

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ESCUELA INTERNACIONAL DE POSGRADO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL

**EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN
DESLEAL (ARTÍCULO 252 CP) EN EL ÁMBITO DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

Doctoranda: Aixa Gálvez Jiménez

Director: Dr. D. Miguel Olmedo Cardenete

Catedrático de Derecho penal

Granada, 2017

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Aixa Gálvez Jiménez
ISBN: 978-84-9163-727-1
URI: <http://hdl.handle.net/10481/48912>

A mis padres, maestros de la vida.

Gracias por tanto.

RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL:

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

DIRECTOR: DR. MIGUEL OLMEDO CARDENETE

DOCTORANDA: AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

La tesis que presentamos lleva por título “El nuevo delito de administración desleal (artículo 252 CP) en el ámbito de las sociedades de capital”. Nos situamos dentro de la esfera del Derecho penal en esta investigación aunque, como se tendrá ocasión de comprobar, llevaremos a cabo un estudio fuertemente influido por otras disciplinas jurídicas y fundamentalmente por el Derecho mercantil. No obstante, nuestro interés ha sido el de construir un trabajo de Derecho penal, centrando las cuestiones a tratar dentro de los límites del mismo. De cualquier modo, a lo largo de nuestra investigación ha resultado imposible no aludir o no analizar elementos propios del contexto en que se desarrolla la investigación, la realidad societaria.

En concreto, nos interesa la configuración del ilícito penal en relación a la llamada “administración desleal”. Se trata de un tema que goza de actualidad en la doctrina científica y que también genera alarma social por configurarse como una de las parcelas de la delincuencia económica, que incluso puede manifestarse en el sector público. Efectivamente, el delito de administración desleal viene destacando en los últimos años como un campo abonado para los estudios de Derecho penal dado su creciente interés a todos los niveles. Es indudable la pertinencia de estudiar desde un perfil académico la inclusión de determinadas conductas en los textos penales, esto es, su tipificación y con ella la previsión del castigo más grave de cuantos conoce, la pena privativa de libertad. Si cualquier delito que conlleve tal sanción merece el análisis detallado de todos sus elementos para comprender las razones y el esquema que ha seguido el legislador penal a tales efectos y el respeto a su condición de última *ratio*, dicha atención se eleva en un entorno que *per se* es además actual. Incluso, podemos decir que el tratamiento en los

medios de comunicación de determinados casos, a veces excesivo, contribuye a la proyección de este tipo de delitos entre la población en general.

En nuestra investigación no vamos a centrarnos en cualquier tipo de administración desleal, entendiendo que tal circunstancia puede darse con respecto a la gestión del patrimonio ajeno. El objeto de este trabajo se va a restringir, por contar con caracteres propios y suficientes notas diferenciadoras, a la administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital, que entendemos es un escenario fundamental por su relevancia para el tráfico comercial en general y por la proyección en términos cuantitativos de este tipo de conductas. La intensificación de la tutela penal en materia societaria de los últimos años viene dada por una realidad comercial en la que se registran gran parte de estos comportamientos que forman parte de la conocida como delincuencia económica. El modo en que debe o puede el Derecho penal afectar a las relaciones societarias en las que confluyen numerosos intereses de diverso orden, se muestra como una de las cuestiones centrales de este estudio y del Derecho en la actualidad. Resulta interesante comprobar cómo el Derecho penal va a regular de algún modo una materia que en principio es propia del Derecho privado. Esta relación entre Derecho mercantil y Derecho penal supone una dificultad añadida a nuestro trabajo, ya que el objeto de estudio viene determinado por un ámbito muy técnico y complejo, el societario, donde se requiere un alto grado de conocimientos jurídicos y económicos para llevar a cabo con cierta solvencia una tarea de estas características.

La incidencia del Derecho penal en las conductas constitutivas de administración desleal en los últimos años ha sido especialmente relevante. Esta circunstancia se basa en un cambio legislativo que ha tenido lugar durante la realización de esta investigación, y que ha modificado y enriquecido el objeto de estudio. Con el Código Penal de 1995 el delito que nos ocupa se situaba en el artículo 295, constituyendo parte de los llamados delitos societarios. Sin embargo, en el año 2015 se opera una importante Reforma en esta materia y se transforma la concepción del delito de administración desleal. En virtud de la Ley 1/2015 de 1 de julio, se elimina el delito societario y se incluye un delito patrimonial de administración desleal que puede aplicarse a cualquier ámbito sin restricción alguna. Esta Reforma va a transformar el modo de entender la conducta delictiva, que deja de encontrarse en el artículo 295 CP para situarse en el actual artículo 252 CP.

Lógicamente no solo se transforma el contexto en el que se aplica el delito de administración desleal, sino también el propio perfil del mismo, que varía desde un modelo que está pensado para las sociedades mercantiles a otro que presenta nuevas posibilidades de enjuiciamiento en relación con la gestión desleal del patrimonio ajeno. Ello genera importantes dudas interpretativas que tratan de ser resueltas en nuestra investigación: ¿quién puede cometer este ilícito? ¿Cuál es el sujeto pasivo del mismo? ¿Cómo debe ser la conducta o la entidad del perjuicio? ¿Qué requisitos explícitos e implícitos conlleva el nuevo tipo penal? Las respuestas a éstas y otras cuestiones que se van construyendo a partir de la práctica jurisprudencial y del tratamiento doctrinal, implican –razonablemente– algunas inseguridades en los primeros momentos de aplicación de un nuevo precepto del Código Penal. A día de hoy los estudios sobre el delito de administración desleal genérico son pocos, respondiendo el estado de la cuestión a un momento en el que su análisis se encuentra en construcción. A pesar de las dificultades, esta Tesis Doctoral viene a recoger los principales pronunciamientos judiciales y doctrinales que se han producido hasta ahora, con el objetivo de presentar nuestra interpretación sobre la realidad del delito del artículo 252 CP. En particular, buscamos conocer cómo la Reforma del año 2015 ha modificado la vertiente societaria de este ilícito. Queremos entender cómo ha influido la generalización de la punición al ámbito de las sociedades y comprobar si se han producido importantes desfases entre el reproche penal que contenía el artículo 295 CP en su redacción de 1995 como delito societario y el actual precepto (artículo 252 CP).

En consecuencia, presentamos este trabajo tomando como base el esquema de la Teoría Jurídica del Delito, con el fin de comprender todos los elementos relevantes del ilícito. La metodología que se usa a lo largo de la investigación es la clásica del Derecho penal, que sirve de guía para entender cualquier precepto incluido en el Código Penal en toda su extensión. Sin perjuicio de ello, tal metodología se va a ver condicionada por un objeto de estudio que no se agota en el artículo 252 CP sino que se va a centrar también (a grandes rasgos) en la aplicación del derogado artículo 295 CP, siendo por lo tanto importante la referencia al Derecho previgente. Además, junto al análisis de la estructura clásica del delito penal, vamos a introducir un elemento temporal. En concreto, se va a hacer alusión a los antecedentes históricos de la norma, no ya solo al mencionado artículo 295 CP (derogado) sino a otros antecedentes más remotos del castigo penal de este tipo de conductas, cuyos resultados se plasman en la investigación. También se recurre

durante la misma al método comparado con el propósito de conocer la realidad penal en relación con la administración desleal en otros países. Al respecto, puede destacarse por paradigmático el modelo de la *untrue* alemana, que hemos mencionado en diversos pasajes de la Tesis Doctoral y que ha tenido la oportunidad de analizarse por la doctrina en numerosas ocasiones. Además, hemos decidido dedicar una parte de este trabajo al tratamiento de la cuestión en otro ordenamiento, el italiano, del que no nos hemos limitado a meras referencias, sino a estudiar el perfil de la administración desleal de forma más extensa.

Con estos perfiles, el trabajo quedará dividido en cuatro capítulos, que van precedidos de una introducción. En cuanto al cuerpo de la investigación:

La Primera Parte de este trabajo contiene las *Cuestiones previas*. Esta investigación se inició haciendo referencia a los cambios que en los últimos años han operado en el sector económico y empresarial. El crecimiento de las sociedades mercantiles ha sido una realidad que tan solo se ha visto frenada en la etapa de la crisis económica y que poco a poco intenta restablecerse. En concreto, en el seno de dichas sociedades han surgido comportamientos irregulares que ponían en peligro intereses individuales e incluso otros de carácter más general. Por ello, la intervención del Derecho penal en los últimos años en la actividad económica ha sido calificada como necesaria. La inidoneidad de las normas de Derecho privado para frenar o al menos disminuir las conductas irregulares que acaecen en el ámbito empresarial y la aparición de nuevos bienes jurídicos que requieren tutela penal, ha obligado al legislador a redactar nuevos tipos delictivos o a intentar utilizar los ya existentes para acoger nuevas conductas ilícitas. Así, con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se incluyó en dicho texto normativo un Capítulo novedoso titulado “De los delitos societarios” en el que se criminalizaban una serie de comportamientos que se desarrollan en el ámbito de las sociedades descritas en el artículo 297 CP.

La Segunda Parte se refiere a la *Evolución histórico-legislativa del delito de administración desleal*. En concreto, se alude en esta parte a los precedentes legislativos del delito objetivo de estudio. El recorrido histórico comienza con el análisis de los textos normativos más importantes de la codificación penal. En particular, se han examinado los Códigos Penales de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y sus reformas posteriores. El estudio de los códigos mencionados nos ha servido para concretar el origen del delito

de administración desleal en el artículo 778 del Código Penal de 1822. Además, se ha reparado en esta parte de la Tesis Doctoral en los textos proyectados que fueron publicados tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. De este modo, ha podido observarse como el contenido del Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 y el Proyecto de Código Penal de 1992, propusieron la redacción de un delito de administración desleal cuya aplicación se limitaba especialmente en el ámbito societario. A pesar de que en el Proyecto de 1980 contenía un precepto de administración desleal impreciso y muy ambiguo, la tipificación de dicha figura delictiva fue perfilándose con el paso de los años con el objetivo de respetar el principio de determinación que rige en relación con las normas penales, y no caer en una configuración ambigua que fuese criticada. Con el Código Penal de 1995 se incluyó entre los delitos societarios el artículo 295 CP (actualmente derogado) que hacía alusión al delito de administración desleal societario. Con la introducción del delito mencionado en el Código Penal se ponía fin a la demanda de la doctrina y la jurisprudencia que llevaban años pidiendo la redacción de un delito que castigase las conductas irregulares de administración desleal. Sin embargo, la inclusión del delito societario en la normativa penal trajo aparejados más problemas que soluciones; en concreto por tres motivos: en primer lugar por la dificultad que suponía deslindar la conducta típica descrita en el delito de administración desleal societario y en el delito de apropiación indebida, que era el ilícito que se venía utilizando antes de 1995 para sancionar a los administradores desleales ante la carencia de un delito específico; en segundo lugar, porque los elementos que caracterizaban la tipificación del artículo 295 CP (derogado) conllevaban numerosos problemas interpretativos, y ello dificultaba su aplicación; y en tercer lugar, porque se trataba de un delito cuyo ámbito de aplicación solo era las sociedades descritas en el artículo 297 CP. Todo ello, favoreció a que el delito societario tuviese que someterse a numerosas críticas por parte de la doctrina y también a que la jurisprudencia se posicionase desde perspectivas interpretativas diferentes en relación con idénticos elementos (especialmente en torno a su distinción con el delito de apropiación indebida). Para poner fin a los problemas mencionados en el párrafo anterior, la última Reforma que ha modificado el contenido del Código Penal a través de la Ley 1/2015, de 1 de julio, ha eliminado el delito específico de administración desleal y ha incluido un nuevo precepto que castiga la administración desleal cuando concurre en cualquier ámbito y no exclusivamente en el societario. Así, las conductas de administración desleal realizadas por sujetos que tienen una condición especial para llevar

a cabo este tipo de actos serán castigados a través del genérico artículo 252 CP. El nuevo delito ha modificado su ubicación trasladándose al artículo 252 CP y se ha presentado como un ilícito de naturaleza patrimonial (tal y como dispone la Exposición de Motivos del texto de la Reforma).

En la Tercera Parte se alude a *Un caso específico de Derecho comparado: el delito de infedeltà patrimoniale*. El estudio del ordenamiento italiano es útil para conocer qué tratamiento otorga el Derecho comparado a las conductas irregulares de administración desleal fuera de España. De esta manera, han podido valorarse nuevas soluciones a los conflictos relacionados con la aplicación del artículo 252 CP. El sistema penal italiano contiene en el artículo 2634 del *Codice Civile* un delito que castiga las conductas de administración desleal societaria, y que por lo tanto, presenta elementos semejantes y divergentes con el actual delito del artículo 252 CP. El precepto italiano tiene más rasgos comunes con el derogado delito societario que con el nuevo delito de administración desleal. Tal afirmación se hace no solo tomando como referencia el ámbito de aplicación de cada delito, pues el artículo 2634 CCI se ciñe al ámbito societario y el artículo 252 CP a cualquiera; sino también debido al resto de elementos que componen la tipificación de cada tipo penal. Además, cabe resaltar como peculiaridad del delito italiano la introducción de un apartado destinado a excluir el delito de *infedeltà patrimoniale* en los casos en los que concurra en un grupo de sociedades.

En la Cuarta Parte se ha llevado a cabo el *análisis del delito de administración desleal (artículo 252 CP) en el ámbito de las sociedades de capital*. Sin duda, esta parte constituye el grueso de esta investigación. La estructura que se ha seguido ha sido la clásica de la Teoría Jurídica del Delito aplicada en Derecho penal.

Así, en primer lugar se ha estudiado la dimensión valorativa del tipo. Se ha determinado el patrimonio social como bien jurídico protegido que se pretende tutelar a través del artículo 252 CP; en segundo lugar, se puso en relación el delito incluido en dicho precepto con el delito de estafa y el delito de administración desleal. Cabe destacar la proximidad existente entre la conducta tipificada en el delito de administración desleal y en el delito de apropiación indebida. Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 el delito de apropiación indebida fue utilizado para castigar las conductas irregulares de administración. Con la aparición del delito societario se esperaba que el delito de apropiación indebida recuperase su extensión habitual y no sancionara

conductas desleales; sin embargo la realidad fue bien distinta. El delito de apropiación indebida continuó acogiendo actos de administración desleal. Durante años la doctrina y la jurisprudencia han utilizado diferentes teorías para distinguir los dos ilícitos señalados. Ante esta situación, la Ley Orgánica 1/2015 modificó el contenido de los dos delitos con el fin de perfilar el ámbito de aplicación de cada uno. Por este motivo, hemos considerado necesario aludir con mayor precisión a la relación entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida. En tercer lugar se ha hecho referencia a la naturaleza del delito. En cuarto lugar, no hemos referido a la dimensión fáctica del tipo, donde se han desgranado los elementos del tipo objetivo y los elementos del tipo subjetivo del delito de administración desleal cuando acontece en las sociedades de capital. En relación con los primeros, el estudio ha comenzado con la delimitación de los sujetos. Se ha determinado como principal sujeto activo el administrador de derecho y además se ha aludido a la posibilidad de que puedan distinguirse otros posibles autores del delito (administrador de hecho, persona jurídica, liquidadores, etc); como pasivo se ha identificado la sociedad; el objeto material se identifica con el patrimonio social; la conducta típica consiste en “infringir las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas”, y el resultado derivado derivado de la misma se concreta en la causación de un perjuicio patrimonial. De otro lado, cuando hemos aludido a los elementos del tipo subjetivo, nos hemos centrado en dos presupuestos concretos: el dolo (y en concreto en la admisión del dolo eventual), y en el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto que no aparece expresamente en el contenido del artículo 252 CP; se hace referencia también al error de tipo; y por último se alude al consentimiento de la sociedad como titular del patrimonio social. En quinto lugar, hemos analizado las distintas formas especiales de aparición del delito que ve directamente vulnerados sus intereses. En particular, se han abordado los problemas surgidos en el *iter criminis* del delito (aludiendo a la tentativa, desistimiento y consumación), después las cuestiones relativas a la autoría y participación de los sujetos, donde hemos comenzado defendiendo la catalogación del delito del artículo 252 CP como un delito mixto entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, y hemos terminado rechazando la posibilidad de aplicar el artículo 268 CP al contenido del artículo 252 CP cuando concurre en las sociedades de capital; posteriormente, se ha hecho referencia a los problemas concursales que surgen de la posible aplicación simultánea del delito de administración desleal con otros preceptos del Código Penal. En sexto lugar, se han analizado las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que tienen cabida con el delito artículo 252

CP. En séptimo lugar, se han determinado las penas que deben imponerse al sujeto que ha cometido el delito de administración desleal. En concreto hemos criticado la remisión que hace el delito de administración desleal al delito de estafa para sancionar al administrador que ha actuado deslealmente y hemos aludido a la posibilidad de castigar con una pena más grave los supuestos en los que la administración desleal se cometa en un sociedad de capital. También se ha añadido una cuestión interesante a efectos prácticos pues se ha aludido al tratamiento del Derecho transitorio tras Reforma, ya que actualmente existen abiertos procedimientos en los que se juzgan conductas de administración desleal que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2015. Para cerrar esta parte de la Tesis doctoral se ha tratado la posible responsabilidad civil *ex delictum* y la perseguibilidad del delito de administración desleal, que ha sido modificada con el cambio de ubicación del ilícito al artículo 252 CP , pues anteriormente la persecución del ilícito mencionado estaba condicionado a la cláusula incluida en el artículo 296 CP que opera para todos los delitos societarios.

Tras las cuatro partes mencionadas se han incluido en nuestra Tesis Doctoral unas conclusiones numeradas y tituladas; a través de éstas se ha pretendido presentar de manera clara y sistemática las reflexiones más relevantes que se han realizado a lo largo de esta investigación. Además, se añade una propuesta de *lege ferenda*, con la intención de manifestar como –a nuestro juicio– debería ser redactado el precepto que recoge el ilícito que sanciona las conductas de administración desleal. Finalmente se han incluido las diversas fuentes bibliográficas doctrinales y jurisprudenciales utilizadas.

RIASSUNTO DELLA TESI DI DOTTORATO:

“IL NUOVO REATO DI INFEDELTÀ PATRIMONIALE (ARTICOLO 252 DEL CODICE PENALE) NELL’AMBITO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI”

DIRETTORE: PROF. MIGUEL OLMEDO CARDENETE

DOTTORANDA: AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

Nel presente studio, che ha ad oggetto “il nuovo reato di infedeltà patrimoniale (articolo 252 CP) nell’ambito delle società di capitali”, si analizzerà questo tema dal punto di vista del diritto penale, sebbene non si potranno tralasciare aspetti propri di altre discipline giuridiche, soprattutto del diritto commerciale. Si è cercato di realizzare un lavoro di diritto penale, sebbene sia stato impossibile non fare riferimento al contesto in cui si sviluppa la ricerca, cioè alla realtà societaria.

In modo più specifico, si analizza la configurazione dell’illecito penale in relazione alla c.d. “infedeltà patrimoniale”. Il tema della delinquenza economica è molto attuale nella dottrina scientifica, poiché crea allarme sociale e può manifestarsi anche nel settore pubblico. In effetti, il reato di infedeltà patrimoniale negli ultimi anni è stato un settore approfondito negli studi di diritto penale per il crescente interesse a tutti i livelli. È indiscutibile l’opportunità di studiare da un punto di vista accademico l’inclusione di determinate condotte nei testi penali, cioè la loro tipizzazione e la conseguente previsione della più grave sanzione della pena privativa della libertà. Se qualsiasi delitto che comporti una simile sanzione merita l’analisi dettagliato di tutti i suoi elementi per comprendere le ragioni e lo schema che ha seguito il legislatore penale a tali effetti ed il rispetto della sua condizione di ultima *ratio*, l’attualità di questo tema rende ancor più necessario studiarlo. Incluso, potremmo dire che il trattamento nei mezzi di comunicazione di determinati casi, a volte eccessivo, contribuisce alla diffusione di questo tipo di delitto tra la popolazione.

Questo lavoro non si centrerà su qualsiasi tipo di amministrazione desleale, intendendo che tale circostanza si può realizzare in relazione alla gestione del patrimonio altrui. L'oggetto di questo lavoro si circoscrive, in virtù delle sue particolari caratteristiche e delle peculiarità che lo differenziano, all'infedeltà patrimoniale nell'ambito delle società di capitali, che costituiscono uno scenario fondamentale per il rilievo che assumono per il traffico commerciale e per la proiezione in termini quantitativi di questo tipo di condotte. L'intensificarsi della tutela penale nella materia societaria degli ultimi anni è data da una realtà commerciale in cui si registrano gran parte di questi comportamenti che formano parte della nota delinquenza economica. Il modo in cui il diritto penale deve o può incidere sulle relazioni societarie in cui confluiscono numerosi interessi di diverso tipo è attualmente una delle questioni centrali di questo studio e del diritto. È interessante verificare come il diritto penale regola una materia che inizialmente rientrava nell'ambito del diritto privato. Questa relazione tra diritto commerciale e penale suppone una difficoltà aggiunta al nostro studio, dal momento che il suo oggetto è determinato da un ambito molto tecnico e complesso, quello societario, in cui si richiede un alto livello di conoscenza giuridica ed economica per raggiungere con una certa solvenza un obiettivo di queste caratteristiche.

L'incidenza del diritto penale sulle condotte costitutive dell'infedeltà patrimoniale negli ultimi anni è stata rilevante. Questa circostanza è dovuta al cambiamento legislativo verificatosi nel corso dell'elaborazione di questo lavoro, che ha modificato ed arricchito l'oggetto di studio. Con il Codice Penale del 1995 il delitto oggetto di questo lavoro era previsto nell'articolo 295, nell'ambito dei cd. delitti societari. Tuttavia, nell'anno 2015 si realizza un'importante riforma di questa materia e si trasforma il concetto di reato di infedeltà patrimoniale. In virtù della Legge 1/2015, del 1° luglio, si elimina il reato societario e si include un reato patrimoniale di amministrazione infedele che si può applicare in qualsiasi ambito senza nessuna restrizione. Questa riforma ha trasformato il modo di concepire questo reato, che passa ad essere regolato dall'articolo 295 CP all'articolo 252 CP.

Logicamente non si trasforma solo il contesto in cui si applica il reato di infedeltà patrimoniale, ma anche il suo profilo, che passa da un modello pensato per le società commerciali ad un altro che presenta nuove possibilità di giudizio in relazione alla gestione infedele del patrimonio altrui. Questo suscita importanti dubbi interpretativi che si cerca di risolvere nel presente lavoro: chi può commettere questo illecito? Chi è il

soggetto passivo? Che caratteristiche deve avere la condotta o l'entità del pregiudizio? Quali requisiti espliciti ed impliciti comporta il nuovo tipo penale? Le risposte a queste e ad altre questioni che sono state sollevate dalla pratica giurisprudenziale e dalla dottrina producono –ragionevolmente– alcune insicurezze nei primi momenti di applicazione di un nuovo precetto del codice penale. Oggi giorno gli studi sul reato di infedeltà patrimoniale (articolo 252 CP) sono pochi, essendo lo stato della questione in continua evoluzione. Malgrado le difficoltà, questo lavoro si occupa delle principali pronunce giudiziarie e degli studi dottrinali elaborati fino ad ora, al fine di offrire una propria interpretazione del reato previsto nell'articolo 252 CP. In particolare, si intende analizzare come la riforma del 2015 ha modificato la dimensione societaria di questo illecito. Si cerca di comprendere come ha influito la generalizzazione della sanzione nell'ambito societario e di verificare se si sono prodotti importanti sfasature tra il rimprovero penale contenuto nell'articolo 295 del codice penale del 1995, come delitto societario, e l'attuale precetto (articolo 252 CP).

Per questo, il presente lavoro si sviluppa a partire dallo schema della Teoria Giuridica del Delitto al fine di comprenderne tutti gli elementi rilevanti. La metodologia usata è quella classica del diritto penale, che serve da guida per comprendere qualsiasi precetto incluso nel codice penale in tutta la sua estensione. Questa metodologia è condizionata da un oggetto di studio che non si limita al solo articolo 252 CP ma che si centra anche (a grande linee) sull'applicazione dell'abrogato articolo 295 CP, essendo, pertanto, importante il riferimento al diritto previgente. Inoltre, insieme all'analisi della struttura classica del delitto penale, dobbiamo introdurre un elemento temporale. In modo specifico, si fa allusione agli antecedenti storici della norma, non solo all'articolo 295 CP (derogato) ma ad altri antecedenti più remoti della sanzione penale di questo tipo di condotte, i cui risultati si plasmano nella ricerca. Inoltre, si ricorre al metodo comparato al fine di conoscere la realtà penale in relazione all'infedeltà patrimoniale in altri paesi. A questo proposito, è interessante accennare al paradigmatico modello della *untrue* tedesca, a cui si fa riferimento in vari passaggi della tesi e che è stato approfondito dalla dottrina in varie occasioni. Inoltre, si è dedicata una parte al trattamento di questo tema nell'ordinamento italiano, di cui non ci si è limitati solo a fare dei meri riferimenti ma si è studiata l'amministrazione desleale in modo più esteso.

Il presente lavoro si divide in quattro capitoli, preceduti da un'introduzione. In particolare:

La Prima Parte del lavoro si occupa delle c.d. *questioni previe*. Questa ricerca inizia, facendo riferimento ai cambiamenti che negli ultimi anni hanno caratterizzato il settore economico ed imprenditoriale. La crescita delle società è una realtà a cui è stato messo un freno solo durante la crisi economica e che progressivamente si sta ristabilizzando. In modo specifico, nell'ambito di queste società si sono sviluppati dei comportamenti irregolari che mettono in pericolo interessi individuali e anche di carattere generale. Da lì, la necessità dell'intervento del diritto penale nell'attività economica. L'inidoneità delle norme di diritto privato a frenare o almeno a ridurre le condotte irregolari che colpiscono l'ambito imprenditoriale e l'apparizione di nuovi beni giuridici che richiedono la tutela penale, ha obbligato il legislatore a formulare nuove fattispecie di reato o a cercare di utilizzare quelle già esistenti per accogliere nuove condotte illecite. Per questo, si è incluso nel Codice Penale del 1995 un nuovo capitolo intitolato "Sui delitti societari", in cui si recepiscono una serie di comportamenti che si producevano nelle società descritte nell'articolo 297 CP.

La seconda parte si riferisce all'*Evoluzione storico-legislativa del reato di infedeltà patrimoniale*. In modo specifico, in questa parte si allude ai precedenti legislativi del delitto oggetto di studio. Il percorso storico comincia con l'analisi dei testi normativi più importanti della codificazione penale. In particolare, si sono esaminati i Codici penali del 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 e le loro successive riforme. Lo studio di questi codici ci sono serviti per concretizzare l'origine del delitto di infedeltà patrimoniale previsto nell'articolo 778 del Codice Penale del 1822. Inoltre, nell'elaborazione di questa parte sono stati di aiuto i testi pubblicati dopo l'entrata in vigore della Costituzione spagnola del 1978. In questo modo, si è potuto osservare come il contenuto del progetto di codice penale del 1980, la proposta del codice penale del 1983 ed il progetto di codice penale del 1992, proposero la redazione di un reato di infedeltà patrimoniale la cui applicazione si limitava soprattutto all'ambito societario. Malgrado il progetto del 1980 contenesse un precetto riguardante l'amministrazione sleale impreciso e molto ambiguo, la tipizzazione di questa figura di reato si è realizzata nel corso degli anni con l'obiettivo di rispettare il principio di determinatezza in relazione alle norme penali, e non cadere in una configurazione ambigua che fosse criticata. Nel codice penale del 1995 si incluse tra i reati societari l'articolo 295 CP (attualmente abrogato), che faceva riferimento al reato di infedeltà patrimoniale societaria. Con l'introduzione di questo reato nel Codice Penale si metteva fine alla domanda della dottrina e della giurisprudenza

che da anni chiedevano il recepimento di un delitto che sanzionasse le condotte irregolari dell'infedeltà patrimoniale. Tuttavia, l'inclusione del reato societario nella normativa penale portò con sé più problemi che soluzioni; soprattutto per tre ragioni. In primo luogo, per la difficoltà che supposeva separare la condotta tipica descritta nel reato di infedeltà patrimoniale societaria dal delitto di appropriazione indebita, che era l'illecito usato prima del 1995 per sanzionare gli amministratori sleali, non essendo stato previsto un delitto specifico. In secondo luogo perché gli elementi che caratterizzavano la tipizzazione dell'articolo 295 CP (abrogato) producevano numerosi problemi interpretativi, e ciò rendeva più difficile l'applicazione. Infine, perché si trattava di un delitto che si applicava solo alle società descritte nell'articolo 297 CP. Tutto ciò ha permesso che il reato societario fosse oggetto di numerose critiche da parte della dottrina e che la giurisprudenza assumesse posizioni interpretative differenti su determinati elementi (in particolar modo per quanto concerne il reato di appropriazione indebita). Per porre fine ai problemi appena indicati, l'ultima riforma, che ha modificato il contenuto del codice penale, la Legge 1/2015, del 1° luglio, ha eliminato il reato specifico di infedeltà patrimoniale e ha incluso un nuovo precetto che castiga l'amministrazione desleale quando concorre in qualsiasi ambito e non esclusivamente in quello societario. In questo modo, le condotte di infedeltà patrimoniale poste in essere da soggetti che rivestono una condizione speciale saranno castigate mediante il generico articolo 252 CP. Il nuovo delitto è ora regolato nell'articolo 252 CP e si considera un illecito di natura patrimoniale (così come dispone l'Esposizione dei Motivi del testo della riforma).

Nella terza parte si fa riferimento ad un *caso specifico di diritto comparato: il delitto di infedeltà patrimoniale*. Lo studio dell'ordinamento italiano è utile per conoscere il trattamento che il diritto comparato concede alle condotte irregolari di amministrazione desleale in Spagna. In questo modo, si sono potute valutare nuove soluzioni ai conflitti relativi all'applicazione dell'articolo 252 CP. Il sistema penale italiano contiene nell'articolo 2.634 del Codice Civile un delitto che sanziona le condotte dell'infedeltà patrimoniale societaria e che pertanto presenta elementi simili e divergenti con l'attuale delitto dell'articolo 252 CP. Il precetto italiano ha più caratteri simili al abrogato delitto societario che al nuovo reato di amministrazione infedele. A questo proposito, non si considera come punto di riferimento solo l'ambito di applicazione di ciascun delitto, dal momento che l'articolo 2.634 c.c.i. si limita all'ambito societario e l'articolo 252 CP a qualsiasi; ma anche in relazione agli altri elementi essenziali della fattispecie penale.

Inoltre, è opportuno osservare che il delitto italiano ha la particolarità di avere introdotto un comma che esclude il reato di infedeltà patrimoniale nei casi in cui concorra in un gruppo di società.

Nella quarta parte si ha fatto *l'analisi del reato di infedeltà patrimoniale (articolo 252 CP) nell'ambito delle società di capitali*. È la parte centrale di questo lavoro. Si è seguita la struttura classica della teoria giuridica del delitto applicata al diritto penale.

Innanzitutto, si sono studiati i valori che la fattispecie intende proteggere. Il patrimonio sociale è il bene giuridico protetto che si intende tutelare attraverso l'articolo 252 CP. In secondo luogo, si è cercato di definire la relazione tra il reato di frode e il reato di infedeltà patrimoniale. È opportuno sottolineare la vicinanza esistente tra la condotta regolata nel delitto di infedeltà patrimoniale e il delitto di appropriazione indebita. Prima dell'entrata in vigore del codice penale del 1995 il delitto di appropriazione indebita è stato utilizzato per punire le condotte irregolari dell'amministrazione. Con l'apparizione del reato societario si sperava che il delitto di appropriazione indebita recuperasse la sua estensione abituale e non sanzionasse condotte sleali. Tuttavia, la realtà è stata ben diversa. Il delitto di appropriazione indebita ha continuato ad accogliere atti di infedeltà patrimoniale. Per vari anni la dottrina e la giurisprudenza hanno utilizzato differenti teorie per distinguere i due illeciti segnalati. Di fronte a questa situazione, la legge organica 1/2015 ha modificato il contenuto dei due delitti al fine di delineare l'ambito di applicazione di ciascuno. Per questo motivo, abbiamo considerato necessario alludere con maggior precisione alla relazione tra il reato di infedeltà patrimoniale e il reato di appropriazione indebita. In terzo luogo si è fatto riferimento alla natura del reato. In quarto luogo, si sono analizzati gli elementi della fattispecie oggettiva e soggettiva del reato di infedeltà patrimoniale, quando si verifica nelle società di capitali. Lo studio è cominciato delimitando i soggetti. L'amministratore di diritto è stato considerato il principale soggetto attivo. Ad ogni modo si possono distinguere anche altri possibili autori del reato (amministratore di fatto, persona giuridica, liquidatori, ecc.); la società è stata considerata il soggetto passivo; l'oggetto materiale sarebbe il patrimonio sociale; la condotta tipica sarebbe "infrangere le facoltà dell'amministrazione eccedendo nell'esercizio delle stesse", e il risultato derivato dalla stessa si concretizza in un pregiudizio patrimoniale. Per quanto invece riguarda gli elementi del tipo soggettivo, ci siamo centrati su due presupposti concreti: il dolo (e in modo specifico l'ammissione del dolo eventuale) e l'animo di lucro come elemento soggettivo dell'ingiusto che non appare

espressamente nel contenuto dell'articolo 252 CP; si fa riferimento anche l'errore del tipo; e infine, si è fatto riferimento al consenso della società come titolare del patrimonio sociale. In quinto luogo, abbiamo analizzato le distinte forme speciali di apparizione del delitto che vede direttamente violati i suoi interessi. In particolare, si sono analizzati i problemi sorti nell'*iter criminis* del delitto (accennando al tentativo, alla rinuncia e alla consumazione), si è fatto riferimento alle questioni relative all'autore del reato e alla partecipazione dei soggetti. A questo proposito, abbiamo difeso la classificazione del delitto previsto nell'articolo 252 CP come un reato misto tra quelli di infrazione del dovere e i reati di signoria, e abbiamo terminato rifiutando la possibilità di applicare l'articolo 268 CP all'articolo 252 CP, quando si realizza nelle società di capitali. Di seguito, si è fatto riferimento ai problemi concorsuali che possono derivare dalla possibile applicazione simultanea del reato di infedeltà patrimoniale con altri precetti del codice penale. In sesto luogo, si sono analizzate le circostanze modificative della responsabilità penale che possono essere applicate all'articolo 252 CP. In settimo luogo, sono state determinate le pene che devono essere imposte al soggetto che ha commesso il reato di infedeltà patrimoniale. In modo specifico, si è criticato il rinvio che fa il reato di infedeltà patrimoniale al reato di truffa per sanzionare l'amministratore che ha agito slealmente e abbiamo fatto riferimento alla possibilità di castigare con una pena più grave i casi in cui l'amministrazione sleale si realizzi nell'ambito di una società di capitali. Si è anche aggiunta una questione interessante ad effetti pratici, cioè il problema del trattamento del diritto transitorio di questa riforma, dal momento che attualmente ci sono procedimenti aperti in cui si giudicano le condotte di amministrazione infedele che ebbero luogo prima dell'entrata in vigore della legge organica del 1° luglio 2015. Infine, si è analizzata la possibile responsabilità civile *ex delictum* e la perseguibilità del delitto di reato di infedeltà patrimoniale, che è stata modificata dalla nuova previsione dell'illecito nell'articolo 252 CP, dal momento che anteriormente la persecuzione dell'illecito menzionato dipendeva dalla clausola inclusa nell'articolo 296 CP che opera per tutti gli illeciti societari.

Infine, si sono incluse le conclusioni, nelle quali si sono presentate in modo chiaro e sistematico le riflessioni più rilevanti realizzate nel corso di questa ricerca e si aggiunge una proposta *lege ferenda*, con l'intenzione di manifestare come –a nostro parere– dovrebbe essere redatto il precetto che regola l'illecito che sanziona le condotte di

infedeltà patrimoniale. Infine, si sono incluse le diverse fonti bibliografiche, dottrinali e giurisprudenziali utilizzate.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	7

PRIMERA PARTE

CUESTIONES PREVIAS

I. DESAFÍOS EMERGENTES EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	15
II. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO DE SOCIEDADES	25
1. La expansión del Derecho penal en la esfera societaria: el principio de intervención mínima	25
2. Los nuevos ilícitos societarios y su relación con otras ramas del Ordenamiento Jurídico.....	31
III. DELITOS PATRIMONIALES <i>VERSUS</i> DELITOS SOCIOECONÓMICOS: UBICACIÓN DE LAS FIGURAS SOCIETARIAS	41
1. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: el Título XIII, del Libro II, del Código Penal	41
2. Los delitos societarios en el Código Penal	48
3. Exclusión de la conducta de administración desleal entre los delitos societarios.....	55

SEGUNDA PARTE

EVOLUCIÓN HISTORICO-LEGISLATIVA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	65
II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CODIFICACIÓN PENAL HISTÓRICA	69
1. Código Penal de 1822	69

2. Código Penal de 1848 y 1850.....	73
3. Códigos Penales de 1870, 1928 y 1932.....	77
4. Código Penal de 1944 y reformas posteriores.....	84
III. ANTECEDENTES PRE-LEGISLATIVOS POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	91
1. Proyecto de Código Penal de 1980.....	91
2. Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.....	94
3. Proyecto de Código Penal de 1992.....	96
IV. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO FIGURA DELICTIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995: EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	103
1. Justificación del análisis del delito societario de administración desleal.....	103
2. Introducción.....	104
3. Distinción de figuras afines: la apropiación indebida.....	107
4. Análisis del artículo 295 del Código Penal previo a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.....	118
4.1. Bien jurídico protegido.....	118
4.2. Elementos del juicio de antijuricidad y culpabilidad.....	125
4.3. Otras cuestiones relacionadas con el desaparecido artículo 295 CP.....	147
V. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL: TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA.....	157
VI. NORMATIVA ACTUAL: EL ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL.....	173

TERCERA PARTE

UN CASO DE DERECHO COMPARADO: EL DELITO DE *INFEDELTÀ* *PATRIMONIALE*

I. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO.....	179
---	-----

1. Justificación de la elección del sistema italiano	179
2. El delito de <i>infedeltà patrimoniale</i> (artículo 2634 Codice Civile)	181
2.1. Ubicación, contenido actual y aplicación en el ámbito de las sociedades de capital.....	181
2.2. Bien jurídico protegido	184
2.3. Sujeto activo	186
2.4. Objeto material	189
2.5. El conflicto de intereses como presupuesto de la conducta típica.....	190
2.6. Acción delictiva.....	193
2.7. Resultado	195
2.8. El elemento subjetivo	196
2.9. Los grupos de sociedades	199
2.10. Perseguibilidad: la querrela.....	202
2.11. Relación con otros tipos delictivos.....	203
3. Diferencias y semejanzas entre el precepto italiano y el español	205

CUARTA PARTE

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

I. DIMENSIÓN VALORATIVA DEL TIPO.....	215
1. El bien jurídico protegido	215
1.2. El patrimonio como bien jurídico protegido.....	216
1.2.1. El patrimonio de la sociedad como bien jurídico protegido	216
1.2.2. Posible protección del patrimonio de los socios y de terceros vinculados con la sociedad	218

1.3. El orden económico como bien jurídico protegido.....	223
1.3.1. La relevancia de las sociedades de capital y el orden económico .	223
1.3.2. El orden económico como posible bien jurídico mediato o inmediato	227
1.3.3. Dimensión socioeconómica del artículo 252 del Código Penal	231
II. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.....	235
1. El delito de estafa.....	235
2. El delito de apropiación indebida	238
2.1. Premisa	238
2.2. La nueva redacción del delito de apropiación indebida.....	239
2.3. Un supuesto especial: la apropiación de dinero ajeno	249
2.4. Apropiación de dinero u otros objetos realizada por un administrador ...	253
2.5. Alternativa: la apropiación desleal	262
III. NATURALEZA JURÍDICA	267
IV. DIMENSIÓN FÁCTICA DEL TIPO	273
1. Elementos del tipo objetivo	273
1.1. Sujetos de la acción	273
1.1.1. Sujeto activo	273
A. Condición indispensable: el deber de velar por el patrimonio ajeno	273
B. Ámbito de aplicación del precepto: en particular las sociedades de capital	281
a) El artículo 297 CP: especial referencia a las sociedades mercantiles.....	281
b) Las sociedades de capital	282
C. Figura más relevante: el administrador social	288

a) Caracteres generales del administrador social.....	288
b) Deberes del administrador social	291
a') Deber de diligencia.....	292
b') Deber de lealtad.....	296
c) Criterios de identificación del administrador social que actúa deslealmente	299
a') Tipo de administrador social: único, solidario, mancomunado o en consejo de administración.....	300
b') Persona física o jurídica. Condiciones	305
c') Cumplimiento o incumplimiento de las formalidades requeridas por la Ley de Sociedades de Capital: nombramiento, aceptación e inscripción del nombramiento. Los administradores suplentes.....	308
d') Separación y cese del administrador social. La renuncia al cargo	310
e') Supuestos específicos	311
D. Sujetos que por su condición pueden tener –o no– facultades de administración en las sociedades de capital	315
a) Administrador de hecho	316
b) Socio.....	322
c) Liquidador	323
d) Auditor de cuentas e interventor	325
e) Promotor y fundador social	326
f) Apoderado voluntario	329
g) Administrador concursal	331
h) Administrador e interventor judicial	333
i) Letrado asesor	334

j) Presidente y secretario de la junta general	335
k) Comisionario del sindicato de obligacionistas	337
l) Pactos de sindicación	338
1.1.2. Sujeto pasivo.....	339
A. La sociedad	340
a) La sociedad como ente con personalidad jurídica.....	340
b) Referencia a casos especiales.....	343
a') Sociedad en formación y sociedad irregular	343
b') Procedimiento de formación sucesiva de la sociedad anónima: los suscriptores como titulares del patrimonio perjudicado	348
c') Sociedades nulas. Sociedades de hecho	351
B. Exclusión de terceros perjudicados indirectamente.....	352
1.2. Objeto material	355
1.3. La conducta típica.....	368
1.3.1. La infracción de las facultades de administración.....	368
A. El concepto de infringir	370
B. ¿Qué entendemos por facultades de administración?	371
1.3.2. Desvalor de acción: excederse en el ejercicio de las facultades de administración	374
1.3.3. Pertenencia de las conductas omisivas.	380
1.3.4. Posibilidad de redacción de un tipo más preciso	389
1.4. Resultado: causar un perjuicio.....	399
2. Elementos del tipo subjetivo.....	407
2.1. El dolo.....	407

2.2. Elemento subjetivo del injusto: el ánimo de lucro.....	411
3. El error de tipo	416
4. Posible causa de exclusión de la tipicidad: el consentimiento.....	418
V. FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO	425
1. <i>Iter criminis</i>	425
1.1. Actos internos y actos externos	426
1.2. Los actos preparatorios: la exclusión de la administración desleal del artículo 269 del Código Penal.....	426
1.3. La tentativa	430
1.3.1. Tratamiento general de la tentativa	430
1.3.2. Distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada	431
1.3.3. La tentativa inidónea	432
1.3.4. El desistimiento del sujeto con facultades de administración	435
1.4. La consumación del delito	437
2. Autoría y participación	437
2.1. Autoría	439
2.1.1. El delito de administración desleal: una posición intermedia entre los delitos de dominio y de infracción de deber.....	439
2.1.2. Clases de autoría.....	444
A) Autoría única inmediata	444
B) Autoría mediata	446
C) Coautoría	448
2.2. Participación	449
2.2.1. La inducción	449
2.2.2. La cooperación necesaria y la complicitad.....	450

2.3. El artículo 268 CP: posible aplicación en el ámbito de las empresas familiares	451
3. Relaciones concursales	454
3.1. Estafa	454
3.2. Apropiación indebida.....	455
3.3. Insolvencias punibles.....	458
3.4. Corrupción entre particulares	458
3.5. Delitos societarios.....	460
3.6. Malversación de caudales públicos	463
3.7. Delito continuado y delito masa	464
VI. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.....	467
1. Consideración inicial	467
2. Circunstancias atenuantes.....	467
3. Circunstancias agravantes.....	470
4. Circunstancia mixta de parentesco	474
VII. PENALIDAD	475
1. Apartado primero del artículo 252 del Código Penal. Tipo básico y tipos agravados	475
2. Apartado segundo del artículo 252 del Código Penal. Delito leve.....	484
3. Derecho transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de julio de 2015	485
VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL	489
IX. PERSEGUIBILIDAD.....	493

CONCLUSIONES	501
CONCLUSIONI	517
BIBLIOGRAFÍA	535
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	577

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 (Decreto LVI, de 8 de junio de 1822)
CP 1848	Código Penal de 1848 (Real decreto, de 19 de marzo de 1848)
CP 1850	Código Penal de 1850 (Real decreto, de 30 de junio de 1850)
CP 1870	Código Penal de 1870 (Real decreto, 30 de agosto de 1870)

CP 1928	Código Penal de 1928 (Real decreto-ley, de 8 de septiembre de 1928)
CP 1932	Código Penal de 1932 (Real decreto, de 5 de noviembre de 1932)
CP 1944	Código Penal de 1944 (Real decreto, 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
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 (Derogado)
LSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Derogado)
nº	número

<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
öStGB	Das österreichische Strafgesetzbuch (CP Austriaco)
pág./págs.	página/páginas
PANPCP	Propuesta de Anteproyecto de Código Penal
PANPCP 1983	Propuesta de Anteproyecto de 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 de Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP/SSA	Sentencia de la Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
SCpA	Sociedad Comanditaria por Acciones

SE	Sociedad Europea
SLNE	Sociedad Limitada 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)
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

INTRODUCCIÓN

El artículo 252 CP introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de julio, ha establecido un concepto de administración desleal diferente al que se venía aplicando antes de la entrada en vigor de la Reforma. En concreto, el precepto mencionado regula una administración desleal genérica, esto es, la que concurre en cualquier ámbito. 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 para las diferentes actividades empresariales y económicas en nuestro país. La facilidad para asociarse bajo una denominación común y de operar de manera ágil y eficaz en el mercado ha supuesto la creación de nuevas sociedades y el aumento de otros tipos que ya venían desarrollando su actividad social en el mercado. A pesar de ello, España se recompone de la crisis económica que tuvo durante un lapso temporal detuvo el crecimiento al que se ha aludido y que provocó la liquidación de un gran número de empresas, muchas de ellas sociedades mercantiles. En cualquier caso, los datos que ofrecemos en este trabajo muestran que la delincuencia económica ha tenido un gran protagonismo en los últimos años.

Además, la relevancia de las conductas de administración desleal en el ámbito societario puede también 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 del delito societario de administración desleal supuso un hito en la regulación societaria, regulando conductas que ya no responderían tan solo a normas de Derecho privado. La decisión de incorporar un precepto penal que sancionase la administración desleal en un ámbito concreto, 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 delito societario de administración desleal, éste no alcanzó los objetivos que previstos. Las dificultades derivadas de la interpretación del contenido del precepto y también de su delimitación con el delito de apropiación indebida provocaron que el ilícito mencionado fuera eliminado veinte años después de su incorporación al Código Penal. En concreto, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de julio, el delito societario de administración desleal fue suprimido, introduciéndose a su vez un nuevo delito genérico de administración desleal aplicado en cualquier ámbito. 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, se 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 a la misma para sancionar conductas que podían ser calificadas como administración desleal.

La entrada en vigor de la LO 1/2015 supuso un punto de inflexión en nuestra investigación, que se ha volcado en el conocimiento de las razones que han llevado al legislador a suprimir el artículo 295 CP, 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*. La entrada en vigor de la Reforma ha aportado aspectos innovadores a nuestro trabajo que busca, como venimos indicando, la comprensión del artículo 252 CP cuando se aplica a las sociedades de capital.

El delito de administración desleal se presenta como el paradigma de los delitos económicos, dedicándose congresos y seminarios especializados al tema, que es una referencia actual en la ciencia penal. En este sentido, en 2016 la Universidad de Ciudad Real celebró un curso de verano durante los días 29 y 30 de junio en el que dedicó una jornada al estudio en profundidad del delito de administración desleal; en concreto, durante su intervención el Prof. FOFFANI –referente italiano en los estudios de Derecho penal y en particular de la figura delictiva que venimos tratando– afirmó que “la administración desleal vive una época de oro”. Se trata sin duda de un precepto que actualmente cuenta con el interés de la doctrina y jurisprudencia. Debido al momento en el que se encuentra el precepto, que cuenta con poco más de dos años de aplicación, los

debates interpretativos 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 forma que 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 investigación no basta con el estudio del Derecho penal sino que habrá que atender también a lo dispuesto por el Derecho privado. El enfoque de la investigación 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 (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio) en este trabajo.

Además cabe señalar que la regulación penal de la administración desleal ha sido tratada también en otros países. Por ejemplo, Portugal, Francia o Alemania, cuentan en sus ordenamientos con figuras delictivas destinadas a castigar la administración desleal. La Exposición de Motivos de la LO hace mención a esta circunstancia, en particular, cuando la reforma justifica la inclusión de un precepto genérico que no esté limitado a la esfera societaria, añadiendo que de esta manera –utilizando un delito que no tenga limitado su ámbito de aplicación– se introduce una regulación “cercana a las existentes en las distintas legislaciones europeas”. Ello quiere decir que para construcción del nuevo delito de administración desleal se ha tomado como referencia el contenido de preceptos de otros países en los que se ha regulado esta misma circunstancia. Por este motivo, resulta interesante acudir al Derecho comparado y comprobar si en realidad se cumple lo expuesto en la Exposición de Motivos, cómo tipifican otros ordenamientos las conductas de administración desleal, y si podemos tomarlas como referencia bien para interpretar nuestro propio precepto o bien para proponer una nueva modificación de *lege ferenda*.

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

– *Cuestiones previas.* Se presentan en esta parte las nociones fundamentales del Derecho penal económico en relación con los delitos societarios y más concretamente con la conducta de administración desleal. En este sentido se ahonda sobre la situación que ha llevado al Derecho penal a intervenir en las relaciones societarias. Además, se realiza una distinción entre delitos societarios y delitos patrimoniales, mostrando sus principales caracteres y fijando las diferencias sistemáticas y sustanciales de ambas categorías como modo de introducir la modificación de la administración desleal (que ha dejado de ser un delito societario para configurarse como uno patrimonial).

– *Evolución histórico-legislativa del delito de administración desleal.* El elemento temporal quedaría incompleto si nos hubiésemos referido únicamente al Código de 1995. Para conocer en profundidad la manera en que se ha castigado la administración desleal es necesario tomar en consideración los modelos delictivos que se han sucedido a través de un examen historiográfico. Se tomarán en cuenta los procesos de codificación penal y algunos proyectos especialmente relevantes por el tratamiento que en los mismos se daba a la cuestión que estudiamos.

– *Un caso de Derecho comparado: el delito de infedeltà patrimoniale.* En esta parte se va a incidir, como se ha dicho, en el ordenamiento italiano. Implementamos de modo resumido el esquema jurídico del delito siguiendo la principal doctrina de este país para finalizar mostrando los caracteres similares y divergentes con relación al modelo español.

– *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 tanto que, recogiendo los resultados obtenidos a través del análisis histórico, comparado y del contexto, 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 cuatro 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 nuestra propuesta *de lege ferenda* concretada en la redacción de un precepto que recoge un nuevo delito de administración desleal.

Además, se añadirá la bibliografía, en la que se indicarán las obras consultadas para llevar a cabo este trabajo, y un apéndice jurisprudencial.

Finalmente debemos notar que en esta investigación no se ha partido de cero. La administración desleal no es un tema para nosotros desconocido, basando este trabajo otros anteriores que han supuesto los pilares sobre los que hemos construido un conocimiento más profundo y científico de la cuestión. En particular, ya presentamos en el año 2013 un Trabajo Fin de Máster en el marco del Máster Oficial en Derecho de los Negocios de la Universidad de Granada, titulado “La administración fraudulenta como delito societario”, dirigido por el Profesor Dr. D. Miguel Olmedo Cardenete (Catedrático de Derecho penal) y que obtuvo la máxima calificación (10) por parte del Tribunal. Además, en 2014 (convocatoria 2013) se obtuvo también el primer premio de investigación Melchor Almagro Díaz otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada por el trabajo mencionado.

PRIMERA PARTE
CUESTIONES PREVIAS

I. DESAFÍOS EMERGENTES EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La sociedad en la que nos encontramos ha experimentado numerosos cambios. En los últimos años, el crecimiento económico y los avances tecnológicos a los que se ha visto sometida la realidad actual, han propiciado la aparición de nuevas problemáticas que requieren ser resueltas. Tales controversias proceden en muchos de los casos de la actividad económica que se desarrolla diariamente dentro de un país. La relevancia que envuelve al conjunto de estas acciones, que pretenden cubrir en mayor medida las necesidades humanas, convierten la tarea de administrar y producir bienes y servicios en uno de los pilares más importantes que fundamentan la convivencia social.

Especialmente, cabe destacar la transformación a la que se ha enfrentado el sector mercantil, financiero e industrial¹. El fenómeno de la globalización² afecta a casi todos

¹ MARTÍN PALLÍN, J. A., “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 nº 2, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 132.

² No existe una definición exacta y comúnmente aceptada del término globalización; así ha sido señalado por 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-PIEDRECASAS, J. R.), Colex, Madrid, 2010, pág. 64. No obstante, han sido varias las instituciones y autores que han intentado concretar su significado. Entre otras, el Fondo Monetario Internacional (FMI) define globalización como “la interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada de generalizada de tecnología” (definición extraída de ESTEFANÍA, J., *Hij@, ¿Qué es la globalización?: la primera revolución del siglo XXI*, Aguilar, Madrid, 2002, pág. 28); el Banco Mundial (BM) en su página oficial <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm> (última consulta el 03/09/16) señala que el significado de globalización “se relaciona con el hecho de que en los últimos años una parte de la actividad económica del mundo que aumenta en forma vertiginosa parece estar teniendo lugar entre personas que viven en países diferentes (en lugar de en el mismo país). Este incremento de las actividades económicas transfronterizas adopta diversas formas: el comercio internacional, la inversión extranjera directa y los flujos del mercado de capitales”; el DRAE (<http://dle.rae.es/?id=JFCXg0Z>, última consulta 03/09/16) define el término como la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”; por su parte, BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 30, define globalización como un proceso que “crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas”, además CASTELLS, M., “Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos”, en *Isegoría*, nº 22, 2000, pág. 5, entiende globalización como “la transformación estructural que está sufriendo nuestro mundo. Sufriendo es el término adecuado, aún reconociendo el extraordinario desarrollo tecnológico y económico que estamos viviendo en las sociedades desarrolladas, porque el proceso de cambio se presenta para la mayoría de las personas como ajeno, incontrolable e inevitable”.

los órdenes y aspectos de la vida, aunque el marco más importante sobre el que se proyecta es el económico, concretamente el empresarial³. La globalización ha incentivado –en algún caso obligado– a las empresas a adaptarse a los cambios producidos en diversos ámbitos (medioambientales, sociales, tecnológicos, culturales, entre otros); estas unidades de organización⁴ deben progresar porque si se estancan, corren el riesgo de quedar fuera del mercado competitivo. Cuando una empresa no avanza paralelamente a los factores externos o internos que influyen en la producción de sus bienes y/o servicios se ralentiza su funcionamiento, y ello indudablemente supone la consecución de menos beneficios. La adaptación de la empresa a las necesidades que surgen, combinado con un plan adecuado de estrategia económica puede culminar con la obtención de numerosos éxitos que garantizaran su estabilidad y permanencia en el mercado a largo plazo.

En los últimos años, la globalización ha favorecido la aparición de muchas ventajas en el ámbito económico. En concreto, han disminuido las barreras comerciales, numerosos productos se han internacionalizado consiguiendo llegar a los países más subdesarrollados, se ha producido la apertura de los mercados, se han implantado mejoras tecnológicas que han favorecido la producción y distribución de los productos que se realiza actualmente con mayor agilidad y con costes más reducidos, y además, ha aumentado la competitividad, lo que paralelamente ha provocado una mejora en la calidad de los productos⁵.

³ GRACIA MARTÍN, L., “El Derecho penal...”, *op. cit.*, pág. 64. Igualmente, GARCÍA ECHEVERRÍA, S., “La globalización de la economía”, en *Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, nº 327, Universidad de Alcalá de Henares, 2010, pág. 11, señala que la globalización se centra en el ámbito económico y financiero. BECK, U., *¿Qué es...*, *op. cit.*, pág. 15, va un paso más allá y reflexiona sobre la importancia de los empresarios en relación con la globalización, sobre todo los que se mueven a grandes escalas; ya que éstos, desempeñan un papel clave en la configuración de la economía, y también de la sociedad en su conjunto, aunque solo sea por el poder que tienen para privar a la sociedad de sus recursos materiales (capital, impuestos, puestos de trabajo).

⁴ Utilizamos “unidades de organización” como sinónimo de empresa, en virtud de la definición que el DRAE da de dicho concepto en su acepción segunda: “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos” (<http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg>, última consulta el 03/09/16).

⁵ No obstante, la globalización no solo ha traído consigo ventajas. Son múltiples las desventajas que acompañan a este fenómeno. Podemos destacar: el aumento de la desigualdad social entre ricos y pobres, la aparición de empresas que intentan aprovecharse de la falta de control de algunos países para ubicarse en éstos y obtener beneficios (mano de obra barata, condiciones laborales pésimas), dificultades de las PYMES por poder competir con las empresas multinacionales, degradación del medio ambiente por la explotación de los recursos, reemplazo de maquinaria por el trabajo humano, entre otros.

El auge de las sociedades mercantiles^{6,7}, y la actuación de éstas no solo a nivel nacional sino también internacional, ha fomentado la aparición de nuevos ilícitos y el aumento cuantitativo de otros que ya se venían denunciando. Además, el acelerado crecimiento económico ha ocasionado que algunos individuos dedicados al sector empresarial, sitúen por encima de su conciencia moral, el propósito de conseguir beneficios económicos por cualquier vía, incluida la ilícita⁸. Debemos subrayar que con ello no queremos decir que la globalización haya sido la causa del aumento de conductas

⁶ MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 15, señala el aumento de las sociedades en los años sesenta y con ello el auge del Derecho mercantil. Además, 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 1996* (coords. AREÁN LALÍN, M., y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.), Fundación Caixa Galicia, Santiago de Compostela, 1998, pág. 16, alude al protagonismo de las sociedades mercantiles, especialmente a la relevancia de las sociedades de capital.

⁷ Conviene distinguir el término “empresa” del de “sociedad”. En muchas ocasiones se utilizan de forma similar, no obstante, no tienen el mismo significado. Cuando utilizamos el vocablo “empresa” nos referimos a una unidad de producción que se dedica y se organiza para explotar una actividad económica con el fin de obtener un lucro; en cambio, por “sociedad” se conceptualiza el contrato por el cual dos o más personas se obligan a aportar dinero, bienes, o incluso industria, con el propósito de llevar a cabo una actividad económica para así poder obtener ganancias que posteriormente serán repartidas. Son diversos los criterios de clasificación de las sociedades que se pueden emplear. 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. 24, subraya la sociedad mercantil con personalidad jurídica como la forma más extendida que adoptan las empresas. Siguiendo a DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, pág. 196, señala que según lo expuesto en el Código de Comercio (Cco) se suelen diferenciar dos tipos de sociedades. De esta manera, distingue entre las sociedades de personas o individualistas y de capitales o colectivistas (que son las que en este estudio interesan, por ser aquellas sobre las que se va a analizar la conducta de administración desleal). En las primeras, el tipo se configura atendiendo principalmente a la persona de los socios. La identidad del socio es relevante, ya que la participación se hace personal (*intuitu personae*), es intransferible sin el consentimiento de los demás socios y la gestión de la sociedad se confía siempre a éstos (autoorganicismo). Entre las sociedades personalistas se incluyen la sociedad colectiva y comanditaria simple. En segundo lugar, en las sociedades de capitales, en cambio, las aportaciones de los socios y el capital pasa a primer plano. En estas sociedades no interesa tanto la persona de los socios como la cuantía de su participación. La condición de socio es libremente transmisible y los órganos sociales de administración no tienen que estar forzosamente constituidos por socios (organicismo de terceros). El prototipo de la sociedad capitalista es la sociedad anónima. Por último, podemos encontrar sociedades en las que predomina el carácter capitalista, si bien con presencia de elementos que son claramente personalistas. En concreto, nos referimos a la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada. Además, 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, pág. 305, se detiene en la responsabilidad por deudas sociales para diferenciar los dos tipos de sociedades mencionados. Así, en las sociedades personalistas los socios, o en su caso parte de ellos, responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales; sin embargo, en las sociedades de capital los socios no responderán de las deudas sociales.

⁸ *Vid.*, MARTÍN PALLÍN, J. A., “La represión...”, *op. cit.*, pág. 136.

irregulares o abusivas empresariales, sino que dichas actuaciones ahora se cometen a mayor escala. El crecimiento del sector empresarial aumenta sin proponérselo el espacio en el que se desarrollan comportamientos contrarios a la ley. Igualmente, la aparición de nuevas técnicas que *a priori* facilitan el desarrollo de las empresas, terminan siendo a veces utilizadas por los propios sujetos que forman parte de éstas para cometer actos ilícitos⁹. En este sentido, podemos observar cómo la expansión de grupos de empresas ha provocado dificultades a la hora concretar el centro de imputación, si en condiciones normales resulta controvertido delimitar la identidad de la empresa matriz, más aún cuando el grupo esté formado por empresas que tienen nacionalidad diferente y se encuentran situadas en distintos países¹⁰; asimismo, la deslocalización de la producción con el objetivo de ahorrar costes dificulta o hace imposible en algunos casos determinar la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan causarse en el proceso productivo; también, el propio desarrollo de los mercados de inversores, que lleva consigo aparejado la internacionalización de las inversiones, impide conocer fácilmente la identidad de los sujetos que actúan dentro de dicho mercado.

El proceso de globalización ha favorecido que se hayan generado mayores oportunidades en el sector empresarial en los últimos años. No sólo para las sociedades en sí, que han visto multiplicado su ámbito de actuación superando todo tipo de fronteras; sino también para los propios ciudadanos que han podido optar a nuevos puestos de trabajo relacionados con los avances señalados. Sin embargo, con la aparición de dichas oportunidades han surgido además diversos riesgos que antes eran inexistentes y que evidentemente han desembocado en un incremento del sentimiento de inseguridad entre la población. La incertidumbre que envuelve a la sociedad en relación con la transformación que está experimentado es difícil de controlar en muchos casos. El marco económico actual es rápidamente cambiante¹¹, su dirección se dirige siempre hacia la producción de riqueza, y ésta va acompañada de una creciente producción social de riesgo¹². La sociedad siente miedo ante la posibilidad de sufrir un perjuicio (personal, patrimonial, económico...) por la toma de decisiones de otros sujetos; éstos, cuando realizan una elección deben buscar un equilibrio entre los beneficios que esperan

⁹ GRACIA MARTÍN, L., "El derecho penal...", *op. cit.*, págs. 78 y 79.

