando sean compatibles CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, págs. 207 y 208.

defendido anteriormente– y además se podrían haber introducido en dicho precepto las agravaciones idóneas en relación con la conducta de administración desleal.

Para distinguir cuáles de estas situaciones tendrían cabida respecto del delito de administración desleal, con el objetivo de facilitar la aplicación de los tipos agravados (porque de *lege ferenda* no todas ellas serán incluidas), hacemos mención a las distintas agravaciones comprendidas en el artículo 250 CP. En concreto, la aplicación de las circunstancias 1ª y 3ª es posible⁷⁵⁵. La primera hace mención a que el delito recaiga sobre “cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”. La agravaciones se refieren en términos generales a cosas que sean indispensables para la víctima que soporta la conducta ilícita. Teniendo en cuenta que aquí analizamos el delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital, entendemos que la agravación 1ª podría aplicarse cuando el artículo 252 CP recaiga sobre bienes que formen parte del patrimonio de la empresa y que sean esenciales para que ésta pueda llevar a cabo su actividad social. Incluso podríamos pensar que cuando la agravación se refiere a la vivienda, ésta podría equipararse al local principal donde se desarrolla la actividad de la sociedad o incluso donde la misma tenga domicilio en los términos establecidos en el artículo 9 LSC. Tal aproximación –que podría no tener cabida analizando cada concepto de manera estricta– es un intento de adaptar el artículo 250.1 CP –siempre respetando el principio de legalidad– a las situaciones que pueden presentarse en torno al delito de administración desleal. El inciso 3º alude al supuesto en el que la conducta “recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico”. Esta agravación tendrá cabida cuando el patrimonio social esté constituido por alguna de las clases de patrimonio a las que alude expresamente la agravación.

También tendrían aplicación respecto al delito de administración desleal las agravaciones mencionadas en los ordinales 4º y 5º⁷⁵⁶. El inciso 4º se activa cuando el delito “revista de especial gravedad, aten-

⁷⁵⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág 588, determina que se refieren a bienes individuales y es el primer error de remitir a las agravaciones del artículo 250 CP.

⁷⁵⁶ Admite la 5º expresamente GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 771, porque considera que a través de ella el nuevo delito de administración desleal puede dar respuesta punitiva proporcional a los supuestos en

diendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en la que se deje a la víctima o a su familia”. Esta última expresión se referirá en nuestro caso a la situación en la que quede la sociedad tras haber sufrido el perjuicio (por ejemplo, que quede en una situación de insolvencia). Por su parte, la agravación 5ª (“el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”) puede ser aplicada lógicamente en su vertiente cuantitativa al contexto de las sociedades de capital (en las que una defraudación de 50.000 euros no es descabellada). Teniendo en cuenta que hemos excluido a los socios como sujeto pasivo cuando el perjuicio recaiga sobre el patrimonio social, y que la segunda posibilidad de la agravación 5ª hace referencia a la afectación a un elevado número de personas, debemos realizar una labor de interpretación sobre esta norma, que según se ha calificado por la doctrina es vaga e imprecisa⁷⁵⁷. El término “afectado” parece hacer referencia a cualquier perjudicado y no solo a los que lo sean en calidad de víctima, lo que entroncaría con las condiciones de los socios. De hecho, podría entenderse que dichos socios forman parte de un grupo o colectividad tal y como destaca MATA Y MARTÍN que es propio de esta agravación⁷⁵⁸. Sin embargo, el mismo autor parece alejarse de esta interpretación cuando califica como “víctimas” al elevado número de afectados. En resumen, si consideramos que esta agravación se refiere a un conjunto de perjudicados, podría aplicarse fácilmente a la administración desleal de una sociedad de capital en tanto que sus socios serían el paradigma de tal circunstancia. No obstante, si entendemos que el precepto se refiere a un grupo cuantitativamente importante de víctimas, esto es, de sujetos pasivos, solo tendría sentido aplicar la agravación –en el ámbito societario tal y como hemos señalado– en el caso de un grupo de sociedades, en que las diferentes sociedades del grupo resulten destinatarias de primer orden de la conducta delictiva. Ahora bien, para admitir tal posibilidad habría que cuestionarse si cuando el ordinal 5º se refiere a “personas”, éstas tan solo pueden ser perso-

los que con la realización de la conducta delictiva se ha afectado “grandes cantidades de crédito o sociedades de inversión”.

⁷⁵⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden económico (VI)...”, *op. cit.*, pág. 403.

⁷⁵⁸ MATA Y MARTÍN, R. M., “Artículo 250”, en *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis* (dir. GÓMEZ-TOMILLO, M.), Tomo III, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 185.

nas físicas o también jurídicas. Por último, la agravación del inciso 8º referente a la reincidencia también podría aplicarse.

Por otro lado, la aplicación de los ordinales 2º, 6º y 7º ha sido más debatida⁷⁵⁹. A nuestro juicio la aplicación del 2º (“abusando de la firma de otro”) es más cuestionable porque conlleva la deslealtad que ya es sancionada a través del artículo 252 CP; en cambio, puede apreciarse la última parte del ordinal 2º (“sustrayendo, ocultado o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase), cuya realización probablemente genere una situación concursal⁷⁶⁰. Además, nos adherimos a la posición tomada por una parte de la doctrina que se opone a la aplicación de las agravaciones 6ª y 7ª⁷⁶¹. Los motivos para rechazar la primera se deben a que el abuso de confianza ya queda absorbido por el delito de administración desleal; y la segunda –relativa a la estafa procesal– porque es propia del fraude constitutivo de la estafa.

El artículo 250.2 CP recoge el tipo agravado que concurre cuando se aplican conjuntamente determinadas agravaciones del artículo 250.2 CP, en concreto la 4ª, 5ª, 6ª y 7ª, con la del ordinal 1º del artículo 250.1 CP. La exclusión de los ordinales 6º y 7º en razón de su inidoneidad en relación al delito del artículo 252 CP, conlleva que solo consideremos el 4º y 5º en esta suerte de conexión con el artículo 250.1.1º CP. Además, el artículo 250.2 CP crea también un tipo

⁷⁵⁹ Excluye las tres agravaciones: QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 588, considera que esas tres agravaciones realizan elementos que ya están incluidos en el artículo 252 CP; GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 779; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 549 (este último autor cita a GILI PASCUAL).

⁷⁶⁰ Excluyen la agravación 2ª (sin distinguir entre las expresiones que la forman): JUAN SANJOSE, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 231, y NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 800.

⁷⁶¹ Sobre la inaplicación de la circunstancia 6ª y 7ª: CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 208, y RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág. 537; CALDERON CERREZO, A., “Comentario al artículo 252 del Código Penal”, en *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal* (dirs. REMÓN PEÑALVER, A., y FLORES CACHO, D.), Bosh, Barcelona, 2017, pág. 213; Solo excluye la agravación 6ª: JUAN SANJOSE, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 231. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...* (P.E.), *op. cit.*, pág. 200 ha determinado que el abuso de relaciones personales es inherente al tipo (artículo 67 CP), mientras que la agravación 7º es propia del fraude (*vid, supra*). Solo excluye la agravación 7ª: NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 800.

hiperagravado, para los supuestos en los que el perjuicio patrimonial supera los doscientos cincuenta mil euros⁷⁶².

Como hemos señalado anteriormente, la mayoría de la doctrina ha criticado la remisión del delito de administración desleal a las agravaciones propias del delito de estafa. Por ello, se ha planteado la inclusión de otras circunstancias cuya descripción está más relacionada con las conductas irregulares de administración desleal, o que pueden al menos calificarse como generales o abstractas, y no como un mero reenvío al delito de estafa. En concreto, se han propuesto agravaciones cuando el delito de administración desleal “revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en la que deje a la víctima o a su familia”⁷⁶³; “cuando el perjuicio ocasionado exceda de los cincuenta mil euros”⁷⁶⁴; “cuando afecte a un número elevado de personas”⁷⁶⁵; o incluso cuando la conducta típica sea realizada en el marco de un determinado tipo de sociedades⁷⁶⁶. Incluso, algún penalista ha

⁷⁶² Sobre la agravación 2ª y las conductas irregulares de administración desleal en el ámbito societario hace alusión: GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 771.

⁷⁶³ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 119, propone la posible incorporación de varias agravaciones de *lege ferenda* y lo hace enumerándolas. En concreto señala a “la entidad del perjuicio causado” y a “la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”.

⁷⁶⁴ CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 766; NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788. Este último la redacta de la siguiente manera: “cuando el valor de la defraudación supere los cincuenta mil euros”.

⁷⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 119; NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788 incluye en el mismo precepto esta agravación y la que antecede a la misma.

⁷⁶⁶ *Ibidem*. En concreto alude a los siguientes tipos de sociedades: “sociedad abierta a un número indeterminado de inversores, entidades de crédito, sociedad o agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrador”. Se adhiere a la propuesta de NIETO MARTÍN y demanda la inclusión de la agravación tal y como ha sido redactada por este autor: CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 766. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 119 añade una agravación en relación con los tipos de sociedades. En concreto alude a las siguientes: “que la conducta típica sea realizada en el marco de sociedad bancaria o de ahorro o en cualquier sociedad de inversiones, agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones” (sin perjuicio de un delito societario autónomo de estafa de inversión de capital). RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito...”, *op. cit.*, pág.

propuesto un tipo hiperagravado “cuando el perjuicio sea superior a doscientos cincuenta mil euros⁷⁶⁷” o cuando la administración desleal concorra en una serie de sociedades concretas, y además los hechos revistan de una especial gravedad (atendiendo a la entidad y a la situación de las víctimas), el valor de la defraudación sea más de cincuenta mil euros, o bien, afecte a un grupo elevado de personas. A nuestro juicio, el delito de administración desleal debería haber recogido de forma expresa las agravaciones señaladas. Evidentemente podría añadirse alguna agravación más (como la incluida en el artículo 250.1.1º, 3º, etc.), pero entendemos que las mencionadas en este párrafo son en realidad las que respetan la esencia del ilícito y pueden darse con mayor habitualidad. En concreto, cabe destacar que es plausible la propuesta de una parte de la doctrina que, consciente de la importancia de la realidad societaria, han decidido incorporar una agravación que aluda a la realización de la administración desleal en dicho ámbito. Por ello, de *lege ferenda* proponemos incluir un tipo agravado e hiperagravado a través de los que puedan sancionarse con una pena mayor la administración desleal que se desarrolle en el ámbito de las sociedades de capital. La entidad que tienen estas sociedades en el tráfico mercantil es indiscutible, ya que cuantitativamente son la mayoría de las sociedades que operan en nuestro país. Su correcto desarrollo es fundamental para la actividad económica nacional porque suponen una gran fuente de ingresos, y ello –entre otros motivos– les hace merecedoras de una protección especial. Además, en este tipo de sociedades, que en muchas ocasiones no se presentan como sociedades de capital en sentido estricto sino que adquieren otras formas especiales (aseguradoras, bancos, sociedades de inversión...) la figura del administrador es esencial. La labor del administrador desempeñada correctamente facilitará a la sociedad la consecución

537, ha manifestado que echa en falta una agravación específica de “administración desleal de entidades financieras, sociedades de inversión, agencias de valores o compañías de seguros”. A favor de incluir una agravación que sancione más gravemente cuando la infracción del artículo 252 CP afecte a “grandes cantidades de crédito o sociedades de inversión” GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 771. En relación con el derogado delito societario MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 376, consideró que solo debía aplicarse a las sociedades anónimas cotizadas, entidades aseguradoras o de los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito.

⁷⁶⁷ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788.

de su objeto social. A diferencia de lo que ocurre en otro tipo de sociedades, en las de capital los administradores tienen más acusados sus deberes fiduciarios. Se encuentran sujetos a una normativa especial que determina como deben desarrollar sus funciones. Como hemos visto, la LSC hace mención expresa a las obligaciones de los administradores derivada de la condición que ostentan. De modo que, la relevancia que tienen las sociedades, a la que hemos hecho alusión a lo largo de este trabajo; y el papel que juegan los administradores sociales en el ámbito de dichos entes, conlleva que en caso de que concurren conductas irregulares de administración desleal, tal comportamiento sea castigado con una pena mayor a la que habitualmente se impondrá por la realización de la conducta ilícita del artículo 252 CP.

Finalmente, cabe añadir que el Código Penal contempla la inhabilitación especial para “profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código” en el artículo 39.b) CP. La imposición de la inhabilitación mencionada debe ser concretada y motivada en la sentencia (artículo 45 CP), de modo que se articule particularmente la relación entre el delito cometido y la restricción a la actividad profesional o empresarial⁷⁶⁸. Con la Reforma de 2015 se ha perdido la oportunidad –verosímil desde nuestro punto de vista– de prever esta pena privativa de derechos como pena principal acumulativa, o al menos alternativa, cuando la conducta de administración desleal se desarrolle en el ámbito de las sociedades de capital⁷⁶⁹. Sin embargo, la imposición de la misma solo tiene hoy por hoy carácter facultativo por parte de los tribunales y por tanto, la inhabilitación podrá aplicarse únicamente como pena accesoria en virtud de lo establecido en el artículo 56.1.3º CP. La situación que describimos no ha variado respecto a la que existía cuando estaba en vigor el delito societario de administración desleal, pues el (suprimido) artículo 295 CP tampoco aludía expresamente a este tipo de inhabilitación. Ante dicha falta de mención expresa a la pena de inhabilitación, algunas sentencias la han impuesto como pena acce-

⁷⁶⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Las penas privativas de otros derechos”, en *Curso de Derecho. Penal Parte General (AAVV)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 805 y 806.

⁷⁶⁹ En cambio, el delito societario de administración desleal propuesta en el Proyecto de 2007 sí contemplo la pena de inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio tanto en la propuesta de los artículos 254 bis y 295.

soria. Por ejemplo, la SAP de Madrid de 23 de octubre de 2009 (ARP 2010\159) aplicó –en relación con un delito societario– la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la administración de empresas mercantiles a un sujeto que, abusando de las funciones de las que disponía derivadas de su cargo, cometió la conducta típica descrita en el derogado artículo 295 CP. En el mismo sentido, la STS de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012\8383) condena al autor de los hechos por “un delito continuado de apropiación indebida, por gestión desleal” y mantiene los pronunciamientos de la sentencia de instancia que se refieren –entre otras– a la pena de “inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo de administración, dirección y/o representación de empresas y/o sociedades que operen en el ámbito mercantil”. La duración de la inhabilitación no será indefinida, sino limitada al tiempo de condena.

2. Apartado segundo del artículo 252 del Código Penal. Delito leve

El artículo 252 CP incluye un segundo apartado en el que se ha previsto el delito leve de administración desleal. Se trata de un tipo atenuado que tiene lugar cuando la cuantía del perjuicio patrimonial derivado de la conducta de la administración desleal no exceda de cuatrocientos euros. En estos supuestos se impondrá una multa de uno a tres meses. Teniendo en cuenta que el legislador ha equiparado la penalidad del tipo básico y de los tipos agravados del delito administración desleal con la de los delitos de estafa y apropiación indebida, se entiende que la idea de introducir un tipo atenuado simplemente responde a la intención de imitar de nuevo el contenido de los preceptos que le anteceden sistemáticamente para establecer una unificación penológica entre ellos.

Ni el (suprimido) delito societario ni tampoco el precepto propuesto en el Proyecto de 2007 incluían un tipo atenuado de administración desleal; sin embargo, el Anteproyecto de 2012, y posteriormente el Proyecto de 2013 sí lo hicieron. Estos últimos textos, manifestaban en relación con el tipo atenuado que “si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes

sustraídos fuera superior a 1.000 euros”. Tras el periodo de presentación de enmiendas se dio a conocer el contenido final del delito de administración desleal que incluía el límite monetario de los 400 euros. Algunos autores se han pronunciado en relación con el delito leve incluido en el artículo 252 CP. En concreto, QUERALT JIMÉNEZ ha determinado que se considera “una clara bagatela – incluso casi una imposibilidad– que infringe el principio de intervención mínima⁷⁷⁰. Otros autores como NIETO MARTÍN y también CASTRO MORENO y GUTIERREZ RODRÍGUEZ han propuesto que el contenido del tipo atenuado del delito de administración desleal tenga un contenido similar al de los textos que estuvieron en vigor durante la tramitación parlamentaria de la reforma, sin embargo, han diferido en la cantidad económica que debía determinarse como límite a partir del cual no puede aplicarse la multa⁷⁷¹. De manera similar, MARTÍNEZ BUJÁN muestra sus preferencias por un tipo atenuado como el que defienden este sector doctrinal pero renuncia al límite cuantitativo⁷⁷². En nuestra opinión, la introducción de un tipo atenuado es plausible pero debía haber sido redactado de otra forma. Consideramos –como el resto de autores– que el tipo de atenuado debería construirse en torno al “escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima”. Ahora bien, a diferencia de las otras propuestas concretaríamos el límite económico a partir del que no se podría aplicar el delito leve en una cantidad igual o superior a tres mil euros, cifra que elegimos por suponer el capital social mínimo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículo 4.1 LSC), es decir, el valor de las aportaciones que crean la sociedad más común (y más barata) de nuestro sistema; o lo que es lo mismo, el mínimo arriesgado en este tipo de sociedades que limitan la responsabilidad. Así, la relevancia que supone la comisión del delito del artículo 252 CP en el ámbito de las sociedades de capital también queda plasmada a la hora de sancionar más benévolamente al sujeto que ha realizado el delito de administración desleal.