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Delitos...", *op. cit.*, pág. 25.

¹¹ Véase, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, B de f, Buenos Aires, 2011, pág. 13.

¹² BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 25.

conseguir de la opción elegida y los posibles riesgos que puedan derivarse de ella¹³. Ante esta situación, resulta obligatorio incluir el momento en el que nos encontramos dentro de lo que se ha hecho llamar: sociedad de riesgo¹⁴.

Las nuevas irregularidades que surgen en el ámbito empresarial (especialmente en el societario), derivadas en gran medida de los cambios a los que se ha visto sometido este sector, ha impulsado al legislador a criminalizar determinadas conductas cuya comisión afecta negativamente a la esfera económica. En este contexto se enmarca la denominada delincuencia económica configurada ante la existencia de “prácticas y conductas punitivas que solo se pueden dar en el ejercicio de los llamados negocios y actividades mercantiles”¹⁵.

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 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

¹³ CLIMENT SANJUÁN, V., “Sociedad y riesgo: producción y sostenibilidad”, en *Papers: revista de sociología*, nº 8, 2006, pág. 122. El sociólogo Climent Sanjuán analiza en este artículo la modernización ecológica y las nuevas estrategias ecoproductivas, para ello comienza dando una visión general del concepto de sociedad de riesgo en la que reflexiona sobre la toma de decisiones.

¹⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 16, octubre 2014, págs. 1 y 2, indica que la sociedad actual ha sido calificada como sociedad de riesgo, la cual, se caracteriza básicamente por su transnacionalidad, complejidad, multiplicidad de interconexiones causales, economía dinámica y en la existencia de una alta intervención de colectivos. Por su parte, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la Sociedad de riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 25 hasta 34, siguiendo el esquema propuesto por SEELMANN, K., “Societat de risc i dret penal”, en *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, nº 1, 1994, págs. 272 y ss, resalta los aspectos definitorios de la sociedad de riesgo: el primero sería el cambio potencial de los peligros actuales en relación con otras épocas. La sociedad actual se identifica por la existencia de riesgos que son artificiales, que amenazan a un número indeterminado y potencialmente de personas; el segundo elemento caracterizador de la sociedad de riesgo se ha visto en la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. La responsabilidad se ramifica cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas. A veces estos procesos quedan integrados en un sistema de división de trabajo, pero en otras ocasiones no tienen relación alguna entre ellos. Cuando más compleja y perfeccionada es una organización, más intercambiable resulta el individuo y menor su sensación de responsabilidad, ya que éste considerará que su contribución al conjunto es reducida; por último, el tercer rasgo, alude a la sensación de inseguridad subjetiva que surge ante los peligros.

¹⁵ MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...*, op. cit., pág. 13.

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 penales¹⁶. 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 profesional¹⁷. 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 ilícitas¹⁸. 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 vez¹⁹. Además, conviene añadir que tal expresión (“delitos de cuello blanco”) responde más bien a un concepto de carácter social y no jurídico²⁰; 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”^{21,22}.

De manera general, la búsqueda de una persona –física o jurídica– que responda por los ilícitos acontecidos en el ámbito de las sociedades mercantiles es compleja. Así, determinar qué ha ocurrido y quién es el responsable se convierte a veces en una tarea realmente complicada. El entramado de relaciones estructurales jerárquicas, horizontales o verticales, que pueden existir dentro de la propia sociedad puede desorientar al sujeto perjudicado (cabría mejor señalar, los sujetos –en plural– ya que habitualmente el círculo de perjudicados es amplio) que no sabe a quién reclamar el menoscabo que le ha sido

¹⁶ 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.

¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico* (2ª ed.), Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2010, pág. 21.

¹⁸ 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.

¹⁹ *Vid.*, MORÓN LERMA, E., “El perfil...”, *op. cit.*, págs. 29 a 52, donde reflexiona sobre el concepto de delincuencia de cuellos blanco en la realidad actual.

²⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Los delitos de cuello blanco”, en *Cont4bl3*, 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.

²¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 23.

²² MORÓN LERMA, E., “El perfil...”, *op. cit.*, pág. 30, también denominada con la expresión *White collar crime* o criminalidad empresarial.

ocasionado. Por ello, en algunos casos materializar la denuncia por parte de la víctima que ha sufrido la infracción económica supone un gran esfuerzo. A veces, la ignorancia de la persona perjudicada (desconocimiento de medios informáticos y tecnológicos que están siendo utilizados, del funcionamiento de la sociedad, o simplemente de los términos usados en la redacción de un contrato en el que ha firmado como una de las partes que se obliga) le impide reconocer qué hechos han sido los que han originado el perjuicio. En la mayor parte de las ocasiones solo una persona especialista en la materia podría percatarse de lo ocurrido. También sucede en otros supuestos que el perjudicado conoce la identidad del autor que ha cometido el acto ilícito pero tiene miedo de denunciarlo; la situación social que tiene el primero o la relación que les une a ambos (económica, empresarial o profesional) genera temor en el sujeto perjudicado que se siente incapaz de denunciar los hechos ocurridos²³.

De otro lado, cabe señalar que la competencia que existe entre las empresas que pretenden obtener un puesto en el mercado con el que asegurar su futuro, y los intereses por aumentar los beneficios en el menor plazo posible, hace que los propios sujetos que dirigen estas entidades decidan actuar de forma ilícita. Además, estos comportamientos se acentúan en periodos en los que la economía de un país se ve disminuida considerablemente. En este sentido, los efectos devastadores causados por la crisis que comenzó aflorar en España entre los años 2007 y 2008, han impulsado a muchas personas que forman parte de las sociedades y que disponen de competencias fundamentales para su desarrollo, a actuar ilegítimamente con el propósito de que éstas no quebraran. La permanencia en el mercado en situaciones en las que la economía es inestable es muy complicada. Por ello, algunos sujetos tomaron decisiones desesperadas que probablemente han desencadenado males mayores que los que en su día trataron de evitar (aperturas de procedimientos judiciales que culminan con penas de prisión, trastornos mentales ante la falta de ingresos familiares...).

²³ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...*(2ª ed.), *op. cit.*, pág. 28. En concreto, en la edición de 2010 de la obra señalada, los autores únicamente aluden a la escasa habitualidad con la que se denuncian hechos englobados dentro del término delincuencia económica. En la versión de 2001 (1ª ed.), además añaden las causas que explican por qué la sociedad es reacia a denunciar situaciones irregulares surgidas en el ámbito económico-empresarial, tales factores son a los que se aluden en el texto principal (pág. 52).

Para evitar que sucedan situaciones como las señaladas, el empresario debe conocer cuáles son sus limitaciones a la hora de usar los medios productivos, respetar las regulaciones tributarias y comerciales referentes a la actividad empresarial que desarrolla, así como estudiar y valorar cuáles son sus obligaciones a la hora de tomar decisiones que puedan llevar aparejadas repercusiones a terceros²⁴. Sin embargo, algunos sujetos que desempeñan sus funciones en el ámbito societario no quieren tomar conciencia de lo expuesto y prefieren actuar como si no tuviesen que ceñir su comportamiento a unos límites concretos expuestos por la ley.

El tipo de personas que delinque en el ámbito empresarial suelen contar con una buena asistencia letrada, a veces tienen relación con el poder económico o político, ejercen influencia sobre la vida social pública, etc²⁵. Muchos autores actúan bajo la falsa creencia de que el hecho ilícito que cometen es habitual en el sector empresarial, o que por su puesto de trabajo la ley no puede hacer nada contra ellos. Así, los infractores actúan sin mayores remordimientos, pensando que solo los sujetos que pertenecen a las clases más bajas pueden ser sorprendidos por la Justicia²⁶.

La tramitación de las causas por infracciones económicas cometidas en el seno de las sociedades son complejas. La necesaria especialización de los Jueces que tratan de poner fin a los litigios que concurren en el ámbito económico se hace cada vez más patente, ya que generalmente éstos carecen de conocimientos especiales económicos (contabilidad, gestión de cuentas, derecho de sociedades...) imprescindibles para resolver conforme a Derecho los litigios que concurren en dicho ámbito. Además, son procedimientos extensos en el tiempo debido a que suele ser complicado su estudio, comprensión e investigación. Ante esto, se ha planteado la posibilidad de crear Juzgados especializados en esta materia, que tengan competencia exclusiva para la instrucción y

²⁴ BENECKE, D. W., “La ética empresarial como valor constitutivo del orden económico”, en *Aspectos éticos jurídicos de los negocios* (coord. RODRÍGUEZ MASCARDI, T.), Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2001, pág. 13.

²⁵ 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. 83. De modo que, como se ha señalado, la mayor parte de las personas que cometen irregularidades empresariales no se identifican con personas de bajo nivel económico o desarraigo social; por el contrario se trata de sujetos que se encuentran integrados totalmente en la sociedad y que en muchas ocasiones cuentan con la admiración de la comunidad: MARTÍN PALLÍN, J. A., “La represión...”, *op.cit.*, pág. 173.

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 28 y 29.

enjuiciamiento de conductas ilícitas en el ámbito económico²⁷. De este modo, la función de los Juzgados sería más ágil y eficaz, ya que los Jueces estarán más preparados para afrontar a este tipo de ilícitos, y únicamente se ocuparían de solventar procedimientos económicos, motivo que les permitiría trabajar con mayor rapidez²⁸. Igualmente, es importante la preparación de los integrantes de la Policía Judicial especializada (como la integrada por los miembros de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal), que facilita la persecución de estas conductas²⁹. La labor eficaz de este colectivo, que auxilia a los Jueces y Fiscales en el ejercicio de sus funciones, es determinante a la hora de investigar los hechos y de obtener pruebas sobre las que éstos se mantengan y fundamenten.

De todo ello, se desprende la necesidad de tomar medidas para evitar conductas realizadas por sujetos que aprovechan las nuevas formas de pago, los procesos

²⁷ 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, pág. 24; por su parte, ARROYO ZAPATERO, L. y TIEDEMANN, K., *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, pág. 210, descartaron la posible creación de un orden jurisdiccional económico, ya que en la práctica resulta inviable la opción de modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y además porque en caso de que se admitiese la creación de un orden jurisdiccional nuevo, ello supondría la necesidad de crear un nuevo organigrama judicial, con su correspondiente infraestructura y personal, que implicaría un gasto mayor al Estado. No obstante, si creen más factible la posibilidad de que se le exijan a los Jueces y Magistrados que superen la realización de pruebas selectivas en las que se compruebe que tienen unas aptitudes especiales para solventar los problemas surgidos en el ámbito económico.

²⁸ En este sentido, Alemania y Francia sí han admitido justicia especializada (LOUIS, J. y WASSEMER, M. P., “Sistemas penales comparados: Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania”, en *Revista Penal*, nº 9, enero 2002, págs. 168 y 169; también, ALFONSO LARANGEIRA, C., BATTILANA ESTIGARRIBIA, M., y PREDAL DEL PUERTO, R., “Persecución penal de los delitos económicos en el Derecho comparado”, en *Apuntes de Derecho penal económico II* (coord. PREDAL DEL PUERTO, R.), ICED, Asunción, 2013, págs. 11 hasta 32. Además, TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 89 hasta 91, no solo reflexiona sobre el tratamiento procesal que recibe el Derecho penal económico en Alemania, sino que también alude a la práctica francesa, ya que en un primer momento únicamente se especializaron las fiscalías, y posteriormente los jueces.

²⁹ 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 nº 64, CGPJ, Madrid, 2004, pág. 112, criticó la falta de Policía Judicial especializada. No obstante, en la página http://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/funciones.html (última consulta el 03/09/16), puede apreciarse las funciones otorgadas a la Policía Judicial en relación con la delincuencia económica y fiscal. Concretamente, la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal se encuentra estructurada en la Brigada Central de Delincuencia Económica y Fiscal, Brigada Central de Blanqueo de Capitales, Brigada Central de Inteligencia Financiera, Brigada de investigación del Banco de España, así como la Unidad adscrita a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, facilitarán la persecución de los ilícitos económicos.

industriales y tecnológicos o por ejemplo, la magnitud de las sociedades para lucrarse. Como veremos a continuación, el legislador ha decidido intervenir con el objetivo de poner fin (o al menos disminuir) los comportamientos irregulares surgidos en el ámbito económico, particularmente en el societario.

II. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

1. La expansión del Derecho penal en la esfera societaria: el principio de intervención mínima

La relevancia de la sociedad mercantil como fuente principal de creación de riqueza obliga al legislador a precisar unas pautas que ordenen su funcionamiento. La actuación de los agentes económicos debe ser correcta, dirigida a cumplir sus objetivos de forma legal. La libertad de empresa³⁰ que rige las actuaciones en el mercado queda cercada por una serie de límites que intentan prevenir cualquier disfunción que pueda derivar en un problema para el sistema económico. La importancia de asegurar que la actividad económica y empresarial a nivel nacional e internacional sea óptima se ha convertido en uno de los principales objetivos del Poder Público. Con la ordenación de las relaciones interempresariales se pretende garantizar a las sociedades la posibilidad de desempeñar sus funciones de forma que, si actúan conforme a los parámetros marcados, no encontrarán dificultades para explotar su actividad; así –indudablemente– será más fácil asegurar la obtención de beneficios, lo que reportará una mejora en la economía general.

De todo ello, se hace eco la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) cuando en su Preámbulo^{31,32} aboga por el progreso económico con el fin de asegurar una

³⁰ 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, pág. 651, concreta la libertad de empresa como una expresión o término que se refiere al derecho que permite comenzar y desarrollar una iniciativa económica a través del ejercicio de una actividad que igualmente tenga carácter económico.

³¹ El Preámbulo de la Constitución Española reza: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo (...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.”

³² Según lo expuesto por BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 16, el orden económico penal (entendido como objeto de protección del Derecho penal) se identifica con el Preámbulo de la Constitución Española cuando se refiere al “orden económico y social”, que supone la intervención pública para mantener un sistema de economía mixta, ya que es imposible la regulación del mercado de forma espontánea.

calidad de vida que sea digna. Además, el artículo 38 CE³³ –que forma parte de la llamada Constitución económica o Derecho económico constitucional³⁴– reconoce a cualquier persona el derecho a ejercer una actividad comercial en el marco de la economía libre; no obstante, señala que podrá haber una interferencia del Poder Público³⁵ en el caso de que, de acuerdo con las exigencias de la economía en general, sea necesario defender la productividad³⁶. De este modo, se permite como regla general el enriquecimiento, pero

³³ El tenor literal del artículo 38 CE es el siguiente: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

³⁴ BALCARCE, F. I., “Origen multidisciplinario y estabilización del Derecho penal económico”, en *Derecho penal económico* (coords. RUBINSKA, R. M., y SCHURJIN ALMENAR, D.), Tomo I, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, págs. 82 y 83; BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 17: La expresión constitución económica o derecho económico constitucional es reciente, porque las constituciones liberales del Siglo XIX solo contenían escasas referencias al derecho de la propiedad, dejando a un lado el resto de la vida económica. Concretamente, es la Constitución Weimar (año 1919), donde se introduce en el ámbito constitucional una serie de disposiciones que hacen referencia al orden económico, fruto del acuerdo político entre socialistas y liberales. Ello, en consonancia con el estudio realizado por parte de la doctrina alemana de los aspectos económicos de la Constitución de Weimar, hizo que surgiera el nacimiento del denominado derecho constitucional económico.

³⁵ 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, págs. 16 y 17, considera que el artículo 38 CE junto con el artículo 33 CE, declaran el deber del Estado de “garantizar valores superiores e intereses generales por encima, en su caso, de las meras consecuencias económicas del funcionamiento del mercado”. Además, la CE también “obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad en el trabajo (art. 40 CE), a mantener un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE), a garantizar la libertad sindical y el derecho al trabajo (arts. 28 y 35 CE), o a defender la salud e intereses económicos de los consumidores (art. 51 CE). Impone también la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31 CE) y prevé expresamente el recurso a la sanción penal en la tutela del medio ambiente (art. 45 CE)”.

³⁶ En este momento surge una cuestión delicada: La Constitución utiliza términos amplios e imprecisos con el fin de no quedar sometida a un modelo económico fijo. Permite a los individuos una esfera de actuación libre e independiente del Estado; así como, que las empresas privadas se organicen en virtud de la oferta y demanda del mercado. No obstante, el artículo 38 CE admite la posibilidad de que el Estado intervenga en el orden económico, ante lo que nos planteamos: ¿Hasta dónde puede o debe intervenir el Estado para que su participación no dé lugar a una economía dirigida, y permita el desarrollo de la economía de mercado que proclama la Constitución Española? Así, MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos societarios”, en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 20, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 292. La doctrina ha discutido en numerosas ocasiones si la Constitución Española recoge o no un modelo económico concreto, para conocer las diferentes interpretaciones véase BAJO FERNÁNDEZ, M., “La Constitución económica española y el Derecho penal”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Semana de Derecho penal en memoria del Profesor Julián Pereda, celebrada durante los días 4 al 11 de marzo de 1982*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, págs. 157 hasta 166; igualmente, PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción al Derecho penal económico”, en *Curso de Derecho penal económico* (dir. BACIGALUPO, E.), Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 28 y 29. A pesar de no poder realizar aquí un estudio sobre el modelo económico que recoge la

lo que no se puede admitir es el desorden como pauta de comportamiento de las empresas. Las conductas que creen desconfianza o desequilibren el régimen económico nacional e internacional deben ser denunciadas, y en su caso castigadas³⁷. De esta forma, se podría pensar en el artículo 38 CE como la vía que justifica la intervención del derecho penal en la esfera económica. En este sentido, TIEDEMANN expuso que el precepto señalado únicamente hace referencia a la competencia de los poderes públicos de garantizar y proteger la productividad y libertad de empresa, pero no obliga al legislador a recurrir a normas penales con el propósito de que dicha tutela sea real. Podríamos pensar que en el caso de que así se hubiese previsto, el precepto estaría expresado en términos más concretos. A pesar de todo, –continúa el autor– la forma de garantizar efectivamente la tutela que ofrece el artículo 38 CE es en cierta manera acompañándola de los tipos penales adecuados que sancionen los casos de mayor gravedad³⁸.

Al margen de que la intervención del Derecho penal en el ámbito societario –que es la que aquí interesa– se apoye en el modelo económico de la CE para su desarrollo, debe configurarse principalmente “como una respuesta a las exigencias de la economía de mercado en su actual fase de desarrollo en nuestro país”³⁹. Las relaciones surgidas en el sistema económico, y más concretamente en la esfera societaria, han estado marcadas por una insondable tenebrosidad que ha aumentado en el actual contexto de crisis. El desmesurado crecimiento económico, el avance en el mundo tecnológico, la ampliación del sector empresarial, etc., crean el escenario perfecto para que el número de

Constitución, sí podemos añadir que los dos últimos autores a los que nos referimos abogan por la neutralidad de la Constitución económica española.

³⁷ MARTÍN PALLÍN, J. A., “La represión...”, *op. cit.*, págs. 132 y 133.

³⁸ TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español y alemán)*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 237, el autor hace también referencia al artículo 39.1 CE señalando que la protección de la economía no exige la introducción de preceptos penales si puede realizarse mediante el control de la libre competencia por organismos administrativos que impongan en su caso las correspondientes sanciones administrativas. De esta manera, entendemos que alude al principio de intervención mínima del Derecho penal, con el fin de que éste se aplique en los supuestos que sea estrictamente necesario y no de forma general. Además, BAJO FERNÁNDEZ, M., “La Constitución...”, *op. cit.*, pág. 167, reflexiona sobre la estrecha relación que existe entre la Constitución económica (que opera principalmente a través del artículo 38 CE) y el Derecho penal económico. La Constitución económica se ha encargado de recoger los bienes jurídicos que merecen ser protegidos penalmente y cuáles no, y también de determinar el marco en el que puede desenvolverse el Derecho penal económico, cuyo carácter está subordinado a la norma principal.

³⁹ Siguiendo a SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 25 hasta 29.

irregularidades e ilícitos en el ámbito societario haya crecido de manera desproporcionada⁴⁰.

En estas circunstancias, la intervención punitiva del Estado parece imprescindible para conseguir que las sociedades funcionen adecuadamente, y ello repercute de manera positiva en la economía⁴¹. La creencia de que el Derecho penal podía ser la solución a las desviaciones que se estaban cometiendo en el seno de las sociedades mercantiles era un pensamiento cada vez más generalizado. La necesidad de criminalizar determinadas conductas que entorpecían el normal desarrollo de las sociedades y desestabilizaban el sistema económico era patente. Así, la doctrina y jurisprudencia se mostraron favorables a que el Derecho penal interviniese en la regulación del ámbito societario⁴². Las nuevas y modernas relaciones societarias requieren de normas que las ordenen y sancionen su incumplimiento. De modo que, el Derecho penal no puede ser ajeno a las transformaciones sufridas en la actividad empresarial, especialmente por la influencia de estos cambios en la vida diaria de los ciudadanos⁴³. No obstante, la aplicación del Derecho

⁴⁰ En relación con lo expuesto, tener en cuenta el contenido del Capítulo I de la Primera Parte de este estudio que lleva por título: Desafíos emergentes en el ámbito de las sociedades mercantiles.

⁴¹ MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos...”, *op. cit.*, 1996, pág. 295.

⁴² Por todos, 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, pág. 690; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 11; 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, pág. 33; 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 nº 72, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 2; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 29; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 29; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 433 y 434.; CALDERÓN CERREZO, A., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Derecho penal. Parte especial* (dirs/coords. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., y CALDERÓN CERREZO, A.), Tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 299; SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 533 y 534; MARTÍN PALLÍN, J. A., “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, págs. 1906 y 1907, entre otros. No obstante, estos autores cuestionan la forma en la que se materializó la intervención de Derecho penal en la esfera societaria

⁴³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización* (dir. FARALDO CABANA, P.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 67, señala que el Derecho penal no

penal en la esfera económica no ha resultado tan sencilla, ya que trae consigo implícitos “graves problemas de legitimación y justificación”⁴⁴. La expansión del Derecho penal hacia nuevos sectores (como es el económico) requiere que sea argumentada con razones convincentes, de lo contrario se tachará de contraproducente e innecesaria. Por ello, el legislador cuando elabora las normas que regulan las relaciones surgidas en las sociedades mercantiles tiene la obligación de respetar el principio de intervención mínima que rige en el ordenamiento penal, y que lo vincula ineludiblemente a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad⁴⁵.

En este sentido, para comprender por qué el legislador hace unos años decidió regular penalmente las relaciones privadas debemos atender a los bienes e intereses que pretende proteger a través de la nueva normativa. De esta manera, conviene observar si el ordenamiento penal ha respetado al principio de fragmentariedad al que está sujeto por su naturaleza. El legislador penal selecciona qué bienes jurídicos va a proteger y en qué medida, alejándose así de aquellos que creen que el Derecho penal se limita a intentar ordenar la sociedad con la amenaza de pena⁴⁶. De hecho, para esta parte del ordenamiento resulta fundamental estudiar el bien jurídico⁴⁷ que pretende salvaguardar y que habrá nacido por unas necesidades concretas de la colectividad, que en cierta medida llama al *ius puniendi* para que facilite las relaciones de convivencia. El impulso de criminalizar conductas surgidas en el seno de las sociedades tiene que justificarse obligatoriamente en la especial relevancia de los bienes e intereses que se pretenden proteger⁴⁸; de este modo,

puede ser impasible a los cambios que se están produciendo en la sociedad actual. Aplicamos la idea del autor al momento en el que nos encontramos, en el que la importancia de las sociedades en el sistema económico es una realidad en la que el Derecho penal tiene que tomar partido.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 21.

⁴⁵ *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 76 y 77. De manera más específica FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 37 hasta 47, hace referencia de forma general al tratamiento de la delincuencia económica, deteniéndose en el análisis del principio de intervención mínima.

⁴⁶ Existe la creencia equivocada de que más Derecho penal es equivalente a menos delitos, así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del <ius puniendi>”, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Baquero* (coord. GONZÁLEZ RUS, J. J.), Universidad de Córdoba, 1996, págs. 251 y 252.

⁴⁷ El análisis del bien jurídico protegido del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital se realiza en la Capítulo I de la Cuarta Parte de este estudio que lleva por título: Dimensión valorativa del tipo.

⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el principio...”, *op. cit.*, pág. 250: “el derecho penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace,

no se romperá con la esencia propia del Derecho penal consistente “en desempeñar su función social estableciendo y perfilando normas que sean fundamentales para la convivencia”⁴⁹. En este sentido, el Derecho penal a través de su intervención en la esfera societaria tiene el propósito de tutelar, además del interés de la propia sociedad, de los sujetos que la forman y terceros relacionados con ella, el buen funcionamiento de la economía en general. Las sociedades mercantiles deben desarrollarse correctamente, ya que ello repercute en la creación de riqueza del país y esto a su vez influye en el bienestar social de los ciudadanos (mejora la educación, la salud, se crea empleo...). La imposición de normas que controlen la actuación de las sociedades genera un sentimiento de confianza entre aquellos sujetos que se encuentran directa o indirectamente relacionados con su actividad. Cuando existe una buena estructura empresarial, aumenta la productividad de nuestra economía. Así, es posible que hace algunos años la protección de las sociedades de capital no hubiese estado justificada, no obstante, la influencia de éstas en la estabilidad económica demanda normas que ordenen su funcionamiento y que eviten que éste sea obstaculizado. La importancia de estos entes en la vida económica de un país y en la de los ciudadanos no puede ser negada⁵⁰.

Además, la intervención del Derecho penal en la realidad actual aviva el debate surgido en torno a la necesidad a la que debe responder este Derecho de forma que no abandone su carácter subsidiario y de *última ratio*. Considerar cuál es el punto que hemos de entender como límite insalvable para que el ordenamiento penal pueda ser aplicado

ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 23.

⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y Derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social”, 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, pág. 61.

⁵⁰ Se expresan en este sentido, 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, págs. 77 y 78, AREÁN LALÍN, M., “Conceptos...”, *op. cit.*, págs. 16 y 17; MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos...”, *op. cit.*, 1996, pág. 295, el mismo autor en MARTÍN PALLÍN, J. A., “La represión...”, *op. cit.*, págs. 132 y 133; 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. 611; 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, pág. 1466.

sobre una problemática concreta trae aparejadas controversias de todo tipo. La tarea de determinar indicadores que definan qué acciones derivadas del ejercicio económico deben ser sancionadas a través de la vía penal es difícil. A pesar de todo, se recurre al Derecho Penal como último recurso de política social cuando no existen otros mecanismos jurídicos menos graves que la pena para prevenir comportamientos dañinos para la sociedad. Nuestro sistema jurídico –especialmente el Derecho privado– ha sido incapaz de poner fin a las nuevas dificultades que han surgido en la esfera societaria. Es cierto que la legislación civil y mercantil contiene normas destinadas a evitar cualquier desviación de los sujetos que actúan para/con la sociedad; no obstante, su eficacia es cuestionada. Para realizar esta afirmación no hay más que atender al momento actual económico-financiero en el que se encuentra el país en relación con esta circunstancia, donde cada día salen a la luz más entramados societarios realizados por sujetos cuya única pretensión es obtener un beneficio ilícito⁵¹. Al contrario de lo que se hubiese podido esperar, en los últimos años los conflictos societarios no han hecho más que aumentar⁵². Con ello, no queremos decir que el Derecho privado haya fracasado en su labor y sea inservible en este aspecto, pero sí que ha sido insuficiente para hacer frente a los desajustes surgidos en el ámbito societario⁵³.

2. Los nuevos ilícitos societarios y su relación con otras ramas del Ordenamiento Jurídico

La necesidad de acudir al Derecho penal con el objetivo de castigar determinadas actuaciones surgidas en el ámbito de relaciones societarias que demandan por su carácter ciertos estándares de vigilancia y punición era cada vez más patente. Ahora bien, nuestro sistema penal no estaba preparado para sancionar las nuevas irregularidades que se estaban produciendo en la esfera económica a través de los delitos clásicos incluidos en el Código Penal antes de 1995 como la estafa, la falsedad documental o la apropiación

⁵¹ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 17 y 18, manifiesta que la decisión de que el Derecho penal sancione las conductas ilícitas que se producen en el ámbito societario responde a la necesidad de combatir la delincuencia económica.

⁵² Tal afirmación se basa en datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), donde por ejemplo se muestra que mientras en el año 2013 hubo 67 condenas por delitos societarios (<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p466/a2013/10/&file=01008.px>), un año después la cifra ascendió a 92 (<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t18/p466/a2014/10/&file=01008.px>).

⁵³ En concreto, VALLE MUÑIZ, J. M., QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., “De los delitos...”, *op. cit.*, pág. 1466, señala la ineficacia de la legislación administrativa, civil y mercantil ante determinados ataques.

indebida, entre otros^{54,55}. Así, mientras algunos autores consideraron que era más apropiado redactar nuevos tipos penales a través de los que se castigase las conductas que perjudicaban el funcionamiento de las sociedades de capital, otras voces propusieron enjuiciar tales comportamientos ampliando los delitos clásicos, de forma que pudiesen adaptarse a las nuevas necesidades⁵⁶. La mayoría de estos ilícitos tradicionales provienen del Derecho romano⁵⁷; por lo tanto, el propósito con el que fueron incluidos en el Código Penal y su posterior aplicación se aleja de la realidad moderna actual fruto de disfunciones del sistema económico contemporáneo. Es cierto que en el Código Penal existen preceptos cuyo contenido e interpretación se adapta más fácilmente a los cambios que experimenta la sociedad, sin embargo, otros tipos penales resultan insuficientes para dar cabida a nuevos comportamientos irregulares que deben ser criminalizados⁵⁸.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... op. cit.*, pág. 19; igualmente, AAVV., *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Derecho penal de la empresa* (dir. CORCOY BIDASOLO, M.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 686 donde se justifica a través de varias sentencias la imposibilidad de los delitos patrimoniales para sancionar conductas relevantes en el ámbito societario STS de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1121), STS de 7 de marzo de 1994 (RJ 1994\1858); por su parte, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos..., op. cit.*, pág. 28, se plantea si existe la posibilidad de sancionar las conductas previstas en los nuevos ilícitos a través de figuras clásicas; MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “Los delitos...”, *op. cit.*, pág. 138. SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión..., op. cit.*, págs. 11 y 12, haciendo alusión al Derecho penal señala la aparición de nuevas realidades que anteriormente no habían existido, junto con el deterioro de las tradicionales; también, 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, págs. 135 y 136, señala textualmente que “los delitos patrimoniales tradicionales no estaban pensado para el mundo de las sociedades, en las que la titularidad y gestión del patrimonio están disociados” además señala que dicha explicación sirve para justificar la introducción del –ya eliminado– artículo 295.

⁵⁵ CALDERÓN CERESO, A., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 288, alude a la inadecuación de las figuras clásicas para sancionar las conductas que se producían en el ámbito societario. En concreto, critica la estafa, ya que considera que no puede aplicarse porque la situación que ocupan los sujetos que cometen el ilícito en la sociedad ya hace innecesario el despliegue de cualquier conducta engañosa, además los administradores están facultados para disponer del patrimonio social, y por lo tanto no es necesario un desplazamiento patrimonial. Tampoco considera la apropiación indebida adecuada porque puede que el sujeto activo no se haya apropiado de los bienes ajenos definitivamente; y por último, el autor señala que la falsedad documental no abarca por completo el desvalor de las conductas de que se trata, y muchos comportamientos son despenalizados por considerarse falsedades ideológicas cometidas por particulares.

⁵⁶ MARTÍN PALLÍN, J. A., “La represión...”, *op. cit.*, pág. 135, el mismo autor en “Los delitos...”, *op. cit.*, págs. 297 y 298.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos... op. cit.*, pág. 19.

⁵⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “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, págs. 38 y 39, nos recuerda que el delito de homicidio es el modelo a partir del que se ha construido la Teoría del Delito, de modo que, encajar los ilícitos que se engloban bajo el Derecho penal económico en tal esquema es complicado.

Con el fin de comprender mejor lo expuesto podemos traer a colación varios ejemplos citados por DEL ROSAL BLASCO, quien ha calificado como insuficientes los delitos existentes en el Código Penal antes de 1995 para hacer frente a las controversias surgidas en el seno societario. A pesar de que se hubiese intentado redirigir las conductas societarias ilícitas a las normas penales tradicionales, ello no hubiese bastado para enjuiciar los nuevos comportamientos; éstos requieren de un ámbito punitivo específico acorde con sus necesidades, en el que se concrete el tipo del injusto, los sujetos activos, el resultado, etc. Si atendemos a los preceptos del Código Penal podemos justificar lo expuesto. En concreto, no existe ningún delito tipificado antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que hubiese podido sancionar la conducta descrita en el actual artículo 293 CP, que castiga al administrador que obstaculiza a un socio el ejercicio de los derechos reconocidos por Ley; igualmente ocurre con el delito que sanciona a quienes se prevalecen de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración para imponer acuerdos abusivos regulado en el artículo 291 CP⁵⁹. No obstante, cabe precisar que el legislador también ha decidido tipificar conductas más dudosas, sobre las que cabe pensar que podrían haberse enjuiciado a través de delitos ya existentes. En este sentido, el artículo 290 CP relativo a la falsedad de cuentas u otros documentos en el seno de la sociedad, encuentra una cierta semejanza con el delito que recoge la falsedad en documento mercantil, e incluso podríamos cuestionarnos si el artículo 294 CP podría enjuiciarse a través del delito desobediencia⁶⁰.

El Derecho penal castiga con la sanción más grave que el Ordenamiento Jurídico ofrece (la pena de prisión) y por lo tanto su aplicación debe responder a la comisión de conductas antijurídicas concretas que se correspondan con lo expresado en el ordenamiento penal. La tipificación de nuevos comportamientos ilícitos tiene como objetivo evitar que determinados sujetos (administradores de hecho o de derecho, socios...) se aprovecharan de las carencias que presentaba la legislación tradicional (ineficaz en el ámbito económico) y cometiesen conductas que le reportaran beneficios

⁵⁹ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 19 y 20, el autor añade a los dos preceptos señalados el delito societario de administración desleal.

⁶⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos.... op. cit.*, pág. 36. 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, pág. 426, alude a la crítica que reciben los delitos societarios por aquellos que consideran que castigan comportamientos que ya están tipificados en otros delitos clásicos.

ilícitos. Como ya se ha hecho mención, éstos, que en su mayoría son personas que cuentan con una gran capacidad para llevar a cabo estrategias de todo tipo encaminadas a lucrarse de manera ilegal, eran conscientes de que existía una laguna de punibilidad que podían utilizar en caso de ser enjuiciados para no ser penados. De esta manera, cabe señalar que el legislador obró adecuadamente incluyendo nuevos preceptos que se adaptaran a las necesidades sociales surgidas, ya que no hubiese bastado con los delitos tradicionales para sancionar las conductas desviadas cometidas por los sujetos relacionados con la sociedad. Además, los Tribunales a través de la jurisprudencia pueden ampliar o reconducir la interpretación de algunos preceptos que describen delitos con el fin de aplicarlos a determinadas conductas que no han sido tipificadas concretamente pero que por su relevancia requieren ser penadas. No obstante, en esta situación puede surgir un problema, y es que el delito tradicional se amplíe de forma excesiva para acomodarlo a nuevas necesidades, y finalmente se termine desvirtuando su propia naturaleza⁶¹.

La necesidad de que el Derecho penal intervenga en las relaciones societarias, y que lo haga a través de nuevos delitos específicos, no quiere decir que deba dejar a un lado los cánones valorativos empleados en la legislación civil y mercantil⁶², ya que en tal caso se terminaría conceptualizando un Derecho penal societario confuso y lleno de contradicciones. Tal afirmación se realiza porque conviene tener presente siempre que por “encima de la autonomía del Derecho penal para seleccionar las conductas punibles ha de situarse, lógicamente, la unidad interna y la coherencia de todo el orden jurídico”⁶³. Dicha coordinación es especialmente relevante si se pretende que la aplicación de las normas penales sea efectiva. De otra forma, nos encontraríamos ante preceptos jurídicos

⁶¹ En este sentido, cabe mencionar lo ocurrido con el delito de apropiación indebida antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El TS con el propósito de sancionar las conductas de administración desleal acaecidas en el ámbito societario recurrió al delito de apropiación indebida para castigar a través de su modalidad de “disponer” las conductas ilícitas de gestión desleal. Cuando en 1995 se introdujo el delito societario de administración desleal en el Código Penal se esperaba que el delito de apropiación indebida dejara a un lado la interpretación extensiva a la que se había visto sometido pero no fue así. La apropiación indebida no renunció a la interpretación que se le había asignado y a partir de 1995 continuó utilizándola para suplir las carencias del nuevo delito societario. Todo ello, trajo consigo aparejado la aparición de una infinidad de problemas que surgían ante las dificultades de deslindar de la forma más objetiva posible ambos ilícitos.

⁶² No se incluye al Derecho administrativo porque su papel no tiene en líneas generales la misma relevancia en este ámbito que el Derecho privado, aun siendo aquél especialmente relevante, al estar en consonancia con el artículo 294 CP.

⁶³ Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 24; y también, AREÁN LALÍN, M., “Conceptos...”, *op. cit.*, pág. 14.

carentes de un uso correcto, destinados a calmar a la sociedad cuando demande criminalizar determinadas conductas a pesar de que en la práctica sea imposible aplicar los preceptos que supuestamente las penalizan. La protección que ofrece el Derecho penal a través de su normativa a los bienes jurídicos que ha seleccionado debe mostrar una continuidad con el resto del ordenamiento y alejarse de cualquier contradicción que pueda impedir los fines que se pretenden alcanzar con su aplicación⁶⁴.

En la misma línea, FARALDO CABANA añade que la autonomía del Derecho penal no significa que éste sustituya las funciones que tienen encomendadas otras ramas del ordenamiento jurídico⁶⁵. Por su parte, DEL ROSAL BLASCO afirma que “el Derecho penal societario no es una rama meramente complementaria de la regulación mercantil en la materia. El Derecho penal no pierde su autonomía a la hora de definir sus presupuestos y de establecer sus propias consecuencias jurídicas”⁶⁶. Además, VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, señalan que la autonomía del Derecho penal en ámbito societario se confirmará cuando éste respete los principios garantistas que le dan sentido, tipifique como delitos conductas que requieran la imposición de una pena debido a la especial relevancia del bien jurídico que protegen, y sea coherente con lo expresado en la legislación mercantil, esto es, que no solape ni contradiga lo expuesto en sus normas⁶⁷. Si atendemos a las exigencias señaladas por los autores para confirmar la autonomía del Derecho penal, podemos cuestionarnos si ha respetado su propia naturaleza cuando ha regulado los delitos societarios.

En concreto algunos autores, examinando los delitos societarios de forma separada, consideran que el legislador penal ha tipificado como delitos conductas que ya eran castigadas a través de otras normas extrapenales. De este modo, se ha criticado la superposición de normas, es decir, que un mismo comportamiento constituya a la vez un ilícito penal y otro extrapenal, y no puedan diferenciarse utilizando unos criterios objetivos. La causa de este solapamiento de normas responde a la decisión del legislador de criminalizar las irregularidades surgidas en el ámbito societario de manera

⁶⁴ VALLE MUÑIZ, M., QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., “De los delitos...”, *op. cit.*, pág. 1467.

⁶⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 101.

⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 49.

⁶⁷ VALLE MUÑIZ, M., QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., “De los delitos...”, *op. cit.*, pág. 1467.

excesivamente amplia⁶⁸. El uso de términos y expresiones que lejos de concretar el tipo penal hacen más difícil su aplicación ha generado múltiples críticas que se fundamentan en el quebrantamiento del principio de intervención mínima por parte del legislador penal⁶⁹.

Los delitos societarios debían haberse incluido en el Código Penal en función de las necesidades surgidas, no es admisible tipificar conductas que ya son castigadas a través de otros sectores del Ordenamiento. La inclusión en el Código Penal de preceptos que imponen una pena a comportamientos que ya son reconocidos en otras legislaciones como irregulares únicamente fomenta la creación de inseguridad jurídica. De este modo, el sujeto perjudicado no sabrá a qué orden jurisdiccional acudir para denunciar las conductas ilícitas societarias, el Juez dudará si inhibirse de conocer sobre un asunto o dar comienzo al procedimiento, o bien, el propio letrado no tendrá en muchas ocasiones argumentos sólidos para aconsejar a su cliente sobre la vía judicial (penal, mercantil, administrativa...) que puede ser más satisfactoria para resolver el litigio.

El legislador debería haberse preocupado en coordinar los nuevos ilícitos con lo expuesto en el ordenamiento mercantil⁷⁰. Los delitos deben ceñirse a la protección del bien jurídico que pretenden proteger de manera clara y precisa, a pesar de que en

⁶⁸ 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, pág. 609, la criminalización de los conflictos societarios es excesiva, en especial en relación con los artículos 291, 293 y 294 CP. Además, han considerado que el legislador penal ha regulado los delitos societarios de forma demasiado extensa: GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 110. En este sentido, MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “Los delitos...”, *op. cit.*, págs. 141 y 142, critica las cláusulas abiertas incluidas en los tipos penales societarios. En concreto, el artículo 290 CP cuando incluye la expresión “u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa”; el artículo 292 CP cuando señala “por cualquier otro medio o procedimiento semejante” o bien el artículo 297 CP cuando manifiesta “cualquier otra entidad de análoga naturaleza”, además señala que el artículo 293 CP no contiene el plus de desvalor de la conducta necesario para que merezca una sanción penal.

⁶⁹ En este sentido, REBOLLO VARGAS, R., “Función real y función simbólica de los delitos societarios”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 26, 2006, pág. 224, alude expresamente a los artículos 291, 293 y 294 CP; igualmente, ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, en *Derecho penal español. Parte especial II* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 708; y únicamente considerando que quebranta el principio de *última ratio*, 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. 128.

⁷⁰ AREÁN LALÍN, M., “Conceptos...”, *op. cit.*, pág. 20.

determinados aspectos recurran a lo expuesto en la legislación mercantil para ser completados⁷¹. Los delitos surgidos en el esfera societaria no deben renunciar a su integración con las normas mercantiles⁷². Por ejemplo, es lógico que para una mayor comprensión del artículo 293 CP que sanciona a los administradores que obstaculicen a un socio el ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes nos remitamos a lo expuesto en las normas mercantiles. A pesar de que el artículo 293 CP recoja cuales son los derechos que deben ser respetados por los administradores (derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones), es la LSC la que alude a éstos de forma más detallada. En concreto, el Capítulo II, Sección 1ª de la LSC recoge entre los artículos 93 y 97 los derechos del socio⁷³. Por lo tanto, la aplicación del tipo penal quedaría vacía de contenido si no es puesto en relación con los artículos mencionados de la LSC. A pesar de que el Derecho penal societario sea regulado a través de normas penales no puede negarse que se construye a partir de la base del Derecho privado (del mercantil) del que en ningún caso podrá apartarse.

No podemos afirmar de forma contundente que el Derecho penal se ha excedido regulando los delitos societarios, ya que para ello deberíamos realizar un estudio comparativo detallado en el que pudiesen constatarse las diferencias y similitudes entre las normas penales y extrapenales. No obstante, sí podemos cuestionarnos si el Derecho penal se ha extralimitado tipificando algunas conductas que acontecen en el ámbito societario en relación con lo que ya sancionaban anteriormente otras normas mercantiles o administrativas.

⁷¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 40. Igualmente, señala VALLE MUÑIZ, J. M., QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., “De los delitos...” *op. cit.*, pág. 1467, que no existe ningún problema en que los societarios “estén cargados de significación extrapenal” o remitan a las normas mercantiles para completar sus preceptos.

⁷² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 46, determina que el Derecho mercantil es el único ordenamiento que sirve de guía para fijar todos los elementos del delito de forma concreta. En el mismo sentido AREÁN LALÍN, M., “Conceptos...” *op. cit.*, pág. 13, señala como los nuevos delitos se construyen sobre “una realidad intrínsecamente mercantil”.

⁷³ Otro ejemplo: el artículo 291 CP sanciona a aquellos que impongan acuerdos abusivos. No obstante, para conocer que acuerdos deben determinarse como tal habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 204.1 LSC que señala en el segundo párrafo que “se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

Si atendemos al contenido del artículo 291 CP, que sanciona a los que se prevalecen de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración para imponer acuerdos abusivos, encontramos cierta similitud con el artículo 204.1 LSC que permite impugnar los acuerdos sociales que lesionen el interés social, cuyo perjuicio también se produce cuando el acuerdo se impone de forma abusiva. En algunas ocasiones se ha tomado como criterio diferenciador entre ambos preceptos, la consideración de que la norma penal está dirigida a proteger en concreto a los socios (ya que se expresa “en perjuicio de los socios”), y la norma mercantil a la sociedad⁷⁴. En la misma línea, la inclusión del artículo 294 en el Código Penal ha recibido constantes críticas. La norma penal sanciona a los administradores de hecho o de derecho que obstaculizan la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras en una sociedad que actúa o está sometida a mercados sujetos a supervisión administrativa. La necesidad del precepto penal se cuestiona en relación con el artículo 285.5 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que concreta como infracción muy grave: “la negativa o resistencia a la actuación supervisora o inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por parte de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 233, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto”. Por lo tanto, existe una normativa sancionatoria administrativa que ya castiga la obstrucción de las labores de inspección y supervisión de las entidades que se encuentren bajo su ámbito de aplicación. Si atendemos al contenido de ambos preceptos será difícil establecer una separación nítida entre las conductas tipificadas. La extralimitación del Derecho penal se hace patente ante la inexistencia de pautas objetivas que nos ayuden a decidir sobre la aplicación de un precepto⁷⁵.

También puede cuestionarse la redacción de determinados preceptos penales societarios que a simple vista parece que se solapan con otros mercantiles pero que en

⁷⁴ Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 207 hasta 215.

⁷⁵ Sobre la extralimitación del legislador penal en la redacción del artículo 294 CP, *vid.* 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, págs. 213 hasta 237. Debemos tener en cuenta que el artículo señalado se apoya para su elaboración en el artículo 99, t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que ha estado vigente hasta el 13 de noviembre de 2015, no obstante, se señala en este estudio porque contiene cuestiones relevantes para el mismo. Igualmente, alude al artículo 99. t) de la Ley señalada DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 54. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 288, no se posiciona sobre la necesidad del precepto pero sí critica su redacción.

realidad sancionan conductas diferentes. La duda en estos casos surge por la proximidad de los comportamientos irregulares. Así, la inclusión del delito societario que sanciona a los administradores –de hecho o de derecho– que falsean las cuentas anuales o cualquier otro documento que refleje la situación (económica o jurídica) de la sociedad tipificado en el artículo 290 CP, parece corresponderse con el artículo 253.1 LSC, que obliga a los administradores de la sociedad a formular las cuentas anuales, el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado, y en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados. En el caso de que el administrador no cumpla su obligación será de aplicación el artículo 236.1 LSC, que contiene el régimen de responsabilidad de los administradores en el supuesto de que causen un perjuicio a la sociedad, los socios o acreedores sociales. Si atendemos a la literalidad de los preceptos, se aprecia que las conductas sancionadas en la legislación penal y mercantil no son estrictamente las mismas. Mientras que el Código Penal castiga la falsificación de las cuentas anuales u otros documentos, la Ley de Sociedades de Capital sanciona el incumplimiento de la obligación de presentar los documentos, pero no valora si estos son verídicos o no. Por lo tanto, el tipo de injusto en una y otra normativa no es exactamente idéntico.

En síntesis, la inclusión del Derecho penal en el ámbito societario era una necesidad urgente y real. El avance que ha experimentado en las últimas décadas el sector empresarial requiere ineludiblemente de normas que regulen su funcionamiento e impidan que algunos sujetos lleven a cabo maniobras fraudulentas con el fin de obtener beneficios rápidos. En este contexto social, la intervención del Derecho penal en las sociedades mercantiles está justificada. Ahora bien, el problema surge cuando analizamos cómo ha materializado el legislador tal intervención. La introducción de nuevos tipos penales en el Código Penal que regulasen el comportamiento de los sujetos competentes para el correcto desarrollo de las sociedades mercantiles era necesaria, ya que los delitos existentes en la normativa penal hasta 1995 eran insuficientes para abarcar las conductas que se pretendían sancionar. Ante esta situación, el legislador debería haber sido más cuidadoso a la hora de redactar los nuevos tipos penales. En general, se trata de delitos de contenido amplio e impreciso que a voz de pronto no dejan de ser criticados por su solapamiento con otras normas extrapenales. De este modo, la eficacia de los nuevos delitos societarios es difícil de confirmar. El esfuerzo realizado por los Tribunales y por la propia doctrina, que intentan precisar la interpretación de los tipos penales de la forma más ajustada a Derecho, es esencial. La comprensión de los nuevos delitos podría haber

sido más sencilla si su redacción hubiese sido más precisa. Por lo tanto, la única solución que puede facilitar la comprensión de estos ilícitos será su interpretación y aplicación de forma restrictiva. De manera que el Derecho penal no se extralimite en sus funciones y quebrante el principio de intervención mínima al que queda sujeto por su naturaleza.

III. 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 socioeconómicos⁷⁶. 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 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.

Posteriormente⁷⁷, 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”⁷⁸. El revuelo que había

⁷⁶ 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).

⁷⁷ 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”.

⁷⁸ 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 insolvencias 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

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 económicos⁷⁹, 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 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

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).

⁷⁹ 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”.

diferenciación de los delitos patrimoniales y socioeconómicos⁸⁰, 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 económica. Por lo tanto, parece que el legislador se 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 necesaria⁸¹. La concreción de la naturaleza de las conductas tipificadas en el Código Penal no solo es relevante para delimitar su protección sino también su aplicación⁸².

A pesar de todo, no existe ningún criterio objetivo que deslinde dentro del Título XIII los delitos patrimoniales de los delitos socioeconómicos. Algunos autores⁸³, 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

⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 17, también denominados delitos económicos.

⁸¹ 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.

⁸² 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 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 73 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.

⁸³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (20ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 326 y 327.

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 patrimoniales⁸⁴, mientras que los posteriores al Capítulo X serían los que atentan contra el orden socioeconómico⁸⁵. 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)⁸⁶.

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

⁸⁴ 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).

⁸⁵ 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).

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, págs. 419 y 420. El autor considera que el legislador no ha seguido un criterio uniforme a la hora de ubicar los 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 ordenes diferentes.

económico, pero no aquellos que se identifican con la configuración estricta del mismo⁸⁷. 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 SAGESSE⁸⁸; 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 de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”^{89,90}. 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 ciudadanos⁹¹.

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 naturaleza⁹². Por este motivo, aunque el Título XIII se denomine “delitos patrimoniales y socioeconómicos” no

⁸⁷ 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; MUÑOZ 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.

⁸⁸ Debemos de 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...*, *op. cit.*, pág. 41.

⁸⁹ Sobre los conceptos expuestos, BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, págs. 12 y 14.

⁹⁰ Utilizaremos alternativamente “orden socioeconómico” y “orden económico”. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 17 y 19, añade también como variantes de las expresiones anteriores “economía nacional”, “orden público económico”, “economía pública”, entre otros

⁹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 901.

⁹² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 53.

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 socioeconómico⁹³. No existe una interpretación uniforme sobre dicho término como bien jurídico protegido y el legislador tampoco se ha pronunciado en relación con su contenido⁹⁴. Por consiguiente, la 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 uno todavía se desconoce expresamente su contenido, dificulta entender la verdadera naturaleza de estos ilícitos⁹⁵. 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”⁹⁶. El legislador no pretendía calificar

⁹³ No nos detenemos aquí en ambos conceptos porque serán analizados en otros epígrafes de este estudio.

⁹⁴ LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, *op. cit.*, págs. 46 hasta 55.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, 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...*, *op. cit.*, 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 nº 7, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 19.

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 pero no como bien jurídico protegido de todos los delitos que se incluyen en el Título⁹⁷.

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 que son desarrollados en un ámbito socioeconómico⁹⁸. 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 que protegen el patrimonio, repercuten a su vez dicho orden y ello les otorga una naturaleza supraindividual que les permite calificarlos como delitos socioeconómicos⁹⁹.

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

⁹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 16.

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 419; en el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 396.

⁹⁹ *Id.*, LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, *op. cit.*, págs. 47 y 48, critica este tipo de ilícitos, ya que mantiene que generalmente se trata de delitos que en realidad tienen una naturaleza patrimonial y no socioeconómica.

lesivo que resulta predominante y así poder realizar una interpretación adecuada a su naturaleza¹⁰⁰.

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^{101,102}.

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 creencia de que los ilícitos más graves y que causan mayores perjuicios a la sociedad deben regularse obligatoriamente en el Código Penal es errónea. Las

¹⁰⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos... (2011)”, *op. cit.*, págs. 409 y 410.

¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos...*, *op. cit.*, 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, sancionar la administración desleal del patrimonio puede realizarse tanto si se realiza fuera o dentro de una sociedad.

¹⁰² 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.

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”¹⁰³.

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 penales¹⁰⁴. 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 heterogéneas¹⁰⁵. 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 específica¹⁰⁶. Es probable que antes de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, la inexistencia de ésta 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

¹⁰³ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 46 hasta 48.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 9.

¹⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 42 hasta 44.

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 importante¹⁰⁷.

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 siete preceptos nuevos (de los que solo cinco – actualmente cuatro 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 seguridad 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

¹⁰⁷ 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.

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 que “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)¹⁰⁸, ninguna

¹⁰⁸ 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

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 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 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).

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”.

— Imponer o aprovecharse de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, cuando ésta sea obtenida por una firma en blanco, atribución indebida del derecho de voto a quienes lo tengan reconocido por Ley o 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 motivo algunos autores han elaborado su propia división¹⁰⁹. 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

¹⁰⁹ 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.

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)¹¹⁰. De otro lado, pueden establecerse más clasificaciones, por ejemplo en virtud según propósito obtener un lucro económico (artículos 291 y 295 CP); b) si guardan semejanza con los delitos de falsedad (artículos 290 y 292 CP) y c) aquellos que conllevan un comportamiento corrupto (artículos 293 y 294 CP)¹¹¹.

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 CP utilicen la expresión “sociedad constituida o en formación” se referirá a “toda cooperativa, Caja de Ahorros,

¹¹⁰ 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), 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).

¹¹¹ MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos...”, *op. cit.*, 1996, pág. 316.

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. Como posteriormente veremos, 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 1995.

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”¹¹². Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO determinó que lo más censurable del derogado artículo 295 “es haber incluido este precepto como un delito socioeconómico”¹¹³. 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 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

¹¹² DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 38.

¹¹³ AAVV., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia* (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.), Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pág. 3047.

delitos societarios. Por ello, se desplaza a los delitos patrimoniales que es donde sistemáticamente tiene que ubicarse, ya que así lo exige la naturaleza del propio ilícito¹¹⁴. 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 era un delito de naturaleza socioeconómica o al menos mixta patrimonial-socioeconómica¹¹⁵.

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 X. 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 identificarlo como un delito económico. El interés del Estado por mantener

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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.

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 económico¹¹⁶. Con la nueva regulación de la administración desleal tal postura puede ser mantenida como quedará demostrado en el Capítulo III, donde se analiza detenidamente el bien jurídico protegido en este ilícito. De este modo, nos encontramos ante un delito cuyo fin principal es tutelar el interés individual aunque se dirija también hacia la protección del orden socioeconómico. A pesar de que 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 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, 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.

¹¹⁶ 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 StGB¹¹⁷, basado en la “criminalización genérica de toda producción dolosa de una lesión patrimonial, cuando se trate de la administración del patrimonio ajeno”¹¹⁸. 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 manera 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.

¹¹⁷ El § 266 StGB alemán 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 se extrae de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 466.

¹¹⁸ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 130.

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 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 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, 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 mercantil 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. La inclusión de un tipo genérico era necesaria dentro del ordenamiento penal pero podría haberse acompañado de una figura delictiva que castiga la administración desleal en el ámbito societario.

SEGUNDA PARTE

**EVOLUCIÓN HISTORICO-LEGISLATIVA DEL
DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL**

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Con el propósito de realizar un estudio completo del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital, en el que se analicen los problemas interpretativos y técnicos que derivan del mismo, es necesario aludir a los antecedentes legislativos y pre-legislativos que dieron lugar al precepto que recoge el ilícito actual. A partir de éstos, será más fácil conocer cuáles son los defectos y virtudes que actualmente presenta el artículo 252 CP.

La tarea de realizar una recopilación que permita describir cómo han sido los antecedentes del delito de administración desleal es complicada. La problemática surge desde el inicio de la investigación debido, entre otros, a la escasez de estudios sobre nuestra codificación penal en el siglo XIX. El Derecho penal experimentó un gran desarrollo durante esa época, sin embargo, la gran influencia que supusieron las diversas doctrinas extranjeras en la ciencia penal española y el rechazo al Derecho positivo, fueron determinantes para no dotar de la importancia que merecían a las fuentes decimonónicas de las que derivan los preceptos, ideas e instituciones actuales¹¹⁹. Por el contrario, en el siglo XX la situación es diferente. Se encuentran en este periodo más recursos para estudiar los principales textos penales. Es una etapa en la que se profundiza por parte de la doctrina en la norma penal, lo que facilita sensiblemente una aproximación a los –hoy– antecedentes legislativos relativos al delito de administración desleal y los aspectos más interesantes para su estudio desde una dimensión histórica.

Además, la compleja tarea recopiladora cuenta con un importante hándicap en relación al periodo 1848-1995, una laguna en la codificación penal de la conducta de administración desleal¹²⁰. No obstante, no siempre ha sido así. Tanto antes, como después

¹¹⁹ CASABÓ RUIZ, J. R., “La aplicación del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 32, Fasc/Mes 2, Madrid, 1979, pág. 333.

¹²⁰ Tan solo entre 1928 y 1932 existió el que 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*, nº 17, 1994, págs. 307 y 308, ha calificado como el “genuino delito societario de administración desleal”. A pesar de la existencia del ilícito, recogido en el artículo 734 CP 1928, no se hace alusión a la misma en el capítulo dedicado a las cuestiones generales ya que nos parece anecdótica la aplicación de dicho precepto (reducida a menos de cuatro años) en relación con el extenso periodo que analizamos.

de dicha etapa, el legislador penal tipifica la administración desleal, como veremos a continuación.

El CP 1822 recogía varios preceptos que regulaban comportamientos de administración desleal que no fueron incluidos en el CP 1848 ni tampoco en códigos posteriores. De esta manera, dejaba de existir en 1848 –entre otros– un delito específico destinado a castigar el quebrantamiento de la confianza que un sujeto deposita en otro para que administre bienes o un negocio específico (que en el Código Penal de 1822 sí se castigaba, a través del artículo 778). Por tanto, a partir del año 1848 no había un delito concreto que sancionase la administración desleal como tal, ni tan siquiera la falta de lealtad por parte del administrador. Ante la desaparición de dicho ilícito, surgen dos posibles interpretaciones: la conducta a la que estamos haciendo referencia pudo experimentar durante un periodo no solo falta de concreción legal sino también de impunidad, por no considerarse merecedora de reproche penal; o bien, podríamos pensar que la conducta fue castigada en ese lapso de tiempo (1848-1995), aplicando analógicamente otros preceptos de los diferentes códigos penales. No obstante, resulta difícil admitir la primera posibilidad, ya que se trata de un comportamiento que se castigaba de manera expresa en el CP 1822, y que posteriormente también ha sido sancionado (bien de forma implícita o explícita¹²¹). De este modo, es probable que durante los años en los que no existía un delito que castigaba al administrador desleal, éste fuese penado a través de otro tipo de ilícitos que podían interpretarse de manera que pudiesen castigar su comportamiento. Para concretar a través de qué preceptos fue posible que se sancionara la conducta, debemos partir del análisis de los delitos que, en años próximos a la promulgación del Código Penal de 1995, fueron utilizados por los tribunales con tal fin. De manera que, para tratar de conocer las posibilidades punitivas con las que contaban los jueces en relación a la conducta de administración desleal desde la segunda mitad del siglo XIX, nos aproximamos a los delitos en los que se apoyó la jurisprudencia de finales del siglo XX para castigar aquella. Nos situamos dentro de la

¹²¹ En concreto, cuando en el texto principal hacemos referencia a la “forma implícita” a través de la que se ha castigado la administración desleal nos referimos al periodo anterior a 1995, cuando el comportamiento realizado por el administrador desleal era sancionado a través del delito de apropiación indebida o de estafa. Como ejemplo, véase la STS de 26 de febrero 1998 (RJ 1998\1196) que se detiene en analizar la aplicación del delito de apropiación indebida al comportamiento del administrador que actúa deslealmente; y además, reconoce la posible aplicación del delito de estafa hasta 1983 con el mismo sentido. De otro lado, cuando nos referimos a la “forma explícita” pretendemos remitirnos a la tipificación de las conductas señaladas de forma específica a través del Código Penal de 1995.

segunda opción interpretativa, esto es, que la administración desleal siempre fue castigada en España, incluso en la larga etapa en que no contó con un precepto propio. Mostraremos las diferentes opciones que pudieron tomar los órganos jurisdiccionales en dicha tarea.

Antes de la entrada en vigor del CP 1995, quien administraba deslealmente un patrimonio era enjuiciado a través del delito de apropiación indebida. La decisión jurisprudencial de aplicar el delito de apropiación indebida a los supuestos de administración desleal se hizo de forma simultánea al rechazo del delito de estafa –que generalmente se venía utilizando– para sancionar este tipo de comportamientos. Hasta la entrada en vigor de la Reforma de 1983 el delito de estafa contenía una formulación amplia (“el que defraudare a otro”) que solía dar cabida a algunos supuestos de administración desleal. Sin embargo, como posteriormente veremos, el delito de estafa modificó su redacción con la entrada en vigor de la Reforma mencionada, de manera que ya no podía albergar las conductas que aquí se estudian. Por este motivo el Tribunal Supremo buscó en la apropiación indebida una interpretación extensiva que castigara la administración desleal¹²².

Por todo lo expuesto, el estudio consistente en recopilar los antecedentes del delito de administración desleal supone en cierta manera reunir los del delito de estafa y apropiación indebida, ya que en función de los hechos acaecidos ambos podían ser utilizados para enjuiciar a los que habían administrado deslealmente un patrimonio. En los siguientes capítulos se hará referencia en múltiples ocasiones a estos ilícitos debido al papel fundamental que han desarrollado a la hora de sancionar a los administradores desleales. La remisión al delito de estafa y de apropiación indebida es obligatoria, de otro modo, esta segunda parte dedicada a los antecedentes legislativos del delito de administración desleal quedaría incompleta.

El delito de estafa ha permanecido casi inalterado a lo largo de los años, en cambio, el de apropiación indebida ha sufrido más modificaciones (cambiado de ubicación, variado su penalidad, ampliado su contenido, etc.); sin embargo, ambos han mantenido vigentes sus líneas más generales, que fueron introducidas por primera vez en

¹²² Sobre la aplicación del delito de estafa para sancionar conductas de administración desleal BACIGALUPO ZAPATER, E., “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 7, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 195 hasta 199.

el Código Penal de 1848. Así, nos centramos en el desarrollo que ha experimentado los delitos de estafa y apropiación indebida, especialmente desde 1848 hasta la publicación del Proyecto de Código Penal de 1980, ya que durante ese periodo no existieron referencias expresas al delito de administración desleal con la proyección con la que hoy lo conocemos. La inclusión en el Código Penal de un precepto autónomo destinado a castigar la administración desleal es relativamente reciente. En concreto, fue en 1995 cuando el legislador decidió introducir en el Código Penal un artículo (295) que sancionase el comportamiento de los administradores desleales en el ámbito de las sociedades mercantiles. Hasta ese momento, la inexistencia de un delito independiente obligaba a los Jueces a interpretar el contenido del delito de estafa y de apropiación indebida (que en un primer momento constituyó una modalidad de estafa) de forma que diesen cobijo a los supuestos de administración desleal.

Después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se presentaron varios textos (tres Proyectos y una Propuesta de Anteproyecto) en los que podemos encontrar el propósito del legislador de incluir un precepto destinado a sancionar la administración desleal en el ámbito societario. El análisis de dichos artículos permite diferenciar elementos que posteriormente fueron incluidos en el derogado artículo 295 CP. Finalmente, el delito societario de administración desleal del Código Penal de 1995 nos obliga a detenernos en su contenido, estudiándolo de forma exhaustiva. A pesar de que el derogado artículo 295 actualmente no sea de aplicación, tiene una gran relevancia para nuestra investigación. Tras el intento frustrado del Proyecto de 2007 de tipificar los actos de administración desleal, unos años después se propuso otra redacción del ilícito. Las carencias del delito societario y su compleja aplicación práctica durante más de veinte años, se convierten en argumentaciones usadas por el legislador para justificar su eliminación y reconducción a un nuevo delito. La gestación del nuevo delito de administración desleal (artículo 252 CP) –y de la Reforma de 2015 en general– ha supuesto un desconcierto entre la mayor parte de la doctrina. La agilidad con la que se llevó a cabo la última etapa de la tramitación parlamentaria no ha estado exenta de críticas. Así, es conveniente analizar cómo se forjó el nuevo artículo detalladamente, teniendo en cuenta las propuestas que los diversos partidos políticos formularon en relación a su contenido y los defectos que éstas presentaban.

II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CODIFICACIÓN PENAL HISTÓRICA

1. Código Penal de 1822

A comienzos del siglo XIX España se encontraba sumida en una profunda crisis producida por varios factores: la recesión económica, el golpe sufrido con el fracaso colonial, la situación que se vivía en los campos y ciudades plenamente arrasadas debido a los conflictos bélicos y el inicio de las disputas con la proclamación de la Constitución Española de 1812 entre absolutistas (partidarios del Antiguo Régimen) y liberales (contrarios a la monarquía absoluta y defensores de los derechos y libertades para el pueblo y la división de poderes). Dicho texto, cuyo contenido era liberal, fue derogado en 1814 por Fernando VII; sin embargo, durante el Trienio Liberal (1820-1823) volvió a ser aplicado de nuevo. En 1823 Los Cien Mil Hijos de San Luis entraron en España y devolvieron su poder a Fernando VII, que restableció el absolutismo (más moderado durante este periodo) y declaró abolida la Constitución de 1812 que años antes le había sido impuesta por los liberales¹²³.

La legislación penal vigente en España a principios de siglo era la contenida en el Libro XII de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, aplicándose las Partidas como Derecho supletorio¹²⁴. El primer Código Penal¹²⁵, obra del Trienio Liberal, fue decretado por las Cortes el 8 de junio de 1822 y promulgado al día siguiente. No obstante, una parte de la doctrina ha puesto en duda que dicho Código llegara finalmente a aplicarse, algunos autores incluso se cuestionaron si tuvo vigencia real¹²⁶. Se trata de un

¹²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias* (dir. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.), Akal, Madrid, 1988, págs. 9 hasta 12.

¹²⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal), en *Revista de Derecho Penal y Criminológica*, 3ª Época, n° 9, enero 2013, pág. 144.

¹²⁵ En la discusión de la totalidad del Código se trató la cuestión del nombre que debía llevar dicho texto normativo. En concreto, se debatió si era más preciso que fuese denominado Código Penal o Código Criminal. Para una mayor comprensión sobre la constitución del CP 1822, ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, pág. 272.

¹²⁶ Sobre esta cuestión se pronuncia extensamente, CASABÓ RUIZ, J. R., “La aplicación...”, *op. cit.*, págs. 333 hasta 344, según el propio autor: el sector de la doctrina que se cuestiona la aplicación de dicho texto no aporta elementos sólidos con los que justificar su postura; de manera que el CP 1822 estuvo vigente y fue aplicado hasta la entrada en vigor del CP de 1948. También, LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la*

texto que aúna elementos de la normativa penal que estaba siendo aplicada con nuevas ideas sancionadoras. El CP 1822, que estaba inspirado en el francés, contenía un Título Preliminar (artículos 1 a 187)¹²⁷ y dos partes, denominadas “De los delitos contra la sociedad” (artículos 188 a 604) y “De los delitos contra los particulares” (artículos 605 a 816), respectivamente.

El delito que sanciona a los que quebrantan el deber de lealtad que les unía con otro sujeto se encuentra en el artículo 778 CP 1822, incluido en el Título III “De los delitos contra la propiedad de los particulares”, Capítulo VI “De los abusos de confianza”¹²⁸, y contiene la siguiente redacción:

“El administrador ó encargado de bienes ó de negocios, que faltando á la lealtad que debe á su principal, descubriere en perjuicio del mismo los secretos del patrimonio, administración ó cargo que tuviese confiado, ó estraviare fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, ó en otra manera se hubiese portado con dolo en su encargo ó administración, sufrirá la pena de reclusión de tres meses á un año, y multa de cincuenta a sesenta duros”.

En relación con la ubicación del precepto podemos observar cómo el legislador entiende el delito como un ilícito contra la propiedad de los particulares (entre los que se encuentra el robo, hurto, quiebra, estafa, el incendio y los daños, entre otros). Dentro del Capítulo VI se incluyen los delitos en los que el sujeto activo abusa de la relación de confianza que tiene con otro sujeto causándole un perjuicio. El Capítulo –compuesto por ocho artículos– está dirigido a proteger a quienes sufren un daño por parte de una persona en la que han depositado su confianza y de la que esperaban otro comportamiento. Por este motivo, los sujetos activos que forman los artículos 773 a 789 CP 1822 son personas a las que se les puede exigir un cierto canon de lealtad derivado de la posición que ocupan respecto a los sujetos pasivos. De manera que, en los preceptos mencionados siempre habrá una relación de confianza entre el sujeto activo y pasivo. Así, es posible resaltar el

codificación española. Codificación penal, Volumen I, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Centro de publicaciones. Editorial Hijos de E. Minuesa. Madrid, 1970, págs. 160 hasta 163.

¹²⁷ Esta parte corresponde a la Parte General de Derecho Penal actual. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, pág. 12.

¹²⁸ Lingüísticamente, el DRAE se encarga de concretar esta expresión como la acción “consistente en engañar o perjudicar a alguien que, por inexperiencia, afecto o descuido, le ha dado crédito” (<http://dle.rae.es/?id=0EZHSBG>, última consulta el 03/09/16).

vínculo existente entre el tutor, curador o albacea y el pupilo, menor o demente (artículos 773 y 774 CP 1822); el depositario y el correspondiente depositante, que le ha cedido la tenencia de una cosa para que se encargue de custodiarla (artículo 777 CP 1822); o bien, entre el criado y su amo, del que debe seguir sus instrucciones (artículo 779 CP 1822).

En concreto, el artículo 778 CP 1822 señala como sujeto activo a quien deba administrar o encargarse de unos determinados bienes o de un negocio en general. El sujeto pasivo lo constituye la persona titular de dichos bienes o negocio, que ha depositado en el sujeto activo su confianza para que éste se haga cargo de ellos de forma diligente.

La acción típica se construye a partir del quebrantamiento del deber lealtad que obliga al sujeto activo respecto al sujeto pasivo. Resulta curioso que el único precepto que utiliza el término “lealtad” dentro del Capítulo VI es el artículo 778 CP 1822. El resto de los artículos, a pesar de que se configuran a partir de la confianza (que lleva implícita la lealtad y fidelidad) que el sujeto principal deposita en otra persona, no utilizan ningún vocablo específico que aluda a las obligaciones que surgen de esta relación. En concreto, el comportamiento típico incluido en el artículo 778 CP 1822 puede dividirse en tres modalidades: la primera, cuando el administrador “descubriere en perjuicio del mismo [de su principal] los secretos del patrimonio, administración ó cargo que tuviese confiado”; la segunda, en el supuesto de que “estraviare fraudulentamente los instrumentos que se le hubiesen entregado”, y por último, si “se hubiere portado con dolo en su cargo ó administración”. De modo que, a través del artículo 778 CP 1822 se pretendía sancionar a los sujetos que revelasen a terceros información sobre cuestiones que por su cargo tenían el deber de no hacer públicas, ya que podían comprometer la actividad económica relacionada con los bienes o negocios que administraban. Además, el precepto señala como conducta típica el extravío fraudulento de instrumentos que tenga confiados y sobre los que tiene el deber de prestar una especial atención, y en su caso utilizarlos con la finalidad que el sujeto principal le hubiese encargado. Finalmente, el artículo 778 CP 1822 incluye una formulación más general que las dos anteriores, sancionando a quienes lleven a cabo el cargo o la administración que tienen encomendada con dolo. El término “dolo” cuando es utilizado en el CP 1822 es equivalente a “malicia”.

En concreto, ANTÓN ONECA, señala que “dolo significa mala intención”¹²⁹. La conducta descrita en el precepto señalado era distinta a la acción típica incluida en los artículos 766 CP 1822 y siguientes referentes a las estafas y los engaños.

La pena que señala el artículo 778 CP 1822 es de prisión de tres meses a un año, y acumulativamente de multa de cincuenta a sesenta duros. Respecto al límite máximo indicado para la pena de prisión –o de reclusión, como también la llama el CP 1822–, no es el más alto que se prevé en el Capítulo VI. Los artículos 773 y 780 CP 1822 concretan el tope máximo en dos años. Tampoco la pena mínima es la menor que encontramos en dicho Capítulo, ya que el artículo 774 CP 1822 cifra en un mes el tope mínimo del que se debe partir para sancionar el ilícito que recoge¹³⁰. Por su parte, la pena de multa no es excesivamente amplia, en comparación con la prevista en el artículo 780 CP 1822, que sanciona a los que se le entreguen un papel en blanco y lo rellenen fraudulentamente con la pena de multa hasta de doscientos duros.

El artículo 778 CP 1822 supone el verdadero origen del delito de administración desleal¹³¹. Se trata de un ilícito que nació con la finalidad de sancionar a los administradores que abusaban de la confianza que otro sujeto había depositado en ellos. Dicha confianza podía surgir en diferentes contextos –como podemos extraer del Título III, Capítulo VI del CP 1822 donde se ubica el delito– entre los que se encuentra el de los negocios. El legislador pretendía con la inclusión del precepto en el CP sancionar a los administradores encargados de bienes o negocios que no realizaban correctamente sus funciones causando un perjuicio al sujeto con el que les une una relación concreta. De esta manera, se protegían los bienes o negocios del sujeto que depositaba su confianza en otro con la finalidad de que realizase una administración adecuada de los mismos. El

¹²⁹ ANTÓN ONECA, J., “Historia...”, *op. cit.*, págs. 272 y 273, para definir “dolo” el autor recurre a las palabras de José María Calatrava (diputado nombrado por la Comisión de Legislación de las Cortes para forma parte de la Comisión del Código Criminal), que se apoyaba en el concepto de Las Partidas, sobre el que él mismo construyó su defensa cuando fue perseguido.

¹³⁰ El artículo 777 CP 1822 establece la pena de arresto de diez días a dos meses. No obstante, no puede considerarse que este precepto contiene la pena mínima dentro del Capítulo IV, porque mientras que los restantes preceptos se refieren a la pena de prisión, el artículo 777 CP 1822 se refiere a la de arresto, siendo la configuración de ambas diferentes.

¹³¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 312 y 313, señala que el delito de administración desleal (derogado artículo 295 CP) es uno de los pocos delitos societarios que tiene algún antecedente remoto.

administrador debía realizar su labor diligentemente, respetando los deberes inherentes a su cargo y evitando que de su comportamiento se derivase perjuicio alguno.

2. Código Penal de 1848 y 1850

En 1833 comenzó el reinado de Isabel II –aún menor de edad– que tuvo como regentes primero a María Cristina (viuda de Fernando VII) y después al General Espartero. Durante varios años se sucedieron varias guerras carlistas, que enfrentaron a los partidarios del absolutismo (carlistas) y a los liberales posicionados junto a Isabel II (isabelinos). En este contexto de guerra civil fue promulgada la Constitución de 1837. En 1844, una vez finalizada la Guerra, los liberales más moderados proclamaron la Constitución de 1845. Paralelamente la sociedad y la economía se adaptaba a nuevas transformaciones. El régimen feudal o señorial dejaba paso al modelo burgués, la riqueza del sector agrario aumentaba lentamente, la red de caminos era mejorada y aparecieron nuevas legislaciones reguladoras del sector económico y financiero¹³².

En este sentido, cabe señalar la promulgación del primer Código de Comercio en 1829¹³³. Redactado por Don Pedro Sáinz de Andino fue un hito en la historiografía española, que sin duda debió influir en la concepción de los negocios y la actividad comercial. Esa nueva realidad es el contexto en el que el legislador penal desarrolló su función, sobre la base de una legislación mercantil contenida en el Código que estuvo vigente hasta 1885. En el Código de Comercio de 1829 podemos recoger de manera paradigmática dos preceptos que resultan relevantes en relación con el estudio que aquí se realiza. Así, el artículo 199 señala que los comerciantes podrán despedir a sus “factores ó mancebos” por “todo acto de fraude y abuso de confianza en las gestiones que estuvieren encargadas al factor”, incluso si “estos hicieran alguna negociación de comercio por cuenta propia, ó por la de otro que no sea su principal, sin consentimiento y espreso permiso de este”. Además, el artículo 277 hace referencia al canon de diligencia exigido a los administradores aludiendo de manera laxa al deber de lealtad y fidelidad de éstos cuando señala que responderán personalmente del buen desempeño de sus funciones.

¹³² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, págs. 189 y 190.

¹³³ En concreto, el Código de Comercio fue decretado, sancionado y promulgado el 30 de mayo de 1829.

De otro lado, el segundo Código Penal fue promulgado por Real Decreto de 19 de marzo de 1848¹³⁴, inspirado en el CP 1822 y en los códigos francés de 1810 y brasileño de 1822 (que a su vez se basó para su redacción en el napolitano de 1819)¹³⁵. Resulta relevante el trabajo realizado por los juristas, que ante la carencia de un Código Penal realizaron numerosas aportaciones jurídicas que se tomaron como referencia en la etapa codificadora¹³⁶. La estructura del CP 1848 es igual a la que ha mantenido el CP hasta la Reforma 1/2015, de 30 de marzo, es decir, está formada por el Libro Primero (“Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas), el Libro Segundo (“Delitos y penas”) y el Libro Tercero (“De las faltas”). El CP 1848 ha sido caracterizado como “liberal moderado”. Así, es calificado como liberal porque pone fin al arbitrio judicial y se muestra favorable a la defensa de los derechos individuales; mientras que sus rasgos como moderado se dejan entrever en el contenido de algunos preceptos (dedicados a regular por ejemplo los delitos contra el Estado) o en la concreción de determinadas penas (como la argolla)¹³⁷.

En el Libro Segundo CP 1848 el Título XIV que acoge los “Delitos contra la propiedad”, el Capítulo IV titulado “De las defraudaciones”, en concreto en la Sección Segunda que lleva por nombre “Estafas y otros engaños” contiene varios preceptos a través de los que pueden enjuiciarse los sujetos que administran deslealmente un patrimonio. Así, el artículo 438 CP 1848 determina que “el que defraudare a otro” será castigado. En concreto, el precepto requiere que dicha disposición se realice en la “sustancia, cantidad ó calidad de las cosas” que se le hayan entregado al sujeto activo en virtud de un título obligatorio. Además, el artículo 441.1 CP 1848 recoge otra modalidad

¹³⁴ Hasta esta fecha había sido aplicada la legislación penal del Antiguo Régimen, ya que con la vuelta al absolutismo en 1823 con Fernando VII se derogó el CP de 1822. Así, IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 106.

¹³⁵ Menciona la relación existente entre el CP 1822 y el CP 1848, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Constitución...”, *op. cit.*, pág. 163. Sobre dicha relación y las otras mencionadas: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, pág. 190. Además, BRAVO LIRA, B., “La fortuna del Código Penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano”, en *Anuario de historia del derecho español*, nº 74, 2004, pág. 47, alude a la mención que se hace en algunas ocasiones sobre la influencia de los códigos belga, holandés y de Ginebra en el CP 1848.

¹³⁶ BARÓ PAZOS, J., “El Derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, en *Anuario de historia del derecho español*, nº 83, 2013, págs. 119 hasta 124.

¹³⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, pág. 190.

de estafa a través de la que también podrían sancionarse la conducta de administración desleal. En concreto el precepto dispone que sancionará:

“A los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título, que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

El CP introduce además un tipo agravado “en el caso de depósito miserable o necesario”. Dicha agravación no se incluye inmediatamente detrás del párrafo que contiene el ilícito del artículo 441.1 CP 1848 sino al final del artículo 441 CP 1848, después del apartado cuarto de dicho precepto.

El artículo 441.1 CP 1848 contiene en su redacción varios elementos que pueden ser diferenciados. En primer lugar, el sujeto activo debe haber recibido de otro dinero, efectos o cualquier cosa mueble; en segundo lugar, tales bienes deben haber sido entregados al sujeto activo en virtud de un título que revista los caracteres necesarios para constituir el presupuesto de la relación que obliga a entregarlos o devolverlos (bien porque los hayan recibido en depósito, comisión o administración u otro título del que surja tal obligación); en tercer lugar, que a través de los títulos mencionados, se dé una de las conductas que el tipo define como apropiación o distracción de la cosa recibida y por último que el resultado suponga un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo.

Con la entrada en vigor del CP 1848 la doctrina ha reflexionado sobre la similitud del artículo 441.1 y el artículo 426 párrafo segundo incluidos en dicho texto¹³⁸. Debido a los términos utilizados en uno y otro precepto dificulta establecer una separación nítida entre ambos. Realmente, los dos artículos contienen el mismo delito solo que cada uno ha sido redactado de forma diferente. Por este motivo, es criticado que pudiese producirse una repetición de ilícitos y que cada uno contuviese una pena distinta¹³⁹.

¹³⁸ Que dispone: “Son también reos de hurto los que con ánimo de lucrarse negaren haber recibido dinero ú otra cosa mueble que se les hubiere entregado en préstamo, depósito ó por otro título que obligue á devolución ó restitución”.

¹³⁹ De tal cuestión, se justifica la postura de Pacheco, que solicitó para las estafas que las mismas penas que se señalaban para el hurto. Así lo expone, IÑESTA PASTOR, E., *El Código...*, *op. cit.*, pág. 747, en la que en la nota 440 realiza la siguiente cita para justificar la idea expuesta en el texto principal: DE VIZMANOS, T. M., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Establecimiento tipográfico de GÓNZALEZ, J., y VICENTE, A., Madrid, 1848, pág. 495; y PACHECO, F., *El Código Penal Concordado y Comentado*, Tomo III, Imprenta de SAUNAQUE, S., Madrid, 1856, págs. 364 y 365.

En relación con el CP 1848 cabe hacer mención a las continuas reformas que se produjeron sobre dicho texto desde su promulgación. Las diversas modificaciones realizadas sobre el contenido del Código de 1848 obligaron a que se realizara una segunda edición del mismo¹⁴⁰. Así, el Real Decreto de 30 de junio de 1850 (“Edición Oficial Reformada”) dio lugar al CP 1850. El texto de 1850 endurecía el contenido del CP 1848¹⁴¹. De forma general, corregía algunos errores de fondo con el objeto de perfeccionar el texto precedente; y en concreto, se centraba en aumentar la dureza de algunos delitos (así, el delito contra la seguridad interior del Estado y el orden público), incluir algunos nuevos (como el delito de desacato), o bien permitir que se solicitara el indulto al Tribunal¹⁴².

El delito de estafa ubicado anteriormente en el artículo 438 CP 1848 se desarrolló en el CP 1850 en el artículo 449, su enunciado permaneció inalterado. Igualmente sucedió con el delito tipificado en el artículo 441.1 CP 1848, que únicamente modificó el artículo que contenía el ilícito –ocupando el artículo 452.1 CP 1850– pero mantuvo su contenido¹⁴³.

Con el fin de concretar la penalidad el artículo 441.1 CP 1848 se remitía al artículo 438 CP 1848, mientras que el artículo 452.1 CP 1850 lo hacía al 449 CP 1850¹⁴⁴. La pena descrita en estos preceptos era idéntica, a excepción del tope mínimo económico que preveían para la pena menos grave. De manera que, el artículo 438 CP 1848 contenía la pena de arresto mayor si la defraudación era entre cinco y veinte duros, pero el artículo 440 CP 1850 señalaba dicha pena únicamente cuando la defraudación no excediese de veinte duros. En el CP 1848 se incluía el tope mínimo de cinco duros porque dicho texto

¹⁴⁰ IÑESTA PASTOR, E., *El Código...*, *op. cit.*, págs. 763, 764, 852 y 853; LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 316, tales reformas se realizaron porque la Ley 19 de marzo de 1848 permitía al Gobierno que propusiera a las Cortes cuantas reformas fueren necesarias para la mejora de CP 1848 en el plazo de tres años. Incluso, si se trataba de una cuestión de urgencia el propio Gobierno podía hacer las reformas.

¹⁴¹ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 65.

¹⁴² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, pág. 321.

¹⁴³ En concreto: “a los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión ó administracion, ó por otro título, que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

¹⁴⁴ Además, ambos preceptos concretaban la pena de prisión correccional en los supuestos en los que la defraudación fuese mayor de veinte duros y no superase los quinientos duros; y por último, con la prisión menor cuando excediese los quinientos duros.

introdujo por primera vez un Libro específico destinado a regular las faltas. Así el artículo 470.1 CP 1848 calificaba como falta grave¹⁴⁵ la conducta de quienes con estafa o engaño defraudaran a otros en una cantidad menor de cinco duros. De manera que la conducta del artículo 438 CP 1848 era sancionada como un delito si la defraudación era mayor de cinco duros, y como una falta si era de menor de dicha cantidad. En cambio, el CP 1850 señaló en el artículo 449 el tope mínimo de veinte duros porque había eliminado del Libro Tercero la falta que hacía alusión a la estafa y engaño¹⁴⁶. Por lo tanto, el CP 1848 establecía una mayor penalidad que el de 1850, ya que este último no sancionaba los supuestos en los que la defraudación era menor de cinco duros pero en el CP 1848 los calificaba como faltas.

3. Códigos Penales de 1870, 1928 y 1932

Durante la segunda mitad del siglo XIX se vivió en España un periodo revolucionario denominado “sexenio revolucionario” (1868-1874), fruto de los constantes enfrentamientos entre quienes continuaban siendo partidarios del Antiguo Régimen y los que apostaban por nuevas ideas porque eran conscientes de los cambios que se estaban produciendo¹⁴⁷. En 1868 Isabel II se vio obligada a exiliarse a Francia hasta que en 1874 su hijo Alfonso XII recuperó el trono que su madre había perdido y se convirtió en Rey¹⁴⁸. Por su parte, el sector económico se encontraba sumido en un periodo de recesión derivado de las malas cosechas y de la crisis financiera internacional. En el

¹⁴⁵ La falta grave era castigada con las penas de arresto de cinco a quince días y multa de cinco a quince duros.

¹⁴⁶ Además, el CP 1850 en el Libro Tercero reguló las faltas pero no estableció diferencias entre ellas; de modo que incluía dos títulos, en el primero incluía todas las faltas y el segundo aludía a las disposiciones comunes a éstas. En cambio, el CP 1848 sí incluía dos títulos en los que se dividían de un lado las faltas graves y de otro las menos graves, y por último, un tercer título que acogía las disposiciones comunes a los dos grupos anteriores.

¹⁴⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 299.

¹⁴⁸ Entre el año 1868 y el 1874 sucedieron varios acontecimientos históricos: hubo un Gobierno Provisional, fue proclamada la Constitución de 1869, se produjo la regencia de Serrano (desde junio del 1869 a noviembre de 1870), Amadeo de Saboya reinó en España (desde enero del 1871 a febrero del 1873), hubo un periodo breve Republicano (febrero de 1873 a diciembre del 1874), se produjo la primera guerra de Cuba (desde 1868 a 1878), la última guerra carlista (1872 a 1876) y por último la sublevación de los cantones en 1873. Dicho resumen se extrae de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, pág. 485.

ámbito social, la burguesía redujo su número, mientras paralelamente se producía el nacimiento del asociacionismo obrero¹⁴⁹.

La Constitución de 1869 obligaba a reformar el CP con el propósito de que se armonizase su contenido¹⁵⁰. Don Eugenio Montero Ríos, Ministro de Gracia y Justicia, presentó el Proyecto de Ley a las Cortes; éstas aprobaron la publicación del CP provisionalmente, aplazando su discusión. El nuevo Código Penal fue publicado el 30 de agosto de 1870 pero su discusión nunca llegó a realizarse. El contenido del Código se alejaba del presentado en el CP 1848 que respondía a un “estilo más sobrio y sencillo de su sucesor”¹⁵¹. El CP está dividido en tres libros (cuyos títulos son: “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; “Delitos y sus penas” y por último “De las faltas y sus penas”) y formado por 626 artículos.

El CP 1870 mantuvo la redacción del anterior artículo 449 CP 1850 –ahora ubicado en el artículo 522 CP–, a excepción de su penalidad que sí fue modificada. Igualmente, el artículo 523.5 CP 1870 dejaba casi intacto el contenido del anterior artículo 452.1 CP 1850 (que continuaba ubicado en el mismo capítulo y sección)¹⁵², a través del que podía sancionarse la conducta de aquellos que perjudicaban el patrimonio que tenían el deber de administrar. Únicamente hubo una pequeña alteración en el artículo, y es que al final de éste se añadió la expresión “o negaren haberla recibido”¹⁵³. De esta manera, en los supuestos en los que el sujeto activo niega haber recibido una cosa que le fue entregada existirá la presunción de que disponía de dicho objeto y que se ha apropiado del mismo.

Para determinar la penalidad del artículo 523.5 CP 1870, éste nos obligaba a remitirnos a las penas concretadas en el precepto anterior. Así, el artículo 522 CP 1870 señala que se aplicará la pena de arresto mayor en su grados mínimo y medio cuando la defraudación ocasionada exceda de cincuenta pesetas y no supere doscientas cincuenta. Además, el precepto concreta la pena de arresto mayor en su grado medio a presidio

¹⁴⁹ *Ibidem.*, págs. 488 y 489.

¹⁵⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 418.

¹⁵¹ ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 235 hasta 251.

¹⁵² Sí fue modificado el número del Título, que era en el CP 1870 el Título XIII denominado “Delitos contra la propiedad”.

¹⁵³ Por lo tanto, el artículo quedaba expresado así: “los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido”.

menor en su grado mínimo, excediendo de doscientas cincuenta pesetas y no pasando de cinco mil quinientas; y en su caso, con la pena de presidio menor en sus grados mínimo y medio, excediendo de cinco mil pesetas y no alcanza veinticinco mil y en grado medio y máximo si supera dicha cantidad.

Además, en el Libro Tercero del CP 1870 se vuelve a realizar una clasificación de las faltas, pero esta vez no en relación con su gravedad (como ya se hizo en el CP 1848) sino en función de la materia. En concreto, el Título IV regula las faltas contra la propiedad. Así el artículo 551.3 CP 1870 alude a los que cometen estafa en cuantía menor a cincuenta pesetas.

Durante el reinado de Alfonso XIII –desde mayo de 1886 hasta abril de 1931– se produjo en España una etapa de gran inestabilidad social (huelgas, atentados, sublevaciones, etc.). En esta situación, el General Primo de Rivera se hizo con el poder. Durante la dictadura de Primo de Rivera se aprobó mediante Decreto Ley el 8 de septiembre de 1928 el nuevo CP (su entrada en vigor no se produjo hasta el 1 de enero de 1929), que rompía con los cánones establecidos en los códigos de 1848 y 1870, presentando un nuevo texto que portaba un contenido orientado a “la prevención general y la defensa social” con rasgos autoritarios¹⁵⁴.

La promulgación del CP perseguía en primera instancia adaptar el contenido de éste al nuevo régimen político que se había implantado en España. En un primer momento, el Gobierno no pretendía redactar un Código Penal inédito sino elaborar una nueva edición del CP 1870 que contuviese las modificaciones a las que se había visto sometido a través de las varias reformas. No obstante, el resultado resultó ser el contrario; ya que la Comisión codificadora elaboró un Código Penal que a pesar de contener parte del contenido del CP 1870 incluía relevantes innovaciones, especialmente en Parte General¹⁵⁵. Por este motivo, aumentaron de forma considerable el número de preceptos

¹⁵⁴ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 300.

¹⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, pág. 667, los autores añaden que entre las alteraciones más relevantes se encontraban la división de las circunstancias eximentes en dos grupos: causas de irresponsabilidad y justificación, o bien, la sanción de la conspiración, proposición y provocación. Además, para su elaboración se tuvieron en cuenta otros Código que habían sido elaborados recientemente como el de Argentina (1921), Perú (1924), Venezuela (1919) y Costa Rica (1926), además de otros especialmente relevantes como el de Alemania, Suiza, Suecia, Noruega, Polonia, Finlandia, Grecia y Checoslovaquia. Así lo manifiesta, LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 674.

de un código y otro; en concreto, mientras el CP 1870 sumaba 626 artículos, el CP 1928 alcanzaba los 858.

En el Libro Segundo denominado “Delitos y sus penas”, el Título XIV “Delitos contra la propiedad” englobaba el Capítulo IV bajo la rúbrica “Delitos de defraudación”, que a su vez contenía en la Sección Segunda los “Delitos de estafa, chantaje y otros engaños”.

El artículo 724 CP 1928 (que contenía el delito de estafa) castiga a los sujetos que defraudan a otros en la cantidad, calidad o sustancia de las cosas que se le entregaran en virtud de un título obligatorio. Posteriormente, añade las penas con las que serán sancionados los que cometan el hecho ilícito, que variaran en relación con la cantidad defraudada¹⁵⁶.

Por su parte, el artículo 725.5 CP 1928 mantenía las dos modalidades de comportamiento típico recogidas en los códigos anteriores (apropiar y distraer), y añadía la de enajenar o pignorar, ampliándose así la acción delictiva. Además, el artículo 725.5 CP 1928 modificaba la ubicación del párrafo que aludía a los casos en los que se produjese depósito miserable o necesario, ya que en el CP 1928 tal formulación se incluía justo después del tipo básico¹⁵⁷. Por último, el CP 1928 se diferencia de sus antecesores en la inclusión en el artículo 725.5 de un tercer párrafo cuyo contenido es el siguiente:

“No verificándose por título traslativo de la posesión, la entrega de dinero o efectos muebles a los criados o dependientes asalariados de todas clases, por sus respectivos amos, principales o superiores, ya se trate de persona natural o jurídica, el hecho de apropiarse de tales cosas o numerario que hayan recibido o tengan a su disposición o alcance por razón de su oficio o cargo, se castigara estimando la defraudación como delito continuo y computando las cantidades inferiores a cien pesetas

¹⁵⁶ Además, era posible la aplicación del artículo 735 CP 1928.

¹⁵⁷ En concreto el artículo 725.5 CP 1928 quedaba redactado así: “Los que en perjuicio de otro se apropiaren, distrajeren o enajenaren o pignoraren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario”.

A continuación, se añade el párrafo comentado en el texto principal.

hasta integrar las establecidas en el artículo 704 para determinar la cuantía del delito, aplicándose las penas señaladas en el artículo 705”.

El tercer párrafo del artículo 725.5 CP 1928 recoge un delito especial, ya que únicamente puede ser cometido por los criados y dependientes asalariados. La conducta que tales sujetos realizan consiste en apropiarse de cosas o dinero que hayan recibido o tengan a su disposición o alcance por oficio o cargo. Así, los amos, principales o superiores de los sujetos activos serán los perjudicados. Si atendemos al contenido del precepto podemos cuestionarnos si durante los años en los que estuvo en vigor el CP 1928 se enjuiciarían a través de este ilícito conductas en las que el sujeto activo –criados o dependientes asalariados– administraba deslealmente un patrimonio. En líneas generales, esta posibilidad es difícil de justificar. Como posteriormente veremos, si la conducta de administración desleal es sancionada mediante el primer párrafo del artículo 725.5 CP 1928 se hace a través de la modalidad delictiva que se construye a partir del verbo “distraer” pero no de “apropiar”. En el caso del tercer párrafo de dicho precepto únicamente se incluye el verbo “apropiar” por lo que resulta discutible que a partir de su contenido pueda enjuiciarse un comportamiento desleal. Sin embargo, cuando estuvo en vigor el artículo 725.5 CP 1928 aún no existía jurisprudencia consolidada que desestimara la posibilidad de castigar la conducta de administración desleal a través del verbo “apropiar” por lo que quizá existieron casos en los que se utilizó el tercer párrafo del artículo 725.5 CP 1928 para enjuiciar este comportamiento.

Para especificar la penalidad del artículo 725.5 CP 1928 debemos remitirnos a lo expuesto en el artículo 724 CP 1928¹⁵⁸. El precepto concreta el plazo de la pena de reclusión en relación con la cuantía defraudada. En los supuestos en los que sea apreciable el lucro obtenido o que se proponga obtener el culpable se habrá de tener en cuenta lo expresado en el artículo 735 CP 1928.

¹⁵⁸ En concreto el artículo 724 prevé en primer lugar la pena de tres meses a un año de reclusión si la defraudación excediere de cien pesetas y no pasara de mil, o en el supuesto de que no pase de cien pesetas y el culpable hubiese sido condenado anteriormente por un delito de robo, hurto o estafa, o bien dos veces por falta de hurto o estafa; en segundo lugar, con la pena de seis meses a seis años de reclusión, cuando la defraudación exceda de mil pesetas pero no supere doscientas cincuenta mil; en tercer lugar, con la pena de seis a doce años de reclusión si la defraudación excede de veinticinco mil pesetas pero no pasa doscientas cincuenta mil; y por último, con la de doce a veinte años de reclusión si la defraudación es mayor de doscientas cincuenta mil pesetas, imponiéndose la pena en el grado máximo cuando dicha defraudación supere el millón de pesetas.

Además, el Libro Tercero del CP dedicado a regular las faltas y sus penas, contiene en el Título VI las faltas contra la propiedad; en éste, el Capítulo I (“Sustracciones y apropiaciones indebidas”) acoge el artículo 828 CP 1928. Según dicho precepto todos delitos comprendidos en la Sección Segunda, Capítulo IV, Título XIV (entre los que se encuentra el artículo 725.5 CP 1928) serán constitutivos de falta cuando los hechos no constituyan delito, la cantidad defraudada no supere cien pesetas y el sujeto activo no haya sido condenado anteriormente por delito de hurto, robo o estafa o bien, dos veces falta de hurto o estafa¹⁵⁹.

A pesar de que a través de los dos preceptos anteriormente señalados (art. 724 y 725.5 CP 1928) fuese posible enjuiciar la administración desleal en cualquier contexto, en el CP 1928 el legislador incluyó un precepto a partir del cual quizá podía castigarse tal comportamiento cuando acaecía en el ámbito societario. En concreto, el art. 734 CP 1928 señalaba: “El miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades que en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de accionistas, consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de cinco mil a veinte mil pesetas”. Además, en los supuestos que sea apreciable el lucro obtenido o que se proponga obtener el culpable, se impondrán las penas señaladas en el art. 734 CP 1928 y además la multa del tanto al triplo del mismo lucro, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 389 CP 1928 (así lo dispone el artículo 375 CP 1928). MARTÍNEZ PÉREZ califica el artículo 734 CP 1928 como el auténtico delito societario de administración desleal del patrimonio ajeno. El autor se sorprende ante la introducción en el CP 1928 de un precepto cuya redacción anticipará una línea de punibilidad que posteriormente sería objeto de grandes discusiones. Además, puntualiza que se trata de un precepto que no debe examinarse aisladamente sino puesto en relación con los delitos patrimoniales más tradicionales¹⁶⁰. A pesar de la interpretación que sostiene el autor, creemos que el verdadero origen del delito de administración desleal se

¹⁵⁹ La pena prevista para estos supuestos era la de diez días a dos meses de arresto y multa del tanto al triplo del lucro que obtuvieren o se propusieren obtener los culpables.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito...”, *op. cit.*, págs. 307 y 308. Según el autor, el delito se identificaba como un delito de peligro abstracto, en el que se protegía el patrimonio de los socios o terceros (bien jurídico protegido), del sujeto que transmitía comunicaciones o informes contrarios a la verdad (conducta típica), con ánimo de defraudar (elemento subjetivo del tipo).

encuentra en el artículo 778 CP 1822 porque en términos genéricos el contenido de éste es más próximo al del actual artículo 252 CP (por ejemplo, cuando concreta como conducta típica: extraviar fraudulentamente instrumentos que se le hayan entregado faltado a la lealtad que debe a su principal). Además, el artículo 734 CP 1928 supone una gran novedad pero su aplicación fue pasajera, ya que en los códigos penales posteriores no se incluyó el contenido del precepto mencionado.

El CP 1928 no tuvo vigencia durante muchos años. Con la dimisión del General Primo de Rivera y la proclamación de la Segunda República el 14 de abril de 1931, el Gobierno provisional derogó el CP 1928 y volvió a declarar en vigor el CP 1870. Posteriormente, se proclamó el nuevo Código Penal que fue promulgado el 5 de noviembre de 1932, y que entró en vigor el 1 de diciembre de dicho año¹⁶¹. En general, el CP 1932 es muy similar al de 1870. El CP 1932 dispone en su Exposición de Motivos, la imposibilidad de redactar un proyecto de Código Penal totalmente nuevo y sin errores en pocos meses, por esta razón la Comisión General de Codificación decidió recurrir al contenido del CP 1870. Sin embargo, la redacción del CP 1870 no se mantuvo intacta sino que fue reformada. La intención del Gobierno era modificar dicho Código lo menos posible, para que así se promulgara con mayor celeridad un Código Penal que fuese verdaderamente nuevo. Además, si en el CP 1870 eran introducidas reformas de gran relevancia y al cabo de pocos años éstas se modificaban otra vez, ello podría causar confusión a los Jueces. Por este motivo, las reformas que se incluyeron en el CP 1932 fueron solo las estrictamente necesarias para ajustar el texto normativo a la realidad social en la que se veía envuelto el país. En concreto, las alteraciones introducidas fueron de cuatro clases: las que venían impuestas por las propia Constitución de 1931, las que trataban de corregir errores de técnica del CP 1870 y la incorporación de leyes complementarias, las que humanizaban y daban elasticidad al nuevo CP, y por último otras de carácter excepcional.

En este caso, los preceptos a través de los que era posible enjuiciar los supuestos de administración desleal se encontraban ubicados en el mismo libro, título y capítulo que en el CP 1928. No obstante, la rúbrica de la Sección Segunda de dicho título fue

¹⁶¹ Aproximadamente un año después, el 4 de agosto de 1933 fue promulgada la Ley de Vagos y Maleantes dirigida a prevenir que determinados sujetos (vagos, mendigos, rufianes, proxenetas, entre otros) cometiesen delitos.

modificada. Mientras que anteriormente respondía a la expresión “Delitos de estafa, chantaje y otros engaños” ahora lo hacía simplemente a la “Estafas y otros engaños”. Dentro de ésta, el artículo 522 CP 1932 continuaba utilizando la expresión “el que defraudare” a través de la que posiblemente se enjuiciaba la administración desleal. Además, el artículo 523.5 CP 1932 contenía exactamente la misma redacción que los párrafos primero y segundo del artículo 725.5 CP 1928 pero limitaba acción típica (siendo solo la de apropiar y distraer, como ya se venía recogiendo en el CP 1848, 1850 y 1870) y eliminaba el tercer párrafo incluido en el Código Penal anterior¹⁶².

La penalidad que acompañaba al ilícito que contenía el artículo 523.5 CP 1932 era la descrita en el artículo 522¹⁶³. Las penas previstas son similares a las contenidas en el CP 1870. Además, en el Libro Tercero regula en el Título IV las faltas contra la propiedad; según se estipula, será castigado con arresto menor lo que cometiesen estafa en una cuantía inferior a cincuenta pesetas (artículo 581.3 CP 1932).

4. Código Penal de 1944 y reformas posteriores

En julio de 1936 comenzó la Guerra Civil Española. Tras tres años de conflicto armado el 1 de abril de 1939 finalizó, habiendo accedido Francisco Franco a la Jefatura de Estado. Durante el franquismo no se produjeron cambios normativos relevantes¹⁶⁴. El CP 1932 continuó vigente hasta el año 1944, en el que fue promulgado el nuevo Código. No obstante, a partir de 1938 el gobierno dictó una serie de leyes penales especiales acordes a sus principios y a su ideología en la legislación penal¹⁶⁵. El 23 de diciembre de 1944 fue aprobado mediante Decreto el “Código Penal, Texto Refundido de 1944”, que

¹⁶² El artículo volvía a contener la siguiente redacción: “Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.”

¹⁶³ Las penas previstas serán en primer lugar las penas de arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si la defraudación es superior a cincuenta pesetas e inferior a doscientas cincuenta; en segundo lugar, la pena de arresto mayor en su grado medio a presidio menor en su grado mínimo, excediendo de doscientas cincuenta y no superando las cinco mil pesetas; en tercer lugar, la de presidio menor en sus grados mínimo y medio, si la defraudación es superior a cinco mil pesetas y menor de veinticinco mil; y por último, la de presidio menor en sus grados medio y máximo si supera las veinticinco mil pesetas.

¹⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, págs. 1169 hasta 1173.

¹⁶⁵ ANDRÉS LASO, A., “Legislación penal, procesal penal y penitenciaria tras la Guerra Civil Española”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 35, enero 2015, págs. 9 hasta 12.

entró en vigor el 3 de febrero de 1945. A través de dicho Decreto no se pretendía aprobar una reforma total ni una obra nueva –como indica su Exposición de Motivos– sino una edición actualizada del Código Penal.

En concreto, el CP 1944 se construye tomando como base el CP 1932 (que era una reforma del CP 1870, y este a su vez se inspiraba en el de 1848), de manera que deja entrever una técnica más antigua. El CP 1944 se estructura en tres libros (el Primero “De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan”, el Segundo “Delitos y penas” y el Tercero “De las faltas y sus penas) y un total de 604 artículos. Entre las novedades más destacables cabe mencionar las siguientes: se introduce el delito de adulterio, el delito de abandono de familia, se castiga la conspiración, proposición y provocación, aumentaron –en general– las penas (incluso restableció la de muerte), se añadieron la agravante de publicidad y lugar sagrado, se protegía únicamente a la religión católica, etc¹⁶⁶.

En el CP 1944, el Título XIII “De los delitos contra la propiedad” recoge en el Capítulo IV las defraudaciones. La Sección Segunda continua denominándose “De las estafas y otros engaños” y albergando en su artículo 528 el delito de estafa destinado a sancionar a aquellos que defrauden a otro. Se mantiene la primera parte del precepto – como se venía haciendo en los anteriores códigos penales– y se modifica la parte que contiene la punibilidad de la conducta ilícita.

Además, en el CP 1944 aparece dentro del Título XIII una nueva sección que hasta entonces no había existido denominada “De la apropiación indebida”¹⁶⁷. En concreto, el artículo 535 CP 1944 castigaba con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, las del 530¹⁶⁸, a quienes se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa

¹⁶⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos...*, *op. cit.*, págs. 1174 hasta 1177.

¹⁶⁷ Como se indica en el texto principal nunca había existido una sección que mencionase la expresión “apropiación indebida”. No obstante, cabe precisar que en el CP 1928 se incluía en el Libro Tercero, Título VI, un Capítulo que llevaba por nombre “Sustracciones y apropiaciones indebidas”.

¹⁶⁸ Las penas previstas para el delito de apropiación indebida son las establecidas para el delito de estafa que hace alusión en el artículo 528 a la pena de presidio mayor si la defraudación supera las veinticinco mil pesetas; la pena de presidio menor, si sobrepasa la de cinco mil pero no supera veinticinco mil pesetas; la pena de arresto mayor si es menor de doscientas cincuenta pesetas y el culpable hubiese sido condenado por un delito de robo, estafa o hurto, o dos faltas de estafa o hurto anteriormente. Además, el artículo 530 dispone que el delito será castigado con una pena respectivamente superior en grado cuando los culpables sean dos o más veces reincidentes en el mismo delito o en semejante.

mueble (en los supuestos en los que las hubiesen recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos), o negaren haberlo recibido, y causaren un perjuicio patrimonial¹⁶⁹. El delito contenido en el artículo 535 CP 1944 era reconocido como una figura propia, independiente del hurto y la estafa con los que había estado relacionados. En el Libro III, en el que se regulan las faltas, no se hace se hace alusión a la falta de apropiación indebida, únicamente a la de estafa (artículo 587.3 CP 1944).

El CP 1944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años¹⁷⁰. Los cambios que se estaban produciendo en España obligaron al Gobierno a perfilar la normativa penal (introducción de nuevos delitos, eliminación de otros, modificaciones en el contenido...) con el objetivo de que respondiese a la realidad social del país. En concreto, cabe mencionar el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal (en adelante, TRevCP 1963). A través de la Ley 79/1961, de 28 de diciembre se ordenó al Gobierno que publicara un texto revisado en el que se incorporaran todas las modificaciones que el CP había experimentado desde su entrada en vigor en 1944. De forma que, a través del TRevCP 1963 se incluyeron nuevas modalidades delictivas con el propósito de enjuiciar manifestaciones criminales que se estaban produciendo en la sociedad. Así, se tipificó el delito de intrusismo, el uso indebido del hábito eclesiástico, se otorgó carácter específico al delito cometido con cheque sin provisión de fondos, o bien se incluyó la ineficacia del consentimiento como una de las novedades del encomio. Además, se unificaron al texto principal las alteraciones que éste había sufrido a través múltiples leyes¹⁷¹. Por último, el contenido de algunas figuras delictivas ya existentes fue ampliado o reducido. Entre otros, se introduce la figura del “alterador” dentro del grupo de las falsedades (artículo 283.4 TRevCP 1963) y se modifica la redacción del delito de malversación de caudales públicos (artículo 397 TRevCP 1963) y de los daños (558.5 y 6 TRevCP 1963). A pesar de los cambios, el nuevo

¹⁶⁹ El artículo 535 CP 1944 mantenía exactamente el mismo contenido que el que habían proclamado los anteriores Códigos Penales. Igualmente, incluía el segundo párrafo referente al depósito miserable o necesario

¹⁷⁰ A pesar de que las reformas a las que vamos a hacer referencia son de fecha posterior a 1978 (que es el año que hemos tomado como punto para dividir los antecedentes históricos del delito que estudiamos), incluimos aquí tales modificaciones porque se hacen sobre el texto del Código Penal de 1944 (y sus reformas).

¹⁷¹ En el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el “Texto revisado de 1963” del Código Penal, se elabora una larga lista en la que se especifican trece leyes, dos decretos-ley y un decreto a través de los que se han introducido modificaciones en el CP 1944.

texto revisado presentaba la misma estructura general y el idéntico número de artículos que el CP 1944.

Con la entrada en vigor del TRevCP 1963 el delito de estafa continúa ubicado en el mismo artículo y con la idéntica redacción que en el CP 1944, únicamente varía su punibilidad. En general, son modificados los topes máximos y mínimos económicos a partir de los cuales se determina la duración de la pena¹⁷². Por su parte, el delito de apropiación indebida se mantiene en el TRevCP 1963 en el artículo 535, donde ya se encontraba en el CP 1944. El artículo 535 del TRevCP 1963 señala que quienes cometan los hechos descritos en su contenido deben ser sancionados con las penas previstas en los artículos 528 y 530. Además, el Libro Tercero del TRevCP 1963 alude de forma expresa a la falta de apropiación indebida y de estafa. De esta manera, se mejora la redacción del artículo 587.3 CP 1944 que únicamente hacía alusión a la falta de estafa sin mencionar la apropiación indebida. Probablemente, el legislador del CP 1944 estaba habituado a considerar el contenido del delito que tipificaba la apropiación indebida como una modalidad de estafa y por este motivo no introdujo en dicho Código la posibilidad de que la nueva figura independiente constituyera una falta. Así, en el TRevCP 1963 el legislador subsanó su error incluyendo a la apropiación indebida expresamente y manteniendo la estafa.

Posteriormente, debemos resaltar la relevancia del Texto Refundido de 1973. La Ley 44/1971, de 15 de noviembre, establecía el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley mencionada para que el Gobierno publicara el Texto Refundido del Código Penal. Así, el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, se publicaba el Código Penal con una serie de modificaciones (en adelante, TRCP 1973)¹⁷³.

En el nuevo texto, el delito de estafa y el delito de apropiación indebida se encuentran en los mismos preceptos que en el CP 1944 (artículos 528 y 535, respectivamente). El delito de apropiación indebida se mantiene en el mismo Libro, Título

¹⁷² Se prevén las siguientes penas: 1º la pena de presidio mayor, si la defraudación excede de cincuenta mil pesetas; 2º la de presidio menor cuando sea mayor de diez mil y menor de cincuenta mil pesetas; 3º la pena de arresto mayor, cuando sea superior a quinientas pesetas, pero no alcance las diez mil; y por último, con la de arresto mayor, si no excede quinientas pesetas y el sujeto culpable hubiese sido condenado anteriormente por un delito de hurto, robo, estafa, apropiación indebida o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida.

¹⁷³ En concreto, fueron diez las modificaciones introducidas por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

y Capítulo, pero mientras que en el TRevCP 1963 dicho ilícito se encuentra ubicado en la Sección Tercera, en el Texto Refundido está en la Sección Cuarta. En el nuevo texto la Sección Tercera es ocupada por el delito que castiga a quienes infringen los derechos de autor y de la propiedad industrial. De nuevo, el precepto que tipifica la apropiación indebida se remite a lo expuesto en los artículos 528 y 530 TRCP 1973 para concretar su pena. El primero de ellos (artículo 528 TRCP 1973) vuelve a modificar su redacción, en lo referente a las penas que impone¹⁷⁴. En el artículo 587.3 TRCP 1973 se mantiene la falta de apropiación indebida y la de estafa que será de aplicación cuando la defraudación no sea superior a dos mil quinientas pesetas.

Además, se produjeron otras dos reformas más¹⁷⁵. La publicación de las mismas tuvo lugar en el nuevo periodo constitucional y democrático que tuvo comienzo con la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Con la muerte de Franco en 1975, y la proclamación de Don Juan Carlos como Rey de España se inicia efectivamente una nueva etapa en la historiografía jurídica española.

La primera operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Esta Reforma se realizó ante la falta de tiempo que suponía redactar un nuevo proyecto. La existencia de una serie de problemáticas que requerían ser resueltas inmediatamente impulsó la realización de esta norma. Entre las modificaciones realizadas a través del nuevo texto normativo cabe destacar la transformación a la que se vio sometido el delito de estafa (artículo 528¹⁷⁶). La nueva redacción del precepto eliminaba la expresión “el que defraudare a otro” que había encabezado el delito de estafa desde el año 1848; esta formulación había podido utilizarse para sancionar actos de deslealtad que causaban un perjuicio patrimonial, ya que la conducta punible era muy amplia y daba cabida a este tipo de comportamientos. No

¹⁷⁴ Con la pena de presidio mayor si la defraudación excediere de cien mil pesetas. 2.º. Con la de presidio menor excediendo de veinticinco mil pesetas y no pasando de cien mil pesetas. 3.º Con la pena de arresto mayor si la defraudación fuere superior a dos mil quinientas pesetas y no excediere de veinticinco mil pesetas. Con la de arresto mayor si no excediere de dos mil quinientas pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida.

¹⁷⁵ A pesar de que las reformas a las que vamos a hacer referencia se realizaron después de 1978 (que es el punto que hemos tomado como referencia para dividir el Capítulo II y III de la Segunda Parte de este trabajo), las incluimos en este epígrafe porque ambas operaron sobre el texto de CP 1944 (y sus reformas).

¹⁷⁶ Según el precepto cometen estafa “los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero”.

obstante, con la Reforma de 1983 se eliminaba este modelo de estafa que venía aplicándose en el Derecho francés y se daba paso a un delito inspirado en la normativa penal germana, cuyo contenido era más preciso. En el Derecho alemán el contenido del delito de estafa tenía sentido porque se encontraba acompañado de un delito de administración desleal genérico y otro de apropiación indebida que lo complementaban, pero en España solo existía el último mencionado¹⁷⁷. Con la Reforma del Código Penal en el año 1983 el elemento principal sobre el que se construía el delito de estafa era el engaño bastante que debía producir el error en el sujeto pasivo y la disposición patrimonial que éste tenía que realizar. De esta manera, quedaba descartada la posibilidad de que el delito de estafa pudiese aplicarse para sancionar la administración desleal. En este tipo de actos no era imprescindible el engaño bastante como medio de comisión del acto punible; ya que simplemente se produce un abuso por parte del administrador hacia el sujeto de la confianza que ha depositado en él pero no un engaño. Además, tampoco era necesario que el acto de disposición patrimonial fuese realizado por el sujeto pasivo, en este caso quien administra es el sujeto activo, que será el que realiza la disposición patrimonial. Por lo tanto, la nueva redacción del delito de estafa introducida a través de la Reforma de 1983 había sido excesivamente limitada, y ya no daba cobijo a los supuestos de administración desleal que anteriormente podían enjuiciarse a través de dicho ilícito¹⁷⁸.

Mientras se dejaba a un lado el nuevo delito de estafa para sancionar comportamientos en los que el administrador perjudicaba el patrimonio que administraba de forma desleal, el Tribunal Supremo admitía la aplicación del delito de apropiación indebida para sancionar estas conductas¹⁷⁹. La redacción del delito apropiación indebida (artículo 535) fue alterada con la Reforma de 1983, pero no en los mismos términos que el delito de estafa¹⁸⁰. El precepto que regula el delito de apropiación indebida no se remite

¹⁷⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La administración...”, *op. cit.*, págs. 195 hasta 199.

¹⁷⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 315 hasta 317. El autor añade varias SSTs en las que puede extraerse como el Tribunal no tipifica diversas conductas de administración desleal como estafas antes la falta del requisito del engaño bastante y/o de la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo. Así, SSTs 17 de marzo de 1981 (RJ 1981\1184); 29 de enero de 1991 (RJ 1991\579); 31 de enero de 1991 (RJ 1991\511), 30 de marzo de 1991 (RJ 1991\2481); 2 de abril de 1993 (RJ 1993\3016).

¹⁷⁹ SSTs 7 de marzo de 1994 (RJ 1994\1858); 14 de marzo de 1994 (RJ 1994\2150); 26 de febrero de 1998 (RJ 1998\1196).

¹⁸⁰ “Serán castigados con las penas aisladas en el artículo 528 los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito. comisión o

al artículo 530 (ya que queda sin contenido) sino solo al 528 para concretar las penas con las que serán castigados quienes realicen las conductas que describe¹⁸¹. Al igual que hacía en el CP 1944, el artículo 535 determina que la pena se impondrá en grado máximo en caso de depósito miserable o necesario; y además, añade otra situación en la que también la pena deberá determinarse en dicho grado. En concreto a “los que encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro”. Por último, el texto no se pronuncia en relación a la falta de apropiación indebida a la que aludía el CP 1944, el TRevCP 1963 y el TRCP 1973, por lo tanto, entendemos que ésta permanece inalterable.

De otro lado, la segunda reforma se realiza a través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que actualiza el Código Penal. Dicha Reforma se dirige principalmente a ajustar la legislación penal positiva al principio de intervención mínima. Según expone la propia Exposición de Motivos el sistema punitivo que estaba en vigor era demasiado extenso. Con el fin de solventar tal problema, el texto reduce el Libro Tercero dedicado a regular las faltas, ya que es la parte del Código Penal que más infringe el principio mencionado. En concreto, el Título IV que regula las faltas contra la propiedad pasan de ser veinticuatro a nueve. El artículo 587 de la Reforma determina que cometen falta los que realizan la conducta de apropiación indebida (o estafa, defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido), en cuantía no superior a treinta mil pesetas

administración. o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

La pena se impondrá, en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.

Igual pena se Impondrá a los que encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro”.

¹⁸¹ El artículo 528 también modifica su contenido. Así, la pena será arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de treinta mil pesetas. Para concretar las demás penas se apoya en las circunstancias que agravan el delito introducidas en el artículo 529. De forma que, si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o tan solo una muy cualificada la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava la pena será de prisión mayor. Si concurren sólo alguna de las circunstancias la pena se impondrá en su grado máximo. En concreto el artículo 529 enumera las siguientes circunstancias: “1. Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social. 2. Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo. 3. Cuando se realice con abuso de firma en blanco. 4. Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de la cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero. 5. Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima. 6. Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda. 7. Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación. 8. Cuando afecte a múltiples perjudicados”.

III. ANTECEDENTES PRE-LEGISLATIVOS POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. Proyecto de Código Penal de 1980

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 surgía la necesidad de redactar nuevas pautas normativas que se adaptasen a la realidad político-social del momento. La promulgación de la Constitución favoreció la decisión que había tomado anteriormente el Gobierno de reformar la normativa penal. Así, en 1977 el partido político UCD comenzó a gestar junto con las demás fuerzas políticas, el que se pretendía que fuese el nuevo Código Penal. Por este motivo, en 1978 se redactó un Anteproyecto de Código Penal que posteriormente pasó a ser el Proyecto de Código Penal de 1980¹⁸². No obstante, dicho texto jurídico no llegó a ser aprobado debido a la convocatoria de nuevas elecciones¹⁸³.

El Proyecto de 1980 introdujo por primera vez un Título VIII con la rúbrica “Delitos contra el orden socioeconómico”. Dentro de este Título quedaba incluido el Capítulo VI denominado “De los delitos financieros”, en el que se ubicaba el artículo 368 PCP 1980 que disponía lo siguiente:

“Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa, en la que directa o indirectamente, estuvieren interesados serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyere un delito más grave”.

La redacción del precepto limita la aplicación del artículo 368 PCP 1980 al ámbito societario. En el texto del Proyecto no se incluye ningún artículo destinado a enjuiciar la administración desleal con carácter general. De modo que, la aplicación del delito contenido en el artículo 368 PCP 1980 se reduce estrictamente a la esfera de los negocios¹⁸⁴. En el supuesto de que finalmente hubiese entrado en vigor la redacción del

¹⁸² Publicado en el BOE el 17 de enero de 1980.

¹⁸³ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 304.

¹⁸⁴ De esta manera, toma más sentido si cabe lo expresado en el capítulo: “La exclusión de la conducta de administración desleal entre los delitos societarios”, ya que como señalamos, la razón de tipificar este comportamiento irregular deriva de los problemas surgidos exclusivamente en el ámbito societario. La idea

precepto, hubieran surgido situaciones conflictivas derivadas de la inexistencia de un delito genérico que permitiese sancionar a quienes administran deslealmente un patrimonio en cualquier entorno que no sea el societario¹⁸⁵.

Además, el artículo 368 PCP 1980 contiene numerosas carencias fácilmente identificables. En primer lugar, podemos criticar su excesiva ambigüedad. Como regla general, cuando el Poder Legislativo toma la decisión de tipificar una conducta, la redacción de la norma penal que acoja el injusto debe caracterizarse por respetar el principio de taxatividad. Los preceptos incluidos en el Código Penal tienen que formularse de manera precisa, con el objetivo de que a través ellos se genere seguridad jurídica. El artículo 368 PCP 1980 no contiene una redacción que se corresponda con la requerida para las leyes penales, ya que es un precepto demasiado amplio que necesita ser concretado. Por lo tanto, la idea del legislador era buena: castigar a los administradores que utilizaran su cargo para obtener beneficios irregulares. No obstante, si se pretendía que el precepto funcionase adecuadamente debía ser más explícito.

El artículo determina como sujeto activo a los administradores, y como sujeto pasivo únicamente a los socios. El legislador debe ampliar tales esferas porque en algunas ocasiones el sujeto que comete los hechos o que debe soportar el perjuicio descrito en el artículo 368 PCP 1980 no tiene la calificación de administrador o socio pero está estrechamente relacionado con la sociedad. Realmente, las personas que ostentan la condición de administrador o socio en la sociedad son las que juegan el papel más importante en el desarrollo del ente, sin embargo, ello no quiere decir que sean las únicas. De modo que existen otras figuras diferentes a las mencionadas en el artículo analizado que a través de sus funciones pueden causar un perjuicio a la propia sociedad o a terceros relacionados con ella. Por ello, la lista de los sujetos activos no debe limitarse exclusivamente al administrador y al socio sino que debe extenderse a otros sujetos cuyas competencias repercuten directamente en la marcha de la sociedad. Por ejemplo, el

de incluir un delito de administración desleal en el CP respondía a la idea de poner fin o disminuir las controversias dadas en las sociedades pero no en otras esferas. Si la preocupación principal del legislador hubiese sido paliar la administración desleal en cualquier ámbito, hubiese incluido un precepto de carácter genérico, pero no lo hizo en el PCP 1980 ni en los siguientes porque no era el motivo que le impulsó a castigar a los sujetos que administran deslealmente el patrimonio.