⁷⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 589.

⁷⁷¹ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 800, la concreto en 6000 euros; CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación...”, *op. cit.*, pág. 766, solo en 1000 euros.

⁷⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 110 y 111.

3. Derecho transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015

Antes del 1 de julio de 2015 las conductas de administración desleal societarias eran sancionadas a través del derogado artículo 295. Al entrar en vigor la LO 1/2015 el delito societario se eliminaba y a su vez se introducía un nuevo delito de administración desleal genérico. Pero, ¿cómo repercutían las novedades legislativas en la práctica más inmediata?⁷⁷³ Teniendo en cuenta que el delito societario había sido eliminado, y atendiendo al contenido del artículo 2.2. CP que expone que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”, corresponde analizar si podría declararse la impunidad de conductas que antes de la reforma de 2015 encajaban en el derogado artículo 295 CP⁷⁷⁴; a pesar incluso de la efectividad de tales condenas.

Para declarar la atipicidad de hechos que fueron declarados probados en sentencia conforme a la norma penal vigente en el momento en el que se cometieron, es necesario que éstos no puedan ser subsumibles en la nueva redacción de la norma que sustituye a las anteriores. Es decir, para que pueda apreciarse la impunidad de conductas de administración desleal que hayan sido tipificadas como tal en base al contenido del derogado artículo 295 CP que estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, se requiere que dichos comportamientos (en su día declarados como irregulares) no puedan incluirse en el contenido del nuevo delito de administración desleal.

La cuestión expuesta ha sido resuelta a través de la jurisprudencia. En concreto, la STS de 15 de marzo de 2016 (RJ 2016\974) hace alu-

⁷⁷³ Sobre este extremo: OLMEDO CARDENETE, M., “Los delitos societarios tras la reforma del delito de administración desleal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, ponencia celebrada en La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada el 11 de mayo de 2017.

⁷⁷⁴ Recordemos que el principio de irretroactividad de la ley penal, prohíbe la retroactividad de las leyes penales salvo en los supuestos en los que “la ley posterior comporta un trato más favorable para el sujeto que ha delinquido, con relación al que le otorgaba la ley anterior, se aplica entonces la ley más favorable, aunque sea posterior a la realización de los hechos”; así: MORILLAS CUEVA, L., *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 249 hasta 252.

sión a la SAP de Castellón 5 de diciembre de 2013 (JUR 2014\164734) que condenó al acusado por un delito de administración desleal y éste solicitó la revisión de la sentencia en función de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2015. La Audiencia dictó auto en 2015 en el que denegaba la revisión porque entendía que la conducta contemplada en el delito societario actualmente encajaba en el artículo 252 CP. Sin embargo, el recurrente mantenía que con la eliminación del delito societario la conducta que había cometido era impune. Ante tal situación, la Resolución dictada por el Tribunal Supremo recuerda que las reformas de normas penales o la supresión de éstas a través de una reforma, tan solo determinan la atipicidad de los hechos que hayan sido condenados a través de sentencia, cuando éstos no puedan subsumirse en la redacción de unas normas nuevas que sustituyen a las anteriores. En concreto, las conductas que antes se sancionaban a través del delito societario sí tienen tras la Reforma cabida en el nuevo delito de administración desleal. A pesar de que este último se haya redactado de manera más amplia en relación con la conducta, y aunque exija el cumplimiento de menos elementos que el delito societario, sí puede afirmarse que ambos artículos guardan relación y que el societario encaja dentro del artículo 252 CP. La Sentencia desestimó el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra el auto de revisión de sentencia de la Audiencia. Por tanto, con la eliminación de artículo 295 CP las conductas que eran sancionadas a través de este ilícito no quedan impunes tras la reforma, sino que se sancionan en virtud del delito del artículo 252 CP.

Tras haber justificado que no cabe la impunidad del delito societario (derogado) cabe recurrir de nuevo al contenido del mismo y del artículo 252 CP para concretar qué norma penal es más beneficiosa para el reo. De modo que, una vez analizada la subsunción de las conductas de los preceptos a los que venimos haciendo alusión, debemos observar si resulta más benévola la pena del derogado delito societario o del delito de administración desleal. Recordemos que la pena del derogado artículo 295 CP era la prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido; mientras que la remisión actual al delito de estafa consisten en la pena de multa de uno a tres meses (artículo 249 párrafo segundo CP); prisión de seis meses a tres años (artículo 249, párrafo primero CP), prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses (artículo 250.1 CP);

y por último prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses (artículo 250.2 CP). A simple vista, parece que salvo si concurre el tipo básico, el delito societario derogado puede ser más benevolente que el del artículo 252 CP⁷⁷⁵. A mayor abundamiento, la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la determinación del delito –derogado artículo 295 CP o actual artículo 252 CP– en este sentido. Sin embargo, no existe unanimidad interpretativa en relación a la cuestión expuesta, y habrá que estar a las circunstancias de cada caso. En concreto, la Audiencia de Zaragoza dispone en la Sentencia de 26 de noviembre de 2015 (JUR 2015\306379) que el delito de administración desleal incluido en el artículo 252 CP es más grave que el derogado delito societario porque el nuevo ilícito se remite en el mismo a los tipos agravados del artículo 250 CP. De modo que, el artículo 252 CP no puede aplicarse retroactivamente porque contiene penas más graves, y por lo tanto como los hechos fueron cometidos entre 2011 y 2013, es decir, antes de que entrase la entrada en vigor de la Reforma, se aplicaría el delito societario. Sin embargo, y como ya habíamos anticipado, la jurisprudencia no ha seguido un criterio uniforme pues la SAP de La Rioja de 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016\20629) aplica retroactivamente el artículo 252 CP porque considera que es más beneficioso para el reo, aunque mantiene la condena por un delito societario de administración desleal que conllevó una pena de prisión de nueve meses, porque aunque el artículo 252 CP sea más beneficioso, la pena mencionada es “próxima al mínimo legal previsto en el artículo 249 CP”. Por tanto, a la hora de determinar qué precepto es más beneficioso, habrá que estar a si los hechos acaecidos constituyen los tipos básico, agravado o hiperagravado previstos delito de estafa que tienen aplicación para el delito de administración desleal, ya que en general el derogado delito societario es más grave que el tipo básico del artículo 252 CP, pero a su vez es más benevolente que el tipo agravado e hiperagravado de dicho precepto.

Por último, la Circular 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015⁷⁷⁶, hace alusión a dos situaciones

⁷⁷⁵ Dependería por tanto de las circunstancias que acompañan al delito, pues en relación a la comisión del tipo básico se debería atender al castigo del nuevo delito del artículo 252 CP; y sin embargo, la pena del antiguo artículo 295 CP sería la aplicada si concurrieran los elementos que determinan las agravaciones contenidas en la nueva administración desleal.

⁷⁷⁶ De fecha de 22 de junio de 2015.

que pueden plantearse en relación con la revisión de sentencias dictadas al amparo del delito societario. La primera tiene lugar cuando el texto de la sentencia que se revisa alude a un perjuicio patrimonial que no excede de 400 euros. Al respecto, el derogado artículo 295 CP determinaba como delito societario cualquier conducta que cumpliera con los elementos del tipo, independientemente de la cantidad defraudada. Ante la introducción de la categoría del delito leve en relación al injusto objeto de investigación, en caso de que concurren estos supuestos en los que el perjuicio patrimonial es menor a 400 euros, si se hubiese impuesto la pena de prisión (*ex* 295) se revisará y se impondrá la pena de multa establecida en el artículo 252.2 CP. Incluso si hubiera sido impuesta la pena de multa proporcional, también se tendrá que revisar la sentencia e imponer la pena de multa de uno a tres meses. La segunda posibilidad se concreta en sentencias que ante un perjuicio patrimonial superior a 400 euros hubieran impuesto una pena de multa, lo que conllevará la no revisión de éstas, ya que se entiende que son más favorales que la pena de prisión recogida en el nuevo tipo penal. Igualmente, si la pena impuesta fuera de prisión no superior a tres años, tampoco procedería la revisión de la sentencia, porque a pesar de que la administración desleal tenga una regulación nueva, tal penal se podría haber impuesto. En cambio, si la condena hubiese consistido en una pena de prisión de más de tres años, deberá comprobarse si concurre alguna de las agravaciones del artículo 250 CP. Si así fuese, la pena de entre tres y cuatro años de prisión también se consideraría conforme a la nueva regulación y la sentencia no sería revisable. En el supuesto de que no concurriera ninguna de estas circunstancias, sí procederá la revisión de la sentencia, para que sea adaptada a las penas previstas en el artículo 249 CP.

VIII. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 CP EN EL ÁMBITO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

En algunas ocasiones el delito de administración desleal se desarrolla en sociedades de capital en las que los sujetos que las integran están vinculados familiarmente. La calificación del ilícito contenido en el artículo 252 CP como un delito patrimonial –como queda expresado en el Preámbulo (XV) de la LO 1/2015– y su nueva ubicación en el artículo 252 CP, nos obligan a cuestionarnos la posibilidad

de aplicar la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP a los sujetos que intervienen en la realización del acto de administración desleal sobre el patrimonio de la sociedad. Resulta esencial para determinar quiénes pueden ser responsables penalmente del artículo 252 CP concretar si la disposición común del artículo 268 CP es aplicable cuando existe una relación personal entre el sujeto que ha ejecutado el delito o colaborado en su realización, y la víctima que ha sufrido el perjuicio patrimonial^{777,778}.

En la actualidad, la unión de familiares con el propósito de desarrollar un proyecto común que suponga la obtención de un beneficio económico es frecuente. Las empresas familiares se presentan en el mercado como un elemento fundamental que actúa como fuente generadora de riqueza económica y empleo⁷⁷⁹. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, ha definido en su Exposición de Motivos las empresas familiares como “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”. Cuando la empresa familiar se constituye debe adquirir una forma jurídica que vendrá determinada por la actividad empresarial que pretendan desarrollar sus fundadores. De modo que, la empresa familiar puede optar por constituirse como una sociedad cuyos rasgos definitorios encajen con alguno de los tipos de sociedades de capital.

En las sociedades de capital integradas por personas que están unidas por lazos familiares, el plus de confianza existente entre ellos puede facilitar la realización del delito de administración desleal. En estos supuestos en los que el artículo 252 CP se realiza en el seno de una sociedad formada por familiares, la cuestión que debe

⁷⁷⁷ En concreto el precepto es aplicable a “cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos”.

⁷⁷⁸ El artículo 268 CP exige además que no se aprecie “violencia o intimidación, o abuso de vulnerabilidad de la víctima”. Sin embargo, como en nuestro caso la víctima es la sociedad no hay problema en que concurra tal situación.

⁷⁷⁹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *Cuadernos de reflexión de la Cátedra PRASA de empresa familiar*, n° 14, marzo de 2012, pág. 4.

resolverse es si puede o no aplicarse el artículo 268 CP. En caso de que el precepto mencionado tenga aplicabilidad solo serán responsables civilmente (y no penalmente) el sujeto o los sujetos que han realizado o participado en la comisión de los hechos descritos en el artículo 252 CP.

Con el propósito de solucionar tal cuestión recurrimos a la jurisprudencia que aludió al problema expuesto –esto es, a la posible aplicación del artículo 268 CP en el seno de las relaciones societarias–, en relación con el delito ubicado en el derogado artículo 295 CP. En concreto, es relevante traer aquí a colación el AAP de Madrid de 15 de julio de 2011 (JUR 2011\323676) que presenta el caso de una sociedad de responsabilidad limitada que está formada por tres socios que tienen el mismo capital social y que son familia entre ellos (padre, hijo y tío); uno de los socios sin conocimiento ni consentimiento del resto, vende un bien inmueble del que es titular la sociedad y, posteriormente, integra la cantidad que se había pagado por dicho bien a su patrimonio. En este supuesto, el Auto rechaza la posibilidad de aplicar el artículo 268 CP a los hechos narrados por dos motivos: primero porque el derogado artículo 295 CP (que es el delito que encajaba con la conducta descrita) no es un delito de naturaleza estrictamente patrimonial sino también socioeconómica; y además porque “siendo el sujeto pasivo una sociedad anónima [en realidad era una SRL pero la cita que utiliza el Auto es extraída de otra Resolución], tiene personalidad independiente y autónoma de sus componentes, no siendo por ello posible considerarla como entidad ligada directamente por consanguinidad o afinidad con el procesado, aunque la totalidad o mayor parte de sus acciones pertenezcan a parientes del mismo incluidos dentro de la órbita de la excusa a efectos de punición”⁷⁸⁰. De manera que, la calificación del artículo 295 CP como un delito patrimonial, y la delimitación de la sociedad como sujeto pasivo del mismo, impiden la aplicación del artículo 268 CP.

⁷⁸⁰ Tal afirmación se hace argumentada en el contenido de varias resoluciones dictadas al amparo del artículo 564 del derogado TRCP 1973 (que es extrapolable –según el Auto– al artículo 268 CP). En concreto: SSTS de 1 de marzo de 1956 (RJ 1956\750); 15 de marzo de 1969 (RJ 1969\1494); 12 de febrero de 1970 (RJ 1970\919); 10 de febrero de 1973 (RJ 1973\663) y 8 de julio de 1983 (RJ 1983\4130).

La jurisprudencia de fecha anterior al Auto citado, no mantuvo siempre la línea interpretativa expuesta en el párrafo anterior. En concreto, en la Sentencia de 27 de enero de 2006 (RJ 2006\4603) el Tribunal Supremo se posicionó a favor de la aplicación de la excusa absolutoria en los supuestos en la que la perjudicada era una sociedad de composición familiar. En este caso el Tribunal Supremo sostuvo que “...siguiendo una interpretación *in bonam partem* debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP”. Ahora bien, tal criterio no se mantuvo en la jurisprudencia, y fue abiertamente abandonado por el Tribunal Supremo^{781, 782}.

Con la Reforma del año 2015, el delito de administración desleal del artículo 252 CP se ha configurado como un delito patrimonial. Por lo que, de entrada podría aplicarse el artículo 268 CP en relación con el contenido del artículo 252 CP. Ahora bien, en el ámbito en el que estudiamos el nuevo precepto –en el de las sociedades de capital– hemos mantenido que el sujeto activo es cualquier persona física o jurídica que tenga facultades de administración, mientras que el sujeto pasivo va a ser siempre sociedad cuando se cause un perjuicio al patrimonio social, es decir, una persona jurídica. Por lo que aunque el artículo 252 CP haya sido calificado como un delito patrimonial, no puede apreciarse relación de consanguineidad alguna entre una persona física (que habitualmente será el sujeto activo) y una persona jurídica (sujeto pasivo). Así que cuando se haya determinado, como aquí se ha hecho, a la sociedad como sujeto pasivo del delito de administración desleal cuando acaezca en las sociedades de capital, no puede aplicarse la excusa absolutoria entre parientes, porque ésta requiere una relación de parentesco entre dos personas físicas. Tal

⁷⁸¹ Por ejemplo, las SSTs de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2032) y 22 de octubre de 2010 (RJ 2010\8163). Esta última sentencia concluye que “sólo a partir de una inaceptable interpretación que negara la personalidad jurídica predicable de cualquier sociedad mercantil y la fusionara con la de sus integrantes, podría asumirse que la limitación que, en su caso, afectaría al cónyuge, también repercutiría en las sociedades en las que aquél se integra”.

⁷⁸² El contenido de la sentencia mencionada en el texto principal es criticado extensamente en la la SAP de Alicante de 22 de enero de 2016 (JUR 2016\141927).

posición es mantenida en la SAP de Alicante de 22 de enero de 2016 (JUR 2016\141927), que rechaza expresamente la excusa absolutoria cuando el ofendido no sea una persona física sino una entidad mercantil. La Resolución determina que no pueden usarse como sinónimos las personas físicas y las personas jurídicas, pues se trata de dos realidades jurídicas que son diferentes e independientes.

En cambio, podemos analizar el problema planteado en párrafos anteriores partiendo de una base diferente, como puede ser la de tomar como sujetos pasivos del artículo 252 CP a los socios, y no a la sociedad como ente independiente (tal y como defendemos en este trabajo cuando se perjudica el patrimonio social). A nuestro juicio, –y por respeto al principio de legalidad– cuando los socios sean determinados como sujetos pasivos del artículo 252 CP sí se puede utilizar el artículo 268 CP, el cual, no excluye la posibilidad de recurrir a la excusa absolutoria entre parientes en relación con el nuevo delito societario de administración desleal aun cuando se desarrolle en el seno de una sociedad de capital⁷⁸³. El artículo 268 CP es conciso cuando determina que se aplicará en los delitos patrimoniales, sin excepción alguna; al igual que es claro el contenido de Exposición de Motivos de la Reforma cuando expone que el delito que estudiamos es un delito patrimonial. De modo que como el artículo 268 CP es una disposición común a los delitos que protegen el patrimonio, entre los que se encuentra el artículo 252 CP, el primer precepto no sería de aplicación en los supuestos en los que el sujeto pasivo sea la sociedad, pero sí cuando se hayan concretado que sean personas físicas, como por ejemplo, los socios.

IX. RESPONSABILIDAD CIVIL

El sujeto que se excede en el ejercicio de sus facultades de administración y las infringe causando un perjuicio al patrimonio de la sociedad es sancionado con las penas previstas en los artículos 249 y

⁷⁸³ Manifestamos esta idea apoyándonos en el contenido del AAP de Barcelona de 25 de marzo de 2004 (ARP 2004\381) que permite la aplicación del artículo 268 CP en relación con un delito, que al igual que el actual delito del artículo 252 CP, es patrimonial. En concreto, el Auto aplica el art. 268 CP puesto en conexión con el delito de estafa (pero no con el delito societario ni el delito de falsedad en documento mercantil), en unos hechos que acaecen en el seno de una empresa familiar en la que los únicos integrantes son un matrimonio. Además, el Auto alude a la STS de 26 de junio de 2000 (RJ 2000\5794) que también expone que puede aplicarse el artículo 268 CP al delito de estafa (aunque los hechos en dicha Resolución no suceden en el ámbito societario).

250 CP para el delito de estafa. Pero además de la sanción penal, la ejecución del delito de administración desleal puede conllevar otras consecuencias jurídicas. De la comisión del ilícito incluido en el artículo 252 CP no solo puede derivarse responsabilidad penal, sino también la conocida como responsabilidad civil derivada del delito (artículo 100 LECrim)⁷⁸⁴. Así, el Código Penal exige que cuando la realización de la conducta prohibida produzca “daños y perjuicios”, éstos sean reparados (artículo 109 CP⁷⁸⁵). A través de la responsabilidad civil *ex delicto* se pretende la restitución del bien o la reparación o indemnización de los daños que se hayan causado a la víctima con la realización del hecho punible (artículos 100 LECrim y 110 CP)⁷⁸⁶. De esta manera, se intenta restablecer la situación en la que se encontraba el patrimonio social antes de que el administrador del mismo lo gestionara deslealmente.

La LECrim permite al titular de la acción civil ejercitar dicha acción junto con la penal (artículo 111 LECrim) o bien reservarse el derecho de poder ejecutarla cuando finalice el procedimiento en el orden penal (artículo 112 LECrim)⁷⁸⁷. Están legitimados para ejercitar la acción civil el Ministerio Fiscal y los perjudicados por el delito (artículos 108 y siguientes LECrim). Además, el sujeto perjudicado civilmente no tiene por qué coincidir con la víctima de la infracción penal. De otro lado, las personas que incurrir en responsabilidad civil pueden coincidir lógicamente con los responsables en el ámbito penal, siempre que de la conducta ilícita que han realizado se deriven daños o perjuicios. Por lo general, los sujetos que cometen el delito de administración desleal del artículo 252 CP y también los que participan –en su caso– en la realización de éste, serán responsables civiles en los términos establecidos en el artículo 116.2 CP.

⁷⁸⁴ Sobre la responsabilidad civil en general véase: MORILLAS CUEVA, L., *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 37 hasta 39.

⁷⁸⁵ En relación con el precepto citado el artículo 1092 CC determina: “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se registrarán por las disposiciones del Código Penal”.

⁷⁸⁶ Sobre las semejanzas y diferencias de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal véase: GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 32, Fasc/Mes 2, 1979, págs. 381 hasta 385.

⁷⁸⁷ El CP recoge la posibilidad de que el perjudicado opte por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil (artículo 109.2 CP).

El artículo 110 CP hace alusión al contenido de la responsabilidad civil; éste comprende: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

El Código Penal contempla en primer lugar la posibilidad de restitución. Cuando sea posible restituir el mismo bien (mueble o inmueble⁷⁸⁸) que haya sido objeto del delito, tendrá que ser devuelto a quien fuese su propietario antes de que se realizara la conducta delictiva. Además, aunque el bien haya sido adquirido de buena fe y legalmente por un tercero, éste tendrá que restituirlo, aunque luego ejercite el derecho de repetición contra quien corresponda. La restitución se llevará a cabo con el “abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal” crea convenientes (artículo 111.1 CP). Tal situación –la de responsabilidad civil por restitución– concurre en relación con el delito de administración desleal por ejemplo cuando un administrador único solidario tiene conocimiento de que va a ser destituido y, aprovechándose de su situación, vende casi todo el patrimonio inmobiliario de la sociedad a otro sujeto (con el que actuaba de común acuerdo) a través de escritura notarial que es presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Al respecto, la jurisprudencia menor ha declarado la nulidad de la escritura de compraventa y además la cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro mencionado (SAP de Sevilla de 27 de octubre de 2000. ARP 2000\2548).

Ahora bien, cuando la restitución no pueda llevarse a cabo, el Código Penal ha previsto en el artículo 112 CP la reparación del daño como forma de resarcimiento. La reparación puede “consistir en obligaciones de dar, de hacer o no hacer” que establecerá el Juez o Tribunal. Ello se hará según la naturaleza del daño y “las condiciones personales y patrimoniales del culpable”, determinándose si pueden “ser cumplidas por él mismo o ejecutadas a su costa”. La relación del artículo 112 CP con la atenuante de reparación del daño del artículo 21. 5ª CP merece una mención particular, aunque sobre la aplicación de ambos preceptos nos pronunciamos en el epígrafe que alude a las causas modificativas de la responsabilidad criminal.

⁷⁸⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil *ex delicto*, las costas procesales y las consecuencias accesorias”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 972.

Por último, el artículo 113 CP recoge la indemnización por perjuicios materiales y morales. Por ejemplo, se aplicaría este precepto si se perjudica a la sociedad privándola de la posibilidad de vender un bien inmueble porque un administrador (que había renunciado a su cargo a través de un contrato privado) otorga opción de compra sobre el mismo (SAP de Albacete de 22 de julio de 2010. JUR 2010\309427)⁷⁸⁹. También, en el caso de un administrador que deja operativa una sociedad pero aun así continua efectuando pedidos de género a su proveedora perjudicando al socio y al fiador solidario (SAP de Lleida de 4 de noviembre de 2003. JUR 2004\108522). Además, la jurisprudencia ha determinado (en algunos supuestos muy concretos), que de la realización de la conducta del delito de administración desleal pueden derivarse perjuicios morales. Así podemos contemplarlo en el caso en el que una pareja, abandona su país para instalarse en España con su familia y vende todos los bienes de los que disponen para invertirlos en una sociedad en la que el administrador lleva a cabo una gestión irregular (STS de 21 de junio de 2007. RJ 2007\3329)⁷⁹⁰. De manera que, si de la realización de la conducta típica del (derogado) artículo 295 CP puede generarse responsabilidad civil por daños morales, debemos admitir que ésta también podría derivarse del delito del artículo 252 CP. Teniendo en cuenta que cuando el delito de administración desleal concurre en las sociedades de capital el agraviado será generalmente la sociedad, ésta no podría resarcirse; en cambio, sí podrían hacerlo otros sujetos perjudicados por la comisión del delito.

Si se trata de un administrador persona jurídica, cabe la duda sobre si puede existir o no responsabilidad civil de ésta. Recordemos

⁷⁸⁹ En sentido similar: SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2000 (ARP 2000\2837).

⁷⁹⁰ En relación con los delitos societarios tan solo existe otra sentencia que reconoce una indemnización a la víctima por daños morales (los hechos se enjuician a partir del contenido del artículo 292 CP). En concreto la SAP de Madrid de 23 de octubre de 2009 (ARP 2010\159) expone: “la privación de los querellantes de su condición de administradores en una junta donde se tomó este acuerdo, claramente lesivo para los querellantes, acuerdo adoptado con fundamento en una mayoría ficticiamente obtenida y sin aviso previo, reviste por sí mismo una notable relevancia que, sin necesidad de mayores acreditaciones, provoca un sufrimiento psíquico o moral de obligada reparación. No es necesario realizar mayores consideraciones, pues es evidente, a juicio de este Tribunal, que priva a dos socios de su condición de administradores de la sociedad, mediante métodos fraudulentos y sorpresivos, causa un importante daño moral”.

que el Código Penal ha concretado de manera expresa qué delitos pueden cometer las personas jurídicas y no ha incluido entre los mismos al nuevo delito de administración desleal del patrimonio ajeno. De forma que cuando una sociedad actúe como administradora y cometa el delito del artículo 252 CP, responderá personalmente la persona física que haya actuado en su nombre y representación (artículo 31 CP). Nos referimos a la responsabilidad de carácter penal y también a la civil, aunque en este último caso se prevé la responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica representada (artículo 120.4º CP). En el supuesto de que el Código Penal hubiese contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con el artículo 252 CP, hubiera sido de aplicación lo contenido en el artículo 116.3 CP.

Por último, cabe puntualizar que en el supuesto de que el sujeto que ha llevado a cabo la conducta delictiva descrita en el artículo 252 CP fallezca, se extinguirá la responsabilidad criminal pero no la civil (130.1.1º CP).

X. PERSEGUIBILIDAD

El artículo 296 CP, que establece las condiciones de perseguibilidad de los delitos societarios, era aplicado al derogado delito societario de administración desleal. Los delitos societarios son tratados procesalmente como delitos semipúblicos (o semiprivados). En concreto, el apartado primero del precepto establece que para la persecución de los delitos societarios es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representado (si el primero es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida). Además, el Ministerio Fiscal también tiene legitimación para denunciar⁷⁹¹. De otro lado, el apartado segundo determina que no será necesaria la denuncia cuando la realización del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. El requisito de perseguibilidad incluido en el artículo 296 CP, que no se contempla en todos los preceptos del Código Penal, ha sido crítica-

⁷⁹¹ Además, según el artículo 105 LECrim aunque el delito sea perseguible a instancias de la persona agraviada, el Ministerio Fiscal también podrá denunciar si ésta es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial atención o desvalida.

do por la mayoría de la doctrina. En general, se ha considerado que el artículo 296 CP contiene una limitación negativa, ya que estamos ante la persecución de unos delitos que afectan a intereses individuales y además ponen en peligro o lesionan intereses de notoria entidad (colectivos o supraindividuales). Mientras que los delitos societarios requieren la denuncia del agraviado en los términos establecidos en el artículo 296 CP, otros delitos patrimoniales (como el delito estafa o el delito de apropiación indebida) no condicionan su iniciativa procesal. Las restricciones incluidas en el artículo 296 CP obligan a recurrir a normas extrapenales para sancionar comportamientos que no pueden ser perseguidos a través de la vía penal. Además, la decisión del legislador de dejar a cargo del agraviado la persecución de los delitos societarios puede ser utilizado como chantaje, en el sentido de que en algún supuesto el sujeto idóneo para interponer la acción penal podría dejar de ejercer su derecho a cambio de algún beneficio económico. Incluso, en otros casos puede ocurrir que la denuncia no se interponga por miedo del posible denunciante, porque no tiene conciencia de que se ha puesto en peligro o perjudicado un bien jurídico, por desinterés e incluso por falta de medios⁷⁹².

Tras la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, el delito de administración desleal ha cambiado de ubicación desplazándose desde los delitos societarios hasta los delitos patrimoniales. De modo que la exigencia del artículo 296 CP no se aplica ya al delito del artículo 252 CP. La eliminación de dichas exigencias de perseguibilidad que venían impuestas a través del artículo 296 CP a las conductas irregulares de administración desleal ha sido celebrada por la doctrina⁷⁹³. El nuevo delito de administración desleal se cataloga tras la Reforma como un delito público⁷⁹⁴, recibiendo el mismo tratamiento procesal que el resto de delitos patrimoniales⁷⁹⁵,

⁷⁹² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 86 hasta 88 y 100 hasta 102, propone de *lege ferenda* la eliminación de condiciones de perseguibilidad en relación con el orden económico; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 480 hasta 482; CALDERÓN CERREZO, A., “Comentario al artículo 297 del Código Penal”, en *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal* (dirs. REMÓN PEÑALVER, A., y FLORES CACHO, D.), Bosh, Barcelona, 2017, pág. 218.

⁷⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 109.

⁷⁹⁴ *Ibidem*. También: CALDERÓN CERREZO, A., “Comentario al artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 213.

⁷⁹⁵ JUAN SANJOSE, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 304; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 109, salvo –señala el autor– el delito de daños imprudentes del 267 CP.

pues en realidad, la comisión del primero puede llegar a producir un perjuicio igual o mayor incluso que el que puede derivarse de estos últimos. Por tanto, podrán ejercitar la acción penal el agraviado, el perjudicado⁷⁹⁶ (persona física o jurídica) que puede además personarse como parte acusadora, cualquier ciudadano que tenga conocimiento del delito (aunque no sea agraviado ni perjudicado) y por último cabe señalar que también es perseguible de oficio⁷⁹⁷. Así, se elimina el requisito de que el procedimiento penal del delito de administración desleal tenga que iniciarse con una denuncia del agraviado o de su representante. Además, el Ministerio Fiscal no tendrá que esperar para intervenir a que se haya producido la denuncia, pues el delito del artículo 252 CP se configura como un delito perseguible de oficio sin quedar sujeto a las restricciones del artículo 296 CP⁷⁹⁸.

Como hemos señalado, la sociedad puede ejercitar la acción penal a través de sus representantes legales, siempre que quede acreditado que estos últimos están debidamente facultados para actuar en su nombre. Teniendo en cuenta que a lo largo de este trabajo hemos distinguido como único sujeto pasivo a la sociedad –debido al contexto societario de la investigación–, como ente individual que dispone de su propio patrimonio independiente de los socios, entendemos que la sociedad es la única agraviada. En cambio, los socios o terceros que sufren indirectamente el perjuicio patrimonial de la sociedad deben ser considerados perjudicados. Sin embargo, y a diferencia de lo que hubiese ocurrido con las reglas del artículo 296 CP, ahora los socios o terceros pueden iniciar los trámites de persecución penal⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 91: Por todos, la diferencia entre agraviado y perjudicado es la siguiente: el agraviado es el sujeto pasivo del delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido puesto en peligro o lesionado; y el perjudicado es quien, debido a la comisión del delito, sufre el perjuicio efectivo de carácter patrimonial.

⁷⁹⁷ CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 208.

⁷⁹⁸ El artículo 105 LECrim permite al Ministerio Fiscal que ejercite todas las acciones penales que considere necesarias (haya o no acusador particular en las causas), salvo en las que el Código Penal requiera querrela privada.

⁷⁹⁹ Sobre las cuestiones expuestas en el párrafo pero en relación con los delitos societarios y el artículo 296 CP puede observarse lo expuesto por FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 92 y 93.

CONCLUSIONES

I. Ausencia en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de un trato diferenciado a las conductas de administración desleal en el ámbito societario. A través de la reforma operada en 2015 se ha eliminado el antiguo delito societario de administración desleal (que estaba ubicado en el artículo 295 CP) y se ha incluido un nuevo delito, inspirado en el § 266 StGB, que castiga los actos de administración desleal en cualquier esfera (artículo 252 CP). La introducción en el Código Penal de un delito que regula la administración desleal de manera genérica es plausible, ya que la conducta que recoge debe ser sancionada independientemente del ámbito en el que se desarrolle. Sin embargo, los efectos negativos que puede causar la realización del delito serán generalmente mayores cuando acaezca en las sociedades mercantiles. La tipificación de los actos de administración desleal siempre ha sido planteada en un marco societario porque son comportamientos que tienen rasgos empresariales cuya incidencia en el sistema económico (en mayor o menor medida) hace que se les deba conceder un tratamiento especial. Desde un punto de vista político-criminal consideramos que la realización de las conductas irregulares de administración desleal en las sociedades de capital requieren una respuesta penal específica. La incorporación del nuevo delito de administración desleal en el Código Penal debería haber ido acompañada al menos de un tipo agravado que castigase expresamente –y con más dureza– la conducta típica cuando concurre en un entorno societario.