¹⁸⁵ A pesar de que la redacción del precepto se modificó cuando finalmente fue incluido en el CP 1995, sí mantuvo su ámbito de aplicación, dando lugar a numerosas críticas la inaplicación de éste en otras esferas diferentes a la societaria.

contenido del precepto nos sugiere cuestionarnos qué ocurre con los administradores de hecho, es decir, si éstos podrán ser considerados sujeto activo. Con el fin de no dar lugar a diversas interpretaciones, hubiese sido más coherente incluir específicamente la figura del administrador de hecho como sujeto activo, debido a las funciones que éste puede ostentar en relación al desarrollo de la sociedad.

La conducta típica consistente en utilizar el capital social o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa no queda definida correctamente, la acción punible no contempla un ejercicio fraudulento basado en la deslealtad sobre el que se pretendía construir el ilícito. Además, el precepto usa de manera indistinta los términos “sociedad” y “empresa”, y puede dar lugar a confusiones. La empresa habitualmente adquiere una forma societaria pero no lo hace siempre; hay empresas que a su vez se constituyen como sociedad, pero también existen otras que no adoptan este tipo de organización. Con la inclusión del primer término hubiese bastado, ya que realmente es en las sociedades donde la conducta de administración desleal es más común. Además, el hecho de introducir el vocablo “empresa” da lugar a problemas a la hora de definir el sujeto activo, porque el administrador es una figura exclusivamente societaria. El administrador, forma parte del órgano de administración de la sociedad que junto con la junta general conforman la estructura organizativa de ésta. En la empresa no existe la figura del administrador como tal, en cambio sí la de empresario. De manera que, lo único que podemos pensar es que el artículo ha utilizado el término administrador en sentido genérico, incluyendo bajo esta locución al empresario individual en el caso de que el primero pretenda con su comportamiento beneficiar a una empresa.

Por último, cabe señalar que la pena impuesta por el artículo 368 PCP 1980 es menor que la contenida en otras figuras tradicionales donde anteriormente había encajado la acción de administración desleal (como la estafa o la apropiación indebida)¹⁸⁶.

¹⁸⁶ La estafa queda regulada en el artículo 255 PCP 1980. En concreto el artículo 256 PCP 1980, señala para los reos de estafa la pena de prisión de seis a cuatro años, si la cantidad de lo defraudado no excede de quince mil pesetas puede sustituirse la pena de prisión por la de arresto de doce a veinte cuatro fines de semana. El artículo 257 PCP 1980 contiene una serie de supuestos en los que a la pena señalada en el artículo anterior se añade la pena de multa de seis a doce meses o de tres a seis meses. Por su parte, la apropiación indebida queda regulada en el artículo 261 PCP 1980, que sanciona a los que cometan la conducta en él tipificada con las penas previstas en el artículos 256 y 258 PCP 1980.

2. Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983

En 1983 el Gobierno elegido en las elecciones generales de octubre de 1982, liderado por el PSOE, decidió retomar la iniciativa que comenzó a gestarse años atrás y redactó un borrador de Código Penal¹⁸⁷. En concreto, el artículo 297 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (en adelante, PANCP 1983) se ubicaba en el Título XII: “De los delitos socioeconómicos”, en el Capítulo IV denominado “De los delitos financieros”. El legislador otorgó una nueva redacción al delito de administración desleal con el propósito de disipar las críticas que habían surgido en torno a la imprecisión con la que fue redactado el artículo 368 PCP 1980; no obstante, podemos anticipar que no alcanzó su objetivo. El contenido del precepto mejoró respecto a la indeterminación que le caracterizaba anteriormente pero seguía adoleciendo de importantes vicios. El nuevo delito de administración desleal contenía la siguiente redacción:

“Los administradores o directores, que en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrayeren obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el artículo 247”.

Como puede observarse, se intenta elaborar una lista más extensa de los sujetos que pueden cometer la acción punible. La esfera de los sujetos se amplía con el objeto de ofrecer una mayor protección. El legislador incluye a los administradores o directores como sujetos activos. El uso del término “director” resulta llamativo, ha sido la primera y única vez que se ha propuesto la inclusión de éste como sujeto activo del delito de administración desleal. El legislador pretendía que no quedaran impunes aquellos directores que realizan funciones de administración porque han sido apoderados para ello por los administradores. Igualmente, fue ampliada la figura del sujeto pasivo, ya no puede ser únicamente el socio sino también los depositarios, cuentapartícipes o titulares de valores o capital. No obstante, seguía sin hacerse mención alguna al administrador de

¹⁸⁷ Anteriormente, el 15 de enero de 1982 fue aprobada la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de junio, para la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, presentada por el Ministro de Justicia Pio Cabanillas. Dicha Ley estaba dedicada a abordar unos problemas concretos que no podían esperar a la redacción de un nuevo proyecto. En este texto no se hace referencia alguna a la administración desleal.

hecho, a pesar de que puede realizar las mismas funciones que el administrador de derecho.

El precepto requiere que el sujeto activo actúe con la intención de obtener un beneficio propio, es decir, con ánimo de lucro. El administrador o director debe actuar con conciencia de que disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o bien, contrayendo obligaciones a cargo de ésta, obtendrá un beneficio. En un primer momento, parece que la admisión de este elemento subjetivo del injusto no suscita cuestiones relevantes, aunque resulta extraño que el legislador no hubiese añadido también la figura del tercero que se beneficia de la conducta del administrador o director. Tal extremo debería haber sido señalado, ya que si nos ajustamos a lo expuesto en el artículo solo pueden enjuiciarse los supuestos en los que el sujeto activo pretende beneficiarse de su conducta, pero no aquellos en los que se mueve con el propósito de que sea otro sujeto ajeno a él quien obtenga un provecho de su comportamiento.

La conducta típica queda más cercada al enmarcarse dentro de los verbos “disponer” y “contraer”. El comportamiento descrito en el artículo 297 PANCP 1983 es diferente al que se incluyó en el artículo 368 PCP 1980. El PCP 1980 sancionaba a quienes utilizan el capital o los beneficios sociales, mientras que en a través de la PANCP 1983 se pretendía castigar a los que dispusieran de las propiedades sociales o del patrimonio de afectación. A pesar de que la conducta que se pretende enjuiciar parezca la misma, ésta se construye a partir de términos diferentes. Cuando el precepto hace referencia a las propiedades sociales y al patrimonio de afectación amplía el ámbito objetivo, se trata de una redacción más sencilla, menos técnica y que puede englobar más conceptos.

Además, el precepto sanciona a quienes “contrajeran obligaciones a su cargo”. El legislador podría haber incluido dentro del precepto el vocablo “sociedad”, ya que cuando utiliza la expresión “a su cargo” entendemos que se refiere a cargo de la sociedad pero no la menciona expresamente. Es cierto que se sobreentiende que alude a dicho ente porque si atendemos al contenido del resto del artículo (que se refiere a las propiedades sociales, al patrimonio de afectación –entendiéndose aquel destinado la realización de una determinada actividad económica–, los socios...) basta para comprender que el contexto en el que se desarrolla la acción típica es la sociedad. No obstante, el legislador podría

haber mencionado dicho término con el objetivo de hacer facilitar la comprensión del precepto.

La pena de prisión aumenta en un año respecto a la que se determinó en el artículo 368 PCP 1980 y mantiene la pena acumulativa de multa de seis a veinticuatro meses. A diferencia de la redacción anterior, el artículo 297 PANCP 1983 añade un tipo agravado, ya que se prevé que las penas previstas aumenten en su mitad superior “cuando los hechos sean cometidos por administradores o directores de empresas públicas”. Así, se pretendía sancionar con una pena mayor a quienes realizaran la conducta de administración desleal sobre el patrimonio de empresas controladas por la Administración Pública. Este tipo de agravación responde al privilegio que se genera la propia Administración Pública en cualquier ámbito del Derecho con el propósito de facilitar su propia supervivencia.

3. Proyecto de Código Penal de 1992

En 1992 se presentó el nuevo Proyecto de Código Penal¹⁸⁸, su contenido fue redactado tomando como referencia la esencia de las iniciativas anteriores (el PCP 1980 y la PANPCP 1983). El Proyecto de 1992 llegó a ser discutido en el Parlamento pero no fue aprobado. El adelantamiento de las elecciones generales a 1983 y el acontecimiento de algunos hechos relevantes que influían en la vida social española, impidieron que dicho texto normativo viese la luz¹⁸⁹.

El delito de administración desleal se encontraba ubicado en el Capítulo XV denominado “De los delitos societarios”, que quedaba incluido dentro del Título XII bajo la rúbrica “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. De forma más específica, el artículo 302 PCP 1992 disponía en el primer apartado:

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de estos, o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e

¹⁸⁸ Publicado en el BOE el 23 de septiembre de 1992.

¹⁸⁹ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 304 y 305.

inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años”.

De forma general, podemos observar cómo la redacción del precepto que tipifica la administración desleal del Proyecto de 1992 ha mejorado a pesar de contener aún aspectos controvertidos¹⁹⁰. El artículo 302 PCP 1992 elimina la figura de los directores entre los sujetos activos, mantiene la de los administradores de derecho y añade la de los administradores de hecho. Doce años después, el legislador reaccionó ante la laguna que presentaban el anterior Proyecto y la Propuesta de Anteproyecto al tipificar la administración desleal y no incluir como sujeto activo a los administradores de hecho. El administrador de hecho puede llegar a causar el mismo perjuicio a la sociedad o a terceros que el administrador de derecho; por lo tanto, su inclusión en el artículo no es excesiva. Además, el precepto propone que tales sujetos activos obtengan un beneficio para sí o para un tercero a través de su comportamiento. En este sentido, el legislador da un paso más hacia el perfeccionamiento del ilícito respecto a las anteriores propuestas al incluir la posibilidad de que el beneficiario sea un sujeto diferente al que realiza la acción.

También se hace por primera vez alusión a la figura de la sociedad mercantil. La calificación de la sociedad como mercantil puede ser cuestionada, ya que su especificación excluye a la sociedad civil. En algunas ocasiones determinar si la sociedad es mercantil o civil es complicado. En concreto, el problema principal surge en relación con las sociedades personalistas, es decir, la sociedad comanditaria y colectiva, porque no hay un criterio sustancial que permita distinguir el carácter mercantil o civil de éstas¹⁹¹.

Entre los sujetos pasivos, se encuentran la sociedad, socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital¹⁹². Cuando se hace referencia a los “bienes, valores o capital” se alude al objeto material del delito, cuyo titular puede ser cualquiera de los sujetos pasivos enumerados. En el PANCP 1983 solo se hacía

¹⁹⁰ MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 329, señala: “los redactores del Proyecto deberían haber sido más precisos a la hora de redactar el artículo 302 y, en concreto, de especificar con nitidez el objeto material, el sujeto pasivo y el resultado del delito”:

¹⁹¹ *Vid.*, DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, págs. 203 hasta 205. También, BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 303 hasta 305.

¹⁹² MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 328, echa en falta la inclusión de las sociedades anónimas de seguros como sujetos pasivos, ya que –según manifiesta– los asegurados, beneficiarios o tomadores, no pueden ser incluido en ninguna de las figuras incluidas en el artículo 302 PCP 1992.

alusión al segundo y tercero pero en la PCP 1992 se añade el término “bienes” que acoge “las propiedades sociales” y “el patrimonio de afectación” incluidos en el PANCP¹⁹³.

En relación con la conducta típica, el artículo 302 PCP 1992 dispone que serán sancionados quienes “dispongan de éstos o contraigan obligaciones a su cargo”, entendemos que cuando incluye la expresión “de éstos” se refiere a los bienes, valores o capital que administren; mientras que cuando hace alusión a las obligaciones a su cargo, como ya vimos en el epígrafe anterior, se refiere a cargo de la sociedad. La conducta típica queda descrita vagamente, la formulación utilizada es imprecisa y requiere ser interpretada.

El legislador aumenta la pena de prisión en un año respecto a la que se contenía en la PANCP 1983. En concreto, el artículo 302 PCP 1992 establece la pena de prisión de seis meses a cuatro años. Además, el precepto incluye la pena acumulativa de multa, rebajando el tope máximo a doce meses. Por último, se prevé la inhabilitación especial “para el ejercicio de la profesión o industria” durante un plazo de dos hasta cinco años. En el PCP 1992 ha sido el único que se ha incluido como sanción la inhabilitación para los casos en los que se haya cometido el tipo de injusto descrito en el precepto de administración desleal. En cualquier caso, quizá hubiese bastado con la aplicación de la pena accesoria de “inhabilitación de empleo” regulada en el artículo 50 y siguientes del PCP 1992. El apartado segundo incluye un tipo privilegiado¹⁹⁴, rebajándose la pena cuando no se cause el perjuicio descrito en el párrafo anterior¹⁹⁵.

Una vez se celebraron las elecciones de 1993, fue presentado un nuevo Proyecto de Código Penal. Este texto se diferencia de los mencionados anteriormente porque no es Derecho proyectado y fallido. Sin embargo, aludimos al mismo en este epígrafe porque nos parece interesante el contenido del delito de administración desleal que fue propuesto. En concreto, el 26 de septiembre de 1994 fue aprobado dicho texto normativo, que pretendía adaptar la parte positiva del nuevo Código Penal a los valores proclamados a través de la Constitución de 1978. A diferencia de los Proyectos anteriores, el de 1994 no

¹⁹³ *Ibidem.*, pág. 322.

¹⁹⁴ En concreto, señala el artículo 302.1 PCP 1992 “La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador utilizase el capital o bienes de la Sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior”.

¹⁹⁵ Sobre la introducción del tipo privilegiado se pronuncia extensamente MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito...”, *op. cit.*, págs. 331 hasta 335.

presentaba mayores pretensiones de universalidad. La idea sobre la que se construyeron las iniciativas anteriores era la de elaborar un Código Penal que constituyese la regulación completa del poder punitivo del Estado, sin embargo, tal intención se fragmentaba simplemente teniendo en cuenta la importancia de la potestad sancionadora de la administración. No obstante, el PCP 1994 no difiere por completo de los Proyectos anteriores, en concreto tiene presente el contenido y las discusiones parlamentarias que se llevaron a cabo respecto al PCP 1992, el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y también las opiniones de la doctrina científica¹⁹⁶.

En el Proyecto de Código Penal de 1994, la administración desleal se menciona de nuevo dentro del Título XII, denominado “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” pero ésta vez se ubica en el Capítulo XIV. En concreto, el artículo 296 PCP 1994 determina:

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de una sociedad mercantil, cooperativa o Caja de Ahorros que con abuso de confianza, causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

La redacción de este artículo destaca en primer lugar por la inclusión de los socios como sujeto activo. El círculo de sujetos ha aumentado respecto al contenido del precepto que se propuso en el PCP 1980. La lista de sujetos activo es acertada, se trata de tres figuras (administrador de hecho o de derecho o los socios) que guardan una relación estrecha con la sociedad y que debido a las funciones que disponen pueden realizar la conducta de administración desleal. El precepto exige que estos sujetos desarrollen sus competencias en el ámbito de una sociedad mercantil –al igual que lo hacía el PCP 1994– o bien, en una cooperativa o una caja de ahorros. Al margen de las sociedades mercantiles, la cooperativa forma parte de las sociedades mutualistas. Los debates sobre la naturaleza mercantil de las cooperativas se ha mantenido a lo largo de los años, por este motivo creemos que el legislador decidió incluir expresamente dichos entes, con el objeto de evitar que quedaran excluidos por no ser considerados sociedades mercantiles¹⁹⁷. El

¹⁹⁶ Lo expresado se extrae de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1994.

¹⁹⁷ Sobre esta cuestión: MIRANDA SERRANO, L. M., “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.

régimen jurídico de las cooperativas en vigor cuando fue elaborado el PCP 1994 era la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas a partir de la que podía concretarse su funcionamiento¹⁹⁸. Además, el precepto incluye la caja de ahorros. Este tipo de entidad se organizaba a través de lo expuesto en la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro (vigente hasta el 29 de diciembre de 2013)¹⁹⁹. Así, a través de dicha normativa era posible conocer los órganos de gestión, representación y control de las cajas de ahorro, entre los que quedaban expresadas las competencias de los administradores y socios dentro de éstas.

Destaca también la exigencia del “abuso de confianza”. Si nos remontamos a los orígenes del delito de administración desleal, que hemos concretado en el CP 1822, recordamos que dicho ilícito se recogía bajo el Capítulo VI denominado “De los abusos de la confianza”. Desde que fue derogado dicho Código no se había vuelto a hacer referencia a esta expresión. Los administradores o socios serán enjuiciados cuando causen un perjuicio a la sociedad o a algún socio, pero siempre que dicho resultado provenga de una conducta que conlleve el quebrantamiento de la lealtad.

Respecto al sujeto pasivo, se elimina la figura de los depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren y acotando el perjuicio proveniente de la acción típica a la sociedad y socios de la misma, conformándose así un verdadero delito societario.

Por último, se elimina la sanción de inhabilitación especial propuesta anteriormente y se introduce la posibilidad de que el Juez, a la hora de aplicar el ilícito, pueda decidir alternativamente entre la imposición de la pena privativa de libertad o la multa, determinándose por primera vez ésta según el beneficio obtenido. La idea de concretar la multa en función del beneficio es difícil de materializar en muchos casos. La

J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, págs. 349 hasta 352. También, BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 686 y 687.

¹⁹⁸ Actualmente, es la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, la que establece el régimen jurídico de éstas, a la que además se añaden las Leyes autonómicas que regulan esta figura, ya que excepto Ceuta y Melilla, todas las Comunidades Autónomas asumen competencias exclusivas en relación a esta materia.

¹⁹⁹ Hacemos alusión a ésta Ley porque a pesar de que actualmente este derogada, en el año 1994, que es en el que se elaboró el Proyecto de Código Penal que se analiza en el texto principal, estaba vigente. Actualmente, la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, se encarga de concretar la definición, objeto y órganos de gobierno de las cajas de ahorros.

imposibilidad de determinar el perjuicio ocasionado complicará la especificación de la cuantía que constituirá la multa.

IV. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO FIGURA DELICTIVA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995: EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

1. Justificación del análisis del delito societario de administración desleal

En los epígrafes siguientes se va llevar a cabo el estudio del artículo 295 CP que, aunque actualmente no esté en vigor, ha contenido durante veinte años el delito societario de administración desleal. Los motivos para incluir un análisis, que en cierto modo puede parecer extenso, de una norma derogada están justificados desde varias perspectivas. La determinación de los elementos que forman parte del artículo 295 CP (derogado) nos ayudará a entender por qué el legislador ha decidido eliminar dicho precepto e incluir uno nuevo que castigue la administración desleal genérica. No es posible comprender cómo opera el artículo 252 CP si anteriormente no se conoce el funcionamiento del delito societario. En este sentido, podemos anticipar –a modo de ejemplo– que propia la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, cuando justifica la introducción del nuevo artículo 252 CP, expone que la Reforma aprovecha para “delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida”. Así, la LO determina que uno de los motivos fundamentales para modificar la redacción del delito societario es poner fin a una situación problemática generaba en relación con la aplicación del dicho ilícito y la de apropiación indebida. Tal circunstancia, ya nos obliga dirigir nuestra investigación a los problemas existentes entre las figuras delictivas mencionadas antes de la entrada en vigor de la misma. De manera que, la interpretación de los elementos que constituyen la tipificación del nuevo ilícito no puede llevarse a cabo si no es tomando como base aquellos que caracterizaban el delito societario.

Además, a lo largo de esta investigación es probable que de *lege ferenda* en algunos aspectos nos decantemos por incluir en la redacción del delito de administración desleal expresiones que formaban parte del derogado artículo 295 CP, y que deben sustituir a otras que actualmente están en el artículo 252 CP. No obstante, tales propuestas no pueden realizarse sin un argumento consistentemente. De modo que, en caso de que creamos conveniente plantear la posibilidad de que el delito de administración desleal genérico sustituya parte de su contenido, por otro que anteriormente estaba incluido en el

delito derogado, se deberá de hacer partiendo del conocimiento de los elementos del eliminado artículo 295 CP.

También, cabe precisar que la eliminación del artículo 295 CP no quiere decir que su aplicación no se haya vuelto a llevar a cabo en los Tribunales. Si observamos algunas sentencias que han sido dictadas tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 puede comprobarse que aún se condena a los sujetos que comenten administración desleal por el delito incluido en el artículo 252 CP²⁰⁰. De manera que, aunque actualmente el precepto que recoge el delito societario haya dejado de formar parte del Código Penal, su contenido sigue siendo relevante ya que es de aplicación en determinados supuestos.

Al generalizarse la aplicación del delito de administración desleal parece que automáticamente todas las conductas que estaban incluidas en el artículo 295 CP ahora lo están en el 252 CP, o que todos los sujetos activos del antiguo delito ahora pueden serlo en el artículo 252 CP. Ahora bien, para poder realizar tal afirmación habrá que realizar una comparativa y observar si verdaderamente cualquier acto de administración desleal que era sancionado a través del artículo 295 ahora lo es mediante en el artículo 295 CP. Para realizar tal labor, no basta con estudiar el contenido del artículo 252 CP sino también el del derogado artículo. Por consiguiente, la eliminación del artículo 295 CP no quiere decir que su estudio de forma extensa no sea necesario.

2. Introducción

Tras los Proyectos y Anteproyectos referidos, finalmente fue aprobado el Código Penal de 1995²⁰¹. Cuando este texto normativo entró en vigor, el delito societario de administración desleal se encontraba ubicado en el Capítulo XIII denominado “De los delitos societarios”, dentro de la segunda mitad del Título XIII que tiene como rúbrica de los “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. En concreto, el CP 1995

²⁰⁰ En concreto, consúltase el epígrafe 3 del Capítulo VII de la Parte Cuarta de este trabajo, que alude al “Derecho transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de julio”.

²⁰¹ La publicación del texto normativo se realizó en el Boletín Oficial del Estado, número 281, de 24 de noviembre de 1995, a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con señalamiento en su disposición final séptima de su entrada en vigor en el periodo de seis meses que se publica.

incluía dentro de los delitos societarios el derogado artículo 295 que contenía la siguiente redacción:

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

La inclusión en el CP 1995 de un precepto específico que tuviese como fin sancionar la administración desleal obedecía a la demanda que en reiteradas ocasiones había llevado a cabo la mayor parte de la doctrina²⁰² y la jurisprudencia²⁰³. La incorporación de los delitos societarios al CP 1995, y más concretamente del delito de administración desleal, no hizo esperar el surgimiento de variopintas opiniones. Los poderes públicos habían recorrido un camino tortuoso que culminaba con la redacción de un precepto que, a pesar de no agrandar a la mayor parte de la doctrina, sí la hizo coincidir en su importancia.

De este modo, GÓMEZ BENÍTEZ considera el ilícito que sancionaba la administración desleal como el “auténtico delito societario”²⁰⁴. Tal concepción entiende el delito que se analiza como el pivote principal sobre el que se construyen los demás ilícitos cometidos en el ámbito societario. A pesar de sus deficiencias, el delito de administración desleal fue calificado como el más completo, porque acaparaba a través de las cuestiones concursales a los demás delitos societarios, y además ampliaba el número de sujetos que podían cometer la acción típica²⁰⁵. Igualmente, QUERALT JIMÉNEZ colma de elogios el precepto manifestando la gran novedad que el mismo

²⁰² Por todos, MARTÍNEZ-PÉREZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 437.

²⁰³ *Vid.*, las SSTs de 23 de junio de 1973 (RJ 1973\2896); 17 de marzo de 1981 (RJ 1981\1184); 31 de enero de 1991 (RJ 1991\511); 25 de abril de 1991 (RJ 1991\2953); 2 de abril de 1993 (RJ 1993\3016).

²⁰⁴ 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, pág. 477.

²⁰⁵ Me refiero aquí a la figura de los socios como sujeto activo, incluida únicamente en el delito de administración desleal, y no en los demás delitos societarios.

supone y considerándolo como la figura principal dentro de los delitos societarios²⁰⁶. Los restantes ilícitos que forman el grupo de delitos que protege los intereses de la sociedad y en consecuencia también los de los miembros en ella integrados²⁰⁷ son simplemente figuras “tributarias de esta capital infracción”²⁰⁸. Además, el autor propone castigar la administración desleal societaria como delito grave²⁰⁹, situándose al lado de aquellos que se han mostrado reacios a aceptar una sanción menor que la ofrecida por el delito apropiación indebida. Esta línea doctrinal, considera por ende la administración desleal como una “conducta grave y peligrosa”²¹⁰; por ello, critican la penalidad impuesta por el legislador, quien a pesar de dotar a este delito con una pena mayor que el resto de las figuras societarias no la igualó a la establecida para la apropiación indebida. El argumento que fundamenta tal criterio se basa en considerar que el derogado artículo 295 CP debía gozar de una penalidad mayor para responder proporcionalmente a la realidad social existente, que requería con urgencia la tutela del orden económico general. Por su parte, ROCA AGAPITO no ha dudado en equiparar la importancia del delito de administración desleal con el de falsificación de documentos, considerando ambos como la figuras societarias más destacadas²¹¹. La protección que otorga el delito que castigan a los “que falsearen cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad” (artículo 290 CP) persigue un fin muy loable. Es necesario otorgar una sanción concreta a este comportamiento que puede ser fácilmente cometido por el administrador de la sociedad²¹².

²⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (6ª ed.), Atelier, Barcelona, 2011, pág. 589.

²⁰⁷ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 522.

²⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 589.

²⁰⁹ De ser penado de la forma que propone QUERALT JIMÉNEZ, y tomando como referencia lo establecido en el artículo 33.2.b) CP, referente a las penas y sus clases, la pena de prisión de cuatro años tipificada en el artículo 295 debería ser superior a cinco años.

²¹⁰ JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PEREZ-ALCALDE, F., *Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública* (dir. GANZEMULLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FRIGOLA VALLINA, J.), Bosch, Barcelona, 1998, pág. 168.

²¹¹ ROCA AGAPITO, L., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 742.

²¹² A pesar de que el autor dota de la misma importancia a ambas figuras, cabe puntualizar la dificultad probatoria que supone afirmar la comisión del delito de administración desleal a diferencia del delito de falsificación de documentos en el ámbito social. En múltiples ocasiones, probar la gestión desleal sobre el patrimonio de una sociedad puede llevar a equívocos y generar diferentes discusiones; sin embargo, tal cuestión no suele dar lugar a tantas controversias cuando se trata de demostrar la falsedad de documentos, ya que la valoración de la prueba es más sencilla (basta con tomar como referencia la valoración de un perito especializado).

En general, con la inclusión del derogado artículo 295 en el Código Penal de 1995 se intentaba acabar con la necesidad surgida de cubrir la laguna punible derivada del comportamiento de sujetos que administraban deslealmente un patrimonio. Quizá, la falta de precisión de los objetivos que se pretendían alcanzar con la tipificación de la conducta mencionada fue el motivo de la creación de un precepto que, a mi parecer –y tras numerosos intentos de redacción–, no goza de gran calidad normativa. De modo que, el contenido del entonces artículo 295 CP propició que se diesen las circunstancias necesarias para que los recurrieran al contenido del precepto se contagiaron de una inseguridad jurídica mayor de la que ya venían inmersos cuando se aplicaba el delito de apropiación indebida antes de la entrada en vigor del CP 1995 para castigar a los administradores desleales²¹³. Por este motivo, la labor de los tribunales ha sido esencial a la hora de interpretar el eliminado artículo 295 CP, ya que éste ha ido cobrando coherencia y firmeza gracias a la jurisprudencia existente sobre el mismo.

3. Distinción de figuras afines: la apropiación indebida

Han sido muchas las controversias que han surgido al intentar delimitar la aplicación del derogado delito societario de administración desleal (artículo 295 CP) respecto del delito de apropiación indebida (ubicado en el artículo 252 CP antes de la Reforma 1/2015). Durante los años de vigencia del artículo 295 CP, la relación existente entre el delito societario y el delito de apropiación indebida ha sido objeto de múltiples estudios. La semejanza que presentan ambas figuras hace que resulte complicado establecer una línea que separe de forma radical la aplicación de cada uno de los preceptos. Así, la jurisprudencia ha intentado poner solución a los problemas surgidos mediante numerosas resoluciones que tratan de interpretar la relación que hay entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida²¹⁴.

²¹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y especial*, B de F, Madrid, 2014, pág. 172, apoyándose en los análisis realizados por varios autores sobre el derogado artículo 295 CP, admite que desde la entrada en vigor del precepto en el Código Penal de 1995 podía observarse varias carencias derivadas de su literalidad (inclusión de demasiados elementos típicos, algunos obsoletos o reiterativos).

²¹⁴ La propia jurisprudencia reconoce que la diferencia penológica entre el artículo 295 y 252 obligaba a diferenciar el ámbito de aplicación de cada ilícito surgiendo varias opiniones divergentes. En la STS 13 de julio de 2016 (RJ 2016\161372).

Una de las líneas interpretativas más relevante es la contenida la STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998\1196) conocida como el Caso *Argentia Trust*²¹⁵. El Tribunal condenó al presidente del consejo de administración de la entidad financiera Banesto por un delito de apropiación indebida y un delito de falsificación de documentos²¹⁶. El presidente 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.

Antes de la entrada en vigor del CP 1995, el artículo 528 TRCP 1973 probablemente era usado para sancionar supuestos en los que el administrador de un patrimonio actuaba deslealmente sobre éste. Se trataba de un precepto amplísimo que contenía el delito de estafa pero que también daba cabida a otros comportamientos fraudulentos que causaban un perjuicio patrimonial. No obstante, con la Reforma del CP en 1983 la redacción de dicho precepto fue modificada y ello propició que los actos en los que el administrador obraba de forma desleal no pudiesen ser enjuiciados a través del artículo que recogía el delito de estafa. De forma que, cuando acaecieron los hechos descritos en la sentencia –en concreto, durante los años 1988, 1989 y 1990– no era posible aplicar el artículo 528 TRCP 1973. Así, la cuestión principal sobre la que se detuvo el Tribunal Sentenciador estribaba en determinar a través de qué precepto podría enjuiciarse el comportamiento realizado por el presidente de la entidad financiera. Por su parte, la

²¹⁵ Sobre el caso mencionado, 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, págs. 633 hasta 646.

²¹⁶ En concreto, 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).

defensa del condenado mantuvo durante el procedimiento la atipicidad de la conducta realizada por su representado, ya que –según manifestaba– los actos realizados no encajaban en ningún delito recogido en el Código derogado.

En esta situación el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que en los hechos no constaba la apropiación ni el apoderamiento del dinero sino que tan solo se deducía el acto de disposición y el correlativo perjuicio causado a Banesto, decidió interpretar el delito de apropiación indebida del artículo 535 TRCP 1973 como se venía haciendo en algunas sentencias años atrás²¹⁷. Según dichas resoluciones dentro del precepto que aludía al delito de apropiación indebida se recogían dos modalidades ilícitas diferentes. Así, el artículo contenía el clásico delito “de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro” y también “el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance”²¹⁸. De forma que la conducta realizada por el presidente del consejo de administración no quedaba impune y podía ser enjuiciada a través del delito de apropiación indebida del artículo 535 TRCP 1973, en concreto por medio del tipo de distracción que estaba en vigor cuando sucedieron los hechos. Así, la acción llevada a cabo por el presidente respondía a lo que la doctrina denomina “tipo de infidelidad”, que tiene como objetivo “proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo”.

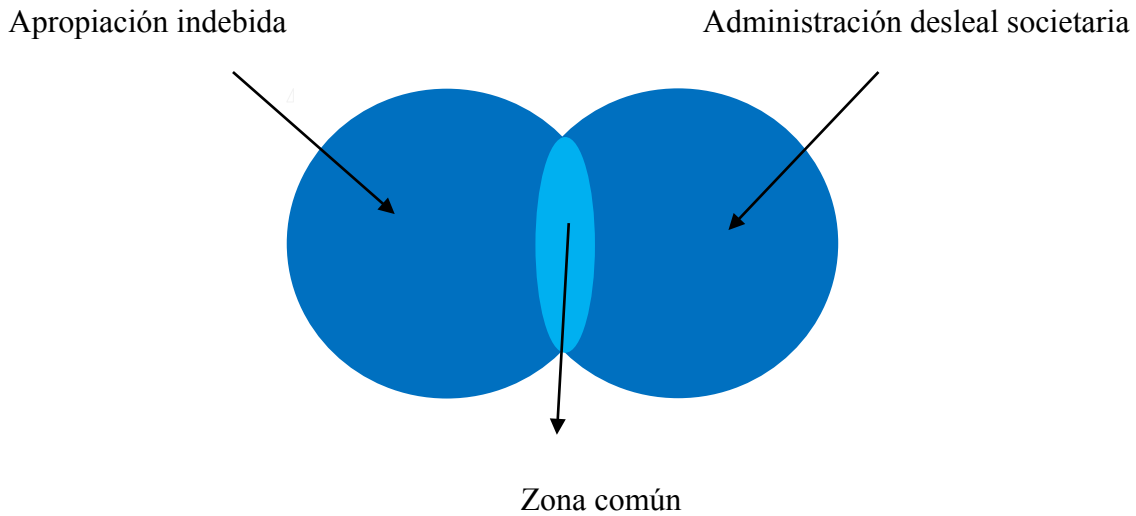
²¹⁷ SSTs 7 de marzo de 1994 (RJ 1994\1858) y 14 marzo 1994 (RJ 1994\2150) e indirectamente presente en la de 30 de octubre de 1997 (RJ 1997\8112).

²¹⁸ Aceptan la existencia de dos tipos distintos de apropiación indebida las SSTs 3 de abril de 1998 (RJ 1998\2383); 12 de mayo de 2000 (RJ 2000\3462); 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000\10642); 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); 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8851); 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\2959); 3 de febrero de 2003 (RJ 2003\4061); 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6357); 19 de septiembre de 2003 (RJ 2003\8869); 27 de febrero de 2004 (RJ 2004\1755); 24 de junio de 2004 (RJ 2004\5070); 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8091); 31 de enero de 2005 (RJ 2005\2321); 8 de junio de 2005 (RJ 2005\9668); 30 de junio de 2005 (RJ 2005\6513); 18 de octubre 2005 (RJ 2005\7599); 13 de febrero de 2006 (RJ 2006\4420); 11 de abril de 2006 (RJ 2006\4798); 29 de mayo de 2006 (RJ 2006\3424); 11 de abril de 2007 (RJ 2007\3850); 23 de mayo de 2007 (RJ 2007\4815); 8 de enero de 2008 (RJ 2008\233); 29 de enero de 2008 (RJ 2008\1718); 31 de diciembre de 2008 (RJ 2009\5966); 25 de junio 2009 (RJ 2009\6681); 14 de julio de 2009 (RJ 2009\5980); 4 de mayo de 2012 (RJ 2012\5989); 20 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10151); 6 de marzo de 2013 (RJ 2013\3958), entre otras.

Por su parte, el Ministerio Fiscal propuso –como también lo hizo la defensa del condenado– aplicar el artículo 295 CP²¹⁹ subsidiariamente, porque según manifestaba venía a sustituir el artículo 535 TRCP 1973 que regulaba la apropiación indebida y establecía un régimen sancionador más benévolo. De esta manera, se respetaría el principio de retroactividad penal de la ley más favorable incluido en el artículo 24 TRCP 1973. Sin embargo, el TS no admitió que el artículo 295 CP sustituyese al artículo 535 TRCP 1973, porque éste era suplantado por el artículo 252 CP. De forma que las conductas que anteriormente se castigaban a través del artículo 535 TRCP 1973 ahora lo serían mediante el artículo 252 CP pero no a través del artículo 295 CP. En este sentido, el Tribunal Supremo resalta que el artículo 295 CP no había sido incluido en el Código Penal con el fin de establecer un régimen sancionador más benévolo, que pretenda castigar con una pena menor hechos que se encajan dentro del delito de apropiación indebida cuando estos se cometan en el ámbito societario.

Por tanto, encontraremos supuestos que tendrán encaje en el delito de administración desleal y en delito de apropiación indebida; tal situación, dará lugar a un concurso de normas que deberá resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4º CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (en este caso, la que castiga el delito de apropiación indebida). El Tribunal Supremo manifiesta en la resolución como la relación existente entre ambos ilícitos se asimila a dos círculos secantes que tienen una zona común que se solapa.

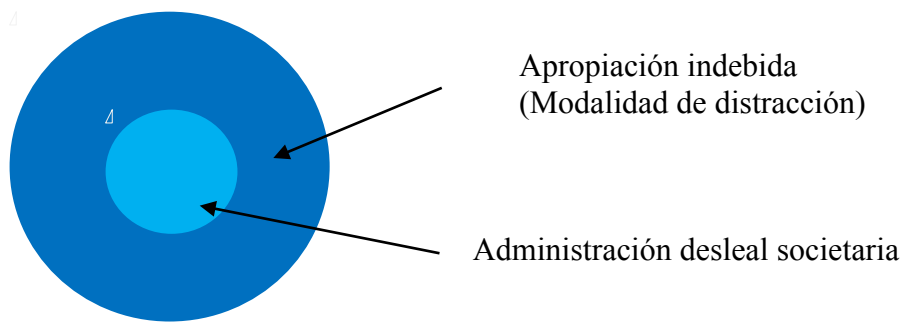
²¹⁹ Cuando hacemos referencia al artículo 295 CP (delito societario de administración desleal) y al artículo 252 CP (delito de apropiación indebida) en este epígrafe (a excepción de primer y último párrafo), no especificamos que actualmente el primero se encuentra derogado y el segundo ha pasado a ocupar el artículo 253 CP porque entendemos que los razonamientos incluidos en esta parte del trabajo se hacen en relación a resoluciones judiciales que se construyen a partir de hechos que acaecieron muchos años antes de la reforma 1/2015 de 30 de marzo que reformó el Código Penal.



Fuente: CAMACHO ROSALES²²⁰. Elaboración propia.

La admisión de la resolución del concurso normativo entre el delito de apropiación indebida y administración desleal conforme al principio de alternatividad no ha sido pacífica. El TS se cuestionó la posibilidad de resolver el concurso mencionado a través del principio de especialidad. Cuando los problemas concursales entre dos delitos se resuelven a través del principio de especialidad, los ilícitos se comportan como dos círculos concéntricos, donde el menor es el delito especial que se encuentra comprendido en un círculo de mayor tamaño que sería el delito general. Los elementos que forman el tipo general se encuentran también en el tipo especial, y además este último contiene algún elemento adicional que no está contenido en el primero. De modo, que si trasladamos la posibilidad de aplicar el principio de especialidad al concurso que puede surgir entre el delito societario de administración desleal y el de apropiación indebida, entendemos que el círculo más amplio englobaría el segundo de los ilícitos, mientras que el primero se ubicaría en el más pequeño. Así, el delito de apropiación indebida se correspondería con el círculo mayor, y la administración desleal que solo se aplicaría en el ámbito societario con el menor.

²²⁰ CAMACHO ROSALES, F. J., “Apropiación indebida vs administración desleal”, en *Experto universitario en Derecho penal: aspectos materiales y procesales*, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, pág. 18.



Elaboración propia.

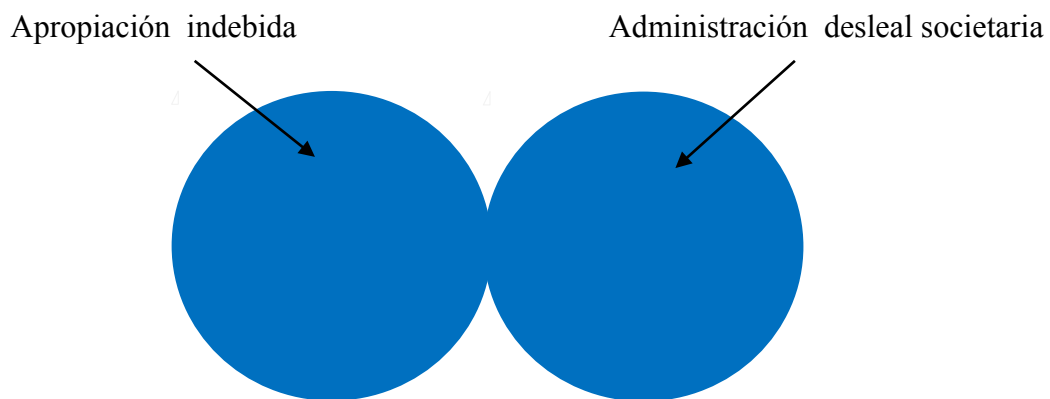
En relación con lo expuesto, la STS de 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000\9763), confirmó que la relación entre ambas figuras delictivas es la de alternatividad y no la de especialidad, porque no hay motivos que puedan fundamentar que se otorgue “un tratamiento injustificadamente privilegiado para los delitos de apropiación indebida cometidos en el ámbito de la administración societaria”.

Posteriormente, la STS de 29 de julio 2002 (RJ 2002\6357)²²¹ que dio solución al Caso Banesto estableció un nuevo enfoque sobre la aplicación del delito de apropiación indebida y el de administración desleal societaria. Concretamente, ofreció una nueva interpretación de ambos ilícitos manteniendo las características esenciales de cada uno pero estableciendo cierto margen común en ambos.

A través de la resolución de 2002, el TS se muestra conforme con la solución que dicho órgano dio a los hechos enjuiciados a través de la sentencia comentada en párrafos anteriores (Caso *Argentia Trust*). El TS aplaude la interpretación realizada años atrás sobre la relación existente entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal, que concretaba el artículo 252 CP –y no el artículo 295 CP– como sustituto del artículo 535 TRCP 1973. No obstante, el TS en la Resolución de 2002 realizó algunas matizaciones en función de las similitudes y desigualdades de las dos figuras penales estudiadas.

²²¹ Igualmente, siguen esta interpretación, las SSTS de 13 mayo de 2003 (RJ 2003\3984) y 28 junio de 2005 (RJ 2005\9307).

En concreto, el Alto Tribunal diferenció el delito de apropiación indebida del delito societario de administración desleal estableciendo que “en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación”. De tal forma, que la representación gráfica con la que mejor se visualiza la relación entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal es la de los círculos tangentes:



Elaboración propia.

La Resolución considera que el administrador debe comportarse de forma diligente, es decir, fiel y leal con la sociedad que administra así como con el principal de la misma. Puede ocurrir que el administrador realice operaciones erróneas o de riesgo que traigan consigo aparejado un perjuicio inherente; sin embargo, ello no es óbice para que dicho comportamiento sea automáticamente punible. Tan solo se enjuiciarán las conductas que queden a extramuros del normal funcionamiento del mercado, no aquellas que a pesar de haber ocasionado un menoscabo se hayan realizado por el administrador de buena fe. El reproche penal que se hace al administrador desleal tiene su fundamento

en el abuso de las funciones de su cargo, porque actúa quebrantando sus deberes de diligencia y lealtad causando un perjuicio.

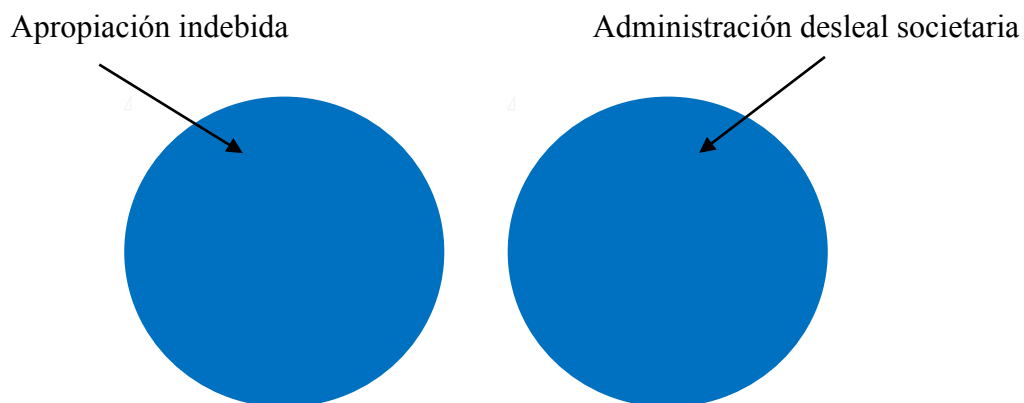
Unos años después, destacó la doctrina recogida en la STS de 11 de julio de 2005 (RJ 2005\5418)^{222,223}. Dicha resolución produce un cambio interpretativo en relación con lo expuesto anteriormente. La jurisprudencia opta por fijar como punto que deslinda ambos delitos el hecho de que el administrador actúe fuera o dentro de lo que puede denominarse “el ejercicio de sus funciones”. Así, la Resolución establece que la conducta que se identifica con el delito de administración desleal se castigará cuando el administrador ejerza sus funciones de forma desleal dentro del ámbito del que dispone para actuar según su posición en la sociedad; es decir, ejerciendo sus competencias indebidamente de forma que causen un perjuicio. La Sentencia denomina esta conducta como un “exceso intensivo”. Por otro lado, en la apropiación indebida el administrador actúa fuera de lo que estatutariamente la sociedad le permite, es decir, se excede en sus competencias. Se entiende que realiza un “exceso extensivo” que tendrá como resultado un perjuicio. Resume la Sentencia que “se trata, por lo tanto, de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permita, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador”.

A través de la tesis expuesta, pueden diferenciarse las conductas que responden al tipo de injusto recogido en el delito de administración desleal del artículo 295 CP y las que por el contrario, encajan dentro del delito de apropiación indebida del artículo 252 CP. Posteriormente, en la STS 17 de julio de 2006 (RJ 2006\7697), el TS repitió la

²²² Este cambio de orientación es mencionado en las SSTS de 17 julio de 2006 (RJ 2006\7697); 26 de febrero de 2008 (RJ 2008\2164); 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085); 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\4863); 20 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10151) y 6 marzo de 2013 (RJ 2013\3958).

²²³ La Sentencia citada en el texto principal alude a las dos modalidades delictivas que se incluyen en el artículo 535 TRCP 1973; ambas acciones (apropiarse y distraer) –según la redacción del precepto– se refieren de forma indistinta al dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, sin embargo, se ha especificado que la modalidad de distraer se aplica al dinero (por ser un bien fungible). Así, “en estos casos no puede decirse que la conducta del autor consista en un acto de apropiación, pues la recepción del dinero, o la puesta a su disposición, supone ya la adquisición de la propiedad, sino en un acto de disposición de significado equivalente en cuanto separa definitivamente el dinero recibido del destino fijado para realizar la entrega, en tanto que ésta incorpora una obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad”.

interpretación contenida en la STS de 11 de julio de 2005 (RJ 2005\5418) pero además añadió que –como se ha señalado en resoluciones anteriores– ambos ilícitos suponen dos círculos secantes, que tienen entre sí una zona común. Así, las cuestiones concursales se resolverán a través de un concurso aparente de normas; en concreto, aplicando el principio de alternatividad recogido en el artículo 8.4 CP. Sin embargo, la STS 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\4863), que de nuevo recogía la teoría sobre el exceso extensivo e intensivo del delito de administración desleal y del delito de apropiación indebida, señala que es posible resolver la aplicación de los artículos 252 y 295 CP sin necesidad de recurrir a la solución que sugiere la existencia de concurso aparente de normas. Realmente, son preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico; ya que, en cada ilícito “existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario”. De forma que, si se interpretara de manera geométrica –como el TS había hecho anteriormente– la relación existente entre el delito del artículo 252 CP y el contenido en el artículo 295 CP, la representación sería la siguiente:



Elaboración propia.

De la Sentencia se extrae que la actuación de los administradores será calificada en función de la forma en la que ejerzan las facultades de las que disponen derivadas de su cargo. La Resolución determina que el autor del delito de apropiación indebida tiene un mandato concreto de entregar o devolver, es decir, se le ha encargado una obligación

específica. En cambio, en el delito de administración desleal el sujeto activo ha incumplido un deber genérico de lealtad²²⁴.

En los últimos años, el TS ha recogido otra serie de pautas a través de las que se pretende perfilar la relación existente entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida. En concreto, la STS de 3 de marzo de 2014 (RJ 2014\2104) ha reunido algunas de las posiciones más relevantes del Tribunal Supremo²²⁵; dicha Resolución ha hecho referencia a las líneas interpretativas anteriormente mencionadas, y además ha sumado otras que hasta ahora no habíamos mencionado.

En concreto, la Resolución de 2014 diferencia el delito de apropiación indebida del delito societario de administración desleal atendiendo a la estructura de cada figura. Así, mientras que en el artículo 252 CP, “el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede”, en el artículo 295 CP “quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado”.

También, el bien jurídico es diferente en los dos delitos que analizamos. La Resolución determina que en la apropiación indebida (artículo 252 CP) el bien jurídico sería la propiedad, el patrimonio en sentido estático; por su parte, en la administración desleal (artículo 295 CP) se ataca el interés social. Así, el patrimonio tiene en el delito societario una dimensión dinámica que queda limitada con el comportamiento abusivo del administrador.

Además, según la Resolución la diferencia entre el delito societario de administración desleal y de apropiación indebida puede realizarse tomando como criterio el objeto. La resolución estipula que mientras que el delito de apropiación indebida del

²²⁴ *Vid.*, 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. 193 y 194.

²²⁵ Igualmente, han recogido este completo resumen jurisprudencial las SSTS 13 de julio de 2015 (RJ 2015\3592); 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\5767); 17 de mayo de 2016 (RJ 2016\2252); 13 de julio de 2016 (RJ 2016\161372).

artículo 252 CP se refiere a un supuesto de disposición que se realiza sobre activos patrimoniales o dinero de manera contraria al deber de lealtad, el delito de administración desleal del artículo 295 CP alude a los casos en los que el administrador abusa de sus funciones y dispone de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causándole un perjuicio económicamente evaluable. En estas condiciones no existe un concurso de normas, ya que un mismo hecho no es subsumible en dos tipos a la vez²²⁶.

Igualmente, se rechaza el concurso de normas si se tiene en cuenta que en la apropiación indebida del artículo 252 CP el sujeto que realiza la acción de “apropiarse” desvía los bienes o dinero hacía su propio patrimonio (se exige aquí el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento) pero el que hace la de “distraer” lo hace en beneficio de un tercero. En cambio, en el artículo 295 CP no se requiere que el administrador se apropie de los bienes sociales (independientemente de que el beneficio sea para sí o para un tercero), solo de que realice un acto dispositivo de carácter abusivo sobre éstos. Las conductas son diferentes, en el delito de apropiación indebida la expropiación que perjudica a la sociedad es definitiva pero en la administración desleal es temporal, por este motivo –señala la resolución– la pena del artículo 295 CP es menor que la del artículo 252 CP²²⁷.

De forma general, la jurisprudencia se ha decantado por la utilización del último criterio señalado para distinguir el delito de apropiación indebida del delito societario de

²²⁶ Así, STS 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\4863); 1 de febrero de 2013 (RJ 2013\1847).

²²⁷ Siguiendo a las SSTs 1 de febrero de 2013 (RJ 2013\1847); 17 de junio de 2013 (RJ 2013\6428); 22 de julio de 2013 (RJ 2013\6782); y 2 de junio de 2015 (RJ 2015\2498); 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\5767). Según la última sentencia la mayoría de la doctrina se encuentra a favor del criterio señalado en el texto principal: “si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, nos hallamos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal más grave: la apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin animo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal”.

administración desleal²²⁸, sin embargo, ello no es óbice para confirmar que el resto de las pautas dadas por el TS para deslindar las figuras mencionadas haya caído en desuso²²⁹.

En síntesis, a pesar de que con la incorporación al Código Penal del delito societario de administración desleal se suponía que se creaban las condiciones necesarias para que el delito de apropiación indebida dejara a un lado la interpretación extensiva a la que se había visto sometido durante años y recuperara su alcance natural. No obstante, el derogado artículo 295 CP no cumplió con las expectativas esperadas. Probablemente, si se hubiese incluido un delito que castigara la administración desleal del patrimonio ajeno de forma genérica, se hubieran evitado numerosas controversias. Sin embargo, la necesidad de enjuiciar conductas de administración desleal fuera del ámbito societario, y otras producidas en esta esfera que parecían encajar dentro del tipo del (eliminado) 295 CP pero también del 252 CP (actualmente ubicado en el artículo 253 CP), propició que los problemas interpretativos relacionados con el delito societario no disminuyeran sino que se acrecentaran.

4. Análisis del artículo 295 del Código Penal previo a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

4.1. Bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido del derogado artículo 295 CP es controvertida. La sistemática utilizada por la doctrina para agrupar las diferentes líneas surgidas en torno al bien jurídico protegido del eliminado delito societario de administración desleal ha sido diversa: en virtud del concepto de patrimonio, tomando

²²⁸ Así, la STS 6 de abril de 2017 (JUR 2017\85943), 29 de marzo de 2017 (JUR 2017\81577), 26 de enero de 2017 (RJ 2017\349), ésta última incluso hace mención a la STS 9 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4411) y 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\788), e indica “se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin la pérdida definitiva de los mismos”.

²²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en *Estudios penales y criminológicos*, n° 35, 2015, pág. 460 alude a varias resoluciones que no siguen la línea jurisprudencia mayoritariamente apoyada a la que se adhiere; en concreto, destacamos la STS 15 de abril de 2014 (RJ 2014\2450) recurre a la tesis del exceso intensivo (pág. 472).

como referencia la figura del sujeto pasivo, delimitando la consideración positiva o negativa del bien jurídico protegido, etc. Finalmente, nos hemos decantado por llevar a cabo una división que responde al bien jurídico protegido entendido de dos formas diferentes, de un lado como patrimonio, y de otro como orden socioeconómico²³⁰. Por último, se ha añadido una pincelada sobre la relevancia del vínculo de fidelidad. La importancia de la relación de fidelidad que rige entre el sujeto activo y pasivo aconseja tratar esta cuestión aquí, sin embargo entendemos que queda excluida de la estructura anterior. Las características del patrimonio y el orden socioeconómico permiten que puedan ser considerados como verdaderos bienes jurídicos protegidos; no obstante, – como posteriormente veremos– no ocurre lo mismo con el vínculo de fidelidad.

De este modo, analizamos las principales teorías sobre el bien jurídico protegido del delito de administración desleal del derogado artículo 295 CP:

— El bien jurídico protegido es el patrimonio. Dentro de esta línea encontramos cuatro posturas diferentes:

En primer lugar, algunos autores han señalado que el bien jurídico protegido es el patrimonio pero sin llevar a cabo más especificaciones. Entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA acoge esta teoría; se muestra reacio a acudir a los elementos objetivos derivados del eliminado artículo 295 CP para delimitar la tutela ofrecida a través de esta figura y reduce la protección de la administración desleal al patrimonio²³¹.

En segundo lugar, otra parte de la doctrina ha defendido que el bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto, es decir, “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, siendo por tanto el interés tutelado el patrimonio individual; y entendiéndose que el patrimonio social se conceptualizaría como objeto social.

De este modo, MARTÍNEZ-BUJÁN, aun habiendo señalado en un primer momento que el bien jurídico protegido residía en el patrimonio de la sociedad o de

²³⁰ Seguimos con algunas modificaciones la estructura de 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, págs. 24 hasta 62.

²³¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La malversación como delito de administración desleal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 7, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 125.

cualquiera de los sujetos que se enumeran en el precepto en calidad de titulares del objeto jurídico tutelado²³²; posteriormente, redujo el ámbito de tutela de la figura de la administración desleal entendiendo como único bien jurídico el patrimonio de los sujetos mencionados de forma explícita en el precepto. Para ello, se apoyó en las diferencias existentes entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal, identificando únicamente este último con el bien jurídico “preservado en el delito de estafa”²³³. En la misma línea, NIETO MARTÍN considera que el patrimonio social quedaba excluido de la conceptualización del bien jurídico protegido del artículo 295 CP. Según señala, la protección del patrimonio social equivaldría a la protección de intereses inherentes al buen desenvolvimiento de la gestión societaria, que ya quedaban protegidos a través de la tipificación de otras conductas delictivas²³⁴.

Además, no solo la doctrina se ha posicionado a favor de considerar que únicamente debe entenderse protegido por la administración desleal el patrimonio de “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren” sino también la jurisprudencia. De este modo, la SAP de Gerona, 4 de mayo de 2000 (ARP 2000\1667), y la SAP de Granada, de 28 de enero de 2003 (ARP 2003\421), en idénticos términos determinan que “el delito de administración desleal, objeto de imputación por las acusaciones, plantea una primera cuestión desde el punto de vista del bien jurídico protegido. La doctrina mayoritaria entiende que se contrae al patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administra, dejando completamente inerte frente a estos ataques al patrimonio social. A diferencia de lo previsto en el artículo 302 PCP 1992 donde se preveía «el perjuicio de la Sociedad», en el artículo 295 CP éste perjuicio no se exige, y por ello el patrimonio social, por extraño que parezca, carece de protección penal”.

En tercer lugar, algunos autores son defensores de la tesis que considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la sociedad junto con el de “los socios,

²³² 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 nº 2, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 502.

²³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed. P.E.) *op. cit.*, pág. 440. Además, el autor señala que ésta es la posición tomada por la mayoría de la doctrina española.

²³⁴ NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 260 y 261, cuando el autor se refiere a otros delitos hace alusión a los delitos de quiebra, que actualmente se corresponderían con los delitos de insolvencias punibles.

depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”. Así, a través del delito de administración desleal no solo se pretende proteger de forma directa al patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto sino también de manera indirecta al patrimonio de la sociedad²³⁵. Esta interpretación se aleja de la literalidad del artículo 295 CP, de la que puede extraerse la intención del legislador de elaborar una lista cerrada utilizando la técnica de *numerus clausus* con el propósito de que solo quedara protegido el patrimonio de los sujetos en ella incluidos. Sin embargo, admitir dicha idea nos llevaría a cuestionarnos qué sentido tiene la incorporación al Código Penal de un delito que prevea la administración desleal en el ámbito societario y no considere protegido el patrimonio social. Algunos autores resuelven tal cuestión señalando como bien jurídico protegido el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto y también el patrimonio social²³⁶. En ese sentido, MUÑOZ CONDE considera que bien jurídico protegido es, de un lado los derechos de “los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital”, y de otro los de la sociedad. Para no dar lugar a confusiones, subraya que entiende por bienes de la sociedad “las propiedades sociales y el patrimonio de afectación”²³⁷. Por su parte, RÍOS CORBACHO también recoge la protección del patrimonio individual de los sujetos numerados y del patrimonio social, considerando como patrimonios diferentes, ya que “el interés social no tendrá que coincidir con el de alguno de los socios”²³⁸. A nuestro juicio estos autores forman parte de la línea doctrinal que sigue la interpretación más adecuada conforme a Derecho. Evidentemente el contenido del precepto nos obliga a admitir que el patrimonio de los sujetos mencionados líneas atrás constituye el bien jurídico del delito societario, no obstante, no podemos dejar a un lado el patrimonio social. No podemos olvidar que la sociedad posee personalidad jurídica y dispone de su propio patrimonio, el cual –como

²³⁵ Por el contrario, más que diferenciar entre la forma directa e indirecta de proteger el patrimonio, son varios autores los que simplemente se limitan a considerar ambas tutelas de forma directa, y a establecer como protección indirecta al orden socioeconómico. En este sentido, AAVV., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Tecnos, Madrid, 2010, pág. 523.

²³⁶ FARALDO CABANA, P., “Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal* (dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1135.

²³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (19ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 487.

²³⁸ RÍOS CORBACHO, J. M., “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, pág. 142.

veremos más adelante— no tiene que coincidir con el de los sujetos incluidos en el derogado artículo 295 CP.

La jurisprudencia se ha mostrado en diversas ocasiones conforme con lo expuesto en esta línea doctrinal, así la SAP de Burgos, de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005/12002)²³⁹ dispone que “el objeto material del delito lo constituyen los bienes sociales, es decir, cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad, considerándose que el bien jurídico protegido por el delito es la integridad del patrimonio social junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto”.

Sin duda, la idea de concebir como tutelado tanto el patrimonio social como el patrimonio individual de los sujetos enumerados de forma concreta es la más correcta. Cuando el legislador elaboró el precepto que hace mención a la administración desleal no incluyó expresamente dentro de la lista de sujetos pasivos a la sociedad por considerarla (como muchos creen) incluida de forma indirecta. Sería ilógico excluir como parte del bien jurídico protegido el patrimonio social en un delito donde uno de los objetivos previstos a alcanzar es el aumento de las relaciones económicas a través de este tipo de entidades, a cambio de que las relaciones que surgen tanto exterior como en el interior de estas, estén amparadas por la mayor seguridad jurídica posible. De este modo, entiendo que la protección al patrimonio de la sociedad queda incluido cuando el precepto alude a “disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad”, así como cuando expresa “contraer obligaciones a cargo de ésta”. Realmente, dejar sin protección a la sociedad simplemente por no estar incluida de forma encadenada con los que son considerados sujetos pasivos, carece de una justificación que tome fuerza, ni en su caso sentido.

En cuarto lugar, otros autores han concretado el bien jurídico protegido en el patrimonio de terceros ajenos a la sociedad. Es cuestionable que lo que se proteja sean intereses patrimoniales de terceros ajenos a la sociedad como acreedores o empleados. Pero de nuevo, son diversas las posiciones doctrinales defendidas.

²³⁹ También: SAP de Cantabria de 8 de junio de 2001 (ARP 2002\59); SAP de Burgos de 27 de noviembre de 2001(ARP 2002\266); SAP de Burgos de 3 septiembre de 2013 (ARP 2013\1122); SAP de Murcia de 17 de mayo de 2016 (JUR 2016\154183).

Por un lado, DEL ROSAL BLASCO establece que el derogado artículo 295 CP “protege el patrimonio de terceros distintos de la sociedad y los socios. Por la necesidad de abarcar el supuesto de administración fraudulenta de los depósitos bancarios”²⁴⁰. En esta línea, NIETO MARTÍN manifiesta que en algunas ocasiones la confusión de patrimonios entre el tercero en cuestión y la sociedad puede extender la protección del tipo penal a aquél. A modo de ejemplo cita las cantidades abonadas a compañías aseguradoras en virtud de los contratos de seguro, o en su caso, las entregadas a las sociedades constructoras como parte del precio final de las viviendas. Sin embargo, en otros casos no podrá darse tal confusión, como en aquellas sociedades cuyo objeto social consiste en la administración de fondos ajenos; se dará aquí, una separación entre el patrimonio social y el de los terceros cuyos fondos se administren, y por lo tanto no hubiese podido aplicarse el eliminado artículo 295 CP²⁴¹. Por último, LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS excluyen la protección al patrimonio de terceros al considerar que su afectación no va unida a la del patrimonio social, así como que no repercute en la defraudación del patrimonio de los socios o equiparados²⁴². Desde esta postura, se puede decir que el precepto en ningún momento alude al patrimonio de terceros ajenos, reflejándose por tanto la exclusión pretendida por el legislador. Es cierto que se debería estudiar cada caso de forma concreta así como las circunstancias que lo envuelven pero no creo que sea acertado ampliar tal protección.