II. Dificultades e incoherencias en la redacción del delito de administración desleal durante la tramitación parlamentaria de la última reforma del Código Penal. La necesidad de incorporar en el Código Penal un ilícito que regulase la administración desleal genérica, y no solo societaria, era patente. La redacción de un delito que permita

castigar la mayoría de los actos de administración desleal y que a su vez sea taxativo conforme demandan las normas penales es complicado. Además, todo ello se agrava si tenemos en cuenta que el comportamiento que se tipifica es muy cercano al que ya recogen otras figuras delictivas. Tras los problemas que supuso la incorporación del (derogado) artículo 295 al Código Penal (plagado de conflictos interpretativos y difícil de deslindar de la apropiación indebida), el legislador se ha enfrentado con recelo a la elaboración de un nuevo precepto que regule la administración desleal. El Anteproyecto de 2012, y posteriormente el Proyecto de 2013, proponen la redacción de un delito inspirado en el modelo de administración desleal alemán. El legislador comete el error de no tomar como punto de referencia el antiguo delito societario (derogado artículo 295 CP) y partir de su contenido para reconfigurar un nuevo ilícito, y se decanta por recurrir al tipo penal utilizado en Alemania. En particular, el § 266 StGB hace mención al tipo de abuso (que castiga la realización de actos de disposición o contracción de obligaciones) y al tipo de infidelidad (que sanciona la infracción del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos). Los textos de 2012 y 2013 presentan un precepto copiado casi literalmente del Código Penal de otro país, en el que además su aplicación ha sido –y continúa siendo en algunos aspectos– motivo de controversias jurídicas. En concreto, el Proyecto proponía la introducción de un tipo de abuso que hubiera sido más aceptable si respetase el contenido del precepto alemán en este sentido, sin embargo, el legislador ha utilizado como base el artículo germano para redactar una conducta típica más amplia que la de disponer u obligar. Además, el artículo de administración desleal propuesto en el Proyecto incluía el tipo de infidelidad. Finalmente, el texto de la LO 1/2015 no ha incluido el tipo de infidelidad, que terminó por eliminarse por su excesiva amplitud, pero sí se mantuvo el tipo de abuso que con su redacción consigue abarcar conductas que podrían entenderse dentro del primero. Por tanto, el legislador se ha quedado a medio camino y ha elaborado un nuevo tipo penal cuyo contenido presenta una característica principal: la ambigüedad.

III. El patrimonio social como bien jurídico protegido. Cuando el patrimonio de una sociedad sea perjudicado a través de la conducta descrita en el artículo 252 CP, éste será concretado como bien jurídico protegido. De modo que, el patrimonio de los socios y terceros relacionados con la sociedad no será tutelado directamente a través

del artículo 252 CP. La repercusión que tiene el patrimonio social en el patrimonio de los socios y de terceros conlleva que cuando el primero sea lesionado, el segundo sufra un menoscabo indirecto. El patrimonio de los socios y de terceros no puede considerarse bien jurídico protegido de forma estricta porque si no es ligado al patrimonio social carece de autonomía e independencia propia. Así, el bien jurídico del artículo 252 CP es el patrimonio de la sociedad, a pesar de que el precepto extienda su protección indirectamente al patrimonio de los socios y de terceros relacionados con dicho ente. De otro lado, hemos subrayado la imposibilidad de calificar el orden socioeconómico como bien jurídico protegido. El orden socioeconómico no puede ser definido como bien jurídico protegido cuando el artículo 252 CP se desarrolle en la esfera de las sociedades de capital. El delito de administración desleal no puede tutelar diferentes bienes jurídicos en función de los diversos ámbitos en los que sea aplicado. Si admitimos el orden económico como bien jurídico protegido, éste tendría que poder ser identificado en cualquier contexto en el que se aplique el ilícito, no solo en el societario.

IV. Un delito patrimonial con incidencia en el orden socioeconómico. El delito de administración desleal es un delito patrimonial que se dirige principalmente a la protección del patrimonio individual, y que de forma ocasional también afecta al orden socioeconómico (como ocurre en el delito de estafa y el delito de apropiación indebida). La repercusión del artículo 252 CP en tal orden, no es de la misma intensidad que la de otros ilícitos que tutelan de manera directa el patrimonio y mediatamente el orden socioeconómico (como los delitos societarios). El artículo 252 CP contiene un delito en el que a pesar de que predomina una dimensión individual, ello no impide que a veces incida en otra de carácter más general. Por este motivo, el delito de administración desleal permite su estudio desde la perspectiva de los delitos económicos.

V. La confusión del legislador de la última Reforma del Código Penal cuando hace referencia a la “administración desleal por distracción de dinero”. Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 bajo la modalidad de “distracción” del antiguo delito del artículo 252 CP se venía castigando generalmente la conducta del sujeto que realizaba una apropiación con el propósito de beneficiar a un tercero, y en cambio, bajo la modalidad “apropiación” se sancionaba la conducta del administrador que se apropiaba del bien para sí mismo.

Con la Reforma se ha introducido en el delito de apropiación indebida la expresión “se apropiaren para sí o para un tercero”, lo que ha provocado la eliminación de la “distracción”. El legislador erróneamente argumenta en el Preámbulo de la Reforma que la supresión de la modalidad de “distracción” conlleva que la “administración desleal por distracción de dinero” quede fuera del ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida. Sin embargo, tal idea se basa en una interpretación del vocablo “distracción” que tiene su origen en el Sentencia del Caso *Argentina Trust* (RJ 1998\1196), y que ya no se venía utilizando pues se refiere a una conducta de administración desleal no apropiatoria. De forma que, el legislador da a entender que la eliminación del término “distrajeren” del delito de apropiación indebida se realiza con el fin de evitar que a través del mismo se sancionen comportamientos que en realidad ya estaban siendo castigados a través de otro tipo penal antes del 1 de julio de 2015.

VI. La permanencia del “dinero” en el delito de apropiación indebida y la exclusión del artículo 253 CP de un tipo de administración desleal. Con la referencia expresa al dinero en el artículo 253 CP –cuya eliminación se propuso durante la tramitación parlamentaria de la Reforma de 2015– confirmamos la posibilidad de que éste pueda ser objeto de apropiación, tal y como se venía admitiendo por la jurisprudencia antes de la entrada en vigor de la Reforma de 2015. La eliminación de la modalidad “distracción” del delito de apropiación indebida –que ha sido tratada en la conclusión anterior–, no impide que se puedan sancionar a través de dicho ilícito las apropiaciones de dinero. Rechazamos la idea de que en el artículo 253 CP existe una modalidad de administración desleal utilizada para castigar las apropiaciones de dinero porque la sanción de éstas no pueda aceptarse debido a la naturaleza fungible del mismo. Cuando el objeto material de la apropiación indebida sea el dinero, el bien jurídico protegido es el derecho de crédito. El artículo 253 CP puede utilizarse para castigar comportamientos que suponen una apropiación de dinero, tal y como hacía a través del artículo 252 CP antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 (es decir, cuando contenía el delito de apropiación indebida), sin que sea necesario justificar aquéllos como una administración desleal.

VII. Repercusión de la supresión del título “administración” del delito de apropiación indebida. La decisión del legislador de eliminar la administración como título ejemplificativo en el delito de

apropiación indebida permite que puedan sancionarse a través del artículo 252 CP las conductas que consistan en la realización de actos de administración desleal que lleven aparejada la apropiación del patrimonio. Cuando el administrador se apropie del patrimonio que administra puede ser enjuiciado a través del artículo 252 CP si además cumple con el resto de los requisitos del tipo. Sin embargo, se excluyen las apropiaciones fácticas, porque el administrador no ha utilizado sus facultades de administración expresamente aunque haya infringido el deber de lealtad y diligencia debida inherente a su cargo; y los supuestos en los que el administrador tiene una obligación específica en relación con el patrimonio que administra.

VIII. Propuesta de creación de un nuevo tipo de apropiación desleal. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 se han intentado disipar las dudas existentes respecto a la calificación penal que merecen las conductas de administración desleal que conllevan la apropiación de dinero o de otros bienes que forman parte del patrimonio de la sociedad. Sin embargo, la nueva redacción del delito de apropiación indebida y del delito de administración desleal se ha mostrado insuficiente para poner fin a la problemática expuesta. Por este motivo, se ha propuesto en este trabajo que se sancione, de un lado, a quien administra deslealmente el patrimonio y causa un perjuicio a éste; y de otro, al sujeto que administra de manera desleal el patrimonio apropiándose del mismo y causándole así un perjuicio. El desvalor de estas conductas sería diferente, debiendo sancionarse la primera –que constituiría el tipo básico– con una pena menor que la segunda y que el delito de apropiación indebida; mientras que la segunda –al que hemos denominado tipo de apropiación desleal– sería castigada con una pena más grave que la primera y a su vez también mayor que la del delito de apropiación indebida.

IX. Naturaleza del delito del artículo 252 CP aplicado en el ámbito societario. El delito de administración desleal se ha configurado como un delito de resultado. La consecuencia que se deriva de la realización de la conducta típica por parte del sujeto con facultades de administración es un perjuicio al patrimonio social. La simple puesta en peligro es insuficiente para apreciar que el patrimonio ha sufrido un menoscabo. El artículo 252 CP no ha previsto en su redacción castigar la puesta en peligro del patrimonio. Para sancionar los casos de peligro podría haberse añadido la expresión “o tengan intención de causarlo” al final de artículo mencionado. El precepto actual tan solo

permite calificar como tentativa los supuestos en los que el patrimonio se encuentre en peligro y no se haya producido su lesión efectiva por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo del delito.

X. Sujeto activo en el ámbito societario: administrador de derecho y administrador de hecho. La exclusión de la sociedad. Cuando el delito del artículo 252 CP tiene lugar en las sociedades de capital, el sujeto activo por excelencia es el administrador social. En este caso, el origen de las facultades para actuar sobre el patrimonio proviene genéricamente del artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital, y a veces pueden venir dadas de forma más específica a través de un precepto comprendido en dicha norma jurídica o incluso de un negocio jurídico. La nueva redacción del delito de administración desleal no incluye de manera explícita a los administradores de hecho como posibles sujetos activos del delito. Para justificar la calificación de estos administradores como sujetos activos acudimos al contenido del artículo 236 LSC, que iguala la figura del administrador de derecho y de hecho en sede de responsabilidad, exigiendo a ambos que respondan por el incumplimiento de los deberes de su cargo. Tal circunstancia nos obliga a trasladarnos a los artículos 225 y siguientes LSC que regulan los deberes de los administradores y, en concreto, al artículo 228.a) que obliga a los administradores a que ejerzan sus facultades conforme a los fines para que le han sido concedidas; así, entendemos que la propia Ley presupone que el administrador de hecho puede desarrollar facultades de administración. Ahora bien, somos conscientes de que admitir esta interpretación conlleva, en primer lugar, ceñirnos exclusivamente al concepto de administrador de hecho dado desde una perspectiva mercantil, esto es, al incluido en la Ley de Sociedades de Capital (artículo 236.3 LSC); y en segundo lugar, reducir la calificación de dicho administrador como sujeto que dispone de facultades de administración en los términos expresados en el artículo 252 CP a la equiparación de sus deberes con los del administrador de derecho. Por estos motivos, y con el objetivo de reforzar la posición que consiste en afirmar que el administrador de hecho puede ser sujeto activo del delito de administración desleal, hemos sostenido que las facultades a las que se refiere el artículo 252 CP de las que dispone el administrador mencionado provienen de la ley pero además pueden tener origen en un negocio jurídico. Por otra parte, excluimos a la sociedad como posible sujeto activo del artículo 252 CP, ya que el legislador de la Reforma de 2015 no ha

incluido el delito de administración desleal en el elenco de ilícitos penales que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, siendo *contra legem* cualquier interpretación distinta de la anterior. De modo que, en el supuesto de que el comportamiento descrito en el artículo 252 CP sea realizado por una persona jurídica habrá que recurrir al contenido del artículo 31 CP.

XI. La sociedad como único sujeto pasivo. En los supuestos en los que el artículo 252 CP concurre en el ámbito de las sociedades de capital, y se causa un perjuicio al patrimonio social, el sujeto pasivo es la sociedad. La redacción del artículo 252 CP, construido de forma general y ambigua, conlleva que tan solo pueda ser calificado como sujeto pasivo la sociedad. No obstante, para que la misma sea titular de su propio patrimonio (independiente del patrimonio de los socios) es necesario que se constituya como un ente con personalidad jurídica de acuerdo con las formalidades de la ley. Sin embargo, encontramos algunos supuestos especiales en los que la sociedad no cumple con los requisitos formales de constitución. En concreto, la sociedad en formación y la sociedad irregular no están inscritas en el Registro Mercantil aunque pueda reconocerse con ciertos matices que tienen independencia patrimonial y por lo tanto pueden ser sujetos pasivos del artículo 252 CP. En cambio, si el delito de administración desleal concurre durante el procedimiento de formación sucesiva de la sociedad anónima, serán considerados sujetos pasivos los suscriptores, porque la sociedad aún no tiene independencia patrimonial. De otro lado, puede ocurrir que el patrimonio de una sociedad, que ha sido constituida bajo algún vicio formal, sea perjudicado a través de la comisión del delito del artículo 252 CP. En este caso, la sociedad puede ser calificada como sujeto pasivo. A pesar de que la sociedad adolezca de un vicio formal de constitución y aunque posteriormente sea declarada nula, el tiempo en el que haya desarrollado su actividad es titular de su propio patrimonio.

XII. El problema de los sujetos perjudicados indirectamente por la realización del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital. La conducta de administración desleal que tiene lugar en seno de las sociedades de capital perjudica en primer lugar al patrimonio social, aunque puede ocurrir que indirectamente también menoscabe el patrimonio de otros sujetos diferentes a la sociedad. El artículo 252 CP no permite definir como sujetos pasivos a los sujetos perjudicados de forma indirecta por la conducta del ad-

ministrador desleal. Tal circunstancia se debe a que el artículo 252 CP no está preparado para castigar la administración desleal cuando concurre en el ámbito societario en los términos que hemos establecido, pues su redacción impide ampliar el círculo de sujetos pasivos a otros que no sean los perjudicados de manera directa por la conducta ilícita. En caso de que se modificara el delito de administración desleal, podría subsanarse este extremo o bien dejar intacta la redacción del artículo 252 CP en este sentido y que los perjudicados indirectamente continuasen –como pueden hacer hasta ahora– recurriendo a otras vías para ejercer las acciones correspondientes que les permitan denunciar el menoscabo que han sufrido.

XIII. La necesidad de precisar la concepción jurídico-económica de patrimonio en el artículo 252 CP. El objeto material del artículo 252 CP en el ámbito de las sociedades de capital es el patrimonio social. En concreto, el patrimonio al que alude el artículo 252 CP se corresponde con una definición jurídico-económica del mismo, que pivota sobre dos ejes, el valor económico y la apariencia jurídica. Tomando esta concepción, podemos incluir dentro de los límites del patrimonio a los bienes ilícitos y también el dinero invertido en un negocio que no tenga carácter legal. Además, dentro del concepto señalado entendemos también insertas las expectativas de ganancia probadas que se fundamentan en un derecho subjetivo y que tienen valor económico. Cuando admitimos que las expectativas mencionadas forman parte del patrimonio no estamos aceptando la aplicación de un concepto de patrimonio personal o funcional en sentido estricto sino puesto en relación con la concepción económica, pues la aplicación del primero de manera aislada no encaja con el resto de elementos que engloban el delito de administración desleal y su admisión provocaría una extensión injustificada del tipo penal.

XIV. Excesiva amplitud de la conducta típica. El artículo 252 CP requiere que el sujeto activo infrinja sus facultades de administración excediéndose en su ejercicio y que, como consecuencia de ello, cause un perjuicio al patrimonio que administra. La descripción de la conducta típica en el delito de administración desleal es abstracta y poco específica. La expresión “facultades de administración” engloba un sinnúmero de funciones que pueden ser desempeñadas por el administrador. Ante la carencia de una definición de “facultades de administración” y con el propósito de evitar una aplicación desproporcionada del ilícito, hemos acudido a la doctrina civilista para deli-

mitar qué actos pueden ser realizados por los sujetos que gozan de las facultades señaladas. De tal forma que, una vez que conocemos los actos de administración que pueden ser llevados a cabo por el sujeto activo del artículo 252 CP, resulta más fácil concretar cuándo el administrador ha infringido sus facultades de administración. Se descarta la posibilidad de interpretar del contenido del artículo 252 CP que la acción típica deba restringirse a la realización de actos de disposición y asunción de obligaciones a cargo del patrimonio del titular que ha depositado su confianza en el sujeto con facultades de administración; si la decisión del legislador hubiera sido que la conducta delictiva se redujese a esas dos modalidades de acción, entendemos que se habría mantenido en ese aspecto la redacción del derogado artículo 295 CP, más acorde a tal opción interpretativa.

XV. La inclusión de las conductas omisivas en el artículo 252 CP.

La posibilidad de castigar las conductas omisivas de administración desleal queda justificada mediante la aplicación del artículo 11 CP en relación con el contenido del artículo 252 CP. Aunque el artículo que recoge el delito de administración desleal no haga mención expresa al hecho de que el administrador perjudique el patrimonio social omitiendo una conducta, ello no quiere decir que tal situación no tenga relevancia penal. Ahora bien, cualquier comportamiento omisivo no encaja dentro del tipo penal del artículo 252 CP, sino tan solo las omisiones que imposibilitan un aumento esperado del patrimonio, o que no impiden una disminución patrimonial que podría haberse evitado porque así pueda acreditarse (tal extremo debería indicarse en una redacción futura del delito). De esta manera se limitaría la aplicación del precepto penal ya que su redacción, poco prolíja en este sentido, hubiese permitido también interpretar que cualquier omisión realizada por el administrador en relación con el patrimonio administrado puede castigarse a través del artículo 252 CP.

XVI. La propuesta de una acción típica más concreta.

La imprecisión con la que ha sido redactada la conducta típica del artículo 252 CP es criticada a lo largo de todo el trabajo. Con el objeto de redactar un delito de administración desleal más conciso y acorde con el principio de determinación de las normas penales se propone delimitar la conducta típica aludiendo a las dos modalidades de acción incluidas en el derogado artículo 295 CP. Por consiguiente, a través del delito de administración desleal se castigaría al sujeto que realiza actos de disposición o contrae obligaciones a cargo del patrimonio

que administra, y de esta manera, causa un perjuicio a este último. Además, creemos que el delito de administración desleal debería aludir expresamente al uso de los bienes y personal de la sociedad. De esta manera se pondría fin a los debates surgidos en torno a la inclusión de estos elementos dentro del delito que castiga la administración desleal, pues ha quedado suficientemente acreditado a través de la jurisprudencia su admisión.

XVII. El desvalor de acción como un elemento confuso. Cuando el sujeto activo infringe sus facultades de administración debe hacerlo excediéndose en su ejercicio. No existe unanimidad sobre el contenido de la expresión “excediéndose en el ejercicio de las mismas”, por lo que su aplicación más que favorecer a la delimitación del ámbito material del ilícito, lo que hace es confundir sobre la esfera de aplicación mismo. Con el fin de solucionar tal situación, se ha estudiado la posibilidad de interpretar la expresión mencionada de tres maneras diferentes: como extralimitación en las facultades de administración (exceso extensivo); como uso indebido de las facultades de administración (exceso intensivo); o en último caso como ambas conjuntamente. En este trabajo se ha defendido la segunda posición: el sujeto activo del delito que se analiza actúa dentro de lo que su título de administrador le permite pero de manera contraria a como debería hacerlo (observancia de los límites pero no del canon de actuación). De esta manera se excluyen del tipo penal los supuestos en los que el administrador se mueve al margen de sus facultades de administración, esto es, llevando a cabo acciones para las que no está habilitado.

XVIII. Entidad del perjuicio patrimonial. El delito de administración desleal es un delito de resultado. La consecuencia que se deriva de la realización de la acción típica por parte del sujeto que tiene facultades de administración es la causación de un perjuicio al patrimonio administrado. La Reforma del Código Penal que entró en vigor 2015 no ha hecho alusión al concepto de perjuicio que debe aplicarse y ello genera problemas interpretativos. Si atendemos a la literalidad del precepto, éste nos permite entender el perjuicio como una disminución patrimonial económica. Sin embargo –y manteniendo la misma línea aplicada en el objeto material con el que está relacionado el elemento penal al que nos referimos– consideramos que el concepto de perjuicio debería ampliarse dando cabida a supuestos en los que se acreditara que el administrador tiene certeza

de que con su comportamiento ha impedido un aumento del patrimonio, o bien ha permanecido pasivo ante una disminución que sabía que iba a producirse con respecto al mismo. Por tanto, se admite una concepción del perjuicio que es personal o funcional, aunque también relacionada con una vertiente más económica, siempre que puedan probarse los requisitos mencionados. Se exceptúan los casos en los que la conducta del administrador lleve a frustrar el fin que se había previsto para el patrimonio en cuestión sin que ello conlleve una pérdida o un aumento económico, ya que entendemos que ello equivaldría a una ampliación excesiva del tipo. Además, –y dejando a un lado el concepto de perjuicio que debe aplicarse– nos parece claro que la redacción del artículo 252 CP impide admitir su configuración como un delito de peligro.

XIX. El delito del artículo 252 CP como delito doloso. Especial referencia a la admisión del dolo eventual. El delito de administración desleal debe ser cometido de forma dolosa necesariamente. El sujeto con facultades de administración es caracterizado en el ámbito de la administración desleal como una persona que tiene consciencia y voluntad de que está llevando a cabo los elementos del tipo objetivo del delito. Además, el tipo penal del artículo 252 CP permite la apreciación del dolo eventual, circunstancia que nos obliga a destacar la importancia de los negocios de riesgo. En concreto, habrá dolo eventual cuando el administrador actúa fuera de la lógica empresarial, asumiendo un riesgo desproporcionado para el patrimonio social que finalmente se hace efectivo con un perjuicio para éste. Ahora bien el administrador, con el fin de evitar que de su comportamiento se derive responsabilidad penal, puede argumentar que ha actuado cumpliendo con los cánones que se le imponen en el ejercicio de su cargo, fundamentando que su conducta ha sido realizada conforme demandan los parámetros establecidos en el artículo 226 LSC, lo que comportaría la asunción de un riesgo que puede ser tolerado por el ordenamiento, esto es, penalmente irrelevante. En relación con la admisión del dolo, debe añadirse que el delito de administración desleal excluye la posibilidad de comisión imprudente porque no ha sido prevista expresamente (artículo 12 CP).

XX. La ausencia del ánimo de lucro. El nuevo artículo 252 CP no requiere expresamente al administrador que actúe con ánimo de lucro, aunque tal exigencia pudiera inferirse del contenido de precepto, lo que viene a confirmar una redacción que puede generar cierta

confusión. Sin embargo, creemos que debe respetarse la literalidad del artículo 252 CP y no añadir a la tipificación del ilícito más elementos adicionales a los que ya contiene. A pesar de que el precepto ha sido redactado de forma excesivamente amplia, el elemento subjetivo del injusto referido no puede utilizarse para suplir las deficiencias de taxatividad a las que se enfrenta el delito del artículo 252 CP. Ahora bien, a la hora de aplicar la pena al sujeto que ha administrado deslealmente el patrimonio sí deberá tenerse en cuenta si con su comportamiento ha obtenido algún beneficio para sí o un tercero, y en caso afirmativo imponer –dentro del marco penológico que recoge el precepto– una pena más grave.

XXI. El consentimiento de la sociedad. Para que el consentimiento sea eficaz y exima de responsabilidad penal al sujeto con facultades de administración que ha cometido el acto irregular, debe ser prestado por la sociedad titular del patrimonio perjudicado, ya que es el único sujeto pasivo del delito de administración desleal en el ámbito societario. A efectos prácticos será la junta general la que determine la voluntad de la sociedad. En concreto, los acuerdos tomados en la junta serán aprobados por mayoría legal o estatutariamente establecida (artículo 159 LSC). Sin embargo, no es relevante el porcentaje exacto de socios que estén conformes con la decisión que haya tomado la junta como grupo. La voluntad individual de los socios y la de la sociedad no tiene por qué coincidir. Cuando la junta, como un órgano unitario, haya aprobado una decisión que permita la realización de un acto de administración irregular que conlleve un perjuicio para el patrimonio de la sociedad, el sujeto que ha administrado deslealmente el patrimonio social quedará exonerado de responsabilidad penal.

XXII. Los actos preparatorios y el delito de administración desleal. El artículo 269 CP no ha incluido al delito de administración desleal entre los ilícitos que sancionan los actos preparatorios. El precepto mencionado alude expresamente al delito de estafa y al delito de apropiación indebida, entre otros, como figuras delictivas que sí castigan tales comportamientos. Como se ha dejado constancia a lo largo de este trabajo, la vinculación entre estos dos ilícitos y el delito de administración desleal es continua, ya que pesar de que cada uno contenga un tipo de injusto diferente, los tres presentan elementos comunes. Incluso, si nos ceñimos a la relación que existe entre el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP y el delito de admi-

nistración desleal del artículo 252 CP cabe señalar que la proximidad de las conductas que castigan impide en algunos supuestos concretar qué precepto es más adecuado aplicar. Esta circunstancia, puede ser aprovechada para calificar unos hechos como un delito administración desleal y no como delito apropiación indebida (o viceversa) porque el primero no sanciona los actos preparatorios. Teniendo en cuenta que son delitos tan similares deberían recibir un mismo tratamiento en lo que respecta a las disposiciones del artículo 269 CP. Por tanto, el contenido del artículo 269 CP debería incluir al delito de administración desleal entre los ilícitos que sancionan los actos preparatorios.

XXIII. Tentativa, consumación y desistimiento del delito. El delito de administración desleal en el ámbito societario se consuma cuando el sujeto activo se ha excedido en sus facultades de administración infringiéndolas y ello ha provocado un perjuicio al patrimonio social. Cuando el sujeto activo realice la conducta típica mencionada pero ésta no perjudique el patrimonio de la sociedad por causas ajenas a su voluntad habrá cometido el delito del artículo 252 CP en grado de tentativa. Además, cabe la admisión del desistimiento cuando el administrador renuncia a la consumación del delito una vez que ha comenzado la fase de ejecución del mismo.

XXIV. La calificación del delito del artículo 252 CP como un delito mixto situado entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. El delito del artículo 252 CP no puede ser catalogado estrictamente como un delito de dominio, ya que para ser autor del mismo hay que poseer una condición específica; en concreto, el sujeto que lleva a cabo la conducta típica debe tener facultades de administración derivadas de la ley, asumidas a través de un negocio jurídico o encomendadas por la autoridad. De modo que, la redacción del artículo 252 CP permite afirmar que un *extraneus* no podrá ser autor sino únicamente participe. Además, el delito de administración desleal tampoco puede ser definido como un delito de infracción de deber en sentido puro. El tipo de injusto del delito no se agota en la infracción de un deber extrapenal, pues ello dificultaría la aplicación de las normas de Derecho privado en este sentido, ya que siempre intervendría el Derecho penal, lo que a su vez supondría un quebrantamiento de los principios base de este sector del ordenamiento como el principio de intervención mínima, el principio de subsidiariedad, etc. La pauta para determinar la autoría no puede reducirse a la in-

fracción de un deber extrapenal. Por todo lo expuesto, el delito de administración desleal debe ser calificado como un delito intermedio entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. En concreto, el delito de administración desleal no reduce su contenido a la infracción de un deber extrapenal pero tampoco permite que sean autores del mismo sujetos que no tienen la cualificación específica que requiere el artículo 252 CP. Solo podrán ser autores aquellos que tengan facultades de administración en los términos expresados en el precepto mencionado, y además, cumplan con el resto de elementos que forman el tipo penal. Así, el autor del delito tiene que infringir sus facultades de administración (derivadas de alguna de las tres fuentes señaladas) excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esta manera, causar un perjuicio al patrimonio social.

XXV. La relación concursal entre el delito de administración desleal y otros ilícitos. Destacamos los concursos que pueden darse entre el delito de administración desleal y los siguientes delitos: a) delito de estafa (artículo 248 CP): puede apreciarse un concurso de delitos porque ambos ilícitos son heterogéneos; b) delito de apropiación indebida (artículo 252 CP): en este caso se admite el concurso de normas que se resolvería a través del principio de especialidad a favor del delito del artículo 252 CP porque el delito de apropiación indebida ha omitido la referencia a la administración; y además, podría observarse en ocasiones determinadas un concurso real entre ambos ilícitos; c) delito de insolvencias punibles: puede existir un concurso de delitos (real, medial o ideal); d) delito de corrupción entre particulares: de un lado se distingue la relación concursal que puede surgir con el artículo 286.1 bis CP, en este sentido resultan relevantes los casos en los que de la realización de la conducta típica del precepto mencionado se origina un perjuicio al patrimonio social, aplicándose un concurso medial; igualmente que si concurre el supuesto concreto de *kick-back* será más adecuado recurrir al concurso medial; de otro lado, puede concurrir el artículo 286.2 bis CP con el artículo 252 CP resolviéndose a través de un concurso ideal; e) delito de falsedad documental societaria (artículo 290 CP): se aplica el concurso de delitos (real o medial, pudiendo este último descartarse para aplicar un concurso de leyes si la falsedad trae aparejado un perjuicio económico); f) delito de imposición de acuerdos abusivos (artículo 291 CP) y el delito de imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos (artículo 292 CP); cuando coincida el patrimonio perjudicado po-

dría aplicarse un concurso de normas que se resolverá con el principio de consunción, absorbiendo el artículo 252 al artículo 291 o 292, todos ellos del CP; h) delito de denegación de derechos a los socios (artículo 293 CP): la diferencia entre el los sujetos pasivos (en el delito societario son los socios, y en el delito patrimonial es la sociedad) tan solo permite la aplicación del concurso de delitos; i) delito de obstrucción de labores inspectoras o supervisoras (artículo 294 CP): el bien jurídico protegido es diferente en cada ilícito por lo tanto tan solo puede dar un concurso de delitos (ideal o real); j) delito de malversación de caudales públicos (artículo 432.1 CP): existe un concurso de normas en el que el precepto especial (artículo 431.1 CP) se aplica al general (artículo 252 CP); k) por último, debe añadirse que se acepta la configuración del delito del artículo 252 CP como un delito continuado en los supuestos en los que cumpla con las exigencias previstas en el artículo 74.1 CP; pero en cambio hemos considerado más cuestionable la posibilidad de apreciar el delito masa debido al ámbito que hemos delimitado nuestro estudio (artículo 74.2 CP).

XXVI. Circunstancias que modifican la responsabilidad criminal: especial referencia a la reincidencia. Con respecto a la concurrencia de la agravante de reincidencia del artículo 22.8ª y el delito del artículo 252 CP hemos aludido a dos situaciones concretas. En primer lugar nos hemos cuestionado si la reincidencia tiene cabida considerando conjuntamente el delito de estafa y el delito de administración desleal. En este caso podemos señalar que los dos ilícitos están incluidos en el Título XIII del Código Penal, sin embargo no se cumple por completo la exigencia del artículo 22.8ª CP de que ambos tengan la “misma naturaleza”. El delito de estafa y el delito de administración desleal sí protegen el mismo bien jurídico; no obstante, la manera en la dicho bien se lesiona es diferente. En el delito de estafa se vulnera a través del engaño, y en cambio en el delito de administración desleal mediante el abuso de las funciones del administrador. En segundo lugar, nos referimos a la posibilidad de aplicar el artículo 22.8ª cuando el mismo sujeto cometa un delito de administración desleal y después otro delito de apropiación indebida, o viceversa. En este supuesto, los dos delitos mencionados se encuentran insertos bajo el Título XIII y utilizan el mismo medio comisivo para menoscabar el bien jurídico, que se concreta en el abuso de confianza. Ahora bien, respecto a este última circunstancia, cabe precisar que mientras que el bien jurídico del delito de administración desleal es el patrimonio,

el del delito de apropiación indebida es el derecho de crédito –en el caso de que el bien sea el dinero– o de propiedad –cuando se trate de bienes muebles–; de manera que el bien jurídico protegido no coincide en los delitos señalados. Sin embargo, la proximidad de las conductas sancionadas por estos ilícitos –que en algunos supuestos incluso parecen encajar en los dos delitos– nos lleva a optar por una opción interpretativa ciertamente finalista, admitiendo que a pesar de la diversidad en el elemento “bien jurídico”, cabría en algunas ocasiones la aplicación de la agravante de reincidencia en la comisión sucesiva de los ilícitos señalados.

XXVII. Falta de individualización de las penas del delito del artículo 252 CP. El artículo 252 CP se remite a las penas del delito de estafa (artículos 249 y 250 CP), que a su vez son a las que alude el delito de apropiación indebida. El legislador, ante la inseguridad de que la nueva redacción del delito de administración desleal no fuese suficiente para deslindar su contenido del que define el delito apropiación indebida, ha concretado la misma pena para ambos ilícitos. De este modo, la consecuencia más directa es que la pena no podrá utilizarse como condicionante para determinar si unos hechos deben ser sancionados a través del delito de apropiación indebida o del delito de administración desleal. Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, la diferencia punitiva entre el derogado artículo 295 CP y el antiguo artículo 252 CP que contenía el delito de apropiación indebida venía siendo aprovechada a veces como criterio para seleccionar qué hechos tenían encaje en un precepto u otro. La pena del delito de administración desleal (artículo 252 CP) debería haber sido individualizada en relación con el desvalor de la conducta que contiene, pues el ilícito se diferencia de otras figuras delictivas, en tanto que no requiere el engaño bastante (propio del artículo 249 CP) ni tampoco que siempre exista una apropiación para su consumación (como en el artículo 253 CP). A nuestro juicio, si a través del delito de administración desleal se pretendían sancionar conductas apropiatorias, su marco penológico debería haber sido más amplio o bien –como proponemos en el artículo de *lege ferenda*– haber introducido una horquilla punitiva para los casos en los que el sujeto con facultades de administración tan solo haya gestionado irregularmente el patrimonio, y otra diferente para los supuestos en los que la administración desleal haya consistido en una apropiación.