— Dejando a un lado la dimensión patrimonial del que fue el artículo 295 CP, aludimos al sector doctrinal que señala que el precepto citado, no solo ofrece una tutela patrimonial sino que también protege de forma indirecta otro tipo de intereses, ahora supraindividuales o colectivos. Así, queda reflejada la naturaleza socioeconómica de la figura de la administración desleal.

De forma concreta, GONZÁLEZ RUS determina que además del patrimonio de los titulares de los bienes administrados también puede considerarse bien jurídico protegido el “buen funcionamiento de la sociedad”²⁴³. En este sentido las SSTS de 11 de

²⁴⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 140.

²⁴¹ NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 256 hasta 259.

²⁴² 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. 8.

²⁴³ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, en

abril de 2007 (RJ 2007\3850) y de 7 de junio de 2006 (RJ 2006\7000)²⁴⁴ distinguen dentro de la figura de la administración desleal dos bienes jurídicos. Las resoluciones aluden de forma concreta al bien jurídico protegido “individual, formado por el concreto patrimonio social” y también al colectivo que se dirige “a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico”. El orden socioeconómico es protegido mediatamente a través del artículo 295 CP, ya que el hecho de que esté incluido entre los delitos patrimoniales enfoca su protección hacia intereses generales que no se corresponden con el patrimonio individual de la sociedad o los sujetos mencionados en el precepto. La interferencia de las conductas de administración desleal en el normal desarrollo de las sociedades es evidente. De modo que no porque el ilícito atente directamente contra el patrimonio en sentido estricto debemos olvidar la repercusión que genera su comisión en otros ámbitos.

— Especial referencia al vínculo de fidelidad

Cabe cuestionarse si el deber de fidelidad existente entre el titular de los bienes y el que los administra debe ser objeto de tutela. El administrador deberá cumplir con sus deberes de forma que la sociedad no encuentre impedimento alguno en alcanzar sus fines dentro del marco empresarial²⁴⁵. Destacamos la posición de FARALDO CABANA que apunta a la exclusión del vínculo de fidelidad como bien jurídico protegido del delito societario de administración desleal. Según expone “se trata de un valor dotado de un elevado grado de abstracción conceptual y en cuya lesión es difícilmente observable la intensa afectación individual que es requisito ineludible del concepto de bien jurídico penalmente protegido”²⁴⁶. De esta manera, la infracción del deber de fidelidad puede ser considerado como un medio a través del cual se consigue atacar al patrimonio. La administración desleal que le preocupa al legislador se centra en la vulneración de otros bienes jurídicos pero no en la ruptura del vínculo de fidelidad²⁴⁷. Basta con lo expuesto

Compendio de Derecho penal español. Parte especial (dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo IX, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 530.

²⁴⁴ Igualmente, STS de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5074); SAP de Almería de 14 de febrero de 2011 (JUR 2012\45067); SAP de Madrid de 11 de diciembre de 2012 (JUR 2013\65850); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de enero de 2014 (ARP 2014\372); SAP de Madrid de 11 de abril de 2014 (JUR 2014\166441).

²⁴⁵ 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, pág. 3.

²⁴⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 560 y 561.

²⁴⁷ RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO, G., “El bien...”, *op. cit.*, pág. 30.

en la Ley de Sociedades de Capital para dotar al vínculo de fidelidad de la importancia que requiere. No debe ser considerado como bien jurídico protegido, ya que con éste simplemente se pretende establecer una relación jurídica que sirva como base para sancionar la conducta que derive del uso abusivo de la relación. La protección del bien jurídico debe responder a unos patrones que desemboquen en una justificación adecuada de esta tutela. El deber de fidelidad carece de caracteres relevantes que merezcan ser considerados como parte del bien jurídico protegido.

4.2. Elementos del juicio de antijuricidad y culpabilidad

— Sujetos de la figura delictiva

Los administradores de hecho o de derecho, o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, son los posibles sujetos activos del derogado delito societario de administración desleal societaria. El artículo introduce una lista cerrada que permite afirmar que nos encontramos ante un delito especial propio. Además, el precepto requiere que los sujetos que enumera actúen “con abuso de las funciones propias de su cargo”. En este sentido, debe presumirse como un acierto por parte del legislador haber aludido indistintamente al administrador de hecho y de derecho. Era la primera vez que se introducía en un Código Penal el delito de administración desleal y los Tribunales no tenían referencias sobre su aplicación (a excepción de las que podrían derivarse del Derecho comparado). Así, la mención a los dos tipos de administradores facilita la interpretación del derogado artículo 295 CP que no deja lugar a dudas de la posible configuración del administrador de derecho y de hecho como sujeto pasivo. Por otro lado, sorprende la incorporación del socio como sujeto pasivo, ya que el entonces artículo 295 CP era el único delito societario en el que el legislador decidió introducir esta técnica. Dicha inclusión, aún sin encontrar una fundamentación concreta, no ha quedado exenta de polémica en la doctrina²⁴⁸.

El Código Penal de 1995 a pesar de incluir los vocablos “administrador de hecho o de derecho” y “socios” no introdujo un concepto preciso que definiese estos sujetos. No obstante, sí hace referencia al término sociedad en el artículo 297 CP, entendiéndose que

²⁴⁸ Así lo señalan, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 9.

si derivaran problemas de la conceptualización de alguno de los sujetos activos sería apropiado atender a la relación que éstos guardan con la sociedad a la que pertenecen. De este modo, habría tomar en consideración si el administrador de hecho o de derecho, o en su caso el socio, forman parte de una cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad que tenga análoga naturaleza.

La figura del administrador de derecho no presenta especiales problemas. MARTÍNEZ-BUJÁN lo define como el sujeto que reúne todos las exigencias (formales y sustanciales) recogidas en la normativa mercantil. El autor añade como nota más relevante para adquirir la condición de administrador de derecho, la necesaria formalización de su nombramiento y su posterior inscripción en el Registro Mercantil²⁴⁹.

Por otro lado, la figura del administrador de hecho sí requiere mayores precisiones. Su inclusión en los delitos societarios ha sido mayoritariamente aceptada, ya que evita que se dé lugar a “una conducta realizada en el seno de los entes sociales que no está amparada por una construcción jurídica”²⁵⁰. La incorporación del administrador de hecho al artículo 295 CP ha dado lugar a dos posturas interpretativas diferentes que aluden al concepto de tal término. La primera, más estricta y defendida por la doctrina mercantilista, supone que el administrador de hecho es la persona que puede realizar las mismas funciones que la ley y los estatutos establecen para el administrador de derecho, cualidad que no alcanzan por cualquier motivo excluyente (por ejemplo que haya excedido el tiempo de su mandato y aún no haya sido renovado, o por el contrario, que haya sido nombrado como administrador y ejerza sus funciones pero que todavía no haya tomado posesión). La segunda postura, más amplia y seguida por los penalistas, opta por calificar como administrador de hecho a aquel que desempeñe continuamente las funciones y gestiones propias de administrador de derecho²⁵¹.

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)

²⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 436.

²⁵⁰ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pág. 77.

²⁵¹ BLANCO LOZANO, C., “Delitos societarios”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. POLAINO NAVARRETE. M.), Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 192; también, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 9.

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”²⁵². De este modo, es bastante más adecuado aludir a la concepción amplia de administrador de hecho; de otra forma, los administradores que actúan de manera desleal intentarían acogerse a la interpretación restrictiva para eludir la sanción correspondiente²⁵³.

En último lugar, merece especial atención la incorporación en el eliminado artículo 295 CP de los socios. La inclusión de los socios como sujeto activo en el delito societario supone igualarlos a la figura del administrador²⁵⁴. LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS señalan que en las situaciones en las que el socio desempeña una labor de gestión o administración éste puede ser considerado administrador; por lo tanto no es necesaria la inclusión expresa del término socio. Los autores parten de la idea de considerar a los socios como administradores de derecho o de hecho. De forma que para poder cumplir el tipo se requiere que los socios actúen abusando de las funciones del cargo que desempeñan con una continuidad. No basta con que los socios desarrollen competencias de gestión o de administración en un momento determinado sino que éstas se realicen ininterrumpidamente, aunque se lleven a cabo junto con un administrador de

²⁵² Al contenido de esta resolución han aludido posteriormente otras. Así, la 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).

²⁵³ HERRERA MORENO M., “El sujeto activo en el delito de administración desleal”, en *Diario La Ley*, nº 7460, septiembre 2010, pág. 4, toma partido sobre la polémica y se decanta por la concepción jurídico-penal de administrador. Igualmente, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 9. De otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 438 y 439, señala en relación con los delitos societarios varios sujetos que podrán ser calificados como administradores de hecho, entre otros, los administradores judiciales y delegados, así como a liquidadores, y apoderados que tienen facultades suficientes para contraer obligaciones a su cargo o disponer del patrimonio de la sociedad.

²⁵⁴ HERRERA MORENO M., “El sujeto...”, *op. cit.*, pág. 6, se detiene sobre la dificultad de precisar en qué situaciones el socio puede realizar la conducta típica si no dispone de facultades para administrar.

hecho o de derecho²⁵⁵. FERNÁNDEZ TERUELO define la inclusión del socios como “superflua”; según manifiesta, la mención de éstos como sujeto activo puede causar cierta inseguridad jurídica porque nos lleva a pensar que no pueden ser considerados administradores de hecho²⁵⁶.

Por otro lado, encontramos una serie de autores que sí son partidarios de la inclusión del socio como sujeto activo. En algunas ocasiones el socio puede realizar la acción típica descrita en el que fue el artículo 295 CP aun sin ostentar la figura de administrador. En este sentido, FARALDO CABANA se refiere a la incorporación de los socios como una conducta loable por parte del legislador, y admite que su imputación se podrá realizar en determinadas circunstancias y atendido al tipo de entidad²⁵⁷. También, MARTÍNEZ-BUJÁN añade que debe incluirse al socio como parte del sujeto activo porque en los supuestos de sociedades en formación es éste quien realiza las actividades de gestión y administración, y por lo tanto tiene la facultad de disponer de los bienes de la sociedad²⁵⁸.

En relación con los sujetos pasivos, el eliminado artículo 295 CP enumera como tales a los “socios, depositarios, cuentapartícipes, y titulares de los bienes, valores o capital”. El precepto deja fuera a la sociedad, sujeto que debería de haberse incluido de forma específica y que no deja de ser buscado a través de las líneas que forman el precepto. De nuevo, el delito societario de administración desleal da lugar a imprecisiones y a una excesiva abstracción, que obligan de manera forzosa a su delimitación a través de posiciones jurisprudenciales y doctrinales.

El legislador menciona como principal sujeto pasivo a los socios, entendiéndose que éstos deben ser protegidos de las actuaciones desleales que lleven a cabo tanto administradores como otros socios. La condición de socio será ostentada por aquellos que dispongan de acciones o participaciones sociales de una sociedad. Cuando se interpreta

²⁵⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, págs. 9 y 10.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “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, pág. 575 y 576. También, la palabra “superflua”: AAVV., *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dirs. CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1115.

²⁵⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 565 y 566.

²⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 453 y 454.

el precepto debemos hacerlo teniendo en cuenta que el perjuicio que se le causa a este sujeto pasivo está vinculado con su condición de socio²⁵⁹.

Además, quedan incluidos dentro del precepto los depositarios, término que ha suscitado todo tipo de dudas. Son muchos los autores que, como SEQUEROS SAZATORNIL, se cuestionan si la verdadera intención del legislador fue la de incluir a los depositantes o si por el contrario pretendía aludir únicamente a los depositarios²⁶⁰. La cuestión –no resuelta– ha hecho que surjan diferentes posiciones doctrinales. En algunos casos se ha propuesto sustituir la figura de los depositarios por depositantes²⁶¹. En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO determina de forma tajante que los depositarios (en realidad depositantes) son aquellos que depositan sus fondos en el banco mediante alguna de las formulas establecidas al efecto²⁶². En cambio, otros han entendido que los depositarios son las sociedades, mientras que los depositantes quedan incluidos entre los titulares de bienes, valores o capital²⁶³.

De otra forma, la inclusión de los cuentapartícipes no ha generado controversia alguna. Se definen como aquellos sujetos que entregan “un dinero a la sociedad para que ésta lo haga suyo, a cambio de compartir las ganancias, en su caso, o de pagar unos intereses por el dinero recibido, en otros”²⁶⁴. SEQUEROS SAZATORNIL matiza esta definición añadiendo que su incorporación quedará argumentada siempre que no sean identificados con los socios depositantes²⁶⁵. Mientras que FERNÁNDEZ TERUELO, indica que incluir a éstos y a los depositarios (en los términos en que él los conceptualiza), posibilita sancionar los comportamientos de administración desleal cuando son llevadas a cabo en el “seno de entidades financieras o de crédito”²⁶⁶.

²⁵⁹ CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (Artículo 295 CP)*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pág. 388.

²⁶⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 601. Además, la STS de 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085) de forma sucinta a los depositarios, indicando que quizá debería referirse a ellos como depositantes.

²⁶¹ BERNET SORO, A., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 4.

²⁶² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Artículo...”, *op. cit.*, pág. 589.

²⁶³ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 393.

²⁶⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 182. Por su parte, BERNET SORO, A., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 4, explica la figura de los cuentapartícipes, en relación con el artículo 239 a 243 del Código de Comercio.

²⁶⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, págs. 601 y 602

²⁶⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Artículo...”, *op. cit.*, pág. 589.

Siguiendo con la lista de sujetos pasivos que establece el precepto, es obligada la mención a los titulares de los bienes, capital o valores. GÓMEZ ARBÓS destaca el concepto valores, entendiendo todos los que se mencionan como “valores negociables, títulos valores o de créditos tradicionales, letra de cambio, cheque, pagaré, cualquier derecho patrimonial, con independencia de la denominación que se le dé”²⁶⁷. A pesar de las delimitaciones que la doctrina lleva a cabo, la inclusión en el entonces derogado artículo 295 CP de los titulares de los bienes, capital o valores debe entenderse como una cláusula genérica²⁶⁸, que no queda precisada y que es utilizada para abarcar figuras que no tienen cabida en los otros sujetos. En este sentido, CASTRO MORENO incluye a los depositantes²⁶⁹ dentro de estos términos, mientras que FERNÁNDEZ TERUELO alude a la sociedad²⁷⁰.

Por último, cabe cuestionarnos la posibilidad de considerar la sociedad como un sujeto pasivo a pesar de que no sea señalado expresamente en el precepto. La mayoría de los autores no dudan en afirmar que esta figura debe ser considerada como un sujeto pasivo más²⁷¹. Es probable que el legislador no decidiera añadir a la sociedad porque se entendía incorporada de forma tácita; no obstante, hubiera sido más apropiado mencionarla expresamente y así evitar debates en torno a su inclusión. De forma más específica, QUERALT JIMÉNEZ es partidario de entender la sociedad incluida dentro de los sujetos pasivos. El autor matiza que el hecho de que la sociedad no esté mencionada expresamente la deslegitima en principio como posible denunciadora de los hechos porque no tiene la condición de agraviada directamente. No obstante, el perjuicio que el administrador desleal cause a los sujetos pasivos repercutirá en la sociedad, por lo que

²⁶⁷ GÓMEZ ARBÓS, J., “Responsabilidad civil derivada del delito de administración fraudulenta”, en *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho procesal civil*, diciembre 2009, pág. 4.

²⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 442.

²⁶⁹ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 393.

²⁷⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Artículo...”, *op. cit.*, pág. 588. Aun así, señala que incluir a la sociedad entre los titulares de los bienes, valores o capital puede acarrear problemas, pues existen supuestos en los que la sociedad no ostenta dicha titularidad. A modo de ejemplo, incluye las sociedades de inversión colectiva, donde no se fusionara el patrimonio de las aportaciones hechas por los socios con el de la sociedad que lo gestiona.

²⁷¹ En este sentido, 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 nº 5, CGPJ, Madrid, 1998, 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, señala que la exclusión de la sociedad puede dar lugar a varios problemas, ya que se descartaría la protección de los acreedores sociales o de los asegurados (en los supuestos de compañías aseguradoras), entre otros.

éstos actuarían en nombre de aquella²⁷². Además, determinados autores proponen eliminar la lista *numerus clausus* que incorpora el precepto para mencionar únicamente a la sociedad como sujeto pasivo²⁷³, ya que “además de contribuir a la reordenación de la administración social fraudulenta a la tutela de los intereses internos, evitaría la inadecuada mezcla de intereses contrapuestos que efectúa el actual CP”²⁷⁴.

Por último, la jurisprudencia también ha tomado partido en este debate. Según ha manifestado el TS “la sociedad puede ser también sujeto pasivo idóneo del delito, por lo que el perjuicio causado a la sociedad también es típico”²⁷⁵. En concreto, las SSTS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008\2164) y 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340)²⁷⁶ exponen que “es útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido, y al mismo tiempo en este caso, perjudicado). El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que «dispongan fraudulentamente de los bienes» o en que «contraigan obligaciones han de recaer sobre la sociedad», resultado paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito”. Además, tales resoluciones añaden que la omisión de la sociedad en la redacción del derogado artículo 295 CP ha intentado suplirse por la doctrina. En definitiva, la solución ha consistido en considerar a la sociedad como sujeto pasivo del delito, admitiendo la posibilidad de que actúe como titular de los bienes, valores o capital que pueden ser gestionados por el administrador (de hecho o de derecho) o el socio puede ser propiedad de la sociedad.

— Objeto material de la acción

El objeto material es aquel sobre el que recae la acción delictiva²⁷⁷. Si atendemos a la literalidad del derogado artículo 295 CP observamos como la conducta ilícita,

²⁷² QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, págs. 590 y 591.

²⁷³ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 598.

²⁷⁴ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 565.

²⁷⁵ SAP de Cantabria de 8 de junio de 2001 (ARP 2002\59); SAP de Burgos de 27 de noviembre de 2001(ARP 2002\266); SAP de Burgos, de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005/12002); SAP de Burgos de 3 septiembre de 2013 (ARP 2013\1122); SAP de Murcia de 17 de mayo de 2016 (JUR 2016\154183).

²⁷⁶ Así, SSTS de 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085); 18 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1587); SAP de Vizcaya de 6 de junio de 2014 (JUR 2014\240409); SAP de Las Palmas de 20 de noviembre de 2015 (ARP 2016\177).

²⁷⁷ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 45 y 46.

consistente en “distraer” o “contraer obligaciones” se proyecta expresamente sobre los bienes de la sociedad²⁷⁸. De modo que los bienes sociales son el objeto material del delito societario de administración desleal. No obstante, tal afirmación suscita una serie de cuestiones que deben ser analizadas. Para comprender qué debemos entender por el término “bien” no basta con aludir a la noción que establece el artículo 333 del Código Civil, que simplemente define bienes como “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles”. Por el contrario, es más apropiado recurrir a un concepto diferenciado y sobre todo que corresponda al entorno en el que va a ser aplicado.

En concreto, MORENO CÁNOVES y RUÍZ MARCO, refiriéndose al ámbito societario, determinan que el concepto de “bien” hay que entenderlo de la manera más amplia posible, es decir, “de modo que abarque cuanto tenga o pueda tener utilidad o beneficio para la sociedad, siempre que sea económicamente evaluable. Debe incluirse tanto los económicamente evaluables, con aquellos que no lo sean en su materialidad, siempre que, en el caso de estos últimos su ataque produzca perjuicios susceptibles de valoración económica”²⁷⁹. Ciertamente, se trata de una forma de interpretar el término “bien” compleja porque engloba un contenido demasiado extenso. Quizá, es más correcto recurrir a una concepción más concreta, que no llegue a tales extremos²⁸⁰. Por ello, y frente a lo que se acaba de exponer, hay quienes manifiestan que probablemente hubiera sido más apropiado que el legislador hubiese incluido en el precepto la palabra “acciones” y no bienes. La razón se fundamenta en considerar que el término “bien”, entendido como sinónimo de cosa, puede ocasionar problemas interpretativos. Por lo que, sería más comprensible la determinación del objeto material, ya que el administrador de una sociedad no recibe una cosa sino un poder de disposición²⁸¹.

²⁷⁸ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 387; NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 254.

²⁷⁹ MORENO CÁNOVES, A., y RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996, págs. 294 y 295 (citados por SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 627, nota 425).

²⁸⁰ AAVV., *Código...*, *op. cit.*, pág. 3050, concretan los bienes a los que alude el artículo 295 CP como las cosas materiales, así como valores y derechos con contenido económico que pertenecen a la sociedad, ya estén a su disposición o custodia.

²⁸¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 591.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el objeto material abarca los bienes sociales (que quedan incluidos de forma rigurosa al recaer la acción típica sobre ellos) pero no otros que a pesar de no pertenecer a la sociedad continúan siendo administrados por ésta. Si el contenido del delito societario hubiera sido igual al recogido por el artículo 302 PCP 1992²⁸², que dejaba claro que el objeto material recaía sobre los bienes de la sociedad o de cualquiera de los socios, depositarios o titulares de los bienes, valores o capital²⁸³, las posibilidades de aplicación del entonces artículo 295 CP hubiesen sido mayores²⁸⁴. El objeto material debería de haberse visto ampliado y con ello paralelamente el ámbito de protección del delito, como se tenía previsto en la citada reforma, ya que no hay ninguna justificación para esta limitación²⁸⁵. Aun así, no cabe otra opción que ceñirnos a lo expuesto en el precepto, de manera que hay considerar como objeto material del delito a los bienes de la sociedad. La conducta tiene que recaer sobre un bien de la sociedad aunque “el perjuicio pueda atender a los intereses de los sujetos con ella relacionados y que cita el tipo”²⁸⁶.

²⁸² Según el precepto: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de estos, o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años”.

²⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 36 y 37.

²⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 442 hasta 444, considera que el legislador “ha incurrido en un grave error” porque la acción típica recae sobre los bienes de la sociedad, pero en cambio, el resultado que se deriva del comportamiento ilícito del artículo 295 CP se proyecta sobre los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital. Así, la aplicación del delito societario es más limitada de lo que sería en el supuesto de que éste se hubiese redactado conforme a lo previsto en el PCP 1992. Ante tal postura, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 378 hasta 380, manifiesta estar de acuerdo con la confusión que ha cometido el legislador, sin embargo, determina que la solución a los problemas de atipicidad que se derivan de la consideración de los bienes sociales como objeto material consiste en realizar una interpretación amplia de la expresión que alude a éstos (siguiendo así el concepto francés), de forma que se correspondan con “cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad”. SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, págs. 625 hasta 628, propone solventar el error del legislador admitiendo la interpretación del término “bienes” que recoge en el artículo 333 del Código Civil (al que se alude en el texto principal).

²⁸⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, págs. 625 hasta 628.

²⁸⁶ AAVV., *Código...*, *op. cit.*, pág. 3051.

— Conducta típica

El derogado artículo 295 CP requiere que el comportamiento del sujeto activo se corresponda con una de las dos posibles modalidades de acción que el tipo ofrece, que consisten en: “disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad” en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias a su cargo y causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren; o en su caso, “contraer”, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias a su cargo “obligaciones a cargo de la sociedad” causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Por lo tanto, no encontramos ante un delito mixto alternativo, es decir, un ilícito que se perfecciona con el cumplimiento de una de las diversas modalidades que ofrece²⁸⁷. La diferenciación entre las conductas mencionadas fue introducida en el Código Penal durante la tramitación parlamentaria del mismo; el texto original incluía como conducta típica simplemente causar un perjuicio a la sociedad o alguno de sus socios con abuso de confianza pero en sede parlamentaria se dio un vuelco a la tipificación de la administración desleal concretando la acción material. Esta modificación fue muy criticada porque se consideró que reflejaba un cambio de criterio en la política criminal que revestía al proyecto del Código Penal, en el sentido de que limitaba las conductas que podían enjuiciarse a través del delito societario de administración desleal²⁸⁸.

La inspiración para incluir en el precepto dos categorías netamente diferenciables tiene su origen en el Derecho alemán, y más concretamente en el delito de la *Untreue* (§ 266 StGB), que contiene el delito genérico de administración desleal del patrimonio

²⁸⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 11; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos societarios”, en *Esquemas de parte especial de Derecho penal (I)* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Tomo XXXII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 447; MATA Y MARTÍN, R. M., “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, pág. 1554.

²⁸⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 185. De forma más concreta, manifiesta que esta reducción de la conducta típica se llevó a cabo a través de la enmienda 400 del Grupo Parlamentario Popular.

ajeno^{289,290}. El precepto alemán recoge dos figuras cuya consideración puede hacerse de forma separada. Así, en la primera parte del § 266 StGB se encuentra el tipo de abuso (*Missbrauchstatbestand*), y en la segunda, el tipo de infidelidad o deslealtad (*Treubruchstatbestand*). En concreto, el código alemán sanciona con la primera modalidad al sujeto que causa un perjuicio al patrimonio que administra (a través de una ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico), abusando de las facultades de las que dispone en el desarrollo de relaciones externas (tipo de abuso); mientras que la segunda afecta a la esfera interna, pues sanciona al administrador que rompe el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos que le han sido confiados (tipo de infidelidad)²⁹¹. Algunos autores han querido establecer un paralelismo entre el delito societario español y el delito de administración desleal germano²⁹², y han defendido que el comportamiento de “disponer” o “contraer obligaciones” incluido en el delito societario (artículo 295 CP actualmente derogado) concuerda con lo establecido en la primera modalidad típica del § 266 StGB²⁹³. Por su parte, la jurisprudencia en la STS de 26 de julio 2004 (RJ 2004\4212)²⁹⁴ se pronunció identificando en el –ya eliminado– artículo 295 CP el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Según la resolución, el precepto mencionado protege a través del tipo de infidelidad “las relaciones internas entre el administrador y la sociedad”, y mediante el tipo de abuso “las relaciones externas de la sociedad generadas por el administrador”. Así –según la Resolución mencionada–, en la primera se causa un perjuicio patrimonial porque el sujeto realiza una administración incompatible con la que se requiere para responder a un correcto uso de los bienes de la sociedad; mientras que en

²⁸⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 466.

²⁹⁰ Traducción en nota 116.

²⁹¹ NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 28 hasta 33; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, nº 8046, marzo 2013, págs. 3 y 4; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 17; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, págs. 467 hasta 469; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 148 hasta 154.

²⁹² NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 273 y 274, manifiesta que aunque la conducta típica incluida en el artículo 295 CP sea semejante a la que ofrece el Código Penal alemán, esto no quiere decir que automáticamente haya que acogerse a la interpretación que el derecho alemán hace del tipo. El autor manifiesta que no podemos guiarnos por lo expuesto en la primera parte del § 266 StGB en relación con determinadas conductas omisivas o la celebración de negocios jurídicos civiles ineficaces.

²⁹³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 466; NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 319, admite la coincidencia existente entre la conducta típica incluida en el delito societario de administración desleal español y el tipo de abuso del § 266 StGB.

²⁹⁴ También en: AAP de Madrid de 5 de julio de 2006 (JUR 2006\130504).

la segunda, el perjuicio mencionado deriva de la celebración de un negocio jurídico en el que el administrador obliga abusivamente a la sociedad.

El derogado artículo 295 CP se habría podido redactar de forma que las dos conductas que describe hubieran quedado englobadas en una, sin embargo, no entendemos criticable la decisión del legislador de incluir más de una modalidad. La concreción del tipo no está únicamente relacionada con la consideración singular o múltiple de las conductas que quedan bajo su caracterización. Resulta más importante para reflejar correctamente el principio de seguridad jurídica, la adecuada delimitación de la acción punible. La especificidad con la que se delimita la acción típica en el precepto mencionado es sinónimo de una mayor efectividad en la tutela de los bienes jurídicos que se protegen. Por otro lado, el hecho de que fuese un tipo penal que no había estado anteriormente en el Código (la inexperiencia punitiva en este sentido), pudo suponer un factor que empujara a la delimitación exhaustiva del ilícito, esperándose resultados positivos con respecto al cumplimiento de las expectativas que lo llevaron a dicho texto normativo. Ante la incertidumbre que puede derivar de la inclusión de un nuevo delito, el legislador gana en seguridad utilizando una técnica minuciosa.

El primer comportamiento delictivo recogido en el derogado artículo 295 CP consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad. La segunda modalidad de la acción típica que recoge el –actualmente derogado– artículo 295 CP es la de “contraer obligaciones a cargo de la sociedad”. La ubicación del comportamiento de “contraer obligaciones” posterior al de “disponer” no le resta importancia. QUERALT JIMÉNEZ ha llegado a calificar la segunda modalidad típica como “diversa, y más sutil, y quizá por ello más peligrosa” que la primera²⁹⁵. Además, el artículo 295 requería que el acto de disposición fuese realizado de forma fraudulenta, esto es, sin causa lícita²⁹⁶. Es cierto que fraude es sinónimo de engaño pero no debe entenderse fraude aquí como el “engaño bastante” que se requiere en el delito de estafa. En este último ilícito debe considerarse que “el engaño es causal respecto del acto de disposición que origina el perjuicio, en el delito societario es únicamente una característica de la acción, es decir, del acto de disposición que siendo perjudicial para el patrimonio de los socios o de los demás a los que el tipo se refiere, se presenta engañosamente como un acto ordinario de

²⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 593.

²⁹⁶ AAVV., *Código...*, *op. cit.*, págs. 3049 y 3050.

administración, pero no tiene en ningún caso carácter causal respecto de aquél”²⁹⁷. A pesar de la distinción establecida entre el fraude exigido en el delito de estafa y el que se incluye en el delito de administración desleal, DEL ROSAL BLASCO va más allá, y considera el término “fraudulentamente” de manera semejante al de “abuso de funciones”. Según manifiesta el autor, la inclusión de ambas expresiones en el entonces artículo 295 CP es innecesaria y reiterativa, ya que las dos aluden al quebrantamiento de los deberes de lealtad y fidelidad del sujeto activo²⁹⁸. Debemos entender que aunque la conducta señalada (contraer obligaciones a cargo de la sociedad) no se califica con el adverbio “fraudulentamente”, éste también se aplica a esta modalidad.

Finalmente, podemos cuestionarnos si dentro de la segunda modalidad de la acción típica de administración desleal descrita en el derogado artículo 295 CP pueden incluirse los negocios de riesgo. En torno a la cuestión de la punibilidad de este tipo de negocios en relación al que fue el artículo 295 CP, QUINTERO OLIVARES señala que se castigaran únicamente las conductas que impliquen la deslealtad esencial que debe acompañar a la acción típica²⁹⁹. Si el administrador ha respetado los límites que le han fijado los sujetos que son titulares del patrimonio que gestiona su comportamiento será admisible. Por ello, es imprescindible conocer el consentimiento que el administrado ha prestado a la operación que el administrador realiza³⁰⁰. La tipicidad será excluida en los supuestos en los que se demuestre que el sujeto activo actuó abusando de las funciones que dispone en virtud de su cargo³⁰¹.

Finalmente, una parte de la doctrina ha manifestado la inviabilidad de admitir en el delito societario de administración desleal la comisión por omisión. En este sentido, FARALDO CABANA argumenta que nos encontramos ante un delito de resultado en el

²⁹⁷ En este sentido, la STS 21 de junio de 2007 (RJ 2007\3329).

²⁹⁸ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 143. En concreto, la mayoría de la doctrina ha determinado que la inclusión del adverbio “fraudulentamente” es “innecesaria”. Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 43.

²⁹⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos societarios*, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2012, pág. 32.

³⁰⁰ *Vid.*, FARALDO CABANA, P., “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 19, 1996, págs. 176 hasta 196. Sobre lo expuesto en el texto principal LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 22.

³⁰¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La problemática de la administración desleal en el derecho penal español (consideraciones comparativas entre el derecho alemán y el derecho español”, en *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 391.

que la conducta típica exige que se lleve a cabo una acción efectiva, es decir, que se entienda realizada alguna de las dos modalidades delictivas (disponer o contraer obligaciones) a las que se refiere el eliminado artículo 295. Además, estos comportamientos deben ser agotados por el administrador con abuso de las funciones propias del cargo, lo que lleva a la citada autora a mantener la imposibilidad de concretar una conducta omisiva capaz de cumplir con los perfiles del delito tipificado en el derogado artículo 295 CP³⁰². Por el contrario, otros autores consideran que la omisión descrita en el artículo 11 CP debe ser admitida. El delito de administración desleal no debe restringirse a ser aplicado como un delito de medios limitados de ejecución en el que resulte incompatible la comisión por omisión. Así, las dos modalidades de acción que recoge el eliminado artículo 295 CP deben de ser entendidas de forma genérica, de manera que mediante determinadas conductas omisivas se pueda llegar a “disponer de los bienes de la sociedad” y a “contraer obligaciones a cargo de esta”³⁰³.

Es fácil encontrar supuestos en los que se causa un perjuicio en el ámbito societario a través de la omisión de determinadas conductas. Se pueden citar: no realizar operaciones ventajosas para la sociedad (con intención de ello), guardar silencio que prorrogue un contrato que ha devenido en desventajoso para la sociedad, no cobrar una deuda, omitir por parte del administrador la conducta necesaria para que se evite que terceros puedan adquirir por prescripción adquisitiva o usucapión la propiedad de un bien de la sociedad, no ejercitar acciones que supongan un beneficio económico para la sociedad, etc. Tomando como base estos ejemplos, se puede afirmar que la comisión por omisión tiene que ser admitida, ya que sería incoherente que comportamientos como los anteriormente citados quedasen impunes. De modo que, si nos ajustamos a la literalidad del delito de administración desleal incluido en el derogado artículo 295 CP y rechazamos la comisión por omisión, ello puede comportar una causa de indefensión hacia los sujetos pasivos (así como a la propia sociedad), que a través de ciertas conductas omisivas, pueden verse perjudicados en similares términos a los podrían serlo por efecto de una acción en sentido estricto.

³⁰² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 563.

³⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 450. El mismo autor en “Pasado, presente...”, *op. cit.*, págs. 467 y 468.

— Desvalor de la acción: abuso de las funciones del cargo

Según expresa el derogado artículo 295 CP, el administrador desleal de hecho o de derecho (o en su caso el socio), dispondrá fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraerá obligaciones a cargo de ésta, mediante el abuso de las funciones de su cargo. Existe en el ámbito societario una relación de confianza entre la sociedad y su administrador. En la legislación mercantil (en concreto en la Ley de Sociedades de Capital) se encuentra la guía general de conducta de los administradores. Los criterios que deben marcar la actuación del administrador vienen dados por la observancia de sus obligaciones y deberes de lealtad y fidelidad. En este sentido, el “abuso de las funciones de su cargo” mencionado en el entonces artículo 295 CP supone la infracción de los deberes aludidos y con ello la ruptura de la relación de confianza^{304,305}.

Algunos autores han considerado que la introducción de la expresión “con abuso de las funciones propias de su cargo” es retórica y no aporta nada; según manifiestan, hubiese bastado con la exigencia del resultado y el ánimo de lucro propio o para un tercero³⁰⁶. En cambio, otra parte de la doctrina ha defendido la inclusión de este elemento. Incluso, se ha llegado a equiparar estructuralmente al engaño en el delito de estafa³⁰⁷.

Por su parte, FARALDO CABANA define –acertadamente– la expresión “abuso de funciones” como la “situación en la que el sujeto usa determinadas funciones o facultades de que goza para finalidades diversas de aquellas por las cuales le han sido

³⁰⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, págs. 623 y 624; LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 21.

³⁰⁵ La jurisprudencia se ha manifestado en relación a la interpretación de la expresión “abuso de las funciones propias de su cargo”, señalando que abuso “significa una actuación que sobrepasa los deberes de lealtad del administrador para con la sociedad representada y sus socios. No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, que son cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador, con sus socios y con los intereses sociales. La actuación –en este caso– sin poner en conocimiento de sus copartícipes la realización de tal acto de disposición, traspasa las barreras de la buena fe, e incurre en el abuso típico que exige el precepto penal que interpretamos”. Así, la STS 15 de febrero de 2010 (RJ 2010\3278), AAP de Barcelona 13 de abril de 2015 (ARP 2016\223), AAP de Tarragona 19 de octubre de 2015 (JUR 2015\4509). De forma más breve: AAP de Madrid 14 de marzo de 2011 (JUR 2011\168052), y AAP de Jaén de 30 de noviembre de 2012 (JUR 2013\142642).

³⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 596. También, aboga por su supresión SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 625.

³⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 64. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, 339, valora como positiva la inclusión de la expresión “con abuso de confianza”.

otorgadas, esto es, existe abuso cuando se da un uso ilegítimo, en interés propio”³⁰⁸. A pesar de todo, no es fácil delimitar qué actuaciones llevadas a cabo por el administrador quedan englobadas dentro de la expresión “con abuso de las funciones a su cargo”, y por el contrario, cuáles son ajenas a la misma. Ante tal cuestión, la doctrina ha mostrado diferentes opiniones³⁰⁹. Así, se ha discutido si puede considerarse “abuso del cargo” las actuaciones que son realizadas por los administradores fuera de su ámbito de competencias. Ante tal cuestión, algunos autores han considerado que únicamente podrán ser enjuiciados a través del –ya eliminado– artículo 295 CP los administradores que lleven a cabo competencias propias de su cargo porque si se realizan fuera de éstas constituirán otro tipo de ilícito³¹⁰; otros en cambio, han manifestado como especialmente relevante, no que el administrador actúe dentro o fuera de sus competencias sino que lo haga de forma desleal o perjudicial³¹¹.

— Resultado

El derogado delito societario de administración desleal del artículo 295 CP toma como punto de partida para determinar el resultado el daño causado a los sujetos pasivos del tipo. En función del menoscabo ocasionado a éstos, que supuestamente debe cumplir con la condición de que sea un perjuicio “directo” así como “económicamente evaluable”, será determinada la pena de prisión, o en su caso la de multa, en la que tendrá especial relevancia el beneficio obtenido para su cuantificación.

A pesar de que la redacción del delito no deja lugar a dudas sobre la naturaleza del ilícito como un delito de resultado material de lesión³¹², un número escaso de autores

³⁰⁸ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 574.

³⁰⁹ AAVV., *Memento práctico. Penal 2011* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 1120.

³¹⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 624. MATA Y MARTÍN, R. M., “Estructura...”, *op. cit.*, págs. 1558 y 1559 matiza: en el supuesto de que el administrador actúe en función de las competencias que ostenta (aunque lo haga de manera abusiva), su comportamiento será eficaz en la externa frente a terceros.

³¹¹ Así, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 22, interpretando a MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 271, manifiesta como los administradores podrán disponer de los bienes de la sociedad o en su caso, contraer obligaciones a su cargo si tienen atribuidas las competencias necesarias para poder realizar dichas funciones. En el caso de que no las tengan, podrán hacerlo engañando al resto de los miembros del Consejo de Administración o a la Comisión ejecutiva para les autorice a realizar un negocio jurídico.

³¹² NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosh, Barcelona, 2012, pág. 151.

ha manifestado su proximidad a los delitos de peligro. QUINTERO OLIVARES, defensor de la primera postura doctrinal aludida, manifiesta que la conducta típica exige para su consumación que se cause un perjuicio directo y económicamente evaluable³¹³; por lo tanto, cumple con el requisito de que se produzca un resultado determinado (delitos de resultado material) y asimismo, que este resultado corresponda a un perjuicio al bien jurídico (delitos de lesión). Además, la propia jurisprudencia, en la STS 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085)³¹⁴ ha definido claramente al delito de administración desleal como un delito de resultado en su “sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones”.

Sin embargo, otros autores han considerado que el entonces artículo 295 CP podría haberse configurado como un delito de peligro³¹⁵. En este sentido, VALLE MUÑIZ manifiesta que hubiese sido más apropiado la creación de un tipo de peligro concreto para el patrimonio social y el de los socios, pues de esta manera se hubiera protegido debidamente el acervo patrimonial societario; y una vez que se hubiese producido la lesión, la acción se sancionaría a través de otro delito patrimonial³¹⁶. Asimismo, TERRADILLOS BASOCO, de forma genérica considera que en los supuestos en los que el bien jurídico protegido tenga carácter colectivo, el ilícito debe ser configurado como un delito de peligro. Por lo que, teniendo en cuenta que el delito de administración desleal protege el orden socioeconómico, y más concretamente el buen funcionamiento del mercado, así como a los sujetos que actúan dentro de éste, cabe admitir como desde esta óptica sería más apropiado que el derogado artículo 295 CP hubiese sido redactado como un delito de peligro³¹⁷.

³¹³ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 33. RÍOS CORBACHO, J. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 144. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Artículo...”, *op. cit.*, págs. 586 y 587. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 469. LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 23, admiten que el delito societario es un delito de resultado, sin embargo, no admiten que se quiera para todas las modalidades de producción de la acción típica que se cause un perjuicio, que sea directo y económicamente evaluable, a los socios o restantes figuras incluidas en el precepto.

³¹⁴ También: SSTS 26 de febrero de 2008 (RJ 2008\2164); 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340); 18 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1587).

³¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 78.

³¹⁶ VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 1333.

³¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 28.

El artículo 295 CP (actualmente eliminado) exige que el perjuicio ocasionado sea directo. La inclusión del término “directo” en el delito societario de administración desleal ha sido criticada. La mayor parte de la doctrina considera que dicha locución debe ser interpretada de manera restrictiva. De este modo, la referencia al perjuicio “directo” simplemente se refiere a la imputación subjetiva de resultado. Por lo que, el legislador de nuevo ha incluido en el precepto un término que es superfluo y perturbador³¹⁸.

Por otro lado, se requiere que el perjuicio causado sea económicamente evaluable, esto es, que se pueda concretar el valor de éste en dinero, bien constatando documentos, o en caso de que fuese necesario a través de un informe pericial³¹⁹. Sin embargo, “las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no solo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada”³²⁰.

De este modo, FARALDO CABANA –tomando como base el derecho alemán– añade que el perjuicio económico evaluable, puede consistir también en la ausencia de un incremento patrimonial esperado. No obstante, es cierto que para que se enjuicien los hechos conforme a este perjuicio, será necesaria la constatación de que existe una gran probabilidad o esperanza fundada en que ese aumento del patrimonio iba a producirse³²¹.

³¹⁸ NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, op. cit., págs. 280 hasta 282, quien para realizar las afirmaciones incluidas en el texto principal, primero descarta la interpretación de la expresión “causando directamente” en el sentido que es empleado en el derecho de sociedades. También sobre el término “directo”, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, op. cit., pág. 408.

³¹⁹ SSTS 26 de febrero de 2008 (RJ 2008\2164); 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085); 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340); 18 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1587).

³²⁰ Pueden citarse las 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).

³²¹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, op. cit., págs. 578 y 579. Igualmente, las SSTS 26 de febrero de 2008 (RJ 2008\2164); 24 de junio de 2008 (RJ 2008\4085); 13 de julio de 2010 (RJ 2010\7340); 18 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1587), han entendido que el “perjuicio” exigido en el artículo 295 CP puede

— El dolo

Una vez analizados los elementos que forman el tipo objetivo del derogado artículo 295 CP, es conveniente aludir someramente a los presupuestos incluidos en el tipo subjetivo. De forma que, comenzamos haciendo alusión al dolo.

El sujeto activo actúa dolosamente cuando tiene intención de cometer el delito de administración desleal en el ámbito societario. De modo que, el administrador de hecho o de derecho, o en su caso el socio, dispondrán de los bienes de la sociedad o contraerán obligaciones a su cargo, siendo conscientes de que posteriormente van a causar un perjuicio en los términos establecidos en el artículo 295 CP. La mayoría de la doctrina ha considerado que el dolo requerido por el eliminado artículo 295 CP es directo³²². Por otro lado, otros autores han manifestado la posibilidad de admitir el dolo eventual³²³. Para seguir esta línea, se pueden distinguir varios caminos: en primer lugar, considerar que el deber de fidelidad y lealtad se exige como un verdadero elemento objetivo, pudiendo entenderse que el quebrantamiento de éste a través del dolo eventual (por ejemplo, el administrador que no actúa con la diligencia apropiada siendo consciente de que su comportamiento es contrario a la voluntad de la mayoría)³²⁴; o bien, admitir la tesis de LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS, que se limitan a aceptar el dolo eventual entendiendo que es compatible con la disposición de bienes y la actuación en beneficio propio o ajeno³²⁵.

En relación con la referencia hecha al dolo anteriormente, debemos subrayar la exclusión de la imprudencia recogida en el artículo 12 CP³²⁶.

corresponder “tanto a la merma patrimonial como a la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado”.

³²² Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 455.

³²³ Así por ejemplo, CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 443, señala que sería probable la admisión del dolo eventual en los “negocios de riesgo”, en los que es altamente probable que se cause un perjuicio, que finalmente acontece. En cambio, DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 147, afirma que la voluntad finalista del sujeto activo dificulta pensar en que el dolo eventual pueda admitirse; SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, págs. 628 y 629, determinan que la exigencia de varios elementos subjetivos (“el beneficio propio o de un tercero, abuso de funciones y disposición fraudulenta”) permite rechazar la admisión del dolo eventual.

³²⁴ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 581.

³²⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 24.

³²⁶ *Ibidem*. También, MATA Y MARTÍN, R. M., “Estructura...”, *op. cit.*, pág. 1564. CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 443 y 444.

— Elemento subjetivo del injusto: en beneficio propio o ajeno

El derogado artículo 295 CP requiere que el sujeto pasivo actúe con la intención de obtener un beneficio propio o para un tercero. El sujeto activo actúa con conciencia de que disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o bien, contrayendo obligaciones a cargo de ésta, obtendrá un beneficio. En un primer momento, parece que la admisión de este elemento subjetivo del injusto no suscita cuestiones relevantes; no obstante, la doctrina ha manifestado diversas opiniones doctrinales sobre este elemento incluido en el delito societario de administración desleal.

En primer lugar, se ha cuestionado si la inclusión en el precepto de una exigencia de lucro era necesaria. Algunos autores han manifestado que este elemento se podía haber obviado³²⁷. De otro lado, otros autores como QUERALT JIMÉNEZ han apoyado la inclusión referida. Según el autor, la expresión “en beneficio propio o de un tercero” es un elemento totalmente necesario y coherente porque permite identificar el ilícito como una defraudación, pues de otra forma se asemejaría a los daños³²⁸.

En segundo lugar, encontramos de nuevo una división doctrinal entre los autores que se han detenido en analizar cómo actúa el elemento subjetivo del injusto al que estamos haciendo referencia. Así, mientras una parte de la doctrina considera que la exigencia de que el sujeto activo obtenga un beneficio para sí mismo o para un tercero, actúa únicamente como un complemento al dolo; otra parte, manifiesta que dicha exigencia habría que interpretarla como otro resultado típico. De este modo, el delito de administración desleal se entendería consumado no solo cuando el sujeto activo cause un perjuicio (económicamente evaluable y directo) sino también cuando adquiera un beneficio para sí mismo o para un tercero³²⁹. Ésta última interpretación apenas goza de apoyos³³⁰. Además, el propio Tribunal Supremo se ha posicionado descartando la

³²⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 146, considera la inclusión del elemento subjetivo del injusto como inadecuado y perturbador. MATA Y MARTÍN., R. M., “Estructura...”, *op. cit.*, págs. 1563 y 1564, alude al grupo doctrinal que señala innecesaria la inclusión de la expresión “en beneficio propio o de un tercero”, ya que dicha exigencia sería propia de un delito de peligro pero no de uno de lesión como es el (derogado) artículo 295 CP.

³²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 595.

³²⁹ ROCA AGAPITO, L., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 748.

³³⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 25, admite que la mayor parte de la doctrina se decanta por considerar el elemento subjetivo del injusto (en beneficio propio o de un tercero) separadamente del resultado –causar un perjuicio– requerido por el eliminado

posibilidad de admitir el beneficio que el sujeto activo pretende obtener con su acción típica como un resultado³³¹.

Finalmente, en la doctrina se pueden diferenciar otras dos posturas divergentes que manifiestan su posición respecto al tipo de beneficio que debe obtener el sujeto activo. De forma amplia, el beneficio que consigue el administrador de hecho o derecho, o el socio, puede corresponderse con cualquier ganancia, pero de forma estricta puede ser concretado exclusivamente en un provecho de contenido económico³³². Ante estas posibilidades, se debe afirmar que en otros delitos el beneficio aludido puede entenderse referido a cualquier otro carácter que no sea el económico; sin embargo, en el caso del derogado artículo 295 CP habrá que estar al contenido económico del beneficio y ajustarnos a él, ya que será a partir del que se determine la pena³³³. Por tanto, es necesario entender el perjuicio de forma económica. La cuantificación de las pérdidas ocasionadas a la sociedad y demás sujetos pasivos será imprescindible para fijar la duración de la pena de prisión y concretar la cuantía de la pena de multa.

— Causas de exclusión de la tipicidad

Según MARTÍNEZ-BUJÁN pueden plantearse como causas de exclusión de la tipicidad cuatro supuestos³³⁴: el consentimiento, el riesgo permitido, la adecuación social y el principio de insignificancia o bagatela.

Respecto al primero, resulta relevante analizar el grado de influencia que han tenido los socios en la toma de decisiones del administrador, es decir, es necesario delimitar si éste ha contado con la autorización expresa de los demás socios para disponer de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta. En primer lugar, es esencial concretar en qué momento los socios prestaron el consentimiento (deberá ser

artículo 295 CP. A favor de ésta interpretación, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 454 y 455.

³³¹ Así, la STS de 2 de febrero de 2004 (RJ 2004\2112): “es indiferente que el acusado se lucrara y obtuviera un beneficio personal para que el delito se consumara, bastando el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función”.

³³² MATA Y MARTÍN, R. M., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 364.

³³³ SEQUEROS SAZATORNIL, F., y DOLZ LAGO, M. J., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 628.

³³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 455 hasta 457. Igualmente, se pronuncia sobre las cuatro causas citadas: LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

anterior a la realización de la conducta del administrador desleal). En segundo lugar, resulta relevante observar que el consentimiento –tanto de socios como del administrador– se haya prestado conforme a la autonomía de la voluntad. En el caso de que se observen vicios, no puede argumentarse el consentimiento como causa de exclusión. Además, habrá que tener en cuenta el tipo de sociedad en la que el consentimiento pretenda adquirir relevancia. De forma general, en la sociedad unipersonal el socio que actúa como administrador único es quien toma las decisiones. Con lo que, el comportamiento del sujeto mencionado no será sancionado penalmente. En cambio, en las sociedades en las que no hay un solo socio debe analizarse si la decisión tomada por el administrador ha sido ratificada por los demás socios, o si por el contrario, la ha tomado únicamente el administrador de forma unilateral.

En segundo lugar, puede ocurrir que la toma de decisiones del administrador genere un riesgo para la sociedad pero tal comportamiento entre dentro de los cánones de la normalidad y por lo tanto constituya una causa de exclusión de la tipicidad. De forma más concreta, no se sancionará al administrador que haya ocasionado un perjuicio a la sociedad de la que forma parte, así como a los sujetos pasivos que se enumeran, cuando éste haya actuado de forma diligente y haya asumido un riesgo razonable. De este modo, queda patente que el administrador debe actuar adoptando en todo momento las medidas de precaución y control imprescindibles para asegurar (en la medida de lo posible) el buen funcionamiento de la sociedad. Únicamente serán sancionables comportamientos en los que el administrador haya tomado decisiones siendo consciente de que había una gran probabilidad de que éstas fuesen perjudiciales para la sociedad; o bien, porque dejando sus deberes a un lado, se hubiera despreocupado de analizar las consecuencias que podían devenir de la aceptación de determinados riesgos (cuando se podía deducir fácilmente que éstos iban a ser nocivos para la entidad).

También puede barajarse la inclusión de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad. La inclusión de esta categoría es difícilmente aceptable, ya que resulta complicado especificar qué conductas deben ser consideradas como atípicas por el hecho de que sean aprobadas por la sociedad (no en el sentido mercantil de la palabra). En concreto, los comportamientos que quedan descritos en el derogado artículo 295 CP (disponer de forma fraudulenta de los bienes de la sociedad, o contraer obligaciones a cargo de la misma) deben ser en cualquiera de sus formas o intensidades encajados dentro

del injusto penal previsto. No tiene que tomarse el acomodo de estas conductas en la sociedad como causa que excluya la sanción de las mismas. En ningún caso debe admitirse tal operación, ya que si determinadas acciones están incluidas en el Código penal específicamente como prohibidas, se debe respetar tal caracterización decidida por los Poderes Públicos.

Finalmente, el principio de insignificancia o bagatela supone que el menoscabo insignificante de bienes jurídicos no constituye una lesión relevante a la protección que otorga la tipicidad. Es decir, en los supuestos en los que la conducta llevada a cabo por administradores de hecho o de derecho, o los socios, no cause un perjuicio de cierta entidad, no tiene por qué ser enjuiciado tal comportamiento. Para admitir tal posición habría que tomar como referencia el perjuicio ocasionado y a los caracteres de la sociedad en la que el administrador ha desarrollado la conducta desleal. Por su parte, el precepto no hace alusión en ningún momento a grados ni límites que puedan ser tomados como referencia para determinar la conducta definitoria de administración desleal como atípica penalmente por este motivo (tampoco son necesarios para apreciar el principio que tratamos pero sí facilitarían su aplicación). De hecho, es obvio que este precepto pretende mantener una línea de política legislativa que persigue una protección amplia, ya que ninguno de los Proyectos o Anteproyectos anteriores al Código Penal de 1995 propuso establecer una línea divisoria utilizando el criterio cuantitativo. Quizá el hecho de que el delito del derogado artículo 295 CP refleje en la mayoría de las ocasiones el movimiento de grandes cantidades de dinero (en determinados casos incluso desorbitadas) hizo que el legislador no incluyese un límite en los términos expuestos.

4.3. Otras cuestiones relacionadas con el desaparecido artículo 295 CP

— *Iter criminis*

En primer lugar, cabe analizar la posible admisión de la tentativa (artículo 16.1 CP) en relación con el derogado delito societario de administración desleal ubicado en el artículo 295 CP. La mayoría de autores tras examinar la estructura del precepto aceptan dicha posibilidad, tanto en la modalidad acabada como en la inacabada³³⁵. La tentativa se produce de forma general “cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito

³³⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 448.

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”³³⁶. De esta forma, podríamos entender que el delito no se ha consumado sino que queda en grado de tentativa cuando no se haya producido el perjuicio económico³³⁷.

No obstante, esta postura no es unánime. QUINTERO OLIVARES inadmite la posibilidad de aceptar la tentativa y lo hace manifestando que el delito societario de administración desleal requiere que se produzca como resultado un perjuicio, ya que así se determinará el beneficio obtenido por el sujeto activo, y en virtud de ello la pena de prisión o en su caso la cuantía de la multa. Si aceptamos sancionar una conducta de la que no se haya derivado un perjuicio económico a partir del que se concrete la pena de multa, se estaría castigando en algunas ocasiones más duramente la tentativa que la comisión del delito en sí³³⁸. A pesar de estos argumentos, no creo que ésta sea la postura más adecuada para dar respuesta al problema expuesto. En mi opinión, debe admitirse tal instituto jurídico-penal porque así lo demanda la estructura del precepto. La posibilidad de aceptar la tentativa no depende de la mayor o menor destreza del legislador a la hora de configurar la pena sino del propio perfil del tipo, que por su naturaleza determinará si es susceptible admitir la conducta ilícita inacabada entre las acciones punibles o no.

En segundo lugar, cabe aludir a la consumación del delito de administración desleal. El ilícito se consuma en el momento en el que se causa un perjuicio patrimonial. LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS identifican el momento de la consumación con la producción del perjuicio. Según estos autores, que se obtenga o no el beneficio propio o de un tercero perseguido por el autor es irrelevante. Desde esta óptica, la obtención de este provecho simplemente es importante “para la determinación concreta de la cuantía de pena y para la responsabilidad civil cuando proceda restitución y reparación del daño”³³⁹. A nuestro juicio, esta última tesis resulta interesante, ya que *a priori* no debería

³³⁶ Artículo 16.1 CP 1995: “Hay tentativa 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”.

³³⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D., “Delitos societarios”, *Curso de Derecho penal. Parte especial* (coords. AAVV.), Dykinson, Madrid, 2012, pág. 388.

³³⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 33.

³³⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 25. En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 457: “El momento consumativo

haber obstáculos para obviar como rasgo característico de la consumación del delito de administración desleal la obtención del beneficio. Realmente, lo que se propone el tipo penal del (derogado) artículo 295 CP es proteger el patrimonio de los sujetos pasivos (entendiéndose incluida la sociedad), así como el orden socioeconómico en general; por ello, el hecho de que se obtenga un lucro como corolario a la acción lesiva de aquel patrimonio es secundario. Así, se considera la obtención del beneficio como un elemento importante del injusto pero no definitorio de la consumación.

— Autoría y participación

El delito societario de administración desleal es catalogado como un delito especial propio³⁴⁰. El derogado artículo 295 CP exige que los sujetos que lleven a cabo la conducta típica posean una cualificación específica. Por este motivo, tan solo podrán ser calificados como autores directos quienes realicen personalmente el delito ostentando la condición de administrador de hecho o de derecho o de socio. Igualmente, cabe admitir la coautoría, pues no se identifican mayores problemas para aceptar que diversos administradores o socios lleven a cabo el delito societario de administración desleal. En relación con la admisión de la autoría mediata es complicado determinar en qué casos puede considerarse que algunos sujetos puedan servir como instrumentos de la realización del delito³⁴¹.

También ha suscitado controversias la delimitación de la responsabilidad de los *extraneus*, es decir, de los sujetos que intervienen en la realización del delito junto con los administradores de hecho o de derecho o los socios pero no tienen las cualidades necesarias para ser calificados como tal. Los *extraneus* no pueden ser considerados como autores ni coautores³⁴². A diferencia de lo que sucede en sede de autoría, sí cabe la participación del *extraneus*. Los sujetos serán responsables en la medida en que sean

se situará en que se causa el perjuicio patrimonial directamente a los sujetos pasivos y se obtiene un beneficio”.

³⁴⁰ Se hizo referencia a esta cuestión en el epígrafe anterior. Concretamente, a la parte en la que analizamos los sujetos activos del delito societario de administración desleal.

³⁴¹ *vid.*, 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, págs. 8 hasta 10.

³⁴² LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 27: salvo lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, a través del cual se amplía la autoría en supuestos de actuación en nombre o representación de otro.

calificados como cooperadores necesarios³⁴³, cómplices³⁴⁴ o inductores³⁴⁵. La inclusión en alguno de estos tres estatus penales debe estar justificada, ya que en virtud de la denominación que obtenga el infractor la pena que se impondrá será diferente³⁴⁶. A efectos teóricos conviene determinar el grado de participación que ha tenido el sujeto que no adquiere la condición de administrador o socio pero ha favorecido a la realización del hecho; así, será posible concretar una pena proporcional con la acción que dicho sujeto ha realizado³⁴⁷.

En general, es difícil individualizar la responsabilidad penal tomando como referencia las personas que realmente tuvieron el dominio de hecho. Las complejas estructuras societarias que se incardinan dentro de entidades que operan a gran escala no suelen estar perfectamente delimitadas sino que forman entramados difícil de segregar. De este modo, se acentúa el carácter espinoso que envuelve a los delitos societarios, y que hace posible en ocasiones evadir controles administrativos y en su caso, también judiciales. La solución que propone la mayoría de la doctrina es recurrir a la teoría de levantamiento del velo, a través de la cual, se podrá descubrir a los individuos concretos que tomaron las decisiones ilícitas³⁴⁸.

— Problemas concursales

Generalmente, las cuestiones concursales suelen ser complejas, así como las más debatidas dentro del análisis de los preceptos que engloban el Código Penal. La problemática aumenta cuando nos encontramos ante figuras que guardan una relación de cuasi-identidad, como es el caso del delito societario de administración desleal y el delito

³⁴³ Artículo 28.b) CP 1995: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

³⁴⁴ Artículo 29 CP 1995: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

³⁴⁵ Artículo 28.a) CP 1995: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”.

³⁴⁶ Así, los *extraneus* calificados como cooperadores necesarios o inductores serán sancionados en virtud de lo establecido en el artículo 65.3 CP. Sin embargo, los que sean considerados como cómplices serán castigados según lo expuesto en el artículo 63 CP.

³⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 27.

³⁴⁸ BLANCO LOZANO, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 190.

de apropiación indebida. Por ello, es necesario analizar el perfil de ambos delitos desde el ámbito concursal, sin olvidar todo lo expuesto anteriormente.

Algunos autores han manifestado que los problemas concursales existentes entre el delito apropiación indebida y el delito societario de administración desleal se resolverán a través del concurso de delitos. En concreto, CASTRO MORENO parte del momento en el que se produce la intención apropiatoria para determinar qué concurso se debe aplicar. Así, si el autor persigue la apropiación de manera inicial o simultánea a la realización de la conducta descrita en el artículo 295 CP se podrá aplicar el concurso ideal de delitos; en cambio, si la intención de apropiación se manifiesta en un momento posterior a la realización de la conducta desleal se aplicará el concurso real de delitos³⁴⁹. Por su parte, VALLE MUÑIZ desestima el concurso ideal de delitos porque “el fundamento del juicio de desvalor penal sería idéntico en ambas figuras penales, y, en consecuencia, su simultánea aplicación incurriría en *bis in idem* prohibido”³⁵⁰.

En cambio, otros autores se muestran favorables a apreciar un concurso de normas. De este modo, el concurso surgido entre el delito societario de administración desleal y el de apropiación indebida se resolverá en base a los principios expuestos en el artículo 8 CP. En primer lugar, hay que dilucidar si es posible acudir al principio de especialidad. Según éste, “el precepto especial se aplicará con preferencia al general” (artículo 8.1 CP); de forma que, se determinaría la sanción expuesta en el delito societario de administración desleal y se omitiría la incluida en el delito de apropiación indebida. No obstante, no es posible recurrir a tal principio. El delito societario de administración desleal no puede ser considerado como un tipo especial de apropiación, ya que todos los supuestos que concurren dentro de la tipificación del (derogado) artículo 295 CP no pueden quedar subsumidos en el artículo 252 CP (ubicado en el artículo 253 después de la Reforma 1/2015). Por lo que, no cabe admitir el concurso de normas resuelto en base al principio de especialidad. Además, si fuera posible aceptar la aplicación del mismo, un gran número de sujetos intentarían acogerse a tal previsión para ser sancionados de forma

³⁴⁹ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, op. cit., págs. 470 hasta 472.

³⁵⁰ VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios...*, op. cit., pág. 1335. A favor de admitir el concurso ideal y real de delitos, LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, op. cit., pág. 28.

menos grave que la prevista en el delito de apropiación indebida³⁵¹. Cabe mencionar en segundo lugar el principio de subsidiariedad, a través del que “el precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible” (artículo 8.2 CP). Algunos autores, entre los que se encuentra FERNÁNDEZ TERUELO, se decantan por la aplicación de este principio. Según manifiesta el autor “el artículo 295 es subsidiario respecto del artículo 252, ya que solo pretende regir en el caso de que no tenga lugar la incorporación patrimonial que describe el artículo 252”³⁵². Finalmente, nos referiremos al principio de alternatividad; éste ha sido utilizado por la jurisprudencia para arrojar luz sobre la controvertida cuestión concursal. Dicho principio queda recogido en el artículo 8.4 CP, si bien su aplicación en relación con el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida fue argumentado con meridiana claridad en la Sentencia del Caso *Argentina Trust*. Según la resolución, entre los dos delitos mencionados anteriormente existe un concurso de normas que se debe resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (en este caso, el de apropiación indebida).

En segundo lugar, puede establecerse un concurso entre el delito de estafa y el delito societario de administración desleal. Dicha relación concursal no trae aparejada grandes dificultades en cuanto a su conceptualización técnica. Centrándonos en lo dispuesto por el derogado artículo 295 CP y poniéndolo en consonancia con el contenido de los artículos referidos a la estafa (248 y siguientes CP), observamos que mientras en el primero, la maniobra engañosa suele producirse después de cometerse el acto de administración desleal, rompiendo con el vínculo de confianza existente; en el segundo, el engaño es previo y es determinante para que el sujeto engañado entregue la cosa³⁵³. Cuando se produzca el delito societario y posteriormente el administrador o socio utilicen

³⁵¹ En este sentido, AAVV., *Código...*, *op. cit.*, pág. 3054. Además, se pronuncia sobre la posibilidad de admitir el principio de especialidad: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 465.

³⁵² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Artículo...”, *op. cit.*, pág. 590.

³⁵³ El hecho de que el engaño sea previo es considerado como un elemento que diferencia el delito de estafa de administración desleal. Así queda expuesto en la SSTS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\6357), 18 de octubre de 2002 (RJ 2002\9584), 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8851); 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\2082).

el engaño para ocultar al titular del patrimonio el perjuicio causado³⁵⁴ se apreciará un concurso real de delitos³⁵⁵.

En tercer lugar, también puede ocurrir que la conducta típica del derogado artículo 295 CP se realice acompañada de otro delito societario. Es probable que para la consumación del delito de administración desleal, el administrador de hecho o de derecho, o en su caso el socio, hayan cometido otro de los delitos descritos en los artículos 290 a 294 CP. De este modo, es especialmente frecuente que el delito de gestión desleal confluya con el delito de falsedad documental en el ámbito societario tipificado en el artículo 290 CP. Según manifiesta FARALDO CABANA, cuando concurren las acciones que se derivan de los preceptos mencionados se podrá dar lugar a dos supuestos concursales diferentes. Por un lado, puede ocurrir que la falsedad simplemente sea entendida como un apoyo para poder realizar el delito societario de administración desleal o por el contrario de forma instrumental, es decir, como un medio necesario para la realización de éste. En el primer supuesto, se entiende que la falsedad documental actúa como una ocultación de la conducta tipificada en el derogado artículo 295 CP, con lo que se producirá un concurso real de delitos entre los ilícitos descritos en los artículos 290 apartado primero y 295 CP, respectivamente. Además, podrá existir también el concurso de delitos con el tipo cualificado del artículo 290 apartado segundo CP cuando se llegue a causar efectivamente un posterior perjuicio económico a sujetos distintos de los perjudicados en el delito societario de administración desleal a consecuencia de la falsedad. En cambio, cuando concorra el segundo supuesto, y la falsedad sea considerada como un medio necesario para que el sujeto activo pueda disponer de los bienes de la sociedad de forma fraudulenta o contraer obligaciones a su cargo, se planteará un concurso de leyes entre el artículo 290 apartado segundo; en cambio, el concurso existente entre el artículo 290 apartado primero CP con el (derogado) artículo 295 es calificado como un concurso medial que se resuelve a favor del último³⁵⁶.

— Penalidad

El legislador previó dos penas alternativas para castigar a los sujetos que administraban deslealmente un patrimonio en el ámbito societario. Específicamente, el

³⁵⁴ NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, pág. 242.

³⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 93.

³⁵⁶ FARALDO CABANA, P., “Artículos...”, *op. cit.*, pág. 1137.

derogado artículo 295 CP establecía que los sujetos que cometiesen la conducta típica descrita serían sancionados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. De modo que, la pena de privación de libertad, o en su caso la pena de multa, se fijará atendiendo al beneficio que el autor haya obtenido para sí o para un tercero.

La mayoría de la doctrina ha considerado que el delito de administración desleal societario prevé una pena excesivamente benévola, comparándola con las sanciones previstas para los delitos de estafa, apropiación indebida, y demás delitos societarios³⁵⁷. Estos últimos ilícitos contienen penas de lo más variadas³⁵⁸. Resulta sorprendente que el delito de falsedad documental en el ámbito societario sea el único que acumula las penas de prisión y multa. A este respecto, nos cuestionamos si el (eliminado) artículo 295 CP debería haber acumulado la pena pecuniaria y la de privación de libertad, y no ofrecerlas de forma alternativa. A nuestro juicio, hubiera sido más aconsejable esta última opción. Generalmente, el móvil para la comisión del hecho punible incluido en el derogado artículo 295 CP es la obtención de un beneficio económico. Por lo tanto, si se le impone al reo el pago de una determinada cantidad pecuniaria como castigo por la comisión del acto ilícito, se le estaría arrebatando aquello que lo ha llevado a delinquir (su motivación, que era la de conseguir un beneficio económico).

Sí es cierto que pueden surgir controversias a la hora de determinar la pena de multa señalada en el artículo 295 CP actualmente derogado, ya que habrá que partir del

³⁵⁷ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 459. En concreto (antes de la Reforma 1/2015), el delito de estafa, el Código Penal dispone la pena de prisión de seis meses a tres años (artículo 249 CP), o bien de uno a seis años y multa de seis a doce meses (artículo 250 CP); en el delito de apropiación indebida se prevé la misma pena que para el delito de estafa salvo para los que “con ánimo de lucro se apropiaren de cosa perdida o dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda el valor de cuatrocientos euros”, así como los que “habiendo recibido indebidamente por error del transmitente dinero o alguna otra cosa mueble, nieguen haberla recibido o, comprobado el error, no proceda su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de los cuatrocientos euros”, que se sancionarán con multa de tres a seis meses.

³⁵⁸ El delito de falsedad documental dentro de una sociedad (artículo 290 CP) conlleva la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses; el delito de imposición de acuerdos abusivos mediante prevalimiento de situación mayoritaria (artículo 291 CP), junto con el de aprovechamiento de acuerdos lesivos adoptados por mayoría ficticia (artículo 292 CP) supone una pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido; el delito de impedimento o denegación de los derechos de los socios (artículo 293 CP) prevé una multa de seis a doce meses, y por último, para el delito de negativa u obstrucción a la actividad supervisora o inspectora de la Administración (artículo 294 CP), se establece una pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

beneficio obtenido por el autor para sí o para un tercero para cuantificarla de forma adecuada. Concretamente, la problemática surge en relación con la admisión de la tentativa. A la hora de sancionar las conductas de imperfecta ejecución no existiría la condición (esto es, el beneficio) a partir de la que se concreta la cantidad pecuniaria de la pena de multa. Así, de la redacción del (derogado) artículo 295 CP se deduce que el Juez podría aplicar la pena de prisión o multa cuando se obtenga un beneficio pero en los casos en los que no se obtenga deberá aplicar la de prisión. De este modo, el autor del delito consumado podría optar a una pena menor que la que se podría imponer a quien ha cometido el ilícito en grado de tentativa. QUERALT JIMENEZ determina que “cuando resulte de un delito en grado de tentativa, será difícil determinar tal cálculo. En primer lugar por tratarse de una hipótesis, y en segundo lugar porque la base del perjuicio no siempre será equivalente a beneficio. En suma, cuando el legislador establece una multa proporcional, incluso si lo hace aquí como pena alternativa, debe procurar configurar el tipo de modo que sea una pena factible”³⁵⁹. Por su parte, CASTRO MORENO, manifiesta la necesidad de castigar la conducta punible únicamente cuando se produzca un beneficio efectivo³⁶⁰. Además, QUINTERO OLIVARES invoca al principio de legalidad y proporcionalidad para admitir que a través de la redacción del derogado artículo 295 CP se ha cerrado la posibilidad de sancionar las conductas en fase de tentativa³⁶¹.

— Perseguibilidad

El artículo 296 CP introdujo en el Código Penal de 1995 una condición objetiva de perseguibilidad para todos los delitos societarios. Se trata de un precepto que ha sido criticado por la mayoría de la doctrina porque su inclusión en el CP se ha considerado carente de justificación³⁶². El precepto mencionado dispone que³⁶³ los delitos societarios serán perseguidos mediante denuncia de la persona agraviada o bien de su representante legal. El Ministerio Fiscal podrá iniciar la persecución penal en los supuestos en los que el agraviado sea un menor de edad, incapaz o una persona desvalida (artículo 296.1 CP).

³⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...* (6ª ed.), *op. cit.*, pág. 596.

³⁶⁰ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 460 hasta 462 y 524.

³⁶¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos...*, *op. cit.*, pág. 34.

³⁶² CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 481 y 482; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 298 y 299. Por su parte, NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 293, determina que la principal función de artículo 296 CP es solucionar el problema de los ilícitos de bagatela.

³⁶³ Nos remitimos al contenido del precepto antes de la entrada en vigor del texto normativo de la Reforma 1/2015.

No obstante, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o una pluralidad de personas no será necesaria la denuncia antes mencionada (artículo 296.2 CP)³⁶⁴. El contenido del artículo 296 CP permite que el artículo 295 CP –al igual que el resto de los delitos societarios– pueda catalogarse como un delito semiprivado³⁶⁵.

Finalmente, se ha planteado la cuestión de la admisión del perdón del ofendido, en aquellos casos en los que no se haya producido un resultado lesivo a los intereses generales ni a una pluralidad de personas. En este sentido, conviene aludir a lo establecido en el artículo 130.5 CP que señala que “la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea”. Por lo tanto, para el delito de administración desleal, el perdón por parte ofensor no extingue la responsabilidad penal, al no estar previsto de manera expresa en el propio tipo penal³⁶⁶.

³⁶⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 28, según los autores es habitual que se produzca la situación descrita en el artículo 296. 2 CP en los casos en los que la sociedad en cuestión tiene un papel relevante en el tráfico económico, ya que en estos supuestos el número de perjudicados suele ascender considerablemente.

³⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 86; el mismo autor en: *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 367 y 368. LUZÓN PEÑA, D. M., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 29, puntualizan que es un delito semiprivado con excepciones. También puede consultarse: SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 552 y 553.

³⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 371.

V. 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)³⁶⁷, fue aprobado el 11 de octubre de 2012 el Anteproyecto de reforma del Código Penal (Anteproyecto de 2012)^{368,369}. 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

³⁶⁷ 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 triplo del perjuicio causado, e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio”.

³⁶⁸ Se modifica el artículo 252, que se incluye en la Sección 1 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”.

³⁶⁹ 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.

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 sociedad³⁷⁰. Así, se podían castigar múltiples conductas que por determinadas circunstancias no tenían encaje dentro del delito societario.

³⁷⁰ 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...”, *op. cit.*, 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 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 20/02/17) 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*, nº 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*, nº 114, diciembre 2014, Dykinson, págs. 99 y 100; FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 420; CARDONA TORRES, J., “El delito societario de administración desleal: supresión del artículo 295 del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8534, mayo 2015, pág. 16. 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, si 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).

Concretamente, si atendemos al texto del Proyecto de 2013, publicado con fecha 4 de octubre de 2013³⁷¹, 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 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 permitía 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

³⁷¹ Dicho texto puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF (Última consulta el 20/02/17).

Alemania^{372,373}, que propone desde hace años “cualquier criminalización genérica de toda producción dolosa de una lesión patrimonial, cuando se trate de la administración de patrimonio ajeno”³⁷⁴. El artículo 252 del Proyecto de 2013 castigaba con las penas previstas para el delito de estafa³⁷⁵ 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 gravedad³⁷⁶. En

³⁷² 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*, nº 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 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.

³⁷³ El § 266 StGB alemán 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 MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pág. 466.

³⁷⁴ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración...”, *op. cit.*, pág. 128.

³⁷⁵ 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.

³⁷⁶ 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, a través de 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

particular, el artículo 252.1 del Proyecto de 2013 –tipo de abuso– aludía al sujeto que infringe 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 ajenos³⁷⁷. 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 CP³⁷⁸ 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 sociedad³⁷⁹ 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 alemán³⁸⁰– 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

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.

³⁷⁷ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 37. Además, los autores se cuestionan que 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.

³⁷⁸ 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”.

³⁷⁹ 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...”, *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, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (6ª ed.), *op. cit.*, 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).

³⁸⁰ 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*, nº 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.

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 disposición³⁸¹. 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 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 desleal³⁸².

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

³⁸¹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 39 y 40. Igualmente, NIETO MARTÍN, A., *El delito...*, *op. cit.*, 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 20/02/17). En adelante, Informe del Consejo Fiscal de 2012.

³⁸² Informe del CGPJ de 2013, págs. 199 hasta 202.

enmiendas que tras un dilatado proceso se presentaron el día 10 de diciembre de 2014^{383,384}. 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 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

³⁸³ Concretamente, se fijó a través del Proyecto de 2013 la fecha máxima de 23 de octubre de 2013 para la presentación de enmiendas.

³⁸⁴ Texto: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (Última consulta el 20/02/17).

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 desleal³⁸⁵. 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

³⁸⁵ 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...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, 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.

encontrar con un tipo caracterizado como mixto alternativo que ya recogía el delito societario³⁸⁶. 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 estafa³⁸⁷.

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 adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio”³⁸⁸.

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 señalada³⁸⁹.

— 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

³⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 447.

³⁸⁷ Consultar la STS 21 de junio de 2007 (RJ 2007\3329).

³⁸⁸ En 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.

³⁸⁹ Ello porque las enmiendas número 159 y 160 son del mismo partido: Grupo Parlamentario de IU: ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural.

razón –ya expresada en las enmiendas de otro partido político³⁹⁰– 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 robo³⁹¹. 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 menos 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

³⁹⁰ 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).

³⁹¹ Así lo expresa la Exposición de Motivos (XV) del Proyecto de 2013.

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 contratación 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. Ante esto, debemos cuestionarnos 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 requiere 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 económicos. 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 agravante de mayor gravedad. 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 Ponencia³⁹². A través de éste, se eliminaba el apartado segundo del artículo 252 del Proyecto de 2013 que aludía a los que causaran un perjuicio por quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos³⁹³. Si atendemos a las enmiendas analizadas una de ellas ya propuso la eliminación de este último apartado³⁹⁴. 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 Dictamen³⁹⁵ que contenía la redacción del delito que posteriormente fue aprobada por el

³⁹² Ver: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-3.PDF (Última consulta el 20/02/17).

³⁹³ 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.

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ Consultar en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-4.PDF (Última consulta el 20/02/17).

Pleno y enviada al Senado³⁹⁶. 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 enmiendas³⁹⁷. Muchas de ellas contenían la misma redacción que las presentadas cuando el Proyecto de Ley aún se encontraba en el Congreso de los Diputados³⁹⁸. 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

³⁹⁶ Texto en http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_465_3148.PDF (Última consulta el 20/02/17).

³⁹⁷ Texto en: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_475_3158.PDF (Última consulta el 20/02/17).

³⁹⁸ 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.

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.

Tras la presentación de enmiendas, fue a través del Informe de la Ponencia³⁹⁹ 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 Congreso⁴⁰⁰. 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 marzo⁴⁰¹.

³⁹⁹ Véase: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_481_3237.PDF (Última consulta el 20/02/17).

⁴⁰⁰ Consultar: http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_493_3340.PDF (Última el consulta 20/02/17)

⁴⁰¹ Texto completo en http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_001_2015.pdf (Última consulta el 20/02/17).

VI. 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 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” (que se regulará en el artículo 252 CP), 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.

TERCERA PARTE

**UN CASO DE DERECHO COMPARADO:
EL DELITO DE *INFEDELTÀ PATRIMONIALE***

I. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

1. Justificación de la elección del sistema italiano

En el año 1995 se introdujo en el ordenamiento español un delito específico que castigaba las conductas irregulares de administración desleal cuando se desarrollaban en el ámbito societario. Actualmente, tales comportamientos son sancionados a través de un delito genérico aplicado a cualquier sector –societario o no–. Ahora bien, la conducta que queda tipificada a través del artículo 252 CP no se realiza exclusivamente en España, no podemos concluir que en nuestro país existen unas condiciones especialmente idóneas para el desarrollo de este tipo de actos; ni tampoco que el ordenamiento español sea el único en el que se ha incluido una norma dedicada a castigar al sujeto con facultades de administración que causa un perjuicio al patrimonio social. Por este motivo creemos apropiado recurrir a nuevas fuentes, en este caso internacionales, y a partir de la aplicación del método comparado, comprobar qué tratamiento le conceden otros ordenamientos a la administración desleal societaria. A pesar de que en otros países el contenido de los preceptos que regulan la administración desleal difieran del incluido en el artículo 252 CP, y que al ámbito al que se aplica aquellos artículos no sea exactamente idéntico al de este último (por ejemplo porque los modelos de organización de las sociedades respondan a cánones diferentes a los que recoge el Derecho societario español), es relevante conocer cómo han respondido otros sistemas jurídicos a las conductas ilícitas de administración desleal. No obstante, de la misma manera que hemos tenido que reducir algunos puntos de esta investigación relacionados con el análisis del delito del artículo 252 CP debido a la amplitud de la materia, no podemos abordar aquí cada uno de los ordenamientos que incluyen el ilícito que venimos tratando. De forma que, vamos a limitar nuestro estudio al sistema italiano.

En este punto, y teniendo en cuenta que tanto el delito de societario del artículo 295 CP (suprimido) como el nuevo delito del artículo 252 CP beben de la tradición alemana y se encuentran inspirados (especialmente el último) en el contenido del delito de la *Untreue* (§ 266 StGB), podría pensarse en la oportunidad de estudiar el sistema jurídico alemán. Sin embargo, la similitud entre el mencionado precepto que regula en Alemania la administración desleal y el artículo 252 CP en determinados puntos nos han

obligado a aludir a lo largo de este trabajo al ordenamiento germano, pues se han establecido paralelismos así como diferencias interpretativas con el delito de administración desleal introducido con la última reforma del Código Penal, razón por la cual no vamos a volver a detenernos en el estudio del precepto alemán. Además, la doctrina española se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto al tratamiento de la administración desleal en Alemania; sin embargo, el estudio de esta conducta en otros ordenamientos jurídicos –como en el italiano– siempre ha estado en un plano secundario. De modo que, en vez de reducir nuestro estudio al contenido de delito del § 266 StGB que sería reiterativo en los términos expresados, creemos que debemos dirigir nuestra investigación hacia otras perspectivas de Derecho comparado, y observar si existen artículos ubicados en otros sistemas jurídicos que nos aporten una visión diferente sobre la tipificación del delito de administración que conocemos. En particular, como ya hemos indicado, vamos a centrar nuestro investigación en el Derecho italiano⁴⁰².

El *iter* seguido por el sistema italiano y español en relación con la punición de las conductas de administración desleal ha sido similar. El primer punto de conexión entre los ordenamientos italiano y español respecto a la administración desleal se determina en la ausencia de un delito específico que regulara el comportamiento irregular del administrador en el sentido que venimos exponiendo. La doctrina y jurisprudencia española e italiana se enfrentaron ante el mismo problema, es decir, tener suplir la carencia de un precepto destinado a sancionar la administración desleal que concurre en el ámbito de las sociedades de capital. Tras varios años recurriendo a diversas figuras delictivas que permitieran colmar la laguna existente en ambos ordenamientos, se introdujo un precepto destinado a castigar al administrador que perjudica el patrimonio de la sociedad. ¿Optó el legislador español y el italiano por redactar un precepto similar a la hora de castigar la administración desleal? Podemos anticipar que la respuesta es negativa. La redacción del precepto que castiga la administración desleal en Italia es diferente a la que se incluye en nuestro Código Penal. De modo que teniendo en cuenta que partimos de artículos cuya contenido es diferente, marcamos el objetivo de

⁴⁰² A las razones expuestas en el texto principal, que justifican el estudio de la administración desleal en el ordenamiento italiano, debemos añadir otra de carácter personal-académico. En concreto, la estancia realizada durante la elaboración de esta investigación se ha desarrollado durante 8 meses en la Universidad de Módena (Italia), circunstancia que nos ha facilitado el estudio de las fuentes de dicho país con la finalidad de poder exponerlas en nuestro trabajo.

comprender el delito de administración desleal en el sistema jurídico italiano, y además de tomar ideas que puedan ayudarnos a mejorar el artículo 252 CP.

En definitiva, esta parte de la investigación va a consistir en analizar el delito de administración desleal en el ordenamiento italiano. Para ello, desglosaremos el esquema clásico de la Teoría Jurídica del Delito en relación con el contenido del precepto que recoge la práctica irregular societaria. Posteriormente se determinarán las similitudes y contradicciones existentes entre la regulación del delito en el ordenamiento español y en el ordenamiento italiano, y para finalizar se incluirá una valoración final.

2. El delito de *infedeltà patrimoniale* (artículo 2634 Codice Civile)

2.1. Ubicación, contenido actual y aplicación en el ámbito de las sociedades de capital

En el año 1998, durante el Gobierno de Romano Prodi, se encargó a una comisión de expertos la elaboración de un proyecto que reformase el Derecho societario. Sin embargo, la Decimotercera Legislatura finalizó y el camino hacia la reforma apenas había avanzado. A pesar de que en el año 2000 el esquema de la ley de delegación de reforma del Derecho societario (conocido como “Proyecto Mirone”) fue presentado a las Cámaras, los conflictos políticos que tuvieron lugar entre finales de 1998 y mediados de 2001 (con los gobiernos de Massimo D’Alema y Giuliano Amato) influyeron en el retraso de la intervención legislativa penal en el ámbito societario. Con la llegada al poder de Silvio Berlusconi (en junio de 2001), la primera medida que se adoptó fue la reforma en materia de delitos societarios. El Gobierno de Berlusconi, apenas unos meses después de tomar el poder, presentó a las cámaras la ley de delegación de reforma del Derecho societario utilizando el texto que había redactado la oposición, lo que llevó a que ésta se mostrara a favor del contenido del mismo. No obstante, cuando el mencionado texto fue presentado al Parlamento, una serie de enmiendas propusieron la modificación de su contenido, lo que llevó al enfrentamiento entre la oposición y la mayoría⁴⁰³. Finalmente, la Ley de Delegación de 3 de octubre de 2001 (nº 366)⁴⁰⁴ permitió al Gobierno reformar el Derecho

⁴⁰³ FOFFANI, L., “Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia”, en *Revista Penal*, nº 15, 2005, págs. 57 y 58. Sobre la génesis de la reforma también: SANTORIELLO, C., *Il nuovo diritto penale delle società. Le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capital e delle cooperative*, UTET, Torino, 2003, págs. 3 y 4.

⁴⁰⁴ Ley de 3 de octubre de 2001 (nº 366), “Delega al Governo per la riforma del diritto societario” publicada en la *Gazzetta Ufficiale* nº 234 de 8 de octubre de 2001. Puede consultarse en <http://www.camera.it/parlam>

societario. La *legge delegata* marcaba varios objetivos que se pretendían alcanzar con la reforma: favorecer el nacimiento, crecimiento y competitividad de la empresa a través del acceso a los mercados nacionales e internacionales, mejorar la naturaleza empresarial de la sociedad, definir con claridad y precisión las competencias y responsabilidad de los órganos sociales, adecuar la disciplina de los modelos societarios a las exigencias de las empresas, entre otros⁴⁰⁵. En concreto, el artículo 11 de la Ley mencionada demandaba al gobierno que reformase la disciplina de los ilícitos penales y administrativos sobre las sociedades mercantiles. Actuando según el contenido de la *legge delegata*, el Gobierno adoptó el Decreto Legislativo de 11 de abril 2002 (nº 61)⁴⁰⁶ que, en virtud del contenido del artículo 11 mencionado anteriormente, ha introducido la reforma de los delitos societarios. En concreto, a través del Decreto Legislativo de 2002 se modificaba el contenido del Título X del Libro V del Código Civil Italiano⁴⁰⁷.

Entre las novedades más esperadas que introdujo el Decreto Legislativo de 2002 se destacó la tipificación de la *infedeltà patrimoniale*⁴⁰⁸. El ordenamiento italiano no contenía con anterioridad a la reforma un delito de *infedeltà patrimoniale*⁴⁰⁹. Como había ocurrido en otros ordenamientos que tienen base romanística⁴¹⁰, en el italiano no existía la figura delictiva mencionada⁴¹¹. La doctrina había demandado en numerosas ocasiones

/leggi/013661.htm.

⁴⁰⁵ Pueden consultarse en el artículo 2 de la Ley 3 de octubre de 2001 (nº 366).

⁴⁰⁶ Decreto Legislativo de 11 de abril de 2002 (nº 61), "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366" publicado en la *Gazzetta Ufficiale* nº 88 de 15 de abril de 2002. Véase: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/02061dl.htm>.

⁴⁰⁷ Tras la reforma de 2002, el legislador ha modificado algunos aspectos de los delitos societarios. En concreto, hacemos referencia a algunas de las últimas modificaciones: Ley 27 de mayo de 2015 (nº 69), "Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio", o el Decreto Legislativo de 15 marzo 2017 (nº 38), "Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro corruzione nel settore privato".

⁴⁰⁸ CORVI, P., "Parte civile e nuovi reati societari", en *I nuovi reati societari: diritto e processo* (a cura di GIARDA, A., y SEMINARA, S.), CEDAM, Padova, 2002, pág. 742; MARUOTTI, R. G., "I reati societari", en *Croso di Diritto penale dell'impresa* (a cura di MANNA, A.), CEDAM, Padova, 2010, págs. 198 y 199.

⁴⁰⁹ SANTORIELLO, C., "La tutela del patrimonio societario", en *La disciplina penale dell'economia. Società, fallimento, finanza* (a cura di SANTORIELLO, C.), Volume primo, Giappichelli, Torino, 2008, pág. 174; FEBBRAI, R., "Capitolo XII. Infedeltà patrimoniale" en *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali* (a cura di Cerqua L.D.), Tomo primo, Cedam, Padova, 2009, pág. 521.

⁴¹⁰ FOFFANI, L., "Infedeltà patrimoniale in diritto comparato", en *Digesto delle discipline penalistiche*, Volume VI, UTET, Torino, 1992, pág. 398.

⁴¹¹ Hasta la entrada en vigor del delito de *infedeltà patrimoniale* la jurisprudencia tuvo que recurrir a la tipificación de figuras delictivas que estaban presentes en el ordenamiento en ese momento. En concreto, a

al legislador la introducción de un delito que colmase la laguna de tutela penal en la represión de los delitos contra el patrimonio social, en concreto de los abusos operados por los componentes de los órganos sociales, ya que era “el punto de mayor debilidad” en la estructura del Derecho penal económico italiano⁴¹². La reforma era una oportunidad para criminalizar la conducta de los administradores de la sociedad que utilizaban los bienes sociales para alcanzar intereses contrarios a los que interesaban al ente del que formaban parte⁴¹³. Por todo ello, el legislador decidió incorporar un precepto que castigaba exclusivamente la administración desleal en el ámbito societario⁴¹⁴.

En concreto, el delito estaba previsto en el artículo 2634 del Código Civil Italiano (en adelante, CCI), y su contenido era el siguiente:

“Los administradores, los directores generales y liquidadores que, teniendo un conflicto de intereses con la sociedad, y con el fin de obtener para sí o para terceros un beneficio injusto u otra ventaja, realizan o contribuyen a decidir actos de disposición de los bienes sociales, causando intencionadamente a la sociedad un perjuicio patrimonial, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 3 años.

La misma pena se aplica si los hechos son cometidos en relación a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, causando a estos últimos un

través del delito de falsas comunicaciones sociales, el delito de apropiación indebida y del (derogado) artículo 2631 CCI. Así lo ha expuesto: MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, CEDAM, Padova, 2013, págs. 155 hasta 157. Igualmente, ALDROVANDI, P., “Art. 2634 CC., Infedeltà patrimoniale”, en *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio* (a cura di LANZI, A., y CADOPPI, A.), CEDAM, Padova, 2007, págs. 183 hasta 185; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 191 y 192; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, págs. 248 hasta 250 (solo en relación con el artículo 2631 CCI y el delito de apropiación indebida).

⁴¹² FOFFANI, L., “Le infedeltà”, en *Diritto penale dell'impresa. Materiali per lo studio* (a cura di ALESSANDRI, A.), Giappichelli, Torino, 2007, pág. 535; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà patrimoniale”, en *Diritto penale delle società* (a cura di CANZIO, G., CERQUA, L. D., y LUPÁRIA, L., coord. VACIAGO, G.), CEDAM, Padova, 2014, pág. 431; GIOVAGNOLI, R., *Studi di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 515; VALENTINI, V., “Commento art. 2634 c.c. Infedeltà patrimoniale”, en *Codice Penale commentato. Artt. 575-734 bis* (a cura di DOLCINI, E., y GATTA, L., coord. GATTA, L. G.), Ipsoa, Milano, 2011, pág. 7131; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 174; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 521.

⁴¹³ CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 431.

⁴¹⁴ Cabe puntualizar también que además del precepto que estudiamos, fue introducido el artículo 2635 CCI que castiga la *infedeltà* seguida de dación o promesa de utilidad, que actualmente recibe el nombre de corrupción entre particulares. Se hace eco de esta novedad: SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 245; FOFFANI, L., “Crónica...”, *op. cit.*, pág. 59.

perjuicio patrimonial.

En todo caso no se considera injusto el beneficio de la sociedad vinculada o del grupo, en tanto que sea compensado por ventajas, conseguidas o fundadamente previsibles, derivadas de la vinculación o pertenencia al grupo.

Los delitos previstos en el primer y segundo apartado se persiguen a través de querrela de la persona ofendida⁴¹⁵.

En ámbito de aplicación al que ceñimos el estudio del precepto anteriormente descrito se limita a las sociedades de capital. En concreto, el Libro V, Título V se ocupa del tratamiento “Delle società”, y dentro de éste el Capítulo V alude a la “Società per azioni” en los artículos 2325 hasta 2451 (sociedad por acciones que se corresponde con nuestra sociedad anónima), el Capítulo VI titulado “Della società in accomandita per azioni” (sociedad comanditaria por acciones) va desde los artículos 2452 hasta 2461, y finalmente en los artículos 2462 hasta 2483, se incluye el Capítulo VII bajo la expresión “Della società a responsabilità limitata” (sociedad de responsabilidad limitada).

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el patrimonio social⁴¹⁶. A través del delito incluido en el artículo 2634 CCI se pretende proteger el patrimonio social de las actividades

⁴¹⁵ Traducción propia. Texto original: “Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.

In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa”.

⁴¹⁶ MUSCO, E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, pág. 206; DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2011, pág. 398. MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157; CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2013, pág. 1474; AMBROSETTI, E. M., MEZZETTI, E., y RONCO, M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2012, pág. 175; VALENTINI, V., “Commento...”, *op. cit.*, pág. 7132; ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 278; MALAVASI, M., *I casi del diritto. I nuovi reati societari*, UTET, Torino, 2008, pág. 161; CORVI, P., “Parte civile...”, *op. cit.*, pág. 742; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 195; GAROFOLI, R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale.*, Tomo III, Neldiritto, Lecce, 2013, pág. 498.

desleales llevadas a cabo por los órganos gestores de la sociedad. Cuando el precepto exige para la consumación del delito la producción de un perjuicio patrimonial, está excluyendo de su protección los bienes que no tienen un carácter estrictamente patrimonial y que no se refieren de manera directa a la sociedad⁴¹⁷. La determinación del bien jurídico en el patrimonio de la sociedad es confirmada por algunos de los elementos que forman parte de la tipificación del ilícito. En concreto, por la exigencia del resultado del perjuicio patrimonial al que alude el delito, así como de la perseguibilidad del mismo mediante querrela de la persona ofendida⁴¹⁸.

En relación con el contenido del término “patrimonio” cabe señalar que tal y como ocurre en el ordenamiento español, en el italiano también responde a diversas concepciones⁴¹⁹. En este sentido, CHIARAVIGLIO ha sostenido que el hecho delictivo incluido en el contenido del artículo 2634 CCI hace que parezca inevitable determinar el concepto de patrimonio desde una perspectiva económica o a lo sumo jurídico-económica⁴²⁰.

En el segundo apartado del artículo 2634 CCI se protegen los intereses de terceros que hayan confiado sus bienes a la sociedad⁴²¹. El artículo mencionado prevé la misma pena si los hechos se han cometido sobre bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros. El legislador no redujo el ámbito de protección del delito al patrimonio de la sociedad sino que amplió la protección a los bienes de terceros que eventualmente son propiedad o administrados por la sociedad. Lo que ha hecho el legislador ha sido equiparar el conflicto de intereses “interno” entre administradores,

⁴¹⁷ DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 398. Por su parte, SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 175, apunta en este sentido que algunos autores consideran que el precepto protege perfiles de carácter no patrimonial

⁴¹⁸ MAZZACUVA, N., AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157; MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, pág. 206; MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 161; ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 278.

⁴¹⁹ En términos generales son definidas por FIANDACA, G., y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Volumen II, Zanichelli, Bologna, 2014, págs. 23 hasta 27; CARMONA, A., “I reati contro il patrimonio”, en *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale* (a cura di FIORELLA, A.), Giappichelli, Torino, 2012, págs. 103 hasta 105.

⁴²⁰ CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, págs. 441 y 442, el autor además analiza cada una de las nociones de patrimonio en relación con el artículo 2634 CCI.

⁴²¹ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157; DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 398; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 195; VALENTINI, V., “Commento...”, *op. cit.*, pág. 7132. MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 161.

directores o liquidadores, y la sociedad, al conflicto de intereses “externo” entre la sociedad y la clientela de ahorradores o inversores⁴²².

2.3. Sujeto activo

El artículo 2634 CCI enumera a los sujetos activos del delito “los administradores, directores generales y los liquidadores”⁴²³. El motivo de hacer referencia a los administradores, directores generales y liquidadores es que, teniendo en cuenta que la conducta se refiere al cumplimiento de los actos de disposición de los bienes sociales, el círculo de sujetos mencionados pueden ser titulares de los poderes de gestión⁴²⁴ sobre los bienes sociales⁴²⁵.

Además de los sujetos mencionados expresamente en el artículo 2634 CCI, el artículo 2639 CCI extiende la posible autoría a otros dos perfiles. El primero es quien realiza las mismas funciones que las que tienen los sujetos mencionados expresamente en el artículo principal, aunque tales actividades tengan otra denominación; y el segundo se refiere a quien ejercita de manera continuada y significativa los poderes típicos inherentes a la cualificación o a la función de los sujetos a los que alude el artículo 2634 CCI. Ambos perfiles redundan en la idea de que se pueda castigar a las personas que realicen las funciones que desempeñan los sujetos del artículo 2634 CCI a pesar de que no estén investidos formalmente con el poder necesario para desarrollarlos (administradores de hecho). También, el artículo 2639 CCI determina que los administradores son

⁴²² En tal sentido FOFFANI, L., “*Infedeltà...*”, *op. cit.*, págs. 545 y 546: “la equiparación expuesta es problemática, vista la diversa naturaleza de los intereses en juego; en cualquier caso acerca de algún modo el nuevo perfil de la infidelidad en la administración societaria a otra figura delictiva análoga presente en el texto único sobre intermediación financiera, configurada sobre las hipótesis de gestión desleal de patrimonios mobiliarios (artículo 167 t.u.i.f.)”; toma la idea expuesta FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, págs. 534.

⁴²³ FOFFANI, L., “*Le infedeltà...*”, *op. cit.*, pág. 539; MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 161; DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 398; CARCANO, D., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2010, pág. 1326.

⁴²⁴ ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, págs. 278 y 279, el autor recuerda que el legislador (en la Relación Ministerial) especificó que la inclusión del delito de *infedeltà patrimoniale* en el Código Civil es una respuesta a la necesidad de proteger el patrimonio social contra los abuso de los titulares de los poderes gestores. También, AMBROSETTI, E. M., MEZZETTI, E., y RONCO, M., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 175, determinan que los sujetos mencionados en el texto principal son los que tienen una directa y autónoma gestión del patrimonio de la sociedad en las diversas fases de la vida societaria; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157; MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, págs. 208 y 209.

⁴²⁵ MARUOTTI, R. G., “*I reati...*”, *op. cit.* pág. 195; ALDROVANDI, P., “*Art. 2634...*”, *op. cit.*, pág. 186, que puntualiza que tienen poder autónomo de gestión.

equiparados a todos aquellos que son encargados por la autoridad judicial o la autoridad pública a la vigilancia de la administración de la sociedad o los bienes de la misma poseídos o gestionados por cuenta de terceros.

Una vez concretados los sujetos activos podemos afirmar que el delito de *infedeltà patrimoniale* es un delito propio⁴²⁶. A partir del contenido del artículo 2634 CCI no solo puede ser sujeto activo el administrador único sino también el administrador delegado⁴²⁷. En cambio, el síndico no puede ser sujeto activo⁴²⁸. Algunos autores han considerado que síndico solo podrá responder del delito del artículo 2634 CCI a título de participación con los sujetos cualificados⁴²⁹. En relación con esta cuestión FOFFANI ha determinado que la exclusión del síndico del precepto señalado “evita el riesgo de incriminar como *infedeltà patrimoniale* cualquier violación dolosa de los deberes de vigilancia e intervención, aunque tenga por objeto episodios delictivos de otra naturaleza respecto a la gestión desleal del patrimonio social”⁴³⁰. Además, los socios tampoco pueden ser sujetos activos del delito del artículo 2634 CC⁴³¹. En el año 2004 un juez ha elevado una excepción de legitimidad constitucional que trata la omisión del socio del grupo de sujetos activos del delito de *infedeltà patrimoniale* sobre el presupuesto de que tal excepción supone una discriminación irracional; sin embargo, la *Corte Costituzionale* ha

⁴²⁶ ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 278; ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 186; VALENTINI, V., “Commento...”, *op. cit.*, pág. 7132; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 175; AMBROSETTI, E. M., MEZZETTI, E., y RONCO, M., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 175; CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1475; GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 519; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 445; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto di infedeltà patrimoniale*, CACUCCI, Bari, 2012, 17; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 195; MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, págs. 208; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 535; MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 161; GAROFOLI, R., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 498.

⁴²⁷ DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 399.

⁴²⁸ FOFFANI, L., “Le infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 540, ha calificado la exclusión del socio como “coherente” con la elección de delimitar la intervención penal a la esfera de la administración activa del patrimonio social; DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, págs. 398 y 399, alude a la exclusión del síndico y ha puntualizado que la omisión del síndico no es casual, ya que posteriormente es mencionado en el artículo 2635 CCI, que regula la corrupción privada (entre particulares).

⁴²⁹ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 175; FOFFANI, L., “Le infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 540; GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 519; ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 279; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 17; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 445; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 195; MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, pág. 209.

⁴³⁰ FOFFANI, L., “Le infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 540.

⁴³¹ DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 398; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 157.

determinado que es admisible que no se haya incluido el socio como sujeto activo⁴³². De modo que, en los supuestos en los que los socios realicen actividades de gestión podrán actuar como administradores de hecho (en virtud de lo expuesto en el artículo 2639 CC) o bien como participantes (artículo 110 CP)⁴³³. Además, la *Corte* recuerda el contenido del segundo apartado del artículo 25 de la Constitución, que establece que nadie puede ser sancionado si no es en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de que se cometiera el hecho, ni tampoco puede introducir nuevos delitos o agravar la figura de los ya existentes⁴³⁴. Por tanto, la *Corte* se ciñe al contenido del precepto, el cual no contempla expresamente que los socios puedan ser calificados como sujetos activos, motivo suficiente para excluirlos del posible círculo de autores del delito, salvo en los términos mencionados.

Por último, cabe puntualizar que el artículo 25-ter del Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001 (nº 231)⁴³⁵ no ha incluido el artículo 2634 CCI entre la lista de delitos societarios que generan la responsabilidad de las personas jurídicas⁴³⁶. La doctrina ha definido como “lógica⁴³⁷” la exclusión del delito de *infedeltà patrimoniale*, ya que así lo exige el “criterio de imputación objetiva establecido en la norma en cuestión”⁴³⁸.

⁴³² MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, págs. 157 y 158; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 540; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 196, hacen alusión en relación con la excepción mencionada a la Ord. GIP. Trib. Forlì de 10 de mayo de 2004, y en relación con la inadmisibilidad de la misma a la Ordenanza nº 437 de la *Corte Costituzionale* de 19 de diciembre de 2006 (el último autor citado no hace alusión a la Ordenanza de la *Corte Costituzionale*).

⁴³³ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 158; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 196.

⁴³⁴ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, págs. 157 y 158, hace alusión de nuevo a esta parte de la Ordenanza nº 437 de la *Corte Costituzionale* de 19 de diciembre de 2006.

⁴³⁵ Título del Decreto Legislativo mencionado: "Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300" publicado en la *Gazzetta Ufficiale* nº 140 de 19 de junio de 2001. Puede consultarse en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

⁴³⁶ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 196; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 176.

⁴³⁷ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 196.

⁴³⁸ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 176.; FOFFANI, L., “*Infedeltà...*”, *op. cit.*, pág. 561; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 196, que además alude a la posibilidad de que se admita en relación con el apartado segundo del artículo 2634 CCI.

2.4. Objeto material

El objeto material de la conducta está constituido por los bienes sociales (en el apartado primero) o por los bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros (apartado segundo)⁴³⁹.

La interpretación del término “bienes sociales” debe ser necesariamente amplia, de manera que acoja todos los elementos del activo de la sociedad que sean susceptibles de valoración económica⁴⁴⁰. Están incluidas las cosas muebles e inmuebles, materiales e inmateriales que pertenezcan a la sociedad. No es necesario que la sociedad tenga el derecho de propiedad sobre los bienes mencionados, es suficiente un derecho real limitado o un poder de disposición idóneo para causar a la propia sociedad un perjuicio patrimonial⁴⁴¹.

Además, a la hora de concretar el objeto material del delito al que venimos haciendo referencia, puede tenerse en cuenta el contenido del artículo 2424 CCI que hace alusión a los elementos que engloban el balance de la sociedad. En concreto, en dicho precepto se incluyen los activos que forman parte del balance patrimonial de la sociedad. Desde esta perspectiva, los activos a los que se hace mención en el precepto pueden ser determinados como bienes sociales objeto del acto de disposición patrimonial⁴⁴². También pueden ser objeto material del delito de *infedeltà patrimoniale* los bienes futuros, pero siempre cuando la adquisición de éstos sea cierta y sean susceptibles de ser evaluados económicamente en el momento en el que se produce el acto de disposición. En cambio, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 2634 CC las meras expectativas y también las simples pérdidas de oportunidad⁴⁴³.

⁴³⁹ CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1476; VALENTINI, V., “Commento...”, *op. cit.*, pág. 7135.

⁴⁴⁰ CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, págs. 469.

⁴⁴¹ ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Volume primo, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 313; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, págs. 176 y 177; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 203; ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 285; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, págs. 469 y 470; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 552; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, págs. 163 y 164.

⁴⁴² CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, págs. 469 y 470. El precepto alude al balance dividiendo el activo en grandes bloques. En concreto, se alude al inmovilizado inmaterial, inmovilizado material, inmovilizado financiero, inventarios, y finalmente los créditos y la disponibilidad líquida.

⁴⁴³ *Ibidem.*, págs. 469.

En relación con el apartado segundo del artículo 2634 CP, se tendrá por reproducido lo expuesto anteriormente. Aunque debe añadirse una puntualización más, y es que el bien del tercero debe estar relacionado con la sociedad a través de una relación contractual, y no por una situación de hecho accidental⁴⁴⁴.

2.5. El conflicto de intereses como presupuesto de la conducta típica

El presupuesto objetivo de la conducta típica del artículo 2634 CCI es el conflicto de intereses⁴⁴⁵. La conducta prevista en el delito de *infedeltà patrimoniale*, que consiste en realizar o contribuir a la deliberación actos de disposición de los bienes sociales, presupone la existencia de una situación de conflicto de intereses. De manera que, los actos de disposición son importantes a efectos penales cuando pueda apreciarse el conflicto mencionado⁴⁴⁶. El legislador ha basado la relevancia de la conducta del artículo 2634 CCI en la concreción previa de un conflicto de intereses entre el sujeto cualificado y la sociedad⁴⁴⁷. La razón de incluir esta exigencia se debe al interés del legislador de delimitar el ámbito de aplicación del precepto⁴⁴⁸. El artículo 2634 CCI no tiene como objetivo sancionar un mero comportamiento desleal de quien actúa en una situación en la que sus intereses se encuentran en conflicto sino de proteger el patrimonio social, cuya lesión constituye el resultado del delito⁴⁴⁹.

Cuando hablamos de un conflicto de intereses nos estamos refiriendo a la situación en la que existe un estado de incompatibilidad entre dos posiciones contrapuestas, que son calificadas en el caso presente con el término “intereses”. De manera que pueden delimitarse de un lado los intereses de la sociedad, y de otro, los de los sujetos activos mencionados en el artículo 2634 CCI. Debe tenerse en cuenta que cuando se hace mención a los intereses de la sociedad no se está haciendo aludiendo simplemente a la suma de los intereses de los socios, o bien a los del socio único o a los de la mayoría. La

⁴⁴⁴ *Ibidem.*, pág. 470 el autor puntualiza que en el caso de que exista una simple situación de hecho, la disposición del bien integrara el delito de apropiación indebida; por su parte FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 552, desarrolla la misma idea pero hace alusión a una relación convencional y en cambio no alude al delito de apropiación indebida.

⁴⁴⁵ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 175.

⁴⁴⁶ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 197.

⁴⁴⁷ SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 254.

⁴⁴⁸ AAVV., *Leggi penali complementari* (a cura di PADOVANI, T., coord. DE FRANCESCO, G., y FIDELBO, G.), Giuffrè, Milano, 2007, pág. 2461.

⁴⁴⁹ ALDROVANDI, P., “Art. 2634 CC...”, *op. cit.*, pág. 187.

sociedad tiene voluntad independiente para perseguir sus propios intereses, que están por encima de los que tengan los socios, e incluso pueden ser distintos a los que pretendan alcanzar éstos. Sin embargo, es cierto que la determinación del interés social así calificado es muy abstracto en la práctica, por lo que, deberá de ir acompañado de una valoración objetiva realizada por la mayoría de los socios en el seno de la asamblea. En cambio, por intereses del administrador, director general o liquidador, debe entenderse la ventaja personal, directa –cuando sea por cuenta propia– o bien indirecta –cuando sea por cuenta de terceros–⁴⁵⁰.

Antes de que entrase en vigor el Decreto Legislativo nº 61 del año 2002, el conflicto de intereses estaba recogido en el artículo 2631 CCI. Este precepto determinaba que los administradores que se encontraran en una situación de conflicto de interés (por cuenta propia o ajena), en relación con los intereses de la sociedad en una operación determinada, y no se abstuviesen de participar en la deliberación del consejo o del comité ejecutivo relativo a dicha operación serían sancionados con la pena de multa. Además, el precepto determinaba que si de la deliberación o de la operación derivaba un perjuicio a la sociedad, se aplicaría además de la multa, la pena de prisión⁴⁵¹. Con la reforma operada en el año 2002, el legislador ha dejado atrás el contenido del precepto señalado que actualmente regula la omisión de convocar la asamblea, y –para determinar la tipificación del delito de *infedeltà patrimoniale*–, ha previsto un modelo delictivo que no se basa simplemente en la violación de una norma sobre conflicto de intereses sino en que la conducta típica se haya producido en una situación en la que el sujeto activo tuviese dicho conflicto⁴⁵².

La formas en las que el conflicto de intereses puede presentarse son muy variadas⁴⁵³. Sin embargo, independientemente de cómo se manifieste el conflicto, sí es común que éste reúna varios requisitos. En concreto, numerosos autores exigen que sea: a) objetivamente evaluable, no es suficiente con el mero antagonismo psicológico y

⁴⁵⁰ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 197 y 198.

⁴⁵¹ GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 517; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 254, considera que para entender mejor la expresión “intereses en conflicto con los de la sociedad” hay que recurrir a la interpretación que se hacía del artículo derogado en este extremo. MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 162.

⁴⁵² GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 518.

⁴⁵³ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 198.

subjetivo; b) efectivo y real; c) preexistente a la relación económica; d) actual⁴⁵⁴. Además, en relación con el contenido del conflicto (como presupuesto del delito), cabe precisar que mientras que los intereses de la sociedad deben ser necesariamente económico-patrimoniales, resulta más discutible que los intereses del sujeto activo también puedan ser de carácter no económico. En general, la doctrina ha dado una respuesta positiva a tal cuestión⁴⁵⁵.

Por último, debemos hacer mención a la disciplina civilista, ya que el artículo 2391 CCI impone al administrador el deber de que informen a los otros administradores y a la junta de auditores de los intereses, por cuenta propia o de terceros, que puedan tener en conflicto en una determinada operación de la sociedad. Si se trata de un administrador delegado también debe abstenerse de realizar la operación, deberá informar al órgano colegial, y si es un administrador único, también deberá comunicar cualquier situación de conflicto a la asamblea. Además, el precepto exige que se especifique la naturaleza, términos, origen y el alcance del intereses que están en conflicto. Como puede observarse del contenido del artículo 2391 CCI, el Derecho penal –a través del delito de *infedeltà patrimoniale*– interviene en un momento posterior al Derecho civil. El tipo penal requiere de un lado y en relación al administrador un verdadero conflicto de intereses con aquellos de la sociedad, y de otro la decidida voluntad de ocasionar un daño a la sociedad⁴⁵⁶. Por tanto, el artículo 2634 CCI renuncia a sancionar de manera anticipada o instrumental la concreción de una situación de conflicto peligrosa para los intereses sociales⁴⁵⁷.

En relación con el segundo apartado del artículo 2634 CCI hemos señalado que la conducta de administración desleal se extiende expresamente en relación con los bienes poseídos o administrador por la sociedad por cuenta de terceros, causando a estos últimos un perjuicio patrimonial. A diferencia de lo que ocurre en el primer apartado, en el que existe un conflicto de intereses entre el sujeto activo y la sociedad, es decir, “interno”; en el segundo apartado, es “interno” pues encontramos de una parte la sociedad y de otra el tercero extraño a la persona jurídica. A pesar de que exista una distinción entre las partes

⁴⁵⁴ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 176; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 198 y 199; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 159.

⁴⁵⁵ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 176; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 198 y 199, en concreto el último autor directamente afirma que pueden ser no económicos.

⁴⁵⁶ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 177, quien apunta que la omisión de la información a la que alude el artículo 2391 CCI es penalmente sancionado a través del artículo 2629 bis CCI.

⁴⁵⁷ AMBROSETTI, E. M., MEZZETTI, E., y RONCO, M., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 176.

que se distinguen en el conflicto de intereses en el apartado primero y segundo, puede que ambas situaciones conflictuales concurren en la misma conducta⁴⁵⁸.

2.6. Acción delictiva

La tipificación del delito de *infedeltà patrimoniale* está estructurada como un delito de acción con resultado de daño⁴⁵⁹. En concreto, la conducta típica descrita en el artículo 2634 CCI consiste en realizar o participar en la deliberación de actos de disposición de bienes sociales causando un perjuicio patrimonial a la sociedad⁴⁶⁰. De modo que la conducta puede presentarse de dos maneras diferentes: la primera como la realización de una operación y la segunda como participación en la deliberación para el cumplimiento de una operación. En ambos casos la operación debe tener como objeto actos de disposición de los bienes sociales⁴⁶¹. El legislador no ha incluido en el precepto ninguna referencia a abuso de poderes o a la violación de deberes por parte de los sujetos cualificados⁴⁶².

La doctrina ha aplaudido la decisión del legislador de aludir, de forma alternativa a la conducta de participación en las deliberaciones del consejo (que ya estaba incluida en la acción típica del derogado artículo 2631 CCI), a la que consiste en la realización de los actos de disposición. En concreto, “esta innovación permite finalmente atribuir relevancia penal también a los abusos realizados por los administradores únicos, así como a todas las actividades gestoras llevadas cabo independientemente de una decisión del consejo”⁴⁶³. Por otra parte, la amplia locución “participar en una decisión” permite

⁴⁵⁸ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 206, el autor señala que habitualmente los terceros serán la clientela de los acreedores e investitori; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 179.

⁴⁵⁹ FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 548;

⁴⁶⁰ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 161, consideran que el autor ha intentado introducir una conducta “neutra”; MARIANI, C., “L’infedeltà patrimoniale e il conflitto di interessi (art. 2629-bis, 2634 C.C., 646 C.P.)”, en *Reati in materia economica* (a cura di ALESSANDRI, A.), Giappichelli, Torino, 2012, pág. 141; CARCANO, D., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1326; GAROFOLI, R., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 499; SCIUMBARA, G., *I reati societari* (a cura di LO CASCIO, G.), Giuffrè, Milano, 2008, pág. 122; MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 163; CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1476; GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 519, este último autor no hace referencia al resultado, tan solo estrictamente a la conducta en sí.

⁴⁶¹ DI AMATO, A., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 399; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 199;

⁴⁶² MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 164; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 258; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 548.

⁴⁶³ GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, págs. 519; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 258; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 162; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*,

atribuir relevancia a cualquier “contribución efectiva”, que puede consistir en un voto favorable –que no tiene por qué ser decisivo– o en cualquier otra conducta que de forma efectiva contribuya a la realización del acto de disposición⁴⁶⁴.

Con la expresión “actos de disposición de los bienes sociales” se delimita rigurosamente la operatividad del precepto, pues se excluye cualquier acto que no pueda quedar englobado bajo la expresión señalada, aunque en algunos supuestos de éste se pudiera derivar una conducta potencialmente desleal y dañosa para el patrimonio social⁴⁶⁵. De manera que, quedan fuera del ámbito de aplicación del delito de *infedeltà patrimoniale*, las conductas organizativas⁴⁶⁶, salvo que incidan en el patrimonio social⁴⁶⁷. En este sentido, se ha discutido si dentro de los actos de disposición encajan los supuestos de asunción de obligaciones sociales o de cargas a cargo del patrimonio social. Parte de la doctrina está a favor de una respuesta negativa, aunque sea una conducta tradicionalmente idónea para constituir un supuesto de gestión desleal⁴⁶⁸. Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que la asunción de obligaciones que gravan el patrimonio social puede integrar actos de disposición patrimonial relevantes en virtud de lo expresado en el artículo 2634 CCI⁴⁶⁹.

pág. 548; CERQUETTI, G., “Art. 2634. Infedeltà patrimoniale”, en *Commentario romano al nuovo diritto delle società. I reati e gli illeciti amministrativi societari* (dir. D’ALESSANDRO, F.), Volume III, Piccin, Padova, 2010, pág. 352; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 199 y 200; MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 164.

⁴⁶⁴ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 162.

⁴⁶⁵ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 201. Por su parte, SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, págs. 258 y 259, recuerda que cuando estaba en vigor el artículo 2631 CCI dicho precepto podría aplicarse solo cuando se hiciese referencia a las operaciones inherentes a la gestión social de la empresa, no debiéndose sin embargo atribuir relevancia a las decisiones relativas a las organizaciones internas del ámbito social; MARIANI, C., “L’infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 141, señala que “la doctrina mayoritaria ha criticado la formulada utilizada por el legislador para describir la conducta típica, entendiéndola excesivamente reducida del radio de acción del delito”.

⁴⁶⁶ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 163; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 259.

⁴⁶⁷ MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, págs. 164; ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 194.

⁴⁶⁸ FOFFANI, L., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 541; MARIANI, C., “L’infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 141, ha determinado que el acto de disposición implica un uso inmediato de los bienes sociales, mientras que la asunción de obligaciones se habría realizado una utilización solo mediata que no es reconducible al acto dispositivo en sentido estricto.

⁴⁶⁹ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 162; MARIANI, C., “L’infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 141, los autores se apoyan en el contenido de *Cassazione sezione V* del 22 de febrero de 2007. Además sobre las conductas mencionadas se pronuncia: GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, págs. 520; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 202

Además, la redacción del artículo 2634 CCI como un delito que contiene una conducta activa, excluye del tipo penal los comportamientos omisivos. Para la existencia del ilícito se requiere que el sujeto activo desarrolle alguna de las modalidades de acción contempladas en el precepto señalado⁴⁷⁰. La exclusión de las conductas omisivas se ha justificado en base a la literalidad del artículo 2634 CCI, que tan solo hace referencia al cumplimiento o participación en la deliberación de actos de disposición. En cambio, puede observarse que, por ejemplo, el contenido del artículo 2635 CCI sí incluye las conductas de omisión porque las menciona expresamente⁴⁷¹. De tal comparación se extrae que el legislador no ha previsto que las conductas omisivas puedan sancionarse a través del delito de *infedeltà patrimoniale*, pues lo hubiese señalado de forma explícita en el contenido del precepto, como ha hecho en el artículo 2635 CCI. La exclusión de las conductas omisivas supone de un lado, una medida para evitar una ampliación excesiva del tipo penal⁴⁷²; pero de otro lado, un peligroso vacío de tutela, no siendo sancionados los casos en los que el sujeto cualificado, que se encuentra en una situación de conflicto de intereses, causa intencionadamente un daño patrimonial a la persona jurídica, decidiendo no llevar a cabo la operación o la actividad que respondería a los intereses de la sociedad⁴⁷³.

2.7. Resultado

El resultado del delito incluido en el artículo 2634 CCI consiste en producir un daño patrimonial a la sociedad⁴⁷⁴. Para que la conducta realizada sea penalmente

⁴⁷⁰ MARIANI, C., “L’infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 141; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, págs. 259 y 260; MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, pág. 217; FOFFANI, L., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 541; GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, págs. 519 y 520; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 162; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 201; MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, págs. 164; CERQUETTI, G., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 352; ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 194; admite las conductas omisivas; ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 282.

⁴⁷¹ SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 260.

⁴⁷² MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 201.

⁴⁷³ SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 260; en sentido similar: MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, pág. 217; Sobre el vacío de tutela sin añadir nada más: MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 201; NADDEO, M., “Reati societari”, en *Diritto penale. Parte speciale* (a cura di PULITANÒ, D.), Volume II, Giappichelli, Torino, 2013, pág. 337.

⁴⁷⁴ MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, págs. 164; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 260; GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, págs. 520; VALENTINI, V., “Commento...”, *op. cit.*, pág. 7135; en el caso del apartado segundo sería que la conducta cause un daño a terceros también: CERQUETTI, G., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 353.

relevante necesita que exista una situación de conflicto de intereses y también la previsión de una autentica lesión al patrimonio social. El hecho puede ser considerado como típico, si existe un nexo de causalidad entre el acto de disposición de bienes sociales y el daño patrimonial que sufre la sociedad. De modo que, el precepto que regula el delito de *infedeltà patrimoniale* prevé que el delito se perfeccione con la causación de un daño patrimonial. El legislador redactó el artículo 2634 CCI de manera no se pudiese plantear la admisión de la figura delictiva como un delito de peligro⁴⁷⁵. “La técnica de construcción de la tipificación debía responder a los cánones propios del Derecho penal societario que se apoya en el principio de ofensividad, desechando los riesgos de interpretación formalística que habían caracterizado a la figura delictiva del sistema anterior”⁴⁷⁶. La elección de un tipo penal en el que la producción del daño se toma como referencia se debe a la necesidad de limitar la intromisión de la intervención penal “en relación con la necesidad de garantizar que todos los administradores sociales tengan un espacio impune de riesgo penal en el que podrán ejercitar la gestión del patrimonio con plena libertad económica”⁴⁷⁷. Con la nueva formulación de la norma queda pospuesto el momento de la intervención penal, en consecuencia el riesgo de incurrir en el ilícito penal por parte de los administradores sociales está más limitado. En cambio, si se hubiese anticipado la tutela penal podría haberse dado una criminalización excesiva de la iniciativa económica⁴⁷⁸.

2.8. El elemento subjetivo

El delito de *infedeltà patrimoniale* se realiza exclusivamente de manera dolosa. La conducta del administrador, director general o liquidador, para cumplir con las exigencias del delito señalado, debe estar caracterizada por una doble connotación. En concreto, debe regirse por el dolo específico de actuar con el objetivo de procurar para sí o para un tercero un beneficio injusto u otra ventaja; y con dolo intencional respecto a la

⁴⁷⁵ MALAVASI, M., *I casi...*, op. cit., pág. 164 y 165, ya que el delito del artículo 2634 CCI es un delito de daño, mientras que el del derogado artículo 2631 CCI anterior al primero era un delito de peligro.

⁴⁷⁶ MUSCO, E., *I nuovi...*, op. cit., pág. 218; SANTORIELLO, C., *Il nuovo...*, op. cit., pág. 260.

⁴⁷⁷ GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, op. cit., págs. 521.

⁴⁷⁸ MALAVASI, M., *I casi...*, op. cit., pág. 165.

causación del daño⁴⁷⁹. El elemento subjetivo así estructurado pretende reducir el ámbito de aplicación de la norma⁴⁸⁰.

El dolo específico puede observarse cuando el propio precepto requiere como uno de los elementos del ilícito que el sujeto activo obtenga un beneficio injusto u otra ventaja⁴⁸¹. Tal exigencia no debe interpretarse como el resultado del delito. La doctrina mayoritaria ha concretado que, cuando se hace referencia a un “beneficio injusto”, se está aludiendo en realidad a cualquier satisfacción, placer o ventaja, no consentida por el ordenamiento⁴⁸². No es necesario recurrir a una norma externa al artículo 2634 CCI con el objeto de determinar que el beneficio es injusto. Simplemente se considerará como tal, aquel “que se ha perseguido en presencia de un conflicto de intereses en cuanto el sujeto activo exprese la elección a favor del polo extrasocial”⁴⁸³. La expresión “otra ventaja” se incluye para atribuir importancia desde una perspectiva penal también a las hipótesis en las que el sujeto activo persigue una mejoría de tipo no económico⁴⁸⁴. La calificación de “injusto” es limitada al beneficio y no a la ventaja, porque si se hubiese querido extender a ésta se hubiese incluido el adjetivo tras “beneficio” y “ventaja”⁴⁸⁵.

El dolo intencional concurre cuando la voluntad del sujeto pasivo es directamente la de causar el resultado típico; en particular, en el caso del artículo 2634 CC consiste en producir un perjuicio patrimonial a la sociedad⁴⁸⁶. La inclusión del adverbio “intencionadamente” restringe de manera excesiva la tutela del patrimonio social, ya que –de forma irracional– no sanciona al “administrador que, mientras persigue con plena

⁴⁷⁹ NADDEO, M., “Reati...”, *op. cit.*, pág. 338; GAROFOLI, R., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 499; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 205; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 180; ZANNOTTI, R., *Il nuovo...*, *op. cit.*, págs. 285 y 286; CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1477; CERQUETTI, G., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 353; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 555; FOFFANI, L., “*Infedeltà...*”, *op. cit.*, pág. 543; VALENTINI, V., “*Commento...*”, *op. cit.*, pág. 7135; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 165; CARCANO, D., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1326.

⁴⁸⁰ MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 165.

⁴⁸¹ SCIUMBARA, G., *I reati...*, *op. cit.*, pág. 125.

⁴⁸² GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 521

⁴⁸³ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 181; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 23; ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 196.

⁴⁸⁴ FOFFANI, L., “*Infedeltà...*”, *op. cit.*, pág. 543; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 23; SCIUMBARA, G., *I reati...*, *op. cit.*, pág. 125.

⁴⁸⁵ GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, pág. 521;

⁴⁸⁶ LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 23; SCIUMBARA, G., *I reati...*, *op. cit.*, pág. 124.

consciencia intereses extrasociales que están en conflicto con los de la sociedad, se limita a aceptar el riesgo (...) de la verificación de un daño para el patrimonio social, el cual, después puntualmente se da en la realidad”⁴⁸⁷. El dolo intencional deja fuera la admisión las conductas reconducibles al dolo eventual⁴⁸⁸, es decir, “todas las conductas en las cuales el administrador, que tiene intereses personales confrontados con los de la sociedad y es movido por el fin de alcanzar un beneficio injusto, se le presenta como altamente probable –o incluso como cierta– la verificación de un daño patrimonial a la sociedad, y sin embargo, decide realizar igualmente la operación”⁴⁸⁹. La solicitud del dolo intencional no solo no es compatible el dolo eventual, tampoco con el resultado lesivo en términos de dolo directo⁴⁹⁰.

La formulación del elemento subjetivo del delito que estamos analizando ha suscitado algunas críticas en la doctrina. En primer lugar, la previsión del dolo específico parece superflua, en cuanto la proyección finalista no aporta nada a lo que ya viene requerido sobre la base del dolo genérico⁴⁹¹. En segundo lugar, la introducción de la intencionalidad de provocar un daño patrimonial a la sociedad parece incongruente desde el momento en el que generalmente, el sujeto agente intenta evitar que se produzca tal perjuicio o una vez alcanzado el resultado buscado a dicho sujeto le sea indiferente que tal resultado se verifique o no. Algunos autores, han avanzado por tanto en la tesis según la cual se entendería requerido no el dolo intencional sino aquel directo. Así, la norma contemplaría también los casos en los que el autor del delito actúa representándose como

⁴⁸⁷ FOFFANI, L., “*Infedeltà...*”, *op. cit.*, pág. 543, alude a la restricción excesiva también FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 557.

⁴⁸⁸ LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 23.

⁴⁸⁹ MUSCO, E., *I nuovi...*, *op. cit.*, pág. 220; CARCANO, D., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1326.

⁴⁹⁰ MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 166; CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1477: “no es suficiente la mera aceptación del riesgo de una lesión de contenido patrimonial (dolo eventual) ni tampoco la previsión del resultado como cierto o probable (dolo directo). De hecho, el autor del delito debe conferir a la conducta incriminada la intencionalidad específica tipificada en la norma”.

⁴⁹¹ FOFFANI, L., “*Infedeltà...*”, *op. cit.*, págs. 543 y 544, ha determinado que se trata de una “doble copia inútil”. MARIANI, C., “*L’infedeltà...*”, *op. cit.*, pág. 142: el sujeto activo debe encontrarse en una situación de intereses (actual y concreta) y tiene actuar con consciencia de la potencial dañosidad del acto que realiza. Por tanto, “el conflicto de intereses y el dolo específico de injusto beneficio representan las dos caras (objetiva y subjetiva) de la misma medalla”.

cierta o altamente probable la realización del delito sin que esta última circunstancia haya tenido eficacia que motive la actuación⁴⁹².

Finalmente, cabe señalar que en el segundo apartado del artículo 2634 CCI no se exige que el sujeto activo actúe con dolo intencional de causar un perjuicio patrimonial. Aquí pueden plantearse dos opciones: la primera consiste en entender que del contenido del apartado segundo se deduce que no es necesario el dolo intencional, lo que conllevaría la admisión de dolo eventual; y en segundo lugar, trasladar las exigencias del apartado primero del artículo 2634 CCI al segundo, de manera que el elemento subjetivo indicado en el apartado base, se entienda incluido también en el específico. Según esta última interpretación, el dolo eventual será inadmisibles no solo en el primer apartado sino también en el segundo⁴⁹³. De esta manera se superaría la contradicción en la que ha incurrido el legislador del precepto, al incluir en un apartado el dolo intencional pero no en el otro⁴⁹⁴.

2.9. Los grupos de sociedades

El tercer párrafo del artículo 2634 CCI, que supone una de las novedades más significativas en relación con la administración desleal⁴⁹⁵, excluye la relevancia penal de las operaciones internas de los grupos de sociedades en los casos en los que el perjuicio causado a una sociedad conectada o del grupo es compensado por ventajas (conseguidas o previsibles) derivadas de la vinculación o de la pertenencia a dicho grupo⁴⁹⁶. El objetivo de este párrafo tercero es impedir que se considere delictiva de forma automática una operación realizada entre un grupo de sociedades, en los supuestos en los que se deriva

⁴⁹² LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 24; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 180.

⁴⁹³ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 206 y 207.

⁴⁹⁴ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 181.

⁴⁹⁵ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 181; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 559; MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 167; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 207.

⁴⁹⁶ Sobre el concepto de grupo de sociedades puede consultarse: MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, págs. 168 y 169; ANTOLISEI, F., *Manuale...*, *op. cit.*, págs. 317 y 318; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, págs. 182, en concreto, este último recurre al contenido del artículo 2497, apartado primero CCI.

un daño para una sociedad, y a su vez un beneficio para otra del mismo grupo o para el grupo del cual la sociedad forma parte⁴⁹⁷.

Como ya hemos visto anteriormente, para que pueda apreciarse el delito de administración desleal del artículo 2634 CCI debe existir un conflicto de intereses entre el sujeto activo y la sociedad. De manera que el administrador priorice la obtención del intereses personal (extrasocial) sobre el de la sociedad. Si trasladamos esta exigencia al grupo de sociedades debemos tener en cuenta que “los intereses del grupo no pueden *a priori* ser considerados extrasociales y por lo tanto generar una situación de conflicto”⁴⁹⁸. Cuando este tipo de conductas irregulares concurren entre operaciones internas del grupo, no supondrán un delito en los casos en los que el perjuicio a una sociedad vinculada o del grupo es compensado por ventajas –ya sean conseguidas o fundadamente previsibles– que provengan de la operación o de la pertenencia al mismo⁴⁹⁹. La idea a la que aludimos se aplica tan solo a los supuestos en los que se realicen operaciones entre sociedades que forman parte de un mismo grupo. De tal forma que el grupo se está considerando como una entidad unitaria a efectos societarios.

En relación con el contenido del apartado tercero al que hemos hecho referencia, se ha discutido quién debe ser el destinatario de la ventaja. La doctrina ha considerado que debe entenderse como beneficiario de la compensación la sociedad que sufre el perjuicio patrimonial porque así puede extraerse de la literalidad de precepto. Sin embargo, la cuestión no es totalmente pacífica, ya que en algunas ocasiones la ventaja recae en otra sociedad del grupo o en el grupo de sociedades en general. En particular, la jurisprudencia se ha pronunciado admitiendo al grupo en sí como sujeto sobre el que puede recaer la ventaja mencionada⁵⁰⁰.

Para que la ventaja compensatoria sea idónea es necesario que sea proporcional con el perjuicio causado. En los supuestos en los que no exista la equiparación

⁴⁹⁷ Como veremos más adelante no hay unanimidad sobre los sujetos que pueden resultar beneficiados, mientras que los señalados en el texto principal son mencionados por MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 207, por su parte CARCANO, D., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 1326 tan solo alude a que la ventaja para otra sociedad del mismo grupo.

⁴⁹⁸ GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, págs. 522 y 523; FEBBRAI, R., “Capitolo XII...”, *op. cit.*, pág. 560.

⁴⁹⁹ GIOVAGNOLI, R., *Studi...*, *op. cit.*, págs. 522 y 523.

⁵⁰⁰ SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, págs. 182 y 183; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 482.

mencionada, se exige que al menos la diferencia entre el perjuicio y las ventaja sea poco relevante⁵⁰¹. De otro lado, se ha precisado que la ventaja puede tener naturaleza diferente de la patrimonial, aunque sí se exige que sea económicamente evaluable por la sociedad⁵⁰². El precepto determina que tiene que tratarse de una ventaja ya conseguida, o que fundadamente sea previsible⁵⁰³, es decir, basada en elementos seguros y ciertos, no meramente aleatorios o basados en una simple expectativa, fruto, de una esperanza⁵⁰⁴.

La ventaja compensatoria a la que alude el precepto, excluye el beneficio injusto e influye sobre el elemento psicológico del dolo específico, impidiendo el delito⁵⁰⁵. Aunque la doctrina mayoritaria considera que el párrafo al que aludimos representa una exclusión de la tipicidad, otra parte de la doctrina, sin embargo, sostiene que estamos en presencia de una causa de justificación, y además, otros autores aportan una tercera solución, basada en que la cláusula relativa a las ventajas compensatorias debería ser entendido como un límite interpretativo de la ofensa al bien jurídico protegido⁵⁰⁶.

Por último, cabe añadir en relación con la aplicación generalizada de la cláusula a la que venimos haciendo referencia que, la jurisprudencia prevalente ha sostenido que la aplicación de la teoría de las ventajas compensativas no puede aplicarse más allá del delito de *infedeltà patrimoniale* para el que es concretamente prevista. Sin embargo, la jurisprudencia ha comenzado a admitir –no sin reparos– que a tal cláusula se le puede atribuir aplicación general⁵⁰⁷. Por su parte, la doctrina en general se ha manifestado a favor de reconocer que la cláusula pueda ser aplicada a otros delitos⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 27.

⁵⁰² MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 209;

⁵⁰³ MALAVASI, M., *I casi...*, *op. cit.*, pág. 168, ha criticado que la expresión “conseguida o fundadamente previsible” incluida en el artículo 2934 apartado tercero CCI “no es completamente precisa”.

⁵⁰⁴ CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, págs. 483 hasta 485, alude a la posición de la doctrina y de la jurisprudencia en relación con las ventajas fundadamente previsibles, pues su contenido delimita la aplicación de apartado tercero del artículo 2634 CCI. La doctrina defiende una interpretación restrictiva apoyándose en criterios objetivos; la jurisprudencia mantiene la misma línea; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 27

⁵⁰⁵ LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 28.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 211; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 490.

⁵⁰⁸ LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 28; En sentido contrario, ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 205.

2.10. Perseguibilidad: la querella

El delito que analizamos es perseguible a través de querella de la persona ofendida por la conducta delictiva prevista⁵⁰⁹. En función del contenido del último párrafo del artículo 2634 CCI la persona ofendida debe identificarse con la sociedad⁵¹⁰.

La doctrina se ha expresado críticamente sobre la elección de limitar la perseguibilidad del delito a la querella de la persona ofendida. Desde una perspectiva teórica, la perseguibilidad del delito corresponde a la sociedad, aunque en la práctica se individualiza en la asamblea de los socios. En concreto, la decisión de interponer la querella recae en el grupo mayoritario de la asamblea, que se convierte así en el titular de un derecho que puede que en algún momento determinado no les interese que sea ejercitado; por ejemplo porque se hayan beneficiado del resultado del acto delictivo⁵¹¹. Ante tal situación, la doctrina ha señalado que deberían dejarse a un lado los inconvenientes que actualmente acompañan al régimen de perseguibilidad, y aplicarse una solución que sea eficaz y ofrezca una adecuada protección a la minoría ajena a la dinámica del control del ente colectivo. En particular, se ha propuesto que se reconozca la titularidad del derecho de querella también a los socios individuales, como perjudicados por el comportamiento de administración desleal⁵¹². Tan solo así se evitará el riesgo de

⁵⁰⁹ ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 206, ha definido persona ofendida como el titular del bien jurídico protegido directamente por la norma. De modo que se excluyen los acreedores e incluso los propios socios, cuyos intereses no son protegidos de forma directa por el delito. ANTOLISEI, F., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 315

⁵¹⁰ ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, pág. 205; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 186.

⁵¹¹ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 212; CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 495.

⁵¹² Así se extrae de MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, pág. 212. Sobre el socio individual: SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 186, añade que no faltan autores que reconocen legitimación a los socios individuales, y argumenta que esta posición ha sido rechazada por la jurisprudencia que ha concretado que el titular del derecho de querella en el delito del artículo 2634 CCI compete “de manera efectiva y exclusiva” al sujeto pasivo al que le afecta el resultado del acto típico. Por su parte, ANTOLISEI, F., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 315, alude a que la jurisprudencia más reciente, que tiene en cuenta la idea mantenida por una parte de la doctrina, y ha manifestado que el socio individual tendría el derecho de presentar querella, de manera separada a la sociedad. También: Se apoyan en la Sentencia de *Cassazione* de 16 de junio de 2006, y en la del 25 de febrero de 2009. Consúltese también: MARIANI, C., “L’infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 145. En relación con las propuestas de la doctrina, FOFFANI, L., “Infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 554, ha manifestado que se debería haber incluido la perseguibilidad de oficio, para tutelar los intereses generales y una correcta gestión de las sociedades mercantiles.

que la legitimidad para poder interponer la querrela se transforme en un instrumento de poder arbitrario en mano de la mayoría de la asamblea.

Del contenido del apartado 2 del artículo 2634 CCI puede extraerse que la persona ofendida es el tercero y por tanto es el sujeto que puede interponer la querrela⁵¹³. En el caso del grupo societario la legitimación corresponde a la sociedad que ha sido perjudicada⁵¹⁴.

2.11. Relación con otros tipos delictivos

En primer lugar, debemos hacer referencia a la relación existente entre el delito de *infedeltà patrimoniale* (artículo 2634 CCI) y el delito de apropiación indebida (artículo 646 CP). Como ya se ha subrayado, antes de la entrada en vigor del delito de *infedeltà patrimoniale* del artículo 2634 CCI, se ha cuestionado la posible incriminación de las conductas irregulares de administración desleal a través del delito de apropiación indebida ubicado en el artículo 646 CP. Una vez que ha entrado en vigor el delito societario, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la relación de ambos ilícitos.

En concreto, la jurisprudencia ha determinado que existe una relación de especialidad unilateral⁵¹⁵, que se aprecia cuando una norma (especial) presenta todos los elementos de otra (general)⁵¹⁶, y añade alguno más; o una relación de especialidad recíproca o bilateral⁵¹⁷, en los supuestos en los que “ninguna norma es especial o general,

⁵¹³ *Ibidem.*, cuando se admite que los terceros titulares de los bienes eventualmente poseídos o administrador por la sociedad pueden presentar querrela, pero no los socios, se está creando un tratamiento dispar entre tales sujetos.

⁵¹⁴ ANTOLISEI, F., *Manuale...*, *op. cit.*, pág. 316.

⁵¹⁵ Sentencia de Cassazione Penale de 23 de junio de 2003. Hacen mención a la misma: LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, pág. 34; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 214; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 188.

⁵¹⁶ MANTOVANI, F., *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2015, pág. 466.

⁵¹⁷ Sentencia de Cassazione Penale de 24 de junio de 2004; en el mismo sentido, con fecha de 26 octubre 2005: “las normas incriminatorias de la *infedeltà patrimoniale* y de la apropiación indebida están en relación de especialidad recíproca. La *infedeltà patrimoniale* tipifica una relación donde es necesario que prexista un conflicto de intereses, caracterizado por las notas de actualidad y objetiva valoración, y la finalidad de beneficio otra ventaja proveniente del acto de disposición; objetivo que se califica en términos de injusticia por la proyección subjetiva del preexistente conflicto. La apropiación indebida presenta características especiales por la naturaleza del bien (dinero o cosa mueble) que puede ser objeto, y por la irrelevancia de la persecución de una simple ventaja en lugar del beneficio. El ámbito de interferencia entre los dos perfiles viene dado por la similitud del elemento constitutivo de la *deminutio patrimonii* y del beneficio injusto, pero difieren por la ausencia en la apropiación indebida, de un conflicto de intereses

pero cada una de ellas es en algún momento general o especial. De manera que, ambos delitos presentarían juntos un núcleo de elementos comunes, específicos y elementos generales respecto a los correspondientes elementos de la otra”⁵¹⁸. Por su parte, la doctrina se ha pronunciado sosteniendo que entre el delito del artículo 646 CPI y el delito incluido en el artículo 2634 CCI existe una relación de especialidad. El delito de apropiación indebida contiene varios elementos que son especiales, como la cualificación del sujeto activo; el presupuesto de la conducta del conflicto de intereses; las peculiar realización de la conducta; el resultado del perjuicio patrimonial; el dolo específico relativo al fin de obtener un beneficio y el dolo intencional del menoscabo patrimonial⁵¹⁹. Sin embargo, otra posición doctrinal, ha sostenido que la diferencia entre los tipos penales mencionados se hace distinguiendo los contextos en los que operan. En particular, en el delito de *infedeltà patrimoniale* el administrador que persigue un beneficio, se vale la estructura de gestión de la empresa; en cambio, en el delito de apropiación indebida que alude a los supuestos de arbitraria adquisición de los bienes sociales, el administrador se comporta en relación con el patrimonio de la sociedad *uti dominus*, como cualquier sujeto activo del delito del artículo 646 CPI⁵²⁰.

Además, hay que hacer referencia a la relación existente entre el delito del artículo 2634 CCI y el delito de omisión de comunicación de conflicto de intereses incluido en el artículo 2629-bis que fue introducido con la reforma del año 2005 (Ley de 28 de diciembre 2015 n° 262). Los dos preceptos presentan elementos estructurales diferentes, que parecen dejar un espacio operativo al último precepto señalado (es el caso del comportamiento omisivo, que como ya hemos hecho referencia, no puede ser sancionado a través del artículo 2634 CCI). Por otra parte, en el caso de que vengan integrados los

preexistente y autónomo, que en cambio caracteriza la *infedeltà patrimoniale*”. Así: MAZZACUVA, N., AMATI, E., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 175; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, págs. 34 y 35; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 214; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 188; también: MARIANI, C., “L’infedeltà...”, *op. cit.*, pág. 158.

⁵¹⁸ MANTOVANI, F., *Diritto...*, *op. cit.*, pág. 466.

⁵¹⁹ ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, págs. 207, que hace mención expresa al artículo 15 CP (“Cuando existan más leyes penales o más disposiciones de la ley penal regulando la misma materia, la ley o la disposición de ley especial deroga a la ley o a la disposición general, salvo que se establezca lo contrario”); SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 187; el mismo autor en: *Il nuovo...*, *op. cit.*, pág. 267; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 214; LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34.

⁵²⁰ MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 214; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, págs. 187 y 188.

elementos constitutivos de ambas figuras delictivas, parece correcta la conclusión que sostiene que el artículo 2629-bis CCI representa el delito más grave, destinado a prevalecer en las situaciones de concurso entre normas. Este último precepto contempla la posibilidad de la producción de un daño a la sociedad o a terceros como mera consecuencia de la violación de las obligaciones formales establecidas en el artículo 2391, apartado 1 CCI, retrasando por lo tanto la tutela a un momento anterior al cumplimiento del acto dispositivo que produce el daño, con la consecuencia de que el resultado de daño va cualificado como *post factum* penalmente irrelevante⁵²¹.

3. Diferencias y semejanzas entre el precepto italiano y el español

La introducción en el ordenamiento italiano de un precepto que castiga expresamente las conductas irregulares de administración desleal en el ámbito societario puso fin a un vacío legal que había sido objeto de múltiples críticas. El texto que contenía el precepto italiano entró en vigor en 2002, aunque en realidad su materialización había sido propuesta años atrás. Mientras tanto, en España, el delito societario de administración desleal –que comenzó a aplicarse en el 1995– intentaba convencer a la doctrina que, ante la carencia de un precepto cuyo contenido fuese similar al del delito alemán, se mostraba en contra del contenido del artículo 295 CP (derogado). El delito de administración desleal que en un primer momento fue incluido en el sistema español, se asimila al precepto italiano en su ámbito de aplicación (el societario) pero difiere en su contenido y ubicación. Como hemos podido observar, mientras que el derogado artículo 295 CP y su precesor (el artículo 252 CP) se encuentran ubicados en el Código Penal, el delito de *infedeltà patrimoniale* está en el *Codice Civile*. Nos sorprende la inclusión de esta figura delictiva en un texto que por lo general acoge normas de Derecho privado que no conllevan la imposición de la pena más dura de las que el Ordenamiento Jurídico prevé, esto es, la pena de prisión. A efectos sistemáticos resulta coherente reunir todas las normas penales en el mismo texto o a lo sumo que se encuentren recogidas en leyes especiales las que se agrupen en relación de la materia que tratan.

Dejando a un lado los primeros años en vigor de ambos delitos, observamos que el artículo 2634 CC –que recoge la administración desleal– no ha sido modificado en

⁵²¹ ALDROVANDI, P., “Art. 2634...”, *op. cit.*, págs. 208 y 209; SANTORIELLO, C., “La tutela...”, *op. cit.*, pág. 188; MARUOTTI, R. G., “I reati...”, *op. cit.*, págs. 214 y 215.

ninguno de sus aspectos, y sin embargo, en nuestro país se ha derogado el delito que sancionaba estrictamente conductas desleales societarias y se ha incluido el artículo 252 CP que se aplica a cualquier esfera. Para comprender mejor el tratamiento de estos delitos, y teniendo en cuenta que hemos limitado el estudio de ambos ilícitos a un ámbito común, debemos recurrir a los textos legislativos en los que se regulan el funcionamiento de las sociedades de capital. A diferencia del ordenamiento español, que reúne este tipo de sociedades bajo la Ley de Sociedades de Capital; el ordenamiento italiano no contiene una ley específica que agrupe este tipo de sociedades mercantiles, por ello las regula –al igual que el delito de *infedeltà patrimoniale*– a través del *Codice Civile*.

En relación con el esquema de la Teoría Jurídica del delito, cabe precisar que los dos delitos a los que venimos haciendo mención tutelan el mismo bien jurídico protegido: el patrimonio social. A pesar de que el artículo 252 CP protege el patrimonio en general, en el ámbito al que hemos delimitado su estudio se concreta en el patrimonio de la sociedad de capital. Respecto al objeto material, en el artículo 252 CP coincide con el bien jurídico protegido (el patrimonio social), y en el artículo 2634 CCI se concreta en los bienes de la sociedad. La delimitación del objeto material en el “patrimonio social” o los “bienes sociales” dependerá del concepto que se utilice para definir cada uno de ellos. La doctrina italiana ha utilizado una definición amplia de “bienes sociales”, de forma que en función del concepto de patrimonio que sea defendido podrá concretarse si aquellos quedan excluidos o no del mismo.

De otro lado, y teniendo en cuenta que el precepto italiano tan solo responde a exigencias societarias, los sujetos activos mencionados expresamente en el artículo del *Codice Civile*, no están incluidos en la literalidad del artículo 252 CP. El delito de *indefeltà patrimoniale* concreta como posibles sujetos activos a los administradores, directores generales y liquidadores, y además amplía el círculo a otros sujetos a través de la aplicación del artículo 2636 CCI (por ejemplo al administrador de hecho). En este sentido, el precepto italiano se asemeja más al delito societario español derogado (que también incluía una lista cerrada de posibles sujetos activos: administrador de derecho o de hecho, y el socio) que al vigente artículo 252 CCI. El artículo 252 CP es redactado de manera más amplia y tan solo señala que podrán ser sujetos de la acción aquellos que tengan facultades de administrar providentes de la ley, emanadas de un negocio jurídico o que sean encomendadas por la autoridad pública. Ahora bien, ¿encajan en tal exigencia los sujetos propuestos en el artículo 2634 CCI? A nuestro juicio, y como ya

argumentaremos más extensamente en el epígrafe dedicado al sujeto activo, la respuesta es positiva. Aunque el delito genérico del artículo 252 CP no concrete los posibles autores del ilícito, tanto el administrador, como el director general y el liquidador, pueden ser sujetos activos del delito del artículo 252 CP. Ambos delitos –el español y el italiano– se articulan como delitos propios especiales.

Respecto al tipo objetivo del delito de *infedeltà patrimoniale* el precepto exige que se cumplan varios elementos: la situación de un conflicto de intereses como presupuesto del delito; que la conducta delictiva consista en realizar o contribuir a la deliberación de actos de disposición de los bienes sociales; y por último que se cause un daño a la sociedad de naturaleza patrimonial. La exigencia de que se aprecie un conflicto de intereses de forma previa a la comisión de la conducta típica es una de las peculiaridades del artículo 2634 CCI respecto al artículo 252 CP. Este último precepto no requiere que el sujeto activo se encuentre en una situación concreta previa a la realización de la conducta típica. La ausencia en nuestro delito de administración desleal de la necesidad de que exista un conflicto de intereses permite ampliar el ámbito de aplicación del precepto. De otro lado, también hay que admitir que dicha consecuencia –la de que se restrinja el contenido del tipo penal– facilita de la determinación de la conducta típica del artículo 2634 CCI. En particular, en el delito de *infedeltà patrimoniale* la conducta delictiva está mucho más delimitada que en el artículo 252 CP. Como posteriormente quedará justificado, uno de los errores del legislador de la reforma de 2015 ha sido redactar de manera excesivamente amplia la acción típica. Ahora bien, también creemos que la descripción de la acción típica utilizada en el artículo 2634 CCI es demasiado restrictiva, ya que deja fuera las conductas omisivas (circunstancia que debería subsanarse en caso de una posible reforma). Finalmente, el último presupuesto del tipo objetivo es común en los dos delitos. Ambos ilícitos concretan el resultado en la causación de un daño patrimonial.

En relación con el elemento subjetivo, el delito del artículo 2634 CCI se realiza de forma exclusivamente dolosa. Puede distinguirse el dolo específico (“con el fin de procurarse para sí o un tercero un beneficio injusto u otra ventaja”); y el dolo intencional (“causando intencionalmente un daño”). El delito de administración desleal del artículo 252 CP no contempla el dolo específico en el sentido que ha sido definido en el precepto italiano. Recordemos que el derogado artículo 295 CP incluía la expresión “en beneficio propio o de un tercero”, y además condicionada el contenido de la pena de multa al

beneficio obtenido; sin embargo, el artículo 252 CP ha prescindido de este elemento. En realidad, la omisión de tal presupuesto se debe a que el administrador no siempre actúa movido por la consecución de un beneficio, o incluso puede que sí lo haga pero sea imposible probarlo porque no deja constancia de ello. De otro lado, el artículo 252 CP tampoco contempla la necesidad de que el sujeto activo obre “intencionadamente” (dolo intencional). El artículo 295 CP (derogado) no requería que el perjuicio se causara de manera intencionada pero si demandaba que fuese directa, de modo que ámbos términos pueden utilizarse aquí como sinónimos. La inclusión del adverbio “intencionadamente” en el artículo 2634 CCI tan solo limita el contenido del precepto, pues excluye las conductas realizadas con dolo eventual que sí son contempladas en el artículo 252 CP. En nuestra opinión, el precepto italiano debería eliminar este requisito de la tipificación del precepto pues supone un límite más a la aplicación del precepto que deja fuera del mismo conductas que deben ser reprochadas penalmente.

La pena incluida en el artículo 2634 CCI es de prisión de seis meses a tres años, y coincide con la pena del tipo básico del delito de administración desleal de nuestro Código Penal. No obstante, el artículo 295 CP contiene un tipo atenuado, otro agravado y además superagravado, de los que carece el delito de *infedeltà patrimoniale*. De forma que, desde la perspectiva de la penalidad, el artículo 252 CP es más completo. La pena incluida en el artículo 2634 CCI puede resultar desproporcionada con el perjuicio que puede llegar a ser causado a la sociedad. Debemos de tener en cuenta que existen sociedades que operan a gran escala y que la conducta realizada por uno o varios de sus administradores puede provocar que una persona jurídica determinada tenga pérdidas que incluso le obliguen a abrir un periodo de liquidación. Por tanto, creemos que el delito del artículo 2634 CP debería haber incluido al menos una horquilla punitiva más amplia; incluso, podría haber contemplado la pena de multa.

En comparación con el artículo 252 CP, que tan solo está compuesto por un apartado, el artículo 2634 CCI está formado por varios. En concreto, el segundo apartado del artículo 2634 CCI aplica la misma pena cuando el hecho típico se produce en relación con los bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros y causa un daño patrimonial a los mismos. Como podemos observar, el artículo 2634 CCI extiende su tutela al patrimonio de terceros relacionados con la sociedad. El ordenamiento penal español no contempla esta situación de manera específica. Para comprobar si tal comportamiento puede ser enjuiciado a través del artículo 252 CP, habría que precisar si

los bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros forman parte del patrimonio social. En el caso de dichos bienes no estén integrados en el patrimonio social –como se ha argumentado en el epígrafe anterior– y pertenezcan a los terceros mencionados en el precepto, éstos serán directamente perjudicados. Por lo que, podría aplicarse el artículo 252 CP, pues a través de la conducta irregular de administración desleal se han vulnerado sus intereses. Sin embargo, si los bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros forman parte del patrimonio social, estos últimos tan solo van ser perjudicados indirectamente. En este caso –en el que los terceros son perjudicados de forma indirecta– no será aplicado el artículo 252 CP.

Además, el apartado cuarto del precepto italiano incluye una cláusula especial que determina cómo opera el artículo 2634 CCI en el ámbito de los grupos de sociedades. El delito de administración desleal genérico del artículo 252 CP no prevé expresamente tal situación. El apartado cuarto del artículo 2634 CCI permite que se compense el perjuicio ocasionado a una sociedad (vinculada al grupo) con alguna ventaja a esta misma, a otra perteneciente al grupo, o a éste como unidad. Por tanto, el apartado mencionado exige que uno de los elementos que constituyen la tipificación del delito base del apartado primero (el dolo específico) concorra de una determinada forma y se dirija a un sujeto concreto. En cambio, el artículo 252 CP no alude a la necesidad de que de la conducta ilícita realizada por el sujeto activo derive en una ventaja. De manera que, si el tipo básico del delito de administración desleal no contempla el elemento al que venimos aludiendo, no es coherente exigirlo en los supuestos en los que la administración desleal concorra en un grupo de sociedades. El delito del artículo 252 CP se considerará consumado independientemente de que el sujeto activo haya procurado o no una ventaja con su comportamiento.

Finalmente, el apartado cuarto del artículo 2634 CCI determina que el delito de *infedeltà patrimoniale* es perseguido a través de querrela del ofendido, es decir, de la sociedad. En cambio, el delito incluido en el artículo 252 CP se ha configurado como un delito público que permite ejercitar la acción penal al ofendido, al perjudicado, a cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos y además es perseguible de oficio. La doctrina italiana ha criticado la restricción de la procedibilidad del delito de *infedeltà patrimoniale* en el apartado cuarto del artículo 2634 CCI. En sentido similar se ha posicionado la doctrina española en relación con el contenido del artículo 296 CP y los delitos societarios, y en especial con el delito societario de administración desleal. Sin

embargo, el cambio de ubicación de este último en el Código Penal español y su configuración como un delito patrimonial han permitido que se amplíe el número de sujetos que pueden iniciar la persecución penal.

CUARTA PARTE

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

I. DIMENSIÓN VALORATIVA DEL TIPO

1. El bien jurídico protegido

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 personas⁵²². 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 jurídicos⁵²³.

La delimitación del bien jurídico protegido supone una de las cuestiones más relevantes que integran el estudio de cualquier delito⁵²⁴. 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

⁵²² 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.

⁵²³ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 63. En concreto, los autores califican los bienes jurídicos como los “presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”.

⁵²⁴ 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.

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)⁵²⁵.

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.

1.2. El patrimonio como bien jurídico protegido

1.2.1. 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 jurídico individual penalmente protegido en dicho ilícito es el patrimonio⁵²⁶. 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

⁵²⁵ 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”.

⁵²⁶ 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*, nº 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.

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”⁵²⁷.

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 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, 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 conflictos⁵²⁸. De tal forma que si trasladamos lo expuesto en 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, debemos entender que el bien jurídico protegido no es otro que el patrimonio social.

No obstante, la cuestión no resulta tan sencilla. Cuando hacemos referencia al patrimonio social nos referimos íntegramente al patrimonio de la sociedad, es decir, a los bienes sociales. De modo que la sociedad, constituida como persona jurídica, es la titular del patrimonio social que queda protegido a través del artículo 252 CP. Una vez que admitimos que los bienes sociales son el objeto de protección penal, 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.

⁵²⁷ 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 *Comentario 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.

⁵²⁸ Véase, en Segunda Parte el Capítulo IV (epígrafe 3.1) de este trabajo.

1.2.2. 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 tengan un vínculo específico (derivado de una Ley, impuesto por la autoridad pública o asumido mediante negocio jurídico) con el sujeto activo autor de la conducta punible, pero no incluye ninguna limitación más. Así, el patrimonio de cualquier persona (física o jurídica) 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 patrimonio que sea protegido tenga como titular a uno de los dos sujetos que se mencionan, pero ninguno más. En ese caso, la protección del patrimonio de la sociedad excluiría la posibilidad de que también se considerase tutelado 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) cual era 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 ambos⁵²⁹. Por este motivo, ahora nos resulta más difícil conocer el criterio que ha seguido el legislador de la

⁵²⁹ Posición, esta última, que ha sido defendida en este trabajo.

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 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 en las sociedades de capital, ya que son quienes aportan el capital social⁵³⁰ 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^{531,532}. 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 ellos⁵³³.

El capital social está integrado por las aportaciones de los socios⁵³⁴. Según el capital que haya sido aportado por un socio, así será su participación en la sociedad;

⁵³⁰ 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.), Fleming, Granada, 2016, págs. 82 y 83.

⁵³¹ Así queda expresado en los artículos 2, 3 y 4 LSC.

⁵³² 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).

⁵³³ *Vid.*, BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 364 hasta 366.

⁵³⁴ 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.

además, el capital social constituye una función de garantía frente a terceros, que no podrán exigirle a los socios responsabilidad por las deudas sociales⁵³⁵. El capital social está dividido en acciones en la S.A. o en participaciones sociales en la 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 sociales⁵³⁶. 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...⁵³⁷). 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.

⁵³⁵ 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.

⁵³⁶ Artículo 91 LSC.

⁵³⁷ En general sobre lo expuesto en el texto principal, véase Título IV. Participaciones sociales y acciones; Capítulo II. Derechos del socio, en la LSC.

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 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 social⁵³⁸. Los liquidadores⁵³⁹ 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 a los socios⁵⁴⁰. 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 social⁵⁴¹. 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 daño 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 (S.A. o S.R.L., 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

⁵³⁸ Artículo 371.1 y 2 LSC.

⁵³⁹ 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).

⁵⁴⁰ Artículo 291.2 LSC.

⁵⁴¹ 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”.

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 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 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 se vea 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 repercute en el patrimonio del que son titulares otros sujetos cercanos a la sociedad.

1.3. El orden económico como bien jurídico protegido

1.3.1. 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 debidamente. 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 conjuntamente⁵⁴².

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 general.

El orden económico –también denominado orden socioeconómico, orden público económico, economía nacional⁵⁴³ – 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

⁵⁴² La idea expresada en el texto principal ha sido desarrollada más extensamente en la Primera Parte (Cuestiones previas) de este trabajo.

⁵⁴³ Recoge como sinónimas estos términos FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 17.

caracteriza por su amplitud e imprecisión⁵⁴⁴, a pesar de los intentos no existe un concepto de éste aceptado unánimemente⁵⁴⁵. 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 delictiva⁵⁴⁶. 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 delictiva⁵⁴⁷. De modo que, el orden económico requiere concretarse en bienes jurídicos específicos en relación con la redacción e interpretación cada delito⁵⁴⁸.

El orden económico ha sido especificado en relación con el delito societario de administración desleal⁵⁴⁹ como el “buen funcionamiento de las sociedades”⁵⁵⁰, “el papel

⁵⁴⁴ 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”.

⁵⁴⁵ 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”.

⁵⁴⁶ 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 aquel. Recordemos que ya hicimos referencia a la dificultad de concretar el concepto de orden económico en el Capítulo III 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.

⁵⁴⁷ 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. 29. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 112.

⁵⁴⁸ 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”. NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Teoría...”, *op. cit.*, pág. 29.

⁵⁴⁹ 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.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos... (2005)”, *op. cit.*, pág. 617. CALDERÓN CERESO, A., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 300.

que las mismas desempeñan en el vigente sistema de economía de mercado”⁵⁵¹, “la confianza que las entidades que operan en el tráfico económico deben inspirar a los ahorradores”⁵⁵², “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico”⁵⁵³, o bien, “la función que las sociedades mercantiles cumplen hoy en nuestro sistema económico”⁵⁵⁴, 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 comportamiento 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.

1.3.2. 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 CP⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ *Ibidem.*

⁵⁵² *Ibidem.*

⁵⁵³ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 224.

⁵⁵⁴ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 60.

⁵⁵⁵ 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.

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 delictiva⁵⁵⁶. 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 directa⁵⁵⁷.

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 ilícita⁵⁵⁸. 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

⁵⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 159 hasta 165.

⁵⁵⁷ 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 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, ya que es un sistema societario que forma parte del mismo es muy diverso.

⁵⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 159 hasta 165.

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 precisión que confirma su exclusión dentro del grupo del bien jurídico por “*antonomasia*”⁵⁵⁹. 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 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.

⁵⁵⁹ Utiliza el término “*antonomasia*” para definir el bien jurídico protegido directo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 160.

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 el 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 concreto 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 sea⁵⁶⁰.

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 manteníamos 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 artículo 295 CP el orden económico ha sido concretado por muchos autores –a los que nos adherimos– como un bien jurídico mediato. 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 surgido⁵⁶¹. La finalidad de la inclusión de estas nuevas figuras delictivas en el Código

⁵⁶⁰ 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.

⁵⁶¹ 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”.

Penal de 1995 hacia 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 nacional⁵⁶².

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 mediato⁵⁶³.

1.3.3. 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 patrimonio⁵⁶⁴. 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.

⁵⁶² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 29.

⁵⁶³ 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.

⁵⁶⁴ 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.

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 administración desleal que, a pesar de contener los rasgos definitorios de los delitos contra el patrimonio, en determinadas situaciones afectan al orden socioeconómico⁵⁶⁵. 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 estafa⁵⁶⁶. 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^{567,568}.

⁵⁶⁵ 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”.

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ 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 sola naturaleza (a pesar de que incidan en otros intereses); LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, *op. cit.*, págs. 49 hasta 57; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 30, admite que con los delitos societarios se pretende proteger en primera instancia el patrimonio individual, compatibilizando dicha tutela con una gestión empresarial eficiente.

⁵⁶⁸ 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*

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 ámbito, 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

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...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, 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 desgranar 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.

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 o en algunos casos iguales dificulta su aplicación. La distinción entre el delito de administración desleal y otras figuras delictivas puede ocasionar confusiones que nos llevarán a encajar hechos en ilícitos 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 desleales⁵⁶⁹.

El delito de estafa (artículo 248 CP⁵⁷⁰) 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 confianza⁵⁷¹. La ubicación

⁵⁶⁹ Vid., la STS de 26 de febrero 1998 (RJ 1998\1196) conocida como el Caso *Argentia Trust*. También: MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, op. cit., págs. 890 y 891.

⁵⁷⁰ Hacemos referencia al tipo básico por entender que es sobre el que se construyen los demás tipos de estafa.

⁵⁷¹ 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 15/05/17).

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^{572,573}.

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 jurisprudencia⁵⁷⁴. De forma sintetizada son: el engaño bastante, el error derivado del engaño mencionado y el acto de disposición que origina un perjuicio. Se trata de una serie de caracteres concretos y delimitados que presentan los rasgos definitorios del delito tipificado en el artículo 248 CP⁵⁷⁵.

⁵⁷² En concreto, GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 1ª. De las estafas”, en *Comentario 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 véase el Capítulo II de la Parte Cuarta (epígrafe I.1.2)

⁵⁷³ 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.

⁵⁷⁴ “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 Origenación 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 Ánimo 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).

⁵⁷⁵ 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 lo ha ocurrido 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 recurría a la interpretación de los elementos comunes entre el nuevo delito y el que estaba en vigor.

En concreto, el delito de estafa se construye sobre el engaño⁵⁷⁶. El engaño debe ser bastante para producir error en otro sujeto⁵⁷⁷. En el delito de administración desleal existe abuso de confianza pero no engaño previo⁵⁷⁸. 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 originara el perjuicio, mientras que en el delito de administración desleal constituye simplemente un “acto ordinario de administración”, es decir, una característica de la acción típica⁵⁷⁹.

Además, el acto de disposición en el delito de estafa es realizado voluntariamente por el sujeto pasivo que previamente ha sido engañado⁵⁸⁰; 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 patrimonio⁵⁸¹. 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

⁵⁷⁶ GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 1ª...”, *op. cit.*, pág. 856.

⁵⁷⁷ Véase la nota en la que se especifican los elementos típicos del delito de estafa.

⁵⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (19ª ed.), *op. cit.*, pág. 505.

⁵⁷⁹ *Vid.*, STS 21 de junio de 2007 (RJ 2007\3329).

⁵⁸⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 891

⁵⁸¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (19ª ed.), *op. cit.*, pág. 505.

fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrajese obligaciones a su cargo, actuara “en beneficio propio o de un tercero”⁵⁸².

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

⁵⁸² 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.

indebida se resolvía a favor del último, que tenía una pena mayor. 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 mencionados⁵⁸³. No obstante, la búsqueda de un criterio aceptado de forma unánime que permitiese deslindar los ilícitos ha sido frustrada⁵⁸⁴. 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 práctica.

2.2. La nueva redacción del delito de apropiación indebida

El legislador de la Ley Orgánica 1/2015, consciente de los problemas generados⁵⁸⁵, 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 cuestión⁵⁸⁶. En concreto, el apartado XV del Preámbulo señala el propósito de la Reforma de distinguir “con mayor claridad”

⁵⁸³ Así se expresa en la STS 9 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4411).

⁵⁸⁴ 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.

⁵⁸⁵ El propio Informe del Consejo Fiscal de 2012 reconoce como “polémica” la relación entre el delito de administración desleal y apropiación indebida (pág. 225).

⁵⁸⁶ 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 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.

los tipos penales de la administración desleal y la apropiación indebida⁵⁸⁷. La Reforma introduce una nueva regulación de la administración desleal destinada a sancionar dicha conducta en cualquier ámbito, y ello motiva que paralelamente se revise la regulación del delito de apropiación indebida. 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”⁵⁸⁸.

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

⁵⁸⁷ 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.

⁵⁸⁸ 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 ordenador 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.

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”.

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”⁵⁸⁹. En la Exposición de Motivos no encontramos ninguna referencia a esta modificación. La supresión de los activos patrimoniales responde al mal uso que se estaba haciendo de dicho concepto. 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 muebles” o “activo patrimonial” de forma contrapuesta; de manera que si el primer grupo se refería a bienes muebles, el segundo lo hacía a bienes inmuebles⁵⁹⁰. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido contundente al indicar que “si el legislador hubiere querido incluir los inmuebles hubieran utilizado en el

⁵⁸⁹ 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.

⁵⁹⁰ 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).

[anterior] artículo 252 CP este concepto jurídico y no un concepto mercantil”^{591,592}. 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 de los primeros elementos sí resulta trascendente. Con la eliminación de los activos patrimoniales –manifiestan– se impide admitir los bienes inmuebles como objetos que pueden ser favorables de apropiación⁵⁹³. De forma que, cuando se disponga de forma indebida de los activos patrimoniales los hechos se enjuiciarán a través del delito de administración desleal⁵⁹⁴. Sin embargo,

⁵⁹¹ 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”.

⁵⁹² 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.*, págs. 64 y 65.

⁵⁹³ 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.

⁵⁹⁴ 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.

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 pública 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 formando parte del artículo 253 CP⁵⁹⁵. 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^{596, 597}; mientras que otros han defendido su incorporación específica⁵⁹⁸. 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 dinero⁵⁹⁹. Quizá, hubiese bastado con que en la Exposición de Motivos

⁵⁹⁵ El Proyecto de 2007 sí hacía alusión expresamente al “dinero, efectos o valores”.

⁵⁹⁶ 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.

⁵⁹⁷ El Informe del Consejo Fiscal de 2012 cuestiona la supresión del dinero, y deja patente que el hecho de que la Exposición de Motivos no diga nada expresamente sobre 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).

⁵⁹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pag. 61.

⁵⁹⁹ Sobre las consecuencias de la inclusión del dinero en el artículo 253 CP véase el epígrafe siguiente.

se hubiera indicado que el dinero 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 propiedad⁶⁰⁰.

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*⁶⁰¹, tan repetidamente citada por nuestra jurisprudencia⁶⁰², 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* (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 castigan los supuestos de apropiación definitiva en beneficio propio (modalidad de apropiación) o en beneficio de un tercero (modalidad de distracción)⁶⁰³.

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

⁶⁰⁰ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 38.

⁶⁰¹ STS 26 de febrero de 1998 (RJ 1998\1196).

⁶⁰² Entre otras, SSTS 16 de febrero de 2001 (RJ 2001\472); 3 de febrero de 2003 (RJ 2003\4061).

⁶⁰³ 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.

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 aplicando⁶⁰⁴.

En consecuencia, la eliminación del verbo “distraer” es plausible⁶⁰⁵. 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

⁶⁰⁴ 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 administración 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 innecesaridad, 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).

⁶⁰⁵ En cambio, NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 792, manifiesta que con 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).

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 administrador⁶⁰⁶ (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, 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 devolver⁶⁰⁷. 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 detenidamente⁶⁰⁸, la omisión de la administración como título que produce la obligación de entregar o devolver en el delito de apropiación

⁶⁰⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 553.

⁶⁰⁷ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 763, que 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.

⁶⁰⁸ En concreto, en el apartado: 2.2.4. Apropiación de dinero u otros objetos realizada por un administrador.

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, los sujetos señalados tienen en su poder bienes que son propiedad de un organismo público⁶⁰⁹. 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^{610,611}.

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

⁶⁰⁹ 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.

⁶¹⁰ 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”.

⁶¹¹ 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 accesorio. 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.

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 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 epígrafe⁶¹².

Además de los cambios señalados, cabe hacer mención a las penas impuestas a través del artículo la 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, que ahora es enjuiciado a través del artículo 254 CP. En cambio, ha añadido un segundo apartado (artículo 252.2 CP) en el que se castiga la falta de apropiación indebida en los supuestos en los que lo apropiado no exceda de una cantidad superior de cuatrocientos euros⁶¹³. 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

⁶¹² GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, págs. 762 y 763.

⁶¹³ 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.

“a la cuantía de lo defraudado” y el delito de administración desleal al “perjuicio patrimonial” ocasionado.

Por último, el artículo 254 CP recoge la apropiación de cosa perdida o dueño desconocido o recibida de forma indebida por error del transmitente, que antes de la Reforma de 2015 se sancionaban en los anteriores 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)⁶¹⁴.

⁶¹⁴ 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.

En cambio, la mayor parte de la doctrina ha defendido que, cuando el dinero sea objeto de apropiación, el bien jurídico tutelado en el 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 indebida⁶¹⁵.

Hace escasamente un año 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 dinero⁶¹⁶.

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 “distracción” del anterior artículo 252 CP⁶¹⁷. En concreto, CONDE-PUMPIDO

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ 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).

⁶¹⁷ Recordemos –ya nos detuvimos sobre la interpretación del verbo “distrar” en el epígrafe anterior–, que la jurisprudencia mantuvo antes y después de la entrada en vigor del artículo 295 CP que dentro del delito

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 indebida 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

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.

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. De forma que el delito de administración desleal sancionaría los actos de disposición que carezcan de autorización, y si el objeto de dicha acción es el dinero, los hechos se enjuiciaran en virtud de lo expuesto en el artículo 253 CP⁶¹⁸.

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 pero no del artículo 253 CP^{619,620}. El legislador, con la eliminación de las expresiones “distrajaran” 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

⁶¹⁸ 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 dos bienes jurídicos. Cuando sancione la apropiación de bienes muebles se estará tutelando la propiedad, mientras que en los supuestos en los que se castigue las apropiaciones de dinero el bien jurídico protegido será el patrimonio. 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).

⁶¹⁹ 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, y también cuando el administrador tiene un obligación concreta respecto al dinero y se apropia de él.

⁶²⁰ Hemos justificado esta opinión más extensamente en el epígrafe siguiente.

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 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 sencilla⁶²¹. La proximidad del tipo de 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 devolución⁶²². 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 bienes⁶²³.

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,

⁶²¹ 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.

⁶²² 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.

⁶²³ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, págs. 399 y 340.

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 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 la administración 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 dinero⁶²⁴, 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 expresión “otros títulos”⁶²⁵. 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

⁶²⁴ 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.

⁶²⁵ Pensamos que el legislador de la Reforma 1/2015 ha subsanado el error cometido en el Proyecto de 2017 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.

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 (conllevan o no apropiación) sean siempre sancionadas a través del artículo 252 CP. De modo que si el autor tiene facultades para administrar determinados fondos y los incorpora a su patrimonio dará lugar a un delito de administración desleal⁶²⁶. 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 sociedad⁶²⁷. Algunos autores han considerado que este tipo de comportamientos debería ser enjuiciado a través del delito de apropiación indebida⁶²⁸, y

⁶²⁶ 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.

⁶²⁷ El ejemplo del texto principal es extraído del estudio realizado por NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 793.

⁶²⁸ 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.

en cambio otros han abogado por su inclusión en el delito de administración desleal⁶²⁹. 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 fácticas⁶³⁰. 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 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 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 haya que respetar los deberes básicos dirigidos a la protección del mismo. Centrándose nuestro objeto de estudio en la aplicación del tipo a un ámbito específico (el de las sociedades de capital), podríamos apoyarnos para

⁶²⁹ 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.

⁶³⁰ *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.

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 no un canon de diligencia sino 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 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 posee el administrador. 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 indebida⁶³¹. 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 desleal⁶³². 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 discrecionalidad 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,

⁶³¹ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 55.

⁶³² 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...*, *op. cit.*, págs. 187 hasta 201.

el sujeto con facultades de administración derivadas de la ley, negocio jurídico o encomendadas por una autoridad pública, 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 2015⁶³³.

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 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 definitiva⁶³⁴. 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

⁶³³ 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.

⁶³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 57. 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.

criterio diferenciador que atiende a la apropiación definitiva (delito de apropiación indebida) o temporal (delito de administración desleal) de los bienes^{635,636}.

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 excediéndose en las mismas, 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

⁶³⁵ 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”).

⁶³⁶ Si admitiésemos que el título “administración” se encuentra incluido en el delito de apropiación indebida, nos posicionaríamos a favor de esta línea interpretativa y rechazamos la teoría de los excesos descrita en el párrafo siguiente. De este modo, seguiríamos la posición tomada en relación con el delito societario (derogado artículo 295 CP) y el antiguo contenido del delito de apropiación indebida. 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 permita 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 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.

tiene discrecionalidad de disposición) realizará el tipo descrito en el artículo 252 CP (será indiferente que la apropiación sea temporal o definitiva)⁶³⁷.

En conclusión, tras el análisis de las consecuencias que se derivan de la supresión de la “administración” como título expresamente recogido en el delito de apropiación indebida, preferimos aquí la primera de las posibilidades interpretativas en virtud de las razones expuestas⁶³⁸, 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

⁶³⁷ 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*, nº 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 2016\71607). Hace referencia a tal interpretación también SAP de La Rioja de 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016\20629).

⁶³⁸ 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 253 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. 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.

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 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 no las que por temor de 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, 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 además 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 realizase

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. 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.

Igualmente, el marco penal de este último tipo al que estamos haciendo referencia 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 administración desleal agravada 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)⁶³⁹, y los delitos de peligro presunto o hipotético⁶⁴⁰.

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

⁶³⁹ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 520 hasta 526.

⁶⁴⁰ La jurisprudencia ha definido estos delitos tomando como referencia el artículo 325 CP y ha determinado que como “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”.

principal. El comportamiento típico del administrador 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 administrado⁶⁴¹.

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 desleal⁶⁴². 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 CP⁶⁴³.

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

⁶⁴¹ 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.

⁶⁴² De modo que, no todo perjuicio es delito (riesgo permitido), pero en todo delito ha perjuicio: BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547, también, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 270.

⁶⁴³ 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.

como un delito de resultado⁶⁴⁴. 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 actividad⁶⁴⁵. 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 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 lesión⁶⁴⁶. 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

⁶⁴⁴ 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.

⁶⁴⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (7ª ed.), Tirant lo Blanch (1ª ed.), Valencia, 2015, pág. 587. La justificación que utiliza el autor para defender su decisión de calificar el delito de administración desleal como un delito de simple actividad es confusa, ya que para ello utiliza argumentos que en todo caso responden a la tipificación de delito de apropiación indebida.

⁶⁴⁶ También: CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 12.

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 administra⁶⁴⁷. 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 mismo⁶⁴⁸. 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 mismo⁶⁴⁹.

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

⁶⁴⁷ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 41.

⁶⁴⁸ *Ibidem.*, pág. 42. Los mismos autores en: “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271.

⁶⁴⁹ 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 patrimonial es sinónimo de la puesta en peligro del patrimonio, en concreto manifiesta que “el peligro equivale a la lesión”.

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 242 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)⁶⁵⁰.

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 habrá producido con la simple puesta en peligro del patrimonio⁶⁵¹. 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

⁶⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 90 hasta 98. Igualmente en: *Derecho penal...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 546 hasta 550.

⁶⁵¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La Reforma...*, *op. cit.*, pág. 191.

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 los 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 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

El artículo 252 CP determina que podrá ser autor del delito de administración desleal genérico cualquier persona que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno. Las facultades de administrar provienen de la ley, son encomendadas por la autoridad pública o bien, las asume 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 el sujeto para que pueda ser considerado autor del delito pero no ha incluido referencia alguna a personas que ostentan 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 organizar⁶⁵² el patrimonio que administra, y en segundo lugar que dichas facultades emanen de la ley, la autoridad pública 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 críticas⁶⁵³, que han 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 mismos⁶⁵⁴.

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 mismo⁶⁵⁵. 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 norma⁶⁵⁶.

El delito de administración desleal es calificado como un delito especial⁶⁵⁷. El artículo 252 CP se constituye como un delito especial porque podrán ser sujetos activos

⁶⁵² Utilizamos estos verbos tomando la acepción tercera del término “administrar” según el DRAE (<http://del.rae.es/?id=0mFIScm>, última consulta 24/01/17).

⁶⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 579; DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, en *elderecho.com*, nº 2, septiembre 2016, pág. 11.

⁶⁵⁴ Ambas propuestas dadas por NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 795 y 796. En contra, 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).

⁶⁵⁵ 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 octubre de 2015 (RJ 2016\96) determina que el artículo 252 CP se refiere a toda clase de administradores, no únicamente a los sociales.

⁶⁵⁶ 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.

⁶⁵⁷ 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.

del mismo quienes tengan una cualificación concreta⁶⁵⁸. 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 mencionado 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 propio⁶⁵⁹.

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 disposiciones⁶⁶⁰. Se trata de una norma penal en blanco⁶⁶¹, que necesita de otras normas extrapenales para su aplicación porque complementan y definen 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 administrar⁶⁶².

⁶⁵⁸ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 518 y 519.

⁶⁵⁹ ALASTUEY DOBÓN, C., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 374. También la SAP de La Rioja de 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016\20629).

⁶⁶⁰ 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 ORTÍZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 12, que además señala que en algunos supuestos se acudiría a normas que también presenten conflicto.

⁶⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 557 y 558.

⁶⁶² 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 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).

Como indica la STS de 10 de octubre de 2015 (RJ 2016\96) la LSC nos ayuda a concretar el “vínculo de fidelidad” forjado entre el administrador y su principal y que se quebrante con el perjuicio al patrimonio, sin embargo, no tipifica el delito de artículo 252 CP.

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 primero recoge el conocido como “tipo de abuso”, mientras que el segundo alude al “tipo de infidelidad”⁶⁶³. Ambos hacen alusión a la ley, autoridad pública 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 las 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”⁶⁶⁴. Evidentemente, el legislador ha obrado correctamente 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 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

⁶⁶³ 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.

⁶⁶⁴ 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.

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 pública. Entendemos que encajaría aquí el caso de los interventores o administradores judiciales (artículo 630 LEC y siguientes)⁶⁶⁵. En general, la condición de administrador derivada de la ley y de la autoridad pública 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 autoridad pública⁶⁶⁶. 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 CP⁶⁶⁷. En el supuesto de que el objeto del ilícito sea patrimonio público los hechos se enjuiciarán a partir de los dispuesto en el artículo 432.1 CP⁶⁶⁸. 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

⁶⁶⁵ Ambos ejemplos son extraídos de la obra de QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 579 y 580.

⁶⁶⁶ *Ibidem.*, pág. 581.

⁶⁶⁷ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 774, señala que la mención a la autoridad pública 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 alternatividad. 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 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.

⁶⁶⁸ 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.

sujeto se identificará como un administrador de fincas, administrador de una comunidad de vecinos, etc⁶⁶⁹.

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 supuesto en el que el administrador de una sociedad ha adquirido su condición de administrador a través de un negocio jurídico, esto es, a través de un contrato laboral en el que se ha comprometido a ejercer el cargo específico a cambio de una remuneración. Tal contrato le otorga la condición de administrador de derecho, posición que conlleva la obligación de cumplir el contenido de la LSC. Igualmente, en el caso de que un Juez dicte una sentencia que determine el tutor de un menor incapacitado, las funciones de administración que deba realizar la persona designada se regirán por lo establecido en el Código Civil (artículos 222 y siguientes).

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 activo⁶⁷⁰. 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 artículo 252 CP⁶⁷¹. 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

⁶⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, págs. 581 y 582.

⁶⁷⁰ 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.

⁶⁷¹ Además, ello nos permite excluir como fuente la “relación de confianza” tal y como hemos expresado en párrafos anteriores.

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 problemas⁶⁷²; 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 tiene⁶⁷³. 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 disponer del sujeto activo 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 enjuiciadas 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 lo realmente importante no es que el administrador tenga facultades para administrar sino que no pueda emplearlas en interés propio, es decir, 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

⁶⁷² 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 (es decir, a las “facultades para administrar”. Los autores no hacen alusión a las de administración porque 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.

⁶⁷³ En este supuesto habría que estar al momento en el que el negocio jurídico dejó 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”.

sujeto activo del artículo 252 CP⁶⁷⁴. A nuestro juicio, esta condición carece de una base consistente. 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.

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 ostenta⁶⁷⁵. 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 titular⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ 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.

⁶⁷⁵ 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.

⁶⁷⁶ 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...”,

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 en esta parte de la investigación. 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 concurriesen 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 1/2015⁶⁷⁷– el concepto penal de sociedad. En concreto, el precepto señalado determina que se entiende por sociedad cualquier “cooperativa, 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 esfera⁶⁷⁸. 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

op. cit., pág. 536. Además, sobre la autonomía del administrador véase en la misma parte de este trabajo el Capítulo I (epígrafe 2.2.4)

⁶⁷⁷ Su contenido se ha mantenido intacto con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015.

⁶⁷⁸ 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”.

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”⁶⁷⁹. 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 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 societario⁶⁸⁰.

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,

⁶⁷⁹ 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...”, *op. cit.*, págs. 203 hasta 205. ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades mercantiles”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Fleming, Granada, 2016, págs. 49 y 50.

⁶⁸⁰ LÓPEZ NAVARRO, J. F., *Vademécum de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 60.

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 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)⁶⁸¹. 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 21 de julio de 2015⁶⁸². 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 existentes⁶⁸³. 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

⁶⁸¹ Tales abreviaturas se encuentran en el artículo 6 LSC.

⁶⁸² 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, y por último la señalada en el texto principal el 21/07/2015.

⁶⁸³ 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, pág. 174.

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 capitalistas⁶⁸⁴. 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 aportaciones 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)⁶⁸⁵. 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 euros⁶⁸⁶) 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.

⁶⁸⁴ VALENZUELA GARACH, J., “Sociedad...”, *op. cit.*, pág. 80.

⁶⁸⁵ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 358 y 359.

⁶⁸⁶ 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.

— Sociedad comanditaria por acciones: Se trata de una sociedad que en nombre colectivo desarrolla una actividad mercantil⁶⁸⁷. 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 dispondrán de las facultades de administrar de las que gozan los administradores de la sociedad anónima (artículo 252 LSC)⁶⁸⁸.

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 cotizada⁶⁸⁹. 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

⁶⁸⁷ 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).

⁶⁸⁸ 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 ésta 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”.

⁶⁸⁹ 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 titulización, 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 ORTÍZ, J., *Esquemas de Derecho de sociedades de capital*, Tomo XLI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 20.

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 facultades para ejecutar y formalizar las decisiones tomadas por el primero⁶⁹⁰.

— 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 práctica⁶⁹¹. 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, todos 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 mercantiles⁶⁹². 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 europeas⁶⁹³. 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 el régimen que debe aplicarse (artículos 458 y siguientes LSC). El capital social no puede ser inferior de 120.000 euros⁶⁹⁴. La

⁶⁹⁰ Lo expuesto se extrae de los artículos 12 a 17 LSC.

⁶⁹¹ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 661 y 662.

⁶⁹² Así se extrae del considerando 7º del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

⁶⁹³ 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.

⁶⁹⁴ Así lo determina el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001.

constitución de una SE se realizará mediante una fusión, un holding, la creación de una SE filial o por transformación de una sociedad⁶⁹⁵. 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 Comercio⁶⁹⁶. La regulación jurídica de los grupos de sociedades no está recogida en una norma concreta sino 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

⁶⁹⁵ 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.

⁶⁹⁶ 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.), Fleming, Granada, 2016, pág. 185.

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”⁶⁹⁷.

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 administradores⁶⁹⁸, que les permiten gestionar diariamente la sociedad y representarla en sus relaciones con terceros, les hace más susceptibles de cometer actos ilícitos. 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 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 sociedad⁶⁹⁹. Por ello, resulta imprescindible conocer más en profundidad

⁶⁹⁷ *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.

⁶⁹⁸ 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 realizaran a lo largo de este estudio.

⁶⁹⁹ 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

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 251 LSC^{700,701}. Independientemente de la forma en la que se organice la administración de la sociedad, las facultades de los administradores serán las mismas, es decir, gestionar y representar a la sociedad frente a terceros según los términos previstos en la Ley, 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 administradores⁷⁰².

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.

⁷⁰⁰ 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 los “criterios de identificación del administrador social que actúa deslealmente”.

⁷⁰¹ Salvo excepciones, en este trabajo usaremos de manera indistinta el término “administrador”, independientemente de la estructura que haya adoptado el órgano de administración.

⁷⁰² *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

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 consejo 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 sociedad⁷⁰³.

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).

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.

⁷⁰³ 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.

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 sociedad⁷⁰⁴.

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 cargo⁷⁰⁵, deben cumplir los deberes señalados en la Ley de Sociedades de Capital⁷⁰⁶; en el supuesto de que sean incumplidos generan responsabilidad. Dentro del Título VI, el Capítulo III bajo la rúbrica “Los deberes de los administradores” recoge el estándar de conducta exigible a estos sujetos⁷⁰⁷. En concreto,

⁷⁰⁴ JUSTE MENCÍA, 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.

⁷⁰⁵ El artículo 214 LSC regula el nombramiento y aceptación del cargo de administrador en las sociedades de capital.

⁷⁰⁶ 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*, nº 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 la situación en la que se encuentra nuestro país, donde el sector financiero es objeto de todo tipo de críticas.

⁷⁰⁷ 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

los administradores desempeñan su cargo en función de los denominados deberes de diligencia y lealtad⁷⁰⁸.

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 administración⁷⁰⁹. 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 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 éste⁷¹⁰. El deber de

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 SUCH, 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.

⁷⁰⁸ 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.

⁷⁰⁹ *Vid.*, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil...*, *op. cit.*, pág. 475.

⁷¹⁰ 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

diligencia se refiere específicamente “al nivel de dedicación, de competencia, de previsión y de conocimientos que requiere la gestión de cualquier empresa”⁷¹¹. La fórmula “diligencia de un ordenado empresario”⁷¹² utilizada en el artículo 225.1 LSC es demasiado indeterminada⁷¹³; a través de dicha expresión la Ley exige que el administrador actúe ejecutando todas las funciones necesarias para alcanzar los fines identificados con el objeto social incluido en los estatutos⁷¹⁴.

El deber de diligencia del artículo 225 LSC alcanza a quienes hayan delegado alguna de sus funciones⁷¹⁵. Concretamente, la Ley permite la delegación de facultades del consejo de administración (artículo 249 LSC)⁷¹⁶; 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

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.

⁷¹¹ 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.

⁷¹² *Vid.*, GARRETA SUCH, 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.

⁷¹³ 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.

⁷¹⁴ 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.

⁷¹⁵ 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.

⁷¹⁶ 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 tan solo el apoderamiento.

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 asume⁷¹⁷. 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 labor⁷¹⁸.

También, el artículo 225.2 LSC incluye la obligación de tener una adecuada dedicación al cargo y adoptar las medidas precisas para el buen control y dirección de la sociedad⁷¹⁹; 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 objetiva⁷²⁰.

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

⁷¹⁷ *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.

⁷¹⁸ En este sentido, GÓMEZ LOZANO, M. M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., “Responsabilidad de administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirientes 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.

⁷¹⁹ 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.

⁷²⁰ 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.

tomar su decisión con el objetivo de favorecer a los intereses de la sociedad⁷²¹. 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 factores externos incontrolables por el administrador⁷²². 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 LSC⁷²³ 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 norteamericanos⁷²⁴. 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 lógico⁷²⁵. En consecuencia, se garantiza a los

⁷²¹ 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).

⁷²² 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”.

⁷²³ 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”.

⁷²⁴ 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.

⁷²⁵ GÓMEZ LOZANO, M. M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 6.

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, coherentes⁷²⁶. No 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 riesgos⁷²⁷.

b') Deber de lealtad

En relación con el deber de diligencia citado se encuentra el deber de lealtad regulado en el artículo 227 LSC⁷²⁸, 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 diligente⁷²⁹. 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 general⁷³⁰. Por lo que, a través del deber de lealtad se pretende

⁷²⁶ 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 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.

⁷²⁷ 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.

⁷²⁸ 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”.

⁷²⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma...”, *op. cit.*, pág. 903.

⁷³⁰ 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.

asegurar que el administrador actúe con total imparcialidad y transparencia, siempre en beneficio de la sociedad de la que forma parte⁷³¹.

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 distintos⁷³²; 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 interés⁷³³, 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 administración⁷³⁴. En los

⁷³¹ 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 DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 439.

⁷³² 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.

⁷³³ 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.

⁷³⁴ *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 de un determinado asunto cuando tengan relación con alguna de las partes que forma parte del mismo.

supuestos en los que esto sucede existe 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 LSC⁷³⁵)⁷³⁶ 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 inicie⁷³⁷. Además, la Ley prohíbe expresamente al administrador que beneficie a una persona vinculada a él⁷³⁸ con la 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).

⁷³⁵ 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”.

⁷³⁶ *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.

⁷³⁷ 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*”.

⁷³⁸ 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 sociedades 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”.

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 autorización⁷³⁹– “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 daño para la sociedad o en el caso 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. La condición de dicho sujeto le faculta para llevar a cabo

⁷³⁹ 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.

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 siguientes⁷⁴⁰:

— 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 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 terceros⁷⁴¹. 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 patrimonio⁷⁴².

— 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

⁷⁴⁰ 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.

⁷⁴¹ *Ibidem.*, pág. 491.

⁷⁴² 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 la Cuarta Parte de este trabajo.

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 estar 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 SA⁷⁴³. 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 consejero⁷⁴⁴). 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 consejero⁷⁴⁵.

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

⁷⁴³ En concreto, la SA presenta dos particularidades en relación con el sistema de representación proporcional (artículo 243 LSC) y la cooptación (artículo 244 LSC).

⁷⁴⁴ Sobre la figura del secretario del consejo de administración que no es consejero nos pronunciamos posteriormente de forma específica.

⁷⁴⁵ CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTÍZ, 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.

responsabilidad del administrador que haya actuado delictivamente no se extenderá de forma automática al resto de administradores que no hayan realizado el acto típico⁷⁴⁶.

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 dimita. El consejero además de dimitir tendrá que haber impedido la realización del hecho ilícito, en caso contrario responderá penalmente⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ 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 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, 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... (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.

⁷⁴⁷ 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-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 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

Habitualmente el consejo de administración designa una o varias comisiones ejecutivas (formadas por varios consejeros) o uno o más consejeros delegados⁷⁴⁸, determinando el contenido, límites y modalidades de delegación⁷⁴⁹. La LSC establece una lista de facultades que son indelegables (artículo 249 bis LSC)^{750,751}. 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 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

(no hay responsabilidad penal, 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.

⁷⁴⁸ No confundir los consejeros delegados con los apoderados, los primeros son administradores sociales, los segundos no.

⁷⁴⁹ 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 ORTÍZ, J., *Esquemas...*, *op. cit.*, pág. 344. También: BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 523 hasta 525.

⁷⁵⁰ 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.

⁷⁵¹ 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.

consejero delegado es un administrador social⁷⁵², cumple los requisitos exigidos para ser sujeto activo del artículo 252 CP⁷⁵³.

b') Persona física o jurídica. Condiciones

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 jurídicas⁷⁵⁴. 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, 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 que 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 incursos 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

⁷⁵² 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.

⁷⁵³ Sobre la delegación de facultades y el deber de diligencia hay una breve referencia en el epígrafe donde se trata el deber mencionado.

⁷⁵⁴ Además, el precepto señala que para ser administrador no es necesario ser socio, salvo que así lo requieran los estatutos de la sociedad.

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 derecho⁷⁵⁵, 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, 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 administradores⁷⁵⁶. Además, la LSC establece que responderá solidariamente con la persona jurídica del administrador (artículo 326.5 LSC)⁷⁵⁷.

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

⁷⁵⁵ 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...*, *op. cit.*, pág. 93; 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.

⁷⁵⁶ 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).

⁷⁵⁷ 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”.

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 jurídica⁷⁵⁸, y no ha contemplado la opción de que el sujeto mencionado sea responsable del delito del artículo 252 CP. La redacción del precepto es incompleta en este sentido⁷⁵⁹, 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)⁷⁶⁰. De *lege ferenda* debería incluirse en el artículo 252 CP un apartado

⁷⁵⁸ 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 (artículo 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 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, pág. 130.

⁷⁵⁹ 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.

⁷⁶⁰ Sobre lo expuesto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...* (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 dos opciones. La primera, considerarlo

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 concordantes⁷⁶¹.

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 condición⁷⁶². 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 general⁷⁶³, salvo excepciones concretas⁷⁶⁴. La aceptación del cargo puede producirse en el mismo momento del nombramiento o con posterioridad, por lo tanto, el administrador no puede aceptar su cargo antes de ser nombrado (artículo 214 LSC y 141 RRM)⁷⁶⁵. En los diez

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.

⁷⁶¹ 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 represente, 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. 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.

⁷⁶² Entendemos que en tales supuestos el administrador adquiere la condición de administrador de hecho, sobre esta figura nos pronunciamos posteriormente (en concreto, en el apartado D. Otros sujetos con facultades de administración en las sociedades de capital; y también, en relación con el derogado artículo 295 CP, en la Segunda Parte de este trabajo).

⁷⁶³ 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.

⁷⁶⁴ Véase lo expresado en los artículos 243 y 244 LSC.

⁷⁶⁵ 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

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”⁷⁶⁶. En estos supuestos, la doctrina penal ha considerado que el sujeto actúa como un administrador de derecho⁷⁶⁷, lo que conlleva admitir que puede ser calificado como sujeto activo del delito del artículo 252 CP.

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 principal⁷⁶⁸. En los supuestos en los que los estatutos sociales prevean un plazo concreto de duración del cargo, se entenderá que el

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.

⁷⁶⁶ 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”.

⁷⁶⁷ 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.

⁷⁶⁸ 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.

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 emplaza 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)⁷⁶⁹. Además, puede 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)⁷⁷⁰. 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

⁷⁶⁹ 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 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.

⁷⁷⁰ 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”.

lo solicite cualquier accionista⁷⁷¹, 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 cargo⁷⁷². 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 administrador⁷⁷³– convocará una junta general con el fin de que se nombre un sustituto⁷⁷⁴. El administrador que renuncia tendrá que continuar al frente de la administración hasta que se cubra su puesto. De modo que, en estos casos, el administrador actuará como administrador de derecho hasta que se celebre la junta en la que se nombre un sustituto⁷⁷⁵.

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 los que las normas que determinan la estructura y funcionamiento de órgano de administración presentan algunas peculiaridades. Hacemos una breve referencia a las mismas con la finalidad de conocer cómo actúan los administradores de las mismas y así facilitar su identificación:

⁷⁷¹ Artículo 224.1 LSC, que añade: “sin perjuicio de la responsabilidad en la que puedan incurrir por su conducta desleal”.

⁷⁷² 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.

⁷⁷³ Artículo 171 LSC.

⁷⁷⁴ Resolución de 27 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁷⁷⁵ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, pág. 94.

— 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 mancomunadamente⁷⁷⁶. 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 tiempo⁷⁷⁷. La remoción del cargo de administrador requiere acuerdo de la junta general⁷⁷⁸.

— 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)⁷⁷⁹. 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)⁷⁸⁰. De modo que, independientemente de la estructura que adquiera el órgano de administración (monista o dualista), quienes formen

⁷⁷⁶ 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.

⁷⁷⁷ 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).

⁷⁷⁸ 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).

⁷⁷⁹ 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”.

⁷⁸⁰ 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.

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 LSC⁷⁸¹. El consejo designará entre sus miembros un presidente y a uno o varios vicepresidentes (salvo que los estatutos prevean lo contrario, el cargo de presidente puede recaer en un consejero ejecutivo⁷⁸²). 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 LSC⁷⁸³. Además,

⁷⁸¹ 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 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 consulten notas anteriores.

⁷⁸² Artículo 529 septies LSC.

⁷⁸³ 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

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 propias⁷⁸⁴. El nombramiento de los miembros del consejo de administración lo realiza la junta general o el consejo de cooptación (en caso de vacante anticipada)⁷⁸⁵. La duración del cargo es como máximo de cinco años, aunque es posible la reelección. Existen varias categorías de consejeros⁷⁸⁶, y además el consejo de administración podrá establecer comisiones especializadas⁷⁸⁷.

— 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^{788,789}. El régimen de administración

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”.

⁷⁸⁴ 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 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”.

⁷⁸⁵ 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.

⁷⁸⁶ Quedan descritas en el artículo 529 duodecies LSC: consejeros ejecutivos, consejeros no ejecutivos, consejeros dominicales, consejeros independientes.

⁷⁸⁷ La LSC exige en el artículo 529.2 terdecies 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 quaterdecies y 529 quincecies de la LSC.

⁷⁸⁸ 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 los grupos de sociedades véase: DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 177 hasta 182.

⁷⁸⁹ 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 referencia 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

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 excelencia. 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 la 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 ahora justificaremos), pero también otras que tengan facultades de administración derivadas de la ley o negocio jurídico, o en su caso encomendadas por una autoridad pública⁷⁹⁰.

administración” (apartado 1. b), y en segundo lugar, 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).

⁷⁹⁰ Cuando estuvo vigente el antiguo artículo 295 CP la doctrina penal se encargó de analizar varias figuras para comprobar si tenían encaje en el concepto de administrador de derecho o de hecho (o socio), y en su caso, ser calificadas como posibles sujetos activos del delito societario. Recordamos que la doctrina recurrió a un concepto amplio de administrador de hecho con la finalidad de que no quedarán impunes hechos en los que realmente había acaecido un acto de administración desleal. Ahora bien, desde la entrada en vigor del artículo 252 CP, lo que aquí interesa no es que el sujeto pueda incluirse en el concepto del administrador de derecho o de hecho, sino que lo verdaderamente importante es que tenga facultades de administración (porque así lo exige el nuevo delito). Por lo que, en cierta manera no es necesario recurrir a un concepto amplio de administrador de hecho para incluir dentro del mismo posibles sujetos activos del ilícito, ya que en realidad lo que interesa es que tenga poder de administrar. A continuación, puede anticiparse en relación con las figuras que se van a analizar que dos puntualizaciones: la primera, que como venimos señalando lo principal no es que tengan encaje en el concepto de administrador de derecho o de hecho, sino que tengan facultades de administración. Sin embargo, por la forma en la que desarrollan la 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, que aunque podríamos acogernos a un concepto más restrictivo de administrador de hecho, vamos a seguir aplicando el concepto amplio que en su momento defendimos. 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.

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)⁷⁹¹. 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 autor⁷⁹², ha considerado un error 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 realiza 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 pública 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 pública 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

⁷⁹¹ Nos remitimos al Capítulo de este trabajo donde tratamos el administrador de hecho en el derogado delito societario de administración desleal.

⁷⁹² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 419.

de hecho⁷⁹³. 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 artículo 225 y siguientes de la LSC que regulan los deberes de los administradores⁷⁹⁴. Específicamente, el artículo 228 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, el precepto mencionado reconoce que los administradores –que se extiende también a los administradores de hecho en virtud de lo expuesto en el artículo 231 LSC– tienen facultades de administración. Así, se entiende que los administradores de hecho 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 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 porque así puede extraerse de la LSC nos estamos ciñendo a un concepto de mismo estricto, exclusivamente mercantil. De manera que solo podríamos admitir dicho sujeto como autor 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 es 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

⁷⁹³ 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.

⁷⁹⁴ También manifiesta que los deberes de los administradores sociales de derecho se extienden a los administradores de hecho: FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 317 y 318.

instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

No obstante, como ya señalamos al hacer referencia al administrador de hecho mencionado en el derogado artículo 295 CP, no podemos limitarnos a un concepto mercantil del mismo. 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 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 pena⁷⁹⁵. 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^{796, 797}. 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,

⁷⁹⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 313 y 314.

⁷⁹⁶ 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.

⁷⁹⁷ 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.

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 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 confianza⁷⁹⁸.

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 pública 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 artículos 1888 y siguientes del Código Civil (que regulan la gestión de negocios ajenos sin mandato) y en el artículo 31 CP⁷⁹⁹. Respecto a la remisión a este último precepto no existe

⁷⁹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 195 hasta 198.

⁷⁹⁹ 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.

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 de lo establecido en el artículo 31 CP⁸⁰⁰, 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”⁸⁰¹.

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 atienden 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 administración⁸⁰². Hubiese bastado con que el precepto hubiera incluido ésta 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 hecho⁸⁰³.

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 concreto, de la Ley de Sociedades de Capital o del Código Civil). En cambio, no podemos aceptar al administrador de hecho como posible

⁸⁰⁰ En concreto en las págs. 226 y 227 del texto señalado.

⁸⁰¹ 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.

⁸⁰² 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”.

⁸⁰³ En concreto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 89, nos recuerda la definición que del 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”).

sujeto activo simplemente porque 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 donde 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 sociedad⁸⁰⁴. 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 terceros⁸⁰⁵, 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 terceros como administrador sino realizar actividades dirigidas a la

⁸⁰⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 309 hasta 312.

⁸⁰⁵ 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.

dirección y administración de la sociedad⁸⁰⁶. 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 socios⁸⁰⁷. 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 unipersonal⁸⁰⁸) 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 una misma persona, y por lo tanto el socio tiene la posibilidad de acceder al patrimonio social. Por ello, no hay problema en admitir

⁸⁰⁶ 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 GALLEGOS 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.

⁸⁰⁷ Sobre la figura del socio nos pronunciamos en capítulos anteriores en los que se analizó el antiguo delito societario de administración desleal. Recordemos que, 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.

⁸⁰⁸ Sobre el socio único de la sociedad unipersonal véase: DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 81 hasta 83.

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 hecho⁸⁰⁹. 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 hecho⁸¹⁰.

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 –en términos generales– la figura de los administradores a la de los liquidadores (que por lo habitual recaerán en la misma persona).

⁸⁰⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador...*, op. cit., pág. 324.

⁸¹⁰ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, op. cit., págs. 152 hasta 154.

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 hiciera referencia a la sociedad constituida o en formación se entiende que la sociedad en la fase de liquidación aún se encuentra constituida⁸¹¹.

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 administrar. 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

⁸¹¹ 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...*, *op. cit.*, 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 MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 120, como administradores de hecho.

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 activos⁸¹², 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”⁸¹³. 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 auditoria. 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 terceros. De modo que el auditor de cuentas solo “juzga externamente (mediante un informe) lo interno, las cuentas anuales realizadas por los administradores”⁸¹⁴. 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 administradores⁸¹⁵. Por lo que, el auditor de cuentas

⁸¹² 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 idóneos del nuevo delito.

⁸¹³ Artículo 268 LSC.

⁸¹⁴ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, op. cit., pág. 133. MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 108 y 109.

⁸¹⁵ El artículo 14 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas declara la independencia de los auditores de cuentas.

no puede ser identificado en ningún caso como un sujeto con facultades de administración que pueda ser sujeto de artículo 252 CP⁸¹⁶.

Los interventores son una figura que presenta ciertas similitudes jurídicas con los auditores de cuentas⁸¹⁷. 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 mercantil⁸¹⁸. 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. Uno de ellos es el regulado en los artículo 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 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 formalizaran ante notario una lista definitiva del

⁸¹⁶ 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.

⁸¹⁷ 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”.

⁸¹⁸ Cuando la sociedad haya emitido y tenga en circulación obligaciones, también se puede nombrar a un interventor el sindicato de obligacionistas.

número de acciones suscrito⁸¹⁹ 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”. De manera que, los promotores gestionan las aportaciones e inversiones económicas de los suscriptores. En este momento, debemos realizar 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). 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. La LSC determina que los desembolsos serán indisponibles hasta que la sociedad esté inscrita en el Registro (artículo 23 LSC). Por tanto, el promotor no puede administrar deslealmente el patrimonio social porque las aportaciones de los suscriptores no son todavía consideradas como patrimonio de la sociedad. Si bien es cierto que los promotores se encargan de los gastos de notaría, registros y fiscales que sean necesario para la inscripción, de manera, que administran un patrimonio pero que no el de la sociedad sino de los suscriptores⁸²⁰.

⁸¹⁹ La suscripción de acciones se realizara en un documento que lleva por nombre “boletín de suscripción”, que deberá de 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).

⁸²⁰ Si consideramos –como hacemos y como justificamos en el epígrafe correspondiente– que los suscriptores no son sujetos pasivos del delito de administración desleal, el promotor será sancionado a

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^{821,822}. Así, todos los fundadores (que son socios) otorgarán la escritura de constitución de la sociedad (artículo 21 LSC)⁸²³. 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”. No obstante, ambas figuras (promotores y fundadores de las SA) pueden reservarse derechos especiales de contenido económico (artículo 27.1 LSC)⁸²⁴. En el caso de los fundadores, éstos 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; al igual que ocurre con los promotores, el

través de otro delito (probablemente el de apropiación indebida). 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.

⁸²¹ 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)).

⁸²² VALENZUELA GARACH, J., “Sociedad...”, *op. cit.*, pág. 81.

⁸²³ 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.

⁸²⁴ 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”.

patrimonio que pueden administrar deslealmente no pertenece a la sociedad porque ésta aún no tiene personalidad jurídica⁸²⁵.

f) Apoderado voluntario

El consejo de administración tiene la posibilidad de delegar sus funciones en un consejero delegado pero también puede atribuir –como hace frecuentemente⁸²⁶– apoderamientos “a cualquier persona” (artículo 249.1 LSC). El apoderado, cuya representación es voluntaria, es una figura distinta a la del consejero delegado. Cualquier persona puede ser apoderado⁸²⁷. 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 generales⁸²⁸ 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 administración⁸²⁹.

⁸²⁵ 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.

⁸²⁶ CRUZ RIVERO, D., “La administración... (2016)”, *op. cit.*, pág. 280.

⁸²⁷ 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.

⁸²⁸ CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTÍZ, J., *Esquemas...*, *op. cit.*, pág. 347, excepto los poderes generales para pleitos que no requieren inscripción.

⁸²⁹ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 523 hasta 525.

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 técnico⁸³⁰. La LSC alude en concreto al director y al gerente en el 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 hecho⁸³¹. 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”⁸³². 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

⁸³⁰ 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, 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”.

⁸³¹ 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, considera que actúa como administrador de derecho DEL ROSAL BLASCO, 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.

⁸³² Por todos, *Ibidem.*, pág. 83.

los que tengan amplios poderes que les permita tomar decisiones sobre la administración del patrimonio social, pudiendo interceder en la gestión y el desarrollo de la sociedad⁸³³.

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 LC⁸³⁴. 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

⁸³³ 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 activo 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 ésta circunstancia le permite que pueda ser autor del ilícito.

⁸³⁴ 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.

perjuicio al patrimonio de la sociedad que se encuentra en concurso. 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 al estiramiento al que es sometido el término de autoridad y funcionario público para acoger a los administradores concursales. Además, el legislador cuando incluye a los administradores concursales como posibles sujetos activos del artículo 432 CP olvida que el patrimonio que administran (eso es, el de la sociedad que se encuentra en concurso) sigue siendo patrimonio privado pero no público⁸³⁵.

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 434 CP (que a su vez se remite al artículo 252 CP), pero no podrá ser sujeto activo directo del 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

⁸³⁵ 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”.

mencionase como sujeto activo concreto del delito a los administradores concursales y haber incluido una pena mayor, evitándose así las dos remisiones antes aludidas.

Por consiguiente, los administradores concursales sí pueden realizar el comportamiento típico de administración desleal, en cuyo caso serán sancionados a través del artículo 435.4 CP (que remite al 432 CP). Por ello, confirmamos que los administradores concursales no podrán ser calificados como sujeto activo del delito de administración desleal genérico del 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 constituirá 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 sustituidos⁸³⁶.

Por tanto, el administrador judicial puede realizar actividades que conlleven la administración del patrimonio social⁸³⁷. No obstante, en este caso –como ocurre en el

⁸³⁶ RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, op. cit., pág. 154.

⁸³⁷ No existe unanimidad sobre si el administrador judicial encajaría en el concepto de administrador de derecho o de hecho. A favor de considerar que ejerce como un administrador de derecho: por todos, *Ibidem.*,

supuesto de los administradores concursales— nos encontramos ante la posibilidad de sancionar a los administradores 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”. A diferencia de la crítica que hemos hecho en el epígrafe anterior —en el que hemos indicado que el patrimonio que administran los administradores concursales no es de carácter público sino privado porque pertenece a la sociedad en concurso—, en el supuesto del artículo 435.3 LSC se determina que será indiferente si el dinero o los bienes pertenecen a particulares, ya que aunque se diese dicha circunstancia los hechos podrán ser enjuiciados a través del artículo 432.1 LSC. 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 señalados⁸³⁸.

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 mercantiles⁸³⁹, determina que existen sociedades que obligatoriamente deberán designar un letrado asesor que actúe junto con los órganos de

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.

⁸³⁸ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 257 hasta 259, considera 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.

⁸³⁹ Entre las que se encuentran las sociedades de capital como dispone el artículo 2 LSC.

dirección y administración^{840,841}. El letrado tiene 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 terminado 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 determina que el letrado asesor realizará las funciones “que puedan asignarle los Estatutos de la Sociedad”. Por lo que, en algunas ocasiones probablemente se le atribuya 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)⁸⁴². 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

⁸⁴⁰ 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.

⁸⁴¹ 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, incumpliendo el deber de diligencia que tienen que respetar, y ello unido al daño que causen generará su responsabilidad.

⁸⁴² 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.

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 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 general⁸⁴³; 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 junta⁸⁴⁴, 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)⁸⁴⁵. 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– y tenga el dominio del hecho típico, sería calificado como administrador de hecho⁸⁴⁶.

⁸⁴³ 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

⁸⁴⁴ Que se encuentran descritas en el artículo 160 LSC.

⁸⁴⁵ 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.

⁸⁴⁶ 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,

Igualmente, el citado artículo 191 LSC dispone que la junta está constituida por un secretario que acompaña al presidente⁸⁴⁷. 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)⁸⁴⁸.

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–⁸⁴⁹. 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 diferentes⁸⁵⁰. El comisionario no realiza facultades

el artículo 252 CP no especifica los posibles autores del delito sino que simplemente exige es que éstos tengan facultades de administración. Si el cargo de 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.

⁸⁴⁷ La figura que estudiamos cada vez es más desarrollada por el letrado asesor; así lo expone: *Ibidem.*, págs. 143 y 144.

⁸⁴⁸ 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.

⁸⁴⁹ Más extensamente véase: BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 596 y 597.

⁸⁵⁰ 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 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.

que estén dirigidas a la administración del patrimonio social, ya que sus funciones se proyectan solo en relación con los obligacionistas. De manera que el comisionario no puede ser considerado sujeto activo del delito de administración desleal del artículo 252 CP⁸⁵¹.

l) 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”⁸⁵². 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 acciones⁸⁵³. Entre los pactos parasociales, encontramos los pactos de sindicación⁸⁵⁴. 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^{855,856}. 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 sindicados sus votos. En los supuestos en los que 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

⁸⁵¹ *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.

⁸⁵² PAZ-ARES, C., “El *enforcement* de los pactos parasociales”, en *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº 5, 2003, pág. 1.

⁸⁵³ 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.

⁸⁵⁴ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 276.

⁸⁵⁵ 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.

⁸⁵⁶ 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.

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 administración⁸⁵⁷. 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 se cuestiona como 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–⁸⁵⁸.

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 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, como ya quedó explicado en el epígrafe en el que hicimos alusión al contenido del antiguo delito societario, la numeración 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

⁸⁵⁷ 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”.

⁸⁵⁸ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 276 hasta 280.

como sujeto pasivo, ya que ésta no era mencionada específicamente en el derogado artículo 295 CP⁸⁵⁹.

A diferencia del anterior precepto, la redacción del delito de administración desleal genérica (artículo 252 CP) no ha concretado quién puede calificarse 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 tal 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 protegido⁸⁶⁰ que es lesionado o puesto en peligro⁸⁶¹. El bien 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 jurídica⁸⁶².

⁸⁵⁹ Véase la Segunda Parte de este trabajo. En concreto, en el Capítulo IV (epígrafe 3.2) que se dedica al análisis del derogado artículo 295 CP sostuvimos que la sociedad, a pesar de no estar mencionada expresamente en el antiguo delito societario, debía configurarse como sujeto pasivo.

⁸⁶⁰ 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.

⁸⁶¹ ORTOS BERENGER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 329.

⁸⁶² CARDONA TORRES, J., “El delito...”, *op. cit.*, pág. 13; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 579; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547. QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 231. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª 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.

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 el bien jurídico protegido directamente por el delito de administración desleal que acaece en las sociedades de capital 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 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 socio– dispondrá de su propio patrimonio⁸⁶³. 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 determina en el artículo 22

⁸⁶³ 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.

LSC^{864,865}. 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 jurídica⁸⁶⁶. 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 sociedad 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”⁸⁶⁷, de manera que se le considera legalmente como empresario y queda sometida al régimen jurídico del mismo⁸⁶⁸. La sociedad con personalidad jurídica goza de una denominación,

⁸⁶⁴ 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”.

⁸⁶⁵ 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.

⁸⁶⁶ 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.

⁸⁶⁷ 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.

⁸⁶⁸ *Ibidem.*, pág. 408.

domicilio y nacionalidad⁸⁶⁹, 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. 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 relación a 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 constituida o en formación”⁸⁷⁰. Además, el artículo 297 CP define qué debe entenderse por el término sociedad y otorga una definición de la misma⁸⁷¹. 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

⁸⁶⁹ DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 200.

⁸⁷⁰ 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”.

⁸⁷¹ 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”.

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^{872,873}.

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 se aplica al ámbito de las sociedades de capital. La sociedad es una entidad que tiene personalidad jurídica (a partir de su inscripción de carácter constitutivo en el Registro Mercantil) y un propio patrimonio diferenciado del de los socios⁸⁷⁴. 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 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

⁸⁷² 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.

⁸⁷³ Por todos, RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador...*, *op. cit.*, págs. 116 hasta 118.

⁸⁷⁴ 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.

actos y contratos⁸⁷⁵. 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 afirmamos 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 inscripción⁸⁷⁶. Si se presenta como una SA, SRL, 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 civil⁸⁷⁷. 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

⁸⁷⁵ 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”.

⁸⁷⁶ De forma que si la situación de la sociedad en formación se alarga en el tiempo y concurren alguna de los dos supuestos señalados la sociedad será irregular. Sobre la sociedad en formación y la sociedad irregular puede verse: 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 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 260 hasta 263; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 383 hasta 385.

⁸⁷⁷ 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).

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 inscrito en el Registro⁸⁷⁸. 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 pasivo⁸⁷⁹. 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 de la constitución regular y definitiva de la sociedad capitalista”⁸⁸⁰. En contra, DÍAZ

⁸⁷⁸ 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.

⁸⁷⁹ 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 acciones), 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.

⁸⁸⁰ 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). La errata en la cita literal no proviene de la transcripción realizada por esta parte.

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 acreedores 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 socio⁸⁸¹. 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”⁸⁸². 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).

⁸⁸¹ 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.

⁸⁸² 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 concursabilidad.

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 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 artículos 41 a 55 LSC, no ha tenido mucha aplicación práctica⁸⁸³.

Sobre el desarrollo del procedimiento de fundación sucesiva ya nos detuvimos cuando hicimos alusión a la posibilidad de calificar a los promotores como autores 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

⁸⁸³ 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.

del procedimiento de fundación sucesiva, antes de que se haya otorgado escritura de constitución o bien ésta no se haya inscrito en el Registro Mercantil⁸⁸⁴; 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, qué sucedería en caso de que las suscripciones de acciones efectuadas rebasaran el valor o la cuantía del capital social o por el contrario fueran inferiores al anunciado en el programa de fundación. Entendemos que los promotores (previa determinación en el programa de fundación) podrían acordar, en el caso de que las aportaciones de los suscriptores no alcancen el capital previsto, exigirles una aportación mayor o en cualquier caso devolverles las aportaciones realizadas y no constituir la sociedad. Mientras que, 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. En ambos casos, se barajará la opción de devolver a los suscriptores la totalidad o parte de las aportaciones realizadas. 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

⁸⁸⁴ 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”.

actividad social)⁸⁸⁵. De modo, que las aportaciones no son propiedad de la sociedad 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. El titular del bien jurídico protegido son los suscriptores que han visto perjudicado su patrimonio⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ 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).

⁸⁸⁶ Teniendo en cuenta que el título del trabajo que desarrollamos es “El delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital”, mantenemos que el único bien jurídico protegido es el patrimonio social y por lo tanto, solo puede ser denominado sujeto pasivo la sociedad. A pesar de que en el epígrafe que se ha venido redactado 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 acece 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.

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 desapercibido en el momento de su inscripción hubiera bastado para que el documento se declarase nulo. La doctrina de las sociedades de hecho⁸⁸⁷ 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 protegidos⁸⁸⁸. De forma que, la declaración de nulidad de la sociedad no producirá efectos retroactivos⁸⁸⁹.

El artículo LSC 56 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 estricta⁸⁹⁰. La nulidad de la sociedad solo podrá ser declarada por una declaración 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)⁸⁹¹. 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 acreedores⁸⁹².

La sociedad constituida bajo algún vicio formal pero opera en el mercado, tiene personalidad jurídica y 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

⁸⁸⁷ 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.

⁸⁸⁸ LÓPEZ ORTEGA, R., “La constitución...”, *op. cit.*, págs. 272 hasta 274.

⁸⁸⁹ 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.

⁸⁹⁰ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 391.

⁸⁹¹ DÍAZ MORENO, A., “Las sociedades...”, *op. cit.*, pág. 202, durante el proceso de liquidación la sociedad continua teniéndose por existente.

⁸⁹² *Ibidem*.

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 terceros 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 tal 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 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 tomada en cuenta en la redacción del antiguo delito societario. Sin embargo, el artículo 252 CP deja fuera a los socios como posibles sujetos pasivos. Inevitablemente, cuando el patrimonio de una sociedad sufra un perjuicio, ello repercutirá 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

pasivo⁸⁹³. Podría discutirse la figura del socio de la sociedad comanditaria por acciones que responde con su patrimonio personal e imitadamente por las deudas sociales⁸⁹⁴. No cabe duda de que a través del delito de administración desleal el bien jurídico protegido es el patrimonio cuyo titular es la sociedad. No obstante, podríamos pensar en el supuesto en el que el administrador de una S.Com. por acciones asume en nombre de la sociedad un negocio jurídico al que ésta no va a 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. Así, 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 acciones el patrimonio personal del socio que ha asumido responder con su personalmente con su patrimonio. Por consiguiente, sería sujeto pasivo del delito la sociedad, y además el socio señalado de la S.Com. por acciones. Sin embargo, creemos que esta interpretación no puede ser aceptada. A nuestro juicio, el socio (ya sea de la S.Com. por acciones o de otro tipo de sociedad de capital) no puede ser sujeto pasivo.

⁸⁹³ Igualmente, FARADO 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, cuentaparticipes 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.

⁸⁹⁴ 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”.

Como ya señalamos el sujeto pasivo es el titular del patrimonio administrado deslealmente. En las sociedades de capital –que son las que nos interesan– el único patrimonio susceptible de ser administrado es el patrimonio social pero nunca lo será el patrimonio personal del socio que asume responder por las deudas sociales. No debemos confundir la extensión de la responsabilidad a la que alude el artículo 1.4 LSC con la calificación del socio con responsabilidad ilimitada como sujeto pasivo del artículo 252 CP. Otra cuestión distinta es que el perjuicio que se deriva del acto de administración desleal que recae sobre la sociedad, reporte consecuencias negativas al patrimonio personal del socio que responde ilimitadamente. Sin embargo, ello no es justificación para calificar al socio mencionado como sujeto pasivo. En el ejemplo expuesto, la sociedad como persona física se ha obligado con su patrimonio y es quien directamente sufre un perjuicio; en cambio, el socio no ha participado en el negocio jurídico ni ha depositado su confianza en otro para que administre su patrimonio. Con la exclusión del socio con responsabilidad ilimitada de la S.Com. por acciones evitamos una extensión desproporcionada –e ilógica– del círculo de sujetos pasivos en el artículo 252 CP⁸⁹⁵.

De otro lado, el derogado artículo 295 CP también determinó como posible sujeto pasivo al cuentapartícipe; sin embargo, cuando el artículo 252 CP sea aplicado en el ámbito de las sociedades de capital debemos excluirlo⁸⁹⁶. Cuando el cuentapartícipe realiza su aportación a la sociedad (que actúa como gestora), no se crea un patrimonio separado o común⁸⁹⁷. La aportación del cuentapartícipe se integra en el patrimonio social⁸⁹⁸. 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

⁸⁹⁵ Además en el caso de admitir a los socios mencionados como sujetos pasivos, no podríamos excluir a los acreedores personales de los mismos.

⁸⁹⁶ 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, excluye al cuentapartícipe aunque puntualiza un supuesto en el que el cuentapartícipe podría ser calificado como sujeto pasivo; en concreto, cuando “la transmisión de bien no se efectúe a título de dueño, sino que se transmita simplemente el uso de la cosa, como puede suceder en el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local”.

⁸⁹⁷ 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.

⁸⁹⁸ 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.

patrimonio de la sociedad, el cuentapartícipe será indirectamente perjudicado, sin embargo, el principal perjuicio lo sufrirá la sociedad.

1.2. Objeto material

El objeto material sobre el que recae la acción típica descrita en el artículo 252 CP es el patrimonio⁸⁹⁹. En concreto, cuando el delito de administración desleal concorra en el ámbito de las sociedades de capital el objeto material será el patrimonio social. 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 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”⁹⁰⁰. 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 finalidad⁹⁰¹. La propiedad permite a un sujeto “gozar y disponer”⁹⁰² 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 patrimonio⁹⁰³.

⁸⁹⁹ 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.

⁹⁰⁰ 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.

⁹⁰¹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 25; MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, págs. 326 y 327.

⁹⁰² Utilizamos los verbos “gozar y disponer” en virtud de lo expuesto en el artículo 348 CC, que define la propiedad.

⁹⁰³ 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 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

La delimitación del concepto de patrimonio no es unánime en la doctrina, no hay una definición del término que sea aceptada generalmente. 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)⁹⁰⁴. Según esta teoría, resulta irrelevante el valor económico que tenga un bien, ya que lo primordial es que exista un derecho sobre dicho bien⁹⁰⁵. 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 a su vez “excesivamente amplio”, porque como no se toma como referencia una pauta económica, es el sujeto pasivo quien valora cuando se ha producido una pérdida patrimonial⁹⁰⁶.

— 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 naturaleza jurídica⁹⁰⁷. La concepción económica se aleja de la existencia del patrimonio como una suma de

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.

⁹⁰⁴ *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.

⁹⁰⁵ 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.

⁹⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 72 y 73.

⁹⁰⁷ 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”.

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 patrimonio⁹⁰⁸.

— 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 jurídico⁹⁰⁹. 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^{910,911}.

— Concepción personal o funcional de patrimonio⁹¹²: 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”⁹¹³. 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

⁹⁰⁸ 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.

⁹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, págs. 323 y 324; FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. 26; GALLEGOS 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..

⁹¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 75.

⁹¹¹ 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.

⁹¹² La concepción personal de patrimonio se encuentra estrechamente vinculada con el concepto mixto (jurídico-económico) de patrimonio, así GALLEGOS 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).

⁹¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 24.

un perjuicio patrimonial no dependerá del valor que el mercado le otorga al patrimonio sino de los fines que se le había asignado al mismo⁹¹⁴. Así, no se toma como referencia el valor económico de la cosa sino que se valora la función de ésta⁹¹⁵. El patrimonio está integrado por las relaciones de dominio que tiene la persona con los bienes patrimoniales reconocidos jurídicamente⁹¹⁶. 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 implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”⁹¹⁷.

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 CP⁹¹⁸. Cuando se hace alusión al patrimonio inevitablemente se debe hacer referencia al perjuicio, ya que ambos conceptos

⁹¹⁴ PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción...”, *op. cit.*, pág. 9.

⁹¹⁵ 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.

⁹¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 25.

⁹¹⁷ 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.

⁹¹⁸ 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.

–a pesar de que sean tratados en epígrafes diferentes⁹¹⁹– deben ser puestos en conexión para ser definidos correctamente⁹²⁰.

En general, con el derogado artículo 295 CP se ha venido aplicando la concepción de patrimonio económica⁹²¹. 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 en la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad o de la contracción de obligación a cargo de ésta, se originase 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 económica⁹²². 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”⁹²³. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN adopta la concepción económica de patrimonio entendida según el “criterio del saldo global similar al acogido en la estafa”⁹²⁴. Finalmente, LÓPEZ BARJA DE

⁹¹⁹ 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.

⁹²⁰ Proximidad de ambos preceptos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 3.

⁹²¹ 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).

⁹²² Por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...* (20ª ed.), *op. cit.*, pág. 324.

⁹²³ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 261.

⁹²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 3.

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 desleal⁹²⁵.

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 funcional⁹²⁶. El contenido del precepto señalado no permite que podamos admitir un concepto personal de patrimonio sino todo lo contrario. Cuando 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 patrimonio⁹²⁷. 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 añadido una referencia en la Exposición de Motivos –como hizo en el texto del Proyecto de 2013– a la concepción personal de patrimonio y además tendría que haber trasladado tal pauta al contenido del precepto. De esta manera, se establecería una serie de directrices que nos ayudarían a interpretar el 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 desleal⁹²⁸. Por tanto, no podemos acogernos 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 personal⁹²⁹.

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

⁹²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 77, en concreto considera que la concepción personal es “sugestiva” y “útil”.

⁹²⁶ 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.

⁹²⁷ Como determina MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal...* (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”.

⁹²⁸ GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 775.

⁹²⁹ SAP de Cuenca de 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017\5789).

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 de derecho como la clientela⁹³⁰. En concreto, creemos que esta teoría no puede 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 forman el activo y pasivo de la misma. Por ejemplo, la clientela⁹³¹. Sin embargo, rechazamos la concepción económica en sentido estricto porque no exige que el patrimonio tenga un reconocimiento jurídico y por lo tanto admite que formen parte del mismo más bienes de los que se integran formalmente en un balance. Por ejemplo, estarían incluidos dentro del patrimonio 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 al resto de conceptos expuestos, y 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

⁹³⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

⁹³¹ 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).

nuevo dejar fuera del concepto de patrimonio a la clientela o la mano de obra, a las que no queremos renunciar⁹³².

Cuando apostamos por una interpretación de patrimonio mixta en el sentido expuesto anteriormente –esto es, de manera amplia– debemos precisar qué ocurre cuando el administrador lleva a cabo un negocio 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 administra⁹³³. 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

⁹³² En concreto: Parte Cuarta. Capítulo III (epígrafe 1.3.4).

⁹³³ 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.

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 menoscabo proviene de un negocio ilícito⁹³⁴. 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).

Antes de confirmar cuál es el concepto de patrimonio al que alude el artículo 252 CP debemos concretar si quedan incluidas dentro de dicho término las expectativas⁹³⁵. 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 tercero⁹³⁶. 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 ganancia⁹³⁷, y en cambio otros sí se consideran partidarios de su admisión, bien solo de las expectativas que se construyen

⁹³⁴ 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. Sin embargo, dicho supuesto no encaja en el delito de administración desleal desde la perspectiva que aquí lo estudiamos porque el patrimonio de una sociedad no va a estar formado por bienes ilícitos.

⁹³⁵ 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 de 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.

⁹³⁶ *Ibidem*. También, PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción...”, *op. cit.*, págs. 15 y 16.

⁹³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, págs. 231 y 232, manifiesta que la intención del legislador del 2015 era suprimir cualquier tipo de expectativa.

sobre derechos subjetivos⁹³⁸ o de éstas y además de las que no se apoyan en tales derechos⁹³⁹. 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 años y el administrador no los cobra. 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. Esta situación se apreciaría cuando el administrador que habiendo cerrado un negocio jurídico concreto que reporta números beneficios a la sociedad debe asistir a un lugar concreto para la formalización de su aceptación y no acude.

Cuando hacemos mención a las expectativas nos estamos refiriendo a situaciones en las que el administrador no actúa según exigen los deberes de diligencia y lealtad a los que está sujeto por su cargo⁹⁴⁰, y evita que se produzca un aumento del patrimonio. En relación con el antiguo delito societario la jurisprudencia⁹⁴¹ 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

⁹³⁸ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 96 y 261.

⁹³⁹ RAMOS RUBIO, C., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 534.

⁹⁴⁰ Incluimos ejemplos basados en conductas omisivas del administrador porque admitimos la comisión por omisión. Puede consultarse en la Cuarta parte. Capítulo II (epígrafe 1.3.3).

⁹⁴¹ 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.

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 resolución 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 funcional⁹⁴². 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 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 cuya probabilidad era cierta”. A través de ésta expresión será castigado el hacer o no hacer del administrador que derive en una falta de incremento del patrimonio. Además, cuando el perjuicio lo constituyan una expectativa económica, también será apreciable de forma paralela una disminución de patrimonio. Por ello, la Resolución 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.

⁹⁴² 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 componen⁹⁴³. En general, los delitos patrimoniales se configuran como delitos que atacan elementos concretos del patrimonio⁹⁴⁴. 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 conjunto⁹⁴⁵.

Por último, el artículo 252 CP señala que el patrimonio administrado tiene que tener una cualidad específica: la ajenidad⁹⁴⁶. 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 mismo⁹⁴⁷. Sin

⁹⁴³ 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.

⁹⁴⁴ 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.

⁹⁴⁵ 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.

⁹⁴⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 547, puntualiza expresamente que el patrimonio administrado en el artículo 252 CP debe ser ajeno.

⁹⁴⁷ En el mismo sentido se ha pronunciado 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”.

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 dueño⁹⁴⁸. 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 un 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 (que sí lo es, ya que es de la sociedad) sino porque el titular del patrimonio ha prestado su consentimiento⁹⁴⁹.

⁹⁴⁸ 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”.

⁹⁴⁹ *Ibidem.*, págs. 102 y 103.

1.3. La 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 penal⁹⁵⁰. 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. El sujeto comete un exceso en el ejercicio de las facultades de administración y en consecuencia causa un perjuicio al patrimonio administrado⁹⁵¹. 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 concreto, 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 ilícita, como podemos observar a través de la redacción del artículo 252 CP, se encuentra redactada de forma amplia⁹⁵². 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

⁹⁵⁰ MAQUEDA ABREU, M. L., y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 126.

⁹⁵¹ 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 ORTÍZ 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...”, *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.

⁹⁵² RAMOS RUBIO, C., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 534, ha considerado que la primera crítica que se le puede hacer a la conducta típica es su “deficiente redacción”.

número desproporcionado de comportamientos, por ello añadió otro elemento que perfilara 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 (1.3.2) que será puesto en conexión con el presente.

Durante la tramitación parlamentaria de la última reforma del Código Penal 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 *Untrue*. 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 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 el 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 (disponer y obligar) sino que simplemente hacía alusión a la primera⁹⁵³. 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”⁹⁵⁴. El segundo apartado permaneció intacto. Finalmente, la redacción del artículo 252 CP incorporada en la LO 1/2015 –es

⁹⁵³ 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.

⁹⁵⁴ 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 11/05/17).

decir, la que veníamos analizando— mantuvo únicamente el primer apartado propuesto con el contenido señalado⁹⁵⁵.

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 sin fin 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. 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 aplicación.

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 ésta posibilidad). El legislador del Anteproyecto mencionado y del Proyecto de 2013 hacía referencia en el apartado

⁹⁵⁵ 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.

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 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 inconstitucional⁹⁵⁶. 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 comete 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

⁹⁵⁶ DE PORRES ORTÍZ 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 a plantear una posible inconstitucionalidad como sucedió en Alemania.

en la LSC) pero también por otros sujetos⁹⁵⁷. 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, la autoridad pública o un negocio jurídico. Tales facultades permiten a quien las posea realizar actos jurídicos de administración⁹⁵⁸. 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 realizados 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 un concepto jurídico que concrete los actos que puede desarrollar el sujeto que posee poderes de administración, traemos a colación lo expuesto por DÍEZ-PICAZO que ha distinguido los siguientes actos de administración⁹⁵⁹:

“1º. 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;

⁹⁵⁷ Así, GALLEGO SOLER, J. I., “Sección 2ª...”, *op. cit.*, pág. 881.

⁹⁵⁸ 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”.

⁹⁵⁹ *Ibidem*.

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 implicaría una extensión *quasi* infinita del ámbito de aplicación del precepto, lo que no respondería plenamente con el espíritu de última *ratio* del Derecho penal. Por tanto, se presenta un problema al respecto si usamos la expresión “actos de administración” tomando como referencia la finalidad de cada uno, pero no con una modalidad de acción concreta. 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”⁹⁶⁰. 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 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

⁹⁶⁰ *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”.

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.

El sujeto que tiene facultades de administrar puede realizar los actos anteriormente mencionados. 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 pública 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 mismo⁹⁶¹. 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 que conductas puede realizar el sujeto que tiene el deber de administrar el patrimonio.

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 desleal⁹⁶².

⁹⁶¹ 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...) positiva para la sociedad.

⁹⁶² DE PORRES ORTÍZ 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.

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”. 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 ésta⁹⁶³. 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”⁹⁶⁴. A pesar de que esta distinción pueda tomarse como referencia no podemos olvidar que se trata simplemente de una diferenciación semántica que en realidad resulta insuficiente para justificar por sí sola aspectos jurídicos⁹⁶⁵. 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 jurisprudencia⁹⁶⁶

⁹⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, págs. 6 y 7. También, MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 268.

⁹⁶⁴ 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).

⁹⁶⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El tipo...”, *op. cit.*, pág. 6 (nota 5) ha definido dicha discusión “como estéril” y manifiesta que ambos términos son sinónimos; DE PORRES ORTÍZ 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 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.

⁹⁶⁶ El informe del Consejo Fiscal de 2012 recuerda las dos interpretaciones jurisprudenciales señaladas en el texto principal (pág. 226).

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 diferenciaba 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 atribuidos⁹⁶⁷.

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 administración⁹⁶⁸. 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 facultades⁹⁶⁹; en cambio otros han manifestado que

⁹⁶⁷ El Informe del Consejo Fiscal de 2012 (pág. 226).

⁹⁶⁸ 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”.

⁹⁶⁹ 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* (coord. 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 ORTÍZ 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

el precepto se refiere a la realización de facultades dentro de los límites establecidos pero indebidamente ejercidas⁹⁷⁰. 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 enjuiciaran 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 subjuntivo⁹⁷¹– 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

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”.

⁹⁷⁰ 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”.

⁹⁷¹ 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.

realizaron del (derogado) artículo 295 CP antes de la reforma. De ella podemos destacar que en contraposición a la “teoría de los excesos”, el “criterio de la temporalidad”, mayoritario y preferido en esta investigación, 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 de 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 sea 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 sin fin 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. A nuestro juicio, 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 rebatida⁹⁷². 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 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

⁹⁷² Recordemos que si el administrador 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 puntualizado anteriormente que, a nuestro juicio, el delito del artículo 252 CP debe concebirse como un delito de dominio, y no de infracción de deber, pero sobre ello más extensamente el epígrafe dedicado a la autoría y participación.

administrador que se exceda infringiendo sus facultades de administración solo pueden incluirse los excesos intensivos⁹⁷³. 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. Pertenencia 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 CP⁹⁷⁴. 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 determinar 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 omisivos⁹⁷⁵. 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

⁹⁷³ En contra: VERA RIVERA, M. C., *El delito...*, op. cit., págs. 322 hasta 325. A favor, aunque basándose en la redacción del derogado artículo 295: MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, op. cit., págs. 264 hasta 267.

⁹⁷⁴ 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 impropia “el omitente tiene *la posición de garante*, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado”, mientras que en la omisión pura “el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión”, así lo ha manifestado 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.

⁹⁷⁵ 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.

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 ajenos⁹⁷⁶. 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 omisión⁹⁷⁷. La amplitud con la que estaba redactada la acción típica 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 la redacción actual del artículo 252 CP. 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 pública está legitimado para realizar actos de administración en relación con el patrimonio que administrado. Entre las facultades que debe desarrollar el administrador, se encuentran las que están dirigidas a proteger el patrimonio que administran frente ataques de terceros⁹⁷⁸. 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

⁹⁷⁶ 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”.

⁹⁷⁷ Igualmente, en Alemania se permite en el tipo de la deslealtad. MARTÍNEZ–BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pág. 450; NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 799; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 40; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 157; DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 13, sobre las críticas del tipo de infidelidad germano.

⁹⁷⁸ 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).

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 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 tratando⁹⁷⁹:

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.

⁹⁷⁹ 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).

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”⁹⁸⁰. 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 penal⁹⁸¹. 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; o por ejemplo, al administrador que no paga mensualmente el arrendamiento del local en el que se desarrolla la actividad de la sociedad se le pedirá que cumpla debidamente con sus obligaciones y abone la cantidad correspondiente al alquiler mensual.

Posteriormente –el tercer elemento–, cabe analizar si el sujeto tenía “capacidad para analizar 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, autoridad pública o 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. Cuando este sujeto no actúa, su omisión equivale a la realización de una acción activa, porque si hubiese actuado el resultado no se habría

⁹⁸⁰ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*, Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 30.

⁹⁸¹ Sobre “la acción esperada”: ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 262.

producido⁹⁸². 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 exigible al administrador”, ya que la posición de garantía del administrador tiene que estar limitada^{983,984}.

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 precedente⁹⁸⁵. Así, el administrador de derecho⁹⁸⁶ de una sociedad de capital que no impide que el patrimonio social sea perjudicado ha infringido un deber especial

⁹⁸² QUINTANAR DÍEZ, M., y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 81.

⁹⁸³ 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.

⁹⁸⁴ En el mismo sentido, JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 164 y 165.

⁹⁸⁵ ORTOS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 264, se pronuncian sobre estas tres opciones.

⁹⁸⁶ 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).

derivado de la ley extrapenal⁹⁸⁷ (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 dependencia⁹⁸⁸. Igualmente, no hay problema en admitir que los liquidadores se encuentran en una posición de garante (artículo 375.1 LSC), los apoderados⁹⁸⁹, 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 autores del delito de administración desleal en comisión por omisión⁹⁹⁰. En cambio, es más complicado admitir a los socios como posibles autores 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 quedarán 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

⁹⁸⁷ 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 ordenes 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.

⁹⁸⁸ *Ibidem.*, pág. 97 al caso de artículo 252 CP.

⁹⁸⁹ 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.

⁹⁹⁰ *Ibidem.*, en contra, apoyándose en el derogado artículo 295 CP.

CP por la omisión de su conducta⁹⁹¹. 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.

Y por último –quinto elemento– nos detenemos en analizar “la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo”. En concreto, habrá que comprobar si el resultado se ha producido como consecuencia de que el sujeto garante no ha llevado a cabo la conducta que se esperaba debido a la posición que ostenta, y ello ha ocasionado el perjuicio al patrimonio.

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 omisivos⁹⁹². Como bien indica DE PORRES ORTÍZ DE URBINA⁹⁹³, “la pasividad puede ser tan nociva para una diligente

⁹⁹¹ *Ibidem.*, de nuevo nos mostramos disconformes con la interpretación del autor.

⁹⁹² PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 261. Los mismos autores puntualizan 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. D. 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 ORTÍZ 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 ORTÍZ 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.

⁹⁹³ *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, solo el que cumpla con los elementos del tipo. 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 existen situaciones en las que hay una omisión pero ésta no tiene relevancia en relación con el delito que tratamos, 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 administra ningún patrimonio⁹⁹⁴. A pesar de que sea plausible que la jurisprudencia esté intentado delimitar la aplicación del delito de administración desleal y no calificar como tal cualquier comportamiento desleal que perjudique a la sociedad, creemos que, tomando como referencia el contenido del artículo 252 CP, podría haberse imputado dicho ilícito al querellado. Según hemos expuesto anteriormente, el sujeto que tiene facultades de administración está legitimado para realizar actos dirigidos a proteger el patrimonio de

⁹⁹⁴ En contra, 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”.

ataques contra terceros. En nuestro caso, el administrador debería haber previsto que si las obligaciones fiscales de la sociedad no estaban actualizadas, ésta podría sufrir un perjuicio de un tercero, que en este caso sería la Hacienda Pública. Sin embargo, el administrador no realizó la acción que le era exigible y ello ocasionó un perjuicio al patrimonio social, que con su patrimonio debería haber satisfecho la deuda.

El legislador de la Reforma 1/2015 tendría que haber redactado el contenido del artículo 252 CP de manera que no surgiesen dudas 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 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 tiene 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, solo cuando no cumplan los elementos del tipo. 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 evitado⁹⁹⁵. Las omisiones fuera de los casos

⁹⁹⁵ 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

expuestos serían impunes penalmente y serían sancionadas a través del Derecho privado, donde tienen mayor encaje.

1.3.4. Posibilidad de redacción de un tipo más preciso

El problema –como venimos manifestado– 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 administrador⁹⁹⁶. 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 administrador⁹⁹⁷. 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 previsto. Como vemos, la conducta típica ha sido redactada ampliamente, lo que conlleva que tengan cabida la mayoría de los comportamientos desleales realizados por el administrador.

Para la construcción de un precepto más concreto, en cuya redacción puedan distinguirse las acciones punibles, debemos partir de la búsqueda de 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. Como pudimos ver en capítulos anteriores en los que analizamos el derogado artículo 295 CP,

haya quedado probado que éstas iban a producir un aumento del patrimonio administrado o hubiesen evitado una disminución del mismo”.

⁹⁹⁶ JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 125. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 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”.

⁹⁹⁷ 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.

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.

Probablemente, lo más sencillo –y lo más acorde con el principio de legalidad– 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. Por tanto, la cuestión reside en determinar cómo podría interpretarse la expresión “facultades de administración”, esto es, si de manera concreta o mejor de una forma más amplia⁹⁹⁸, y después proponer la redacción que, a nuestro juicio, sería la más adecuada. Veamos las dos opciones por separado:

En primer lugar, contemplamos la posibilidad de interpretar de forma estricta las facultades que puede ostentar el sujeto que administra el patrimonio. A pesar de que el artículo 252 CP haga alusión de forma genérica a la infracción de las facultades de administración podríamos reducir la acción típica a la vulneración de las facultades de disposición y contracción de obligaciones⁹⁹⁹. 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

⁹⁹⁸ 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.

⁹⁹⁹ 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 en su propuesta alternativa a 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.

“facultades para disponer u obligar a otro” proponiendo que se incorporase la expresión “facultades para administrar”¹⁰⁰⁰. La consecuencia de admitir una interpretación estricta de la expresión “facultades de administración”, limitada a los actos de disposición y contratación de obligaciones, conllevaría dejar fuera del ámbito del artículo 252 CP conductas que actualmente podrían tener cabida en su redacción. Por ejemplo, el supuesto en el que un administrador no se abstiene de participar en la toma de decisiones en las que tiene un conflicto de intereses y causa un perjuicio al patrimonio de la sociedad de la que forma parte.

En segundo lugar, aludimos a la posibilidad de desarrollar una interpretación más amplia de la expresión “facultades de administración” donde tenga cabida la realización de cualquier facultad cuyo desarrollo pueda ocasionar un perjuicio al patrimonio administrado. Así, la acción típica no solo se limitaría a las facultades de disposición y contratación de obligaciones sino que abarcaría muchas más¹⁰⁰¹. Según esta opción, 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 usencia de determinación de la acción típica permite sostener cualquier comportamiento contrario a las normas que regulan el comportamiento de los administradores que suponga la causación de un perjuicio patrimonial quedará englobado en el artículo 252 CP. En este sentido, algunos autores que siguen esta interpretación han establecido como modalidades de acción la vulneración de las normas aplicables en el sector de actividad en el que el sujeto con facultades de administrar forme parte, la desatención de las obligaciones del administrador de manera absoluta¹⁰⁰², etc. Por su parte, 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

¹⁰⁰⁰ 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).

¹⁰⁰¹ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, 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.

¹⁰⁰² Atiende a esta interpretación DE PORRES ORTÍZ 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.

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.

La forma de concebir la expresión “facultades de administración” como un saco 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 las conductas irregulares realizada por un sujeto que perjudica el patrimonio que administra, mientras que el tipo de infidelidad del artículo 266 del Código Penal Alemán se utiliza para castigar a los que infringen sus deberes de velar por los intereses patrimoniales ajenos¹⁰⁰³. De esta manera, nos estaríamos encontrando que 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 CP¹⁰⁰⁴. Por este motivo, si nos decantamos por admitir esta

¹⁰⁰³ 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.

¹⁰⁰⁴ 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 porque 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

interpretación estaríamos confirmando la interpretación que hemos criticado líneas atrás¹⁰⁰⁵.

En consecuencia, creemos que es mejor –y más garantista– acogernos (y plasmar en el precepto futuro) a una interpretación restrictiva, en la que cuando se aluda a 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 solo las facultades de disposición, y las de contracción de obligaciones. Ahora bien, habría que realizar algunas puntualizaciones sobre los actos de disposición y de contracción de obligaciones 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 disponer¹⁰⁰⁶.

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

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.

¹⁰⁰⁵ 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.

¹⁰⁰⁶ 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, sin embargo, se detiene en analizar si sería mejor hacer alusión a “disponer de los bienes” o a “utilizarlos”.

personal de la sociedad. Varios autores¹⁰⁰⁷ y también la jurisprudencia¹⁰⁰⁸, 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 el coche de la sociedad para llevar todos los días a sus hijos del colegio teniendo que desviarse media hora del trayecto que debería seguir para