XXVIII. La inaplicación de algunos tipos agravados e hiperagravados del delito de estafa al delito de administración desleal. El artículo 252 CP se remite a los tipos agravados e hiperagravados del delito de estafa. No obstante, todas las circunstancias que recoge el artículo 250 CP no pueden ser aplicadas en relación con el delito de administración desleal cuando concurre en el ámbito societario. Así, del artículo 250.1 CP hemos admitido la aplicación de las agravaciones 1^a, 3^a, 4^a y 5^a; mientras que el artículo 250.2 CP tan solo tendrá cabida cuando se ponga en conexión la circunstancia del apartado 4^o o 5^o con la del 1^o, o bien cuando el perjuicio patrimonial supere los doscientos cincuenta mil euros. Para evitar disparidad de opiniones en torno a las agravaciones que pueden ser o no aplicadas en relación con el delito del artículo 252 CP, entendemos que una mejor solución habría sido que el delito de administración desleal hubiese incluido las suyas propias. Así, el delito del artículo 252 CP contendría agravaciones y además hiperagravaciones que casarían con el tipo penal que describe y se hubieran excluido aquéllas que aluden a situaciones que no pueden darse en relación con el precepto señalado.

XXIX. La necesidad de incluir un tipo agravado e hiperagravado que se aplique cuando el delito de administración desleal concorra en el ámbito societario. La importancia de las sociedades en el mercado y en la economía en general no debe ser obviada. El perjuicio que se deriva de las conductas irregulares de administración desleal en el patrimonio de las sociedades cualifica el desvalor de la acción en este ámbito, no solo por una cuestión cuantitativa (que también se verifica en las sociedades de gran tamaño), sino también por el papel sistemático que juegan las sociedades dentro de la economía de mercado (por ejemplo, las PYMES). La canalización de la captación del ahorro y factores productivos de un lado, y la retribución de éstos de otro (en sentido inverso), se produce de manera principal a través de este tipo de entidades. Efectivamente, existen empresas que no se acogen a ningún modelo societario, sin embargo, la significación económica de las que sí lo hacen resulta de gran relevancia, siquiera porque a través de éstas tiene lugar el mecanismo (la ficción) probablemente más importante en Derecho privado basado en la limitación de responsabilidad –por oposición al sistema del artículo 1911 del Código Civil–. Por tanto, el rol de las sociedades, y en concreto de las sociedades de capital dentro del sistema económico, agrava de hecho las conductas de administración desleal que se producen en

dicho marco, lo que en nuestra opinión debería acompañarse de un reconocimiento legal de tal situación. Cuando la conducta típica del delito de administración desleal tenga lugar en el ámbito societario las penas que acompañan al ilícito deberían ser más graves, porque el perjuicio que se causa a las entidades sociales conlleva un menoscabo a uno de los pilares fundamentales de la convivencia social y de la buena marcha de la economía.

XXX. Crítica a la redacción del delito leve. El contenido del tipo atenuado previsto en el apartado 2º del artículo 252 CP es diferente al que se incluyó en el Anteproyecto de 2012 y después en el Proyecto de 2013. A través de la Reforma de 2015 se debería haber introducido en el Código Penal un tipo atenuado del delito de administración desleal que tuviese la misma redacción que la que habían propuesto los dos textos anteriormente mencionados. Ello porque para aplicar el tipo atenuado debería tenerse en cuenta el perjuicio patrimonial que se ha causado y también la situación económica en la que se ha dejado a la víctima. En cualquier caso, se establecería como condición para observar la concurrencia del delito leve que el perjuicio patrimonial producido sea inferior a la cantidad económica de tres mil euros. Incluimos este límite cuantitativo porque tres mil euros es la suma que la Ley de Sociedades de Capital establece como capital social mínimo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. La decisión de tomar como referencia el capital social mínimo de este tipo de sociedad entronca con la concepción que se ha venido exponiendo durante toda la investigación, de un ilícito que viene a comportar un desvalor especialmente grave cuando tiene lugar en el ámbito de las sociedades de capital. Las sociedades de responsabilidad limitada son las más económicas de constituir y también las que más proliferan. Entendemos que siendo aconsejable establecer una cantidad a partir de la cual sea imposible definir unos hechos delictivos como delito leve, ésta debería corresponderse con el capital social mínimo de este tipo de entidades, ya que encontramos en dicha previsión un criterio de equivalencia con el desvalor o de cierta identidad (aunque solo en la vertiente cuantitativa y no social o funcional de las sociedades), que impida el tratamiento menos riguroso del ilícito.

XXXI. Efectos de la entrada en vigor de la LO 1/2015: el derecho transitorio. Las conductas irregulares de administración desleal que antes del 1 de julio de 2015 eran sancionadas a través del derogado artículo 295 CP, ahora son subsumibles en el nuevo tipo penal del

artículo 252 CP. A pesar de que se haya eliminado el delito societario, ello no conlleva la impunidad de los actos de administración desleal que con anterioridad a la Reforma se castigaban aplicando el contenido del artículo 295 CP. Por tanto, el artículo 2.2 CP no puede aplicarse en este sentido porque las conductas que antes de la LO 1/2015 eran delito, también lo son en la legislación vigente. Ahora bien, teniendo en cuenta el problema expuesto se ha tratado de concretar qué norma penal es más beneficiosa para el reo, esto es, si el derogado artículo 295 CP o el nuevo artículo 252 CP. A tal efecto, la jurisprudencia se ha pronunciado sin seguir una interpretación unánime. La solución deberá tomarse analizando cada caso concreto, pues en términos generales el delito societario puede ser más grave en lo que respecta al tipo básico del artículo 252 CP. Sin embargo, en el caso de que concurren alguna o varias agravantes o hiperagravantes de las previstas en el artículo 250 CP en el nuevo delito de administración desleal, el delito societario eliminado (artículo 295 CP) tendría una pena más benevolente.

XXXII. La inaplicación del artículo 268 CP cuando el delito del artículo 252 CP se comete en el ámbito de empresas familiares constituidas como sociedades de capital. En términos generales, la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP es aplicable al artículo 252 CP, ya que este último es un precepto que contiene un delito de naturaleza patrimonial que además se encuentra ubicado con anterioridad al Capítulo X del Título XIII. Sin embargo, cuando el delito de administración desleal se desarrolla en sociedades de capital formadas por personas que están unidas por lazos familiares no puede aplicarse la cláusula recogida en el artículo 268 CP. Para que tenga virtualidad el artículo 268 CP es necesario que el sujeto activo y el sujeto pasivo sean personas físicas que estén unidas mediante una relación de consanguinidad o afinidad; sin embargo, si trasladamos esta exigencia al contenido del delito de administración desleal (artículo 252 CP), observamos que esta vinculación no puede apreciarse directamente entre una persona jurídica, que sería la sociedad (sujeto pasivo), y una persona física, que será habitualmente el administrador que comete la conducta irregular (sujeto activo). En este caso –y siempre– la sociedad debe entenderse como un sujeto que es independiente de sus componentes y tiene personalidad propia. Por tanto, el artículo 268 CP no tiene cabida en el seno de las relaciones societarias familiares porque requiere la existencia de un vínculo

concreto entre personas físicas, que por el contrario no puede identificarse entre estas últimas y las personas jurídicas.

XXXIII. La realización de la conducta descrita en el artículo 252 CP puede generar responsabilidad civil derivada del delito por daños morales. El contenido de la responsabilidad civil está comprendido por la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Resulta práctico señalar que tan solo en una ocasión la jurisprudencia ha admitido que de la comisión del delito societario de administración desleal (derogado artículo 295 CP) se derivasen perjuicios morales. A pesar de la escasa incidencia de este tipo de situaciones, la mera posibilidad de su existencia nos abre la puerta a pensar que también se podría, utilizando los mismos razonamientos, llegar a concederse indemnizaciones por daños morales *ex* comisión de un delito de administración desleal del artículo 252 CP. En contra, señalamos que en el contexto al que hemos circunscrito esta investigación, se ha determinado que el agraviado –el sujeto pasivo de la acción– sería la sociedad, lo que a priori imposibilita el resarcimiento en los términos descritos. No obstante, ello no supone un límite a que los socios u otros sujetos perjudicados por la comisión del delito puedan ejercitar la acción civil que también les permite, en calidad de terceros, exigir este tipo de responsabilidad.

XXXIV. Posibilidad de que una persona jurídica responda civilmente como consecuencia de la realización del hecho delictivo descrito en el artículo 252 CP. Cuando una sociedad actúe como administradora del patrimonio de otra y cause con su comportamiento un perjuicio a dicho patrimonio, tendrá que responder personalmente la persona física que haya actuado en nombre y representación de la sociedad que ha cometido el acto irregular (artículo 31 CP). Dicho sujeto –la persona física– responderá penal y civilmente, a pesar de que en este último supuesto pueda exigir la responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica representada (artículo 120.4º CP). De modo que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente por los hechos del artículo 252 CP, pero en cambio sí puede llegar a tener responsabilidad civil subsidiaria por los mismos.

XXXV. Modificación de la perseguibilidad del delito de administración desleal cuando concurre en el ámbito societario. Con la nueva ubicación del artículo 252 CP, el delito de administración desleal deja de estar sometido a la cláusula de perseguibilidad prevista en el

artículo 296 CP que cataloga a los delitos societarios como semipúblicos. Tras la Reforma de 2015, el delito de administración desleal del artículo 252 CP se configura como el resto de delitos patrimoniales, es decir, como un delito público. En concreto, actualmente están legitimados para ejercitar la acción penal el agraviado (la sociedad), el perjudicado o los perjudicados –ya sea persona física o jurídica– que puede personarse como parte acusadora (los socios o terceros perjudicados indirectamente) y cualquier ciudadano que tenga conocimiento del delito aunque no sea agraviado ni perjudicado; además, el delito es perseguible de oficio. La delimitación del delito del artículo 252 CP como un delito patrimonial (como reza el Preámbulo de la Reforma) facilita equiparar su perseguibilidad a la prevista para el resto de los delitos patrimoniales. Resulta plausible el cambio operado en relación con la perseguibilidad de las conductas irregulares de administración desleal. La conducta típica incluida en el artículo 252 CP es suficientemente grave para que quede acreditada su persecución pública. El perjuicio que puede originar el sujeto con facultades de administración puede ser similar o incluso más grave que el menoscabo que podría causar quien infringe un delito patrimonial tradicional. Además, la ampliación de la perseguibilidad del delito de administración desleal permite que no haya que utilizar normas extrapenales para castigar actos de administración desleal que no podían ser sancionados a través del delito societario del derogado artículo 295 CP debido a los límites incluidos en el artículo 296 CP.

PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a treinta meses, quien teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, procedentes de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, vulnere su deber de tutela patrimonial y abuse de las mismas ejerciéndolas indebidamente y, como consecuencia de ello, cause un perjuicio al patrimonio que administra a través de alguno de los siguientes comportamientos:

- 1.º Disponiendo del patrimonio o contrayendo obligaciones a cargo de éste.
- 2.º Utilizando los bienes que formen parte del patrimonio administrado o al personal empleado como medio para la comisión del ilícito.
- 3.º Omitiendo la realización de actuaciones, si queda acreditado que éstas hubieran producido un incremento del patrimonio administrado, o hubiesen evitado una disminución del mismo.

2. Quien, realizando la conducta a la que se refiere el párrafo 1, se apropie para sí o para un tercero, de todo o parte del patrimonio que administra, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

3. El delito de administración desleal será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, cuando:

- 1.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

- 2.º El valor del perjuicio patrimonial supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.
 - 3.º Reaiga sobre el patrimonio de una sociedad de capital.
4. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de veinticuatro a treinta y seis meses, cuando:
- 1.º El perjuicio patrimonial supere los 250.000 euros.
 - 2.º La conducta típica sea realizada en el marco de sociedades cotizadas, entidades bancarias o financieras, sociedades de inversión, agencias de valores o compañías de seguros. Además, se castigará con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo de administración, dirección y representación de sociedades.
5. Cuando los hechos descritos en los apartados primero o segundo, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultaran de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a doce meses. En ningún caso se considerará de escasa gravedad un perjuicio patrimonial igual o superior a 3.000 mil euros.
6. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable del delito descrito en los apartados precedentes, se le impondrán las siguientes penas:
- a) Multa del triple al quintuple del valor del perjuicio, si se prevé una pena de prisión de más de cinco años para el caso de comisión por persona física.
 - b) Multa del doble al cuádruple del valor del perjuicio, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Casos prácticos de Derecho penal económico con jurisprudencia* (dirs. OLMEDO CARDENETE, M. D., y TÁRRAGO RUIZ, A.), Dykinson, Madrid, 2016.
- AAVV., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia* (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.), Tomo II, Trivium, Madrid, 1997.
- AAVV., *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dirs. CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- AAVV., *Manual de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- AAVV., *Manual de Derecho penal. Parte especial* (coord. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ), Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2011.
- AAVV., *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Derecho penal de la empresa* (dir. CORCOY BIDASOLO, M.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- AAVV., *Memento práctico. Penal 2011* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- AAVV., *Memento práctico. Penal 2017* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- AAVV., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Tecnos, Madrid, 2010.
- ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico I. Hurtos. Robos. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación”, en *Derecho penal* (coords. ROMEO CASANOBA, C., SOLA RECHE, E., y BOLDOVA PASAMAR, M. A.), Comares, Granada, 2016.
- ANARTE BORRALLA, E., y BOIX REIG, J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Delitos societarios”, en *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico* (dir. BOIX REIG, J.), Volumen II, Iustel, Madrid, 2012.

- ANZIT GUERRERO, R., “Los delitos de «cuello blanco» y los delitos de «cuello azul»”, en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, n° 1, agosto-diciembre 2008.
- AREÁN LALÍN, M., “Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios”, en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios: ponencias de las jornadas organizadas por la Fundación Caixa Galicia, octubre de 1996* (coords. AREÁN LALÍN, M., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.), Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998.
- ARISTÓTELES., *La gran moral*, El Cid, Santa Fe, 2003.
- ARROYO ZAPATERO, L., y TIEDEMANN, K., *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994.
- BACIGALUPO, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (consideraciones comparativas entre el derecho alemán y el derecho español”, *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995.
- “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 7, CGPJ, Madrid, 1999.
- “Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal”, en *Escritura pública*, n° 61, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Delitos de prevalimiento de situación mayoritaria”, en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios: (ponencias de las jornadas organizadas por la Fundación Caixa Galicia, octubre de 1996* (coords. AREÁN LALÍN, M., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, M.), Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998.
- “Administración desleal y apropiación indebida”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, 2001.
- *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico* (1ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001; (2ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. G., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I)”, en *Sistema de Derecho penal. Parte especial* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2016.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004.

- BERNET SORO, A., “El delito de administración fraudulenta en el seno de la sociedad mercantil”, en *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 18, agosto-diciembre 2006.
- BLANCO LOZANO, C., “Delitos societarios”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. POLAINO NAVARRETE. M.), Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011.
- BOLDÓ RODA, C., “Sociedades de capital. Concepto y clases”, en “Sociedades de capital (I). Principios. Fundación. Financiación”, *Derecho mercantil I* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015.
- “Fundación de las sociedades de capital”, en “Sociedades de capital (I). Principios. Fundación. Financiación”, *Derecho mercantil* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015.
- BORJA JIMÉNEZ, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios”, en *Derecho penal. Parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y la propiedad intelectual. Derecho de sociedades*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2016.
- BURGOS PAVÓN, F., *Derecho penal. Delitos I*, Universidad a distancia de Madrid, 2015.
- CALDERÓN CEREZO, A., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Derecho penal. Parte especial* (dirs/coords. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., y CALDERÓN CEREZO, A.), Tomo II, Bosch, Barcelona, 2005.
- “Comentario al artículo 252 del Código Penal”, en *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal* (dirs. REMÓN PEÑALVER, A., y FLORES CACHO, D.), Bosh, Barcelona, 2017.
- “Comentario al artículo 297 del Código Penal”, en *Delitos societarios: comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal* (dirs. REMÓN PEÑALVER, A., y FLORES CACHO, D.), Bosh, Barcelona, 2017.
- CAMACHO ROSALES, F. J., “Apropiación indebida vs administración desleal”, en *Experto universitario en Derecho penal: aspectos materiales y procesales*, Universidad Internacional de Andalucía, 2013.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTIZ, J., *Esquemas de Derecho de sociedades de capital*, Tomo XLI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CARDONA TORRES, J., “El delito societario de administración desleal: supresión del artículo 295 del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8534, mayo 2015.
- CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 19, 2017.

- CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- “Artículo 252 CP”, en *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis* (dir. GÓMEZ-TOMILLO, M.), Tomo III, Aranzadi, Navarra, 2015.
- CASTRO MORENO, A., y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CORCOY BIDASOLO, M., y GALLEGO SOLER, J. I., “Actividad societaria. Mercado y consumidores. Delitos societarios”, en *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y parte especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CRUZ RIVERO, D., “La administración de la sociedad”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- “La administración”, en “La sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”, *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M., “La sociedad como persona jurídica”, en “Teoría general de sociedades mercantiles. Sociedades personalistas”, *Derecho mercantil* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, en *elderecho.com*, nº 3, septiembre 2016.
- DE SAN ROMÁN, J., y IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “La fundación de las sociedades de capital”, en *Fundamentos del Derecho empresarial. Derecho de sociedades* (coord. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.), Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2015.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

- DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. La *business judgment* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital”, en *Gómez-Acebo&Pombo (Análisis GA&P)*, julio 2014.
- “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflicto de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, en *Gómez-Acebo&Pombo (Análisis GA&P)*, diciembre 2014.
- “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, n° 83, julio-diciembre 2014, Universidad EAFIT, Medellín.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2007.
- DOLZ LAGO, M. J., “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (I)”, en *Diario La Ley*, n° 8290, abril 2014.
- “Uso de tarjetas de empresa: delitos de apropiación indebida o delito societario de administración desleal. Consecuencias de la Reforma penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo”, en *Diario La Ley*, n° 8533, mayo 2015.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad: configuración e incidencia de su infracción en la calificación del concurso y en la responsabilidad concursal”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 43, julio-diciembre 2014.
- FARALDO CABANA, P., “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 19, 1996.
- “Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal* (dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- *Los delitos societarios* (1ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, Barcelona, 2004.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E. B., *Responsabilidad penal de los altos directivos y deberes de confianza empresarial. Criterios de individualización de la responsabilidad penal empresarial desde el sistema estadounidense y desarrollo de la Teoría de Agencias* (tesis doctoral dir. MIRÓ LLINARES, F.), Universidad Miguel Hernández de Elche, 2017.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1998.
- “Artículo 295”, en *Comentarios al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 273 a 304* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo IX, Edersa, Madrid, 1999.
- *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración social fraudulenta (artículo 295 del Código Penal)”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales* (coords. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., y GALÁN CORONA, E.), Tecnos, Madrid, 1999.
- FOFFANI, L., “Infedeltà patrimoniale in diritto comparato”, en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VI, UTET, Torino, 1992.
- *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*, Giurfrè, Milan, 1997.
- “Delitos societarios”, en *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico* (coords. FARALDO CABANA, P., y VALEIJE ALVAREZ, I.), Universidad de la Coruña, 1998.
- “Le infedeltà”, en *Diritto penale dell’impresa. Materiali per lo studio* (a cura di ALESSANDRI, A.), Giappichelli, Torino, 2007.
- *Reati societari*, documento electrónico: <https://www.studiolegalecavallo.com/wp-content/uploads/2013/10/1.3.-reati-societari.pdf> (se corresponde con: “Società, Artt. 2621-2644 c.c.”, en *Commentario breve alle leggi penali complementari* (a cura di PALIERO, C. E., y PALAZZO, F. C.), CEDAM, Padova, 2007).
- “Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización”, en *Revista Penal*, n° 23, enero 2009.
- “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?”, en *Nuevo Foro Penal*, n° 75, julio-diciembre 2010.
- “Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una “nouvelle vague” dell’intervento giudiziario?: Interventi”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. 57, n° 2, 2014.
- “Mesa redonda: la administración desleal en el ámbito societario”, en *Curso Derecho Penal en transformación: dos problemas actuales* (dir. NIETO MARTÍN, A.), ponencia celebrada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Ciudad Real los días 29 y 30 de junio de 2016.
- FOFFANI, L., y NIETO MARTÍN, A., “Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de Derecho comparado europeo”, en *Revista Penal*, n° 17, 2006.

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *Cuadernos de reflexión de la Cátedra PRASA de empresa familiar*, n° 14, marzo de 2012.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- “Sección 1ª. De las estafas”, en *Comentarios al Código Penal* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Sección 2ª. De la administración desleal”, en *Comentarios al Código Penal* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GALLEGO SOLER, J. I., y HORTAL IBARRA, J. C., “Actividad económica y delitos patrimoniales”, en *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y parte especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 17, 2015.
- “El tratamiento de la administración desleal en el sistema italiano: el delito de *infedeltà patrimoniale*”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 123, diciembre 2017.
- GARCÍA CAVERO, P., “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular”, en *Indret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., y IGLESIAS PRADA, J. L., “Los órganos sociales de las sociedades de capital (II). Los administradores”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016.
- “Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016.
- “La fundación de las sociedades de capital”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016.
- GARCÍA ESCOBAR, G. A., *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso* (tesis doctoral dir. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Tomo I, Universidad de Granada, 2016.
- “Presupuesto subjetivo del concurso en el derecho español. El caso de la sociedad irregular”, en *Revista Crítica de Derecho privado*, n° 12, Volumen I, 2015.

- GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre* (dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015.
- GARRETA SUCH, J. M., *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GIL GIL, A., “*Iter criminis*”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 CP y ss.)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, B de F, Madrid, 2013.
- GOMES RAMOS, M. E., “Derecho de la competencia y deberes de diligencia de los administradores”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 42, enero-junio 2014.
- GÓMEZ ARBÓS, J., “Responsabilidad civil derivada del delito de administración fraudulenta”, en *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho procesal civil*, diciembre 2009.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fasc/Mes 2, 1980.
- *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001.
- GÓMEZ BETETA, J. E., “Procedimientos societarios”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Caso «Argentia Trust»”, en *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal* (coord. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.), La Ley, Madrid, 2011.
- *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y especial*, B de F, Madrid, 2014.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., JAKOBS, G., y SHÜNEMANN, B., *La administración desleal de los órganos societarios* (coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), Atelier, Barcelona, 2008.
- GÓMEZ LOZANO, M. M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., “Responsabilidad de administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirentes de una vivienda (Una reflexión a la luz de la STS, Sala

- Primera, de 23 de mayo de 2014)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 43, julio-diciembre 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Responsabilidad penal del asesor fiscal (a propósito de la STS 1231/1999, de 26 de julio, ponente Joaquín Delgado García”, en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgo* (dirs. SERRANO-PIEDECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E.), Colex, Madrid, 2011.
- GÓMEZ MARTÍN, V., y VALIENTE IVÁÑEZ, V., “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Manual de Derecho penal, económico y de la empresa. Parte general y especial* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden económico (VI): Estafas”, en *Derecho penal. Parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “Delitos contra el patrimonio y el orden económico (VII): Administración desleal. Apropiación indebida. Defraudación de fluido eléctrico y análogas”, en *Derecho penal. Parte especial* (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre* (dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 32, Fasc/Mes 2, 1979.
- “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio: consideraciones críticas”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 17, 1993-1994.
- “Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*”, BOE, Madrid, 1995.
- “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultura. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, en *Compendio de Derecho penal español. Parte especial* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Marcial Pons, Madrid, 2000.
- “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultura. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, en *Derecho penal español. Parte especial* (coord. COBO DEL ROSAL, M.), Dykinson, Madrid, 2005.

- “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I)”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coord. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011.
 - “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VI). Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coord. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011.
 - “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (X). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coord. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011.
 - “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídica* (dir. PALMA HERRERA, J. M. y coord. GONZÁLEZ TAPIA, M. I.), Dykinson, Madrid, 2014.
 - “La supresión del Libro III y los delitos leves”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Los delitos de cuello blanco”, en *Cont4bl3*, nº 40, 2011.
- GRACIA MARTÍN, L., “El Derecho penal ante la globalización económica”, en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial de riesgos* (dir. SERRANO-PIEDECASAS, J. R.), Colex, Madrid, 2010.
- HERRERA MORENO, M., “El sujeto activo en el delito de administración desleal”, en *Diario La Ley*, nº 7460, septiembre 2010.
- HORTAL IBARRA, J. C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005.
- IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflicto de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- JAÉN VALLEJO, M., “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Comentarios al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1999.
- JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva configuración del delito de administración desleal*, Bosch, Barcelona, 2016.

- JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PEREZ-ALCALDE, F., *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública* (dirs. GANZEMULLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FRIGOLA VALLINA, J.), Bosch, Barcelona, 1998.
- JUSTE MENCÍA, J., “Sociedades de capital (V). Órgano de administración”, en *Derecho mercantil I* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015.
- LA CASA GARCÍA, R., “La sociedad comanditaria por acciones”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LACRUZ LÓPEZ, J. M., “Conceptos básicos del Derecho penal”, en *Curso de Derecho penal. Parte general* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dirs. ROJO, A., y BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LEÓN SANZ, F. J., “Las cuentas en participación”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general de Derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- LÓPEZ LORENZO, V. y FACORRO ALONSO, A., “Aspectos penales del régimen de las sociedades mercantiles. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, en *Delincuencia económica* (dir. MAGRO SERVET, V.), Estudios de Derecho Judicial nº 93, CGPJ, Madrid, 2007.
- LÓPEZ NAVARRO, J. F., *Vademécum de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LÓPEZ ORTEGA, R., “La constitución de las sociedades de capital”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LOUIS, J. y WASSEMER, M. P., “Sistemas penales comparados: Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania”, en *Revista Penal*, nº 9, enero 2002.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2017.
- *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2017.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades”, en *Derecho penal para*

- un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coords. MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., y VENTURA PÜSCHEL, A.), Universidad Complutense de Madrid, 2016.
- LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2010.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras”, en *Derecho penal económico* (dir. GIMENO JUBERO, M. A.), Estudios de Derecho Judicial n° 72, CGPJ, Madrid, 2006.
- MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad penal de los administradores de hecho”, en *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro* (dir. SOLER PASCUAL, L. A.), Estudios de Derecho Judicial n° 91, CGPJ, Madrid, 1996.
- *Delitos socioeconómicos*, El Derecho, Madrid, 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. (Comentarios y jurisprudencia). Parte especial (Artículos 138 a 639), Volumen II, Comares, Granada, 2010.
- “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, n° 8046, marzo 2013.
- *La Reforma del Código Penal de 2015*, La Ley, Madrid, 2015.
- *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M. L., y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho penal en casos. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos societarios”, en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 20, CGPJ, Madrid, 1996.
- “Capítulo XIII. De los delitos societarios”, en *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)* (coords. DEL MORAL GARCÍA, A., y SERRANO BUTRAGUEÑO, I.), Volumen II, Comares, Granada, 2002.
- “La represión penal de las actividades económicas irregulares (especial referencia a las falsedades contables y la administración desleal)”, en *Derecho Penal Económico* (dir. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 2, CGPJ, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Delitos societarios”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte especial* (dir. VIVES ANTON, T., y MANZANARES SAMANIEGO, J. L.), Estudios de Derecho Judicial n° 2, CGPJ, Madrid, 1996.
- *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 35, 2015.
- *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “El tipo de acción del nuevo delito de administración desleal del art. 252 del Código Penal”, en *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales* (dir. PUENTE ABA, L. M., y coord. SOUTO GARCÍA, E. M.), Comares, Granada, 2016.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 17, 1993-1994.
- MARTÍNEZ RUIZ, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- MATA Y MARTÍN, R. M., “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, en *Empresa y Derecho penal (I)* (dir. DEL ROSAL BLASCO, B.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 5, CGPJ, Madrid, 1998.
- “Estructura fundamental del delito de administración desleal”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (coords. QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F.), Aranzadi, Navarra, 2001.
- “Artículo 250”, en *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis* (dir. GÓMEZ-TOMILLO, M.), Tomo III, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005.
- MELENDO PARDOS, M., “Teoría de la codelinuencia, y II: Participación”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- “La punibilidad como elemento del delito”, en *Curso de Derecho. Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- “El delito como conducta reprochable, IV: La graduación de la culpabilidad”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978.

- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (coord. LAMARCA PÉREZ, C.), Colex, Madrid, 2016.
- MILLÁN GARRIDO, A., “Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016.
- MIR PUIG, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 3, 2001.
- *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015.
- “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, Fasc./mes 1, 2015.
- MIRANDA SERRANO, L. M., “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016.
- MIRÓ LLINARES, F., “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I). Tipo objetivo”, en *La Teoría del Delito en la práctica penal económica* (dirs. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y MIRÓ LLINARES, F.), La Ley, Madrid, 2013.
- “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (II). Tipo «subjetivo»”, en *La Teoría del Delito en la práctica penal económica* (dirs. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y MIRÓ LLINARES, F.), La Ley, Madrid, 2013.
- “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (III). Intervención delictiva”, en *La Teoría del Delito en la práctica penal económica* (dirs. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y MIRÓ LLINARES, F.), La Ley, Madrid, 2013.
- MORALES PRATS, F., “Apropiación indebida y administración desleal: reflexiones político criminales sobre la reforma de 2015 del Código Penal”, en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coords. MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., y VENTURA PÜSCHEL, A.), Universidad Complutense de Madrid, 2016.
- MORENO CÁNOVES, A., y RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., “Las fases de ejecución del delito”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MORILLAS CUEVA, L., “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4, 2002.
- Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Tomo II, Volumen I, Dykinson, Madrid, 2008.
- “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Anales de Derecho*, nº 29, 2011.
- *Sistema de Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Dykinson, 2016.
- MORÓN LERMA, E., “El perfil criminológico del delincuente económico”, en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (dir. GARCÍA ARÁN, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (19ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; (20ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., y FOFFANI, L., “Las entidades bancarias como autores o víctimas de delitos financieros: Una perspectiva comparada”, en *Revista Penal*, nº 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2010.
- NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosh, Barcelona, 2012.
- NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996.
- “Administración desleal”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- “Teoría general de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015.
- “Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante defraudación (II). Administración desleal, apropiación indebida. Defraudación del fluido eléctrico y análogas”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015.
- “Los delitos societarios”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015.

- “Elementos del tipo subjetivo (I): El dolo”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015.
 - “Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015.
 - “Formas de realización del delito: el *iter criminis*”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Las penas privativas de otros derechos”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- “Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil *ex delicto*, las costas procesales y las consecuencias accesorias”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015.
- NÚÑEZ LOZANO, P. L., “Rasgos fundamentales del tipo social: capital, acciones y no responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Carácter mercantil de la sociedad anónima”, en “La sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”, *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016.
- “Constitución de la sociedad anónima”, en “La sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”, *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016.
- OLMEDO CARDENETE, M., “Artículos 27, 28 y 29”, en *Comentarios al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 24 a 94* (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo IX, Edersa, Madrid, 1999.
- “Los delitos societarios tras la reforma del delito de administración desleal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, ponencia celebrada en La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 11 de mayo de 2017.
- ORIOLE LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dirs. ROJO, A., y BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades mercantiles”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016.
- ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PASTOR MUÑOZ, N., “Los delitos societarios y su incidencia en la actividad notarial”, en *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho penal* (dir. FUENTES MARTÍNEZ, J. J.), Aranzadi, Navarra, 2007.

- “La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico”, en *La Teoría del Delito en la práctica penal económica*” (dirs. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y MIRÓ LLINARES, F.), La Ley, Madrid, 2013.
- “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2016.
- PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”, en *Iuris: actividad y práctica del derecho*, n° 194, 2013.
- “Delitos contra el patrimonio (II)”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y coord. RAGUÉS I VALLÈS, R.), Atelier, Barcelona, 2015.
- *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, en *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, n° 5, 2003.
- “Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2010.
- “Anatomía del deber de lealtad”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n° 39, 2015.
- “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016.
- PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción al Derecho penal económico”, en *Curso de Derecho penal económico* (dir. BACIGALUPO, E.), Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2016.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., “Derecho de libertad de empresa. Art. 17 DUDH y concordantes”, en *El sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* (dirs. MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L.), Comares, Granada, 2015.
- “Grupo de sociedades”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016.
- POLO SÁNCHEZ, E., “La reforma parcial de la L.S.C: mayorías, conflictos de intereses y diligencia exigible a los administradores”, en *XV Congreso de la asociación Sáinz de Andino de profesores en Derecho mercantil*, ponencia celebrada en el Paraninfo de la Universidad de Granada los días 25, 26 y 26 de junio de 2015.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Aranzadi, Navarra, 2015.

- PORTILLA CONTRERAS, G., “El delito de malversación”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (6ª ed), Atelier, Barcelona, 2011; (7ª ed.), Tirant lo Blanch (1ª ed.), Valencia, 2015.
- QUINTANAR DÍEZ, M., y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos de Derecho penal. Parte general* (dir. QUINTANAR DÍEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre los delitos económicos como subsistema penal”, en *El Derecho penal económico y empresarial antes los desafíos de la sociedad mundial de riesgo* (dir. SERRANO-PIEDCASAS, J. R.), Colex, Madrid, 2010.
- *Delitos societarios*, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2012.
- “Defraudaciones”, en *Compendio de la parte especial del Derecho penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2016.
- RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2015.
- RAMOS TAPIA, I., “Delito de acción. La atipicidad (III)”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- REBOLLO VARGAS, R., “Función real y función simbólica de los delitos societarios”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 26, 2006.
- REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo*, documento electrónico: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Remón%20Peñalver.pdf?idFile=0e8af0e0-1bec4167a04734cbb7451ca6.
- RESTÓN, M. I., *Los delitos de infracción de deber ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, B de F, Buenos Aires, 2014.
- RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.
- “Delitos societarios”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)* (coord. TERRADILLOS BASOCO, J. M.), Tomo IV, Iustel, Madrid, 2012.
- ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, en *Derecho penal español. Parte especial II* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Defraudaciones”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015.

- RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc./Mes 2, 1996.
- *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 7, CGPJ, Madrid, 2000.
- ROJAS AGUIRRE, L. E., “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista penal*, n° 23, 2009.
- ROSO CAÑADILLAS, R., “Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de Reforma de 2013”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 114, diciembre 2014.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (traducción de la novena edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), Marcial Pons, Madrid, 2016.
- SÁEZ LACAVE, M., “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2009.
- “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2016.
- SÁINZ-CANTERO CAPARROS, J. E., “La reforma de los delitos contra la administración pública”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015.
- SALOM ESCRIVÁ, J. S., “La investigación de los delitos societarios”, en *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Estudios de Derecho Judicial n° 64, CGPJ, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Navarra, 1996.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El órgano de administración de las sociedades de capital”, en *Fundamentos del Derecho empresarial. Derecho de sociedades* (coord. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.), Aranzadi, Navarra, 2015.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, La Ley, Madrid, 2013.
- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D., “La expansión del Derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros”, en *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, nº 1, julio 2005.
- “Delitos societarios”, en *Curso de Derecho penal. Parte especial* (AAVV.), Dykinson, Madrid, 2012.
- SILVA CASTAÑO, M. L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- “Teoría del delito de Derecho penal económico-empresarial”, en *La Teoría del Delito en la práctica penal económica*” (dirs. SILVA SÁNCHEZ, J. M., y MIRÓ LLINARES, F.), La Ley, Madrid, 2013.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Sistema penal y empresa”, en *Nuevas tendencias en el Derecho penal económico. Seminario Internacional de Derecho penal (Jerez 24, 25, 26 y 27 de septiembre de 2007)* (coords. TERRADILLOS BASOCO, J. M., y ACALE SÁNCHEZ, M.), Universidad de Cádiz, 2008.
- “Delitos contra el orden económico”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)* (coord. TERRADILLOS BASOCO, J. M.), Tomo IV, Iustel, Madrid, 2012.
- TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español y alemán)*, PPU, Barcelona, 1993.
- *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Malversación”, en *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015* (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- VALENZUELA GARACH, J., “Sociedad anónima (I)”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016.
- VALLE MUÑIZ, J. M., QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., “De los delitos societarios”, en *Comentarios al nuevo Código Penal*,

- (dir. QUINTERO OLIVARES, G., y coord. MORALES PRATS, F), Aranzadi, Navarra, 2005.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital. Estudio legal y jurisprudencial. Adaptado a la Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor*, Bosch, Barcelona, 2013.
- VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre* (dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUENAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015.
- VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- VERDÚ CAÑETE, M. J., “El concurso: declaración y órganos”, en *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal* (AAVV), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos societarios”, en *Esquemas de la parte especial de Derecho penal (I)* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Tomo XXXII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VIÑOLO LÓPEZ, R., *El delito de administración desleal en el C.P. de 1995*” (tesis doctoral dir. PÉREZ ALONSO, E., y MARÍN DE ESPINOSA, E. B.), Universidad de Granada, 2012.
- VIRGOLINI, J., “Los delitos de cuello blanco”, en *Nuevas tendencias en el Derecho penal económico. Seminario Internacional de Derecho penal (Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007)* (coords. TERRADILLOS BASOCO J, M., y ACALE SÁNCHEZ, M.), Universidad de Cádiz, 2007.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid, 1988.
- “El Derecho Penal”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fecha	Referencia Aranzadi
1 de marzo de 1956	RJ 1956\750
15 de marzo de 1969	RJ 1969\1494
12 de febrero de 1970	RJ 1970\919
10 de febrero de 1973	RJ 1973\2896
23 de junio de 1973	RJ 1973\663
17 de marzo de 1981	RJ 1981\2896
8 de julio de 1983	RJ 1983\4130
29 de enero de 1991	RJ 1991\579
31 de enero de 1991	RJ 1991\511
30 de marzo de 1991	RJ 1991\2481
25 de abril de 1991	RJ 1991\2953
23 de abril de 1992	RJ 1992\6783
2 de abril de 1993	RJ 1993\3016
14 de febrero de 1994	RJ 1994\1121
7 de marzo de 1994	RJ 1994\1858
14 de marzo de 1994	RJ 1994\2150
30 de octubre de 1997	RJ 1997\8112
26 de febrero de 1998	RJ 1998\1196
3 de abril de 1998	RJ 1998\2383
8 de julio de 1998	RJ 1998\5831
12 de mayo de 2000	RJ 2000\3462

26 de junio de 2000	RJ 2000\5794
21 de noviembre de 2000	RJ 2000\10642
15 de diciembre de 2000	RJ 2000\9763
16 de febrero de 2001	RJ 2001\472
29 de octubre de 2001	RJ 2002\939
2 de noviembre de 2001	RJ 2002\940
26 de noviembre de 2001	RJ 2002\807
3 de junio de 2002	RJ 2002\6417
29 de julio de 2002	RJ 2002\6357
30 de septiembre de 2002	RJ 2002\8851
18 de octubre de 2002	RJ 2002\9584
31 de octubre de 2002	RJ 2002\10240
7 de noviembre de 2002	RJ 2002\10072
23 de diciembre de 2002	RJ 2003\2959
3 de febrero de 2003	RJ 2003\4061
11 de febrero de 2003	RJ 2003\2082
13 de mayo de 2003	RJ 2003\3984
17 de septiembre de 2003	RJ 2003\6357
19 de septiembre de 2003	RJ 2003\8869
2 de febrero de 2004	RJ 2004\2112
27 de febrero de 2004	RJ 2004\1755
24 de junio de 2004	RJ 2004\5070
26 de julio de 2004	RJ 2004\4212
2 de noviembre de 2004	RJ 2004\8091
31 de enero de 2005	RJ 2005\2321
10 de marzo de 2005	RJ 2005\2688
25 de abril de 2005	RJ 2005\6547
11 de mayo de 2005	RJ 2005\6025
8 de junio de 2005	RJ 2005\9668
28 de junio de 2005	RJ 2005\9307
30 de junio de 2005	RJ 2005\6513
11 de julio de 2005	RJ 2005\5418

14 de octubre de 2005	RJ 2005\7794
18 de octubre de 2005	RJ 2005\7599
28 de octubre de 2005	RJ 2005\8168
25 de enero de 2006	RJ 2006\3331
27 de enero de 2006	RJ 2006\4603
13 de febrero de 2006	RJ 2006\4420
11 de abril de 2006	RJ 2006\4798
29 de mayo de 2006	RJ 2006\3424
7 de junio de 2006	RJ 2006\7000
17 de junio de 2006	RJ 2006\7697
26 de enero de 2007	RJ 2007\1586
11 de abril de 2007	RJ 2007\3850
12 de abril de 2007	RJ 2007\2410
23 de mayo de 2007	RJ 2007\4815
19 de junio de 2007	RJ 2007\4989
21 de junio de 2007	RJ 2007\3329
8 de enero de 2008	RJ 2008\233
29 de enero de 2008	RJ 2008\1718
26 de febrero de 2008	RJ 2008\2164
24 de junio de 2008	RJ 2008\4085
31 de diciembre de 2008	RJ 2009\5966
12 de mayo de 2009	RJ 2009\4863
25 de junio de 2009	RJ 2009\6681
6 de julio de 2009	RJ 2009\6705
14 de julio de 2009	RJ 2009\5980
9 de diciembre de 2009	RJ 2010\2032
2 de febrero de 2010	RJ 2010\1412
15 de febrero de 2010	RJ 2010\3278
3 de mayo de 2010	RJ 2010\5577
21 de junio de 2010	RJ 2010\7155
13 de julio de 2010	RJ 2010\7340
22 de octubre de 2010	RJ 2010\8163

12 de noviembre de 2010	RJ 2010\9001
29 de noviembre de 2010	RJ 2011\594
17 de noviembre de 2011	RJ 2012\1537
27 de enero de 2012	RJ 2012\2064
12 de marzo de 2012	RJ 2012\4663
28 de marzo de 2012	RJ 2012\8194
11 de abril de 2012	RJ 2012\5611
19 de abril de 2012	RJ 2012\9034
4 de mayo de 2012	RJ 2012\5989
17 de mayo de 2012	RJ 2012\8383
20 de septiembre de 2012	RJ 2012\10151
4 de diciembre de 2012	RJ 2013\1642
13 de diciembre de 2012	RJ 2013\23
1 de febrero de 2013	RJ 2013\1847
6 de marzo de 2013	RJ 2013\3958
28 de mayo de 2013	RJ 2013\3991
17 de junio de 2013	RJ 2013\6428
22 de julio de 2013	RJ 2013\6782
22 de octubre de 2013	RJ 2013\7117
14 de noviembre de 2013	RJ 2013\7896
18 de diciembre de 2013	RJ 2014\1587
3 de marzo de 2014	RJ 2014\2104
2 de abril de 2014	RJ 2014\2563
15 de abril de 2014	RJ 2014\2450
3 de junio de 2014	RJ 2014\4219
1 de octubre de 2014	RJ 2014\5093
16 de octubre de 2014	RJ 2014\4730
22 de octubre de 2014	RJ 2014\5089
12 de noviembre de 2014	RJ 2014\6331
29 de diciembre de 2014	RJ 2014\6716
2 de junio de 2015	RJ 2016\6668
2 de junio de 2015	RJ 2015\2498

2 de julio de 2015	RJ 2015\3901
2 de julio de 2015	RJ 2015\4490
6 de julio de 2015	RJ 2015\3584
7 de julio de 2015	RJ 2015\5544
13 de julio de 2015	RJ 2015\3592
16 de julio de 2015	RJ 2015\3698
5 de octubre de 2015	RJ 2015\4395
15 de octubre de 2015	RJ 2015\6159
30 de octubre de 2015	RJ 2015\5048
10 de noviembre de 2015	RJ 2016\96
17 de noviembre de 2015	RJ 2015\5074
23 de noviembre de 2015	RJ 2015\5320
1 de diciembre de 2015	RJ 2015\5407
9 de diciembre de 2015	RJ 2016\152
26 de enero de 2016	RJ 2016\1629
8 de febrero de 2016	RJ 2016\508
10 de febrero de 2016	RJ 2016\503
12 de febrero de 2016	RJ 2016\676
2 de marzo de 2016	RJ 2016\788
2 de marzo de 2016	RJ 2016\5767
15 de marzo de 2016	RJ 2016\974
30 de marzo de 2016	RJ 2016\1142
17 de mayo de 2016	RJ 2016\2252
2 de junio de 2016	RJ 2016\3098
13 de julio de 2016	RJ 2016\161372
9 de septiembre de 2016	RJ 2016\4411
15 de diciembre de 2016	RJ 2016\5986
26 de enero de 2017	RJ 2017\349
29 de marzo de 2017	RJ 2017\1648
6 de abril de 2017	RJ 2017\1491
29 de junio de 2017	RJ 2017\4120

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Órgano	Fecha	Referencia Aranzadi
AP. Gerona	4 de mayo de 2000	ARP 2000\1667
AP. Sevilla	27 de octubre de 2000	ARP 2000\2548
AP. Barcelona	24 noviembre de 2000	ARP 2000\2837
AP. Cantabria	8 de junio de 2001	ARP 2002\59
AP. Burgos	27 de noviembre de 2001	ARP 2002\266
AP. Sevilla	22 de marzo de 2002	JUR 2002\162975
AP. Madrid	27 de enero de 2003	JUR 2003\196138
AP. Granada	28 de enero de 2003	ARP 2003\421
AP. Orense	4 de junio de 2003	JUR 2003\185276
AP. Lleida	4 de noviembre de 2003	JUR 2004\108522
AP. Sevilla	18 de mayo de 2004	JUR 2004\199204
AP. Burgos	24 de febrero de 2005	JUR 2005\12002
AP. Guipúzcoa	16 de junio de 2008	JUR 2009\10702
AP. Zaragoza	24 de noviembre de 2008	ARP 2009\290
AP. Burgos	25 de mayo de 2009	ARP 2009\715
AP. Madrid	23 de octubre de 2009	ARP 2010\159
AP. Madrid	29 de enero de 2010	JUR 2010\125803
AP. Albacete	22 de julio de 2010	JUR 2010\309427
AP. Murcia	3 de diciembre de 2010	JUR 2011\51145
AP. Almería	14 de febrero de 2011	JUR 2012\45067
AP. Madrid	14 de marzo de 2001	JUR 2011\168052
AP. Las Palmas	11 de junio de 2012	JUR 2012\295482
AP. Guadalajara	9 de julio de 2012	ARP 2012\604
AP. Madrid	11 de noviembre de 2012	JUR 2013\65850
AP. Jaén	30 de noviembre de 2012	JUR 2012\142642
AP. Burgos	3 de septiembre de 2013	ARP 2013\1122
AP. Cádiz	4 de noviembre de 2013	JUR 2014\275879
AP. Castellón	5 de noviembre de 2013	JUR 2014\164734
AP. Santa Cruz de Tenerife	10 de enero de 2014	ARP 2014\372

AP. Córdoba	2 de abril de 2014	ARP 2015\409
AP. Madrid	11 de abril de 2014	JUR 2014\16644
AP. Vizcaya	6 de junio de 2014	JUR 2014\240409
AP. Pontevedra	2 de julio de 2014	ARP 2014\947
AP. Barcelona	13 de abril de 2015	ARP 2016\223
AP. Sevilla	14 de abril de 2015	ARP 2015\1123
AP. A Coruña	17 de junio de 2015	JUR 2015\180107
AP.Santa Cruz de Tenerife	18 de junio de 2015	JUR 2015\247601
AP. Tarragona	19 de octubre de 2015	JUR 2015\4509
AP. Las Palmas	20 de noviembre de 2015	ARP 2016\177
AP. Zamora	26 de noviembre de 2015	JUR 2015\306379
AP. Alicante	16 de diciembre de 2015	ARP 2016\710
AP. La Rioja	17 de diciembre de 2015	JUR 2016\20629
AP. Zaragoza	12 de enero de 2016	ARP 2016\138
AP. Alicante	22 de enero de 2016	JUR 2016\141927
AP. Barcelona	28 de enero de 2016	JUR 2016\71607
AP. Toledo	1 de febrero de 2016	ARP 2016\209
AP. Santa Cruz de Tenerife	1 de marzo de 2016	ARP 2016\439
AP. Murcia	17 de mayo de 2016	JUR 2016\154183
AP. Madrid	13 de junio de 2016	JUR 2016\275878
AP. Valladolid	6 de julio de 2016	JUR 2016\195452
AP. Madrid	1 de diciembre 2016	JUR 2017\9073
AP. Cuenca	2 de diciembre 2016	JUR 2017\5789

AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

Órgano	Fecha	Referencia Aranzadi
AP. Barcelona	25 de marzo de 2004	ARP 2004\381
AP. Madrid	5 de julio de 2006	JUR 2006\130504
AP. Madrid	29 de enero de 2010	JUR 2010\125830
AP. Madrid	14 de marzo de 2011	JUR 2011\168052
AP. Madrid	15 de julio de 2011	JUR 2011\323676
AP. Jaén	30 de noviembre de 2012	JUR 2013\142642
AP. Córdoba	2 de abril de 2014	ARP 2015\409
AP. Barcelona	13 de abril de 2015	ARP 2016\223
AP. Tarragona	19 de octubre de 2015	JUR 2015\4509
AP. Alicante	16 de diciembre de 2015	ARP 2016\710

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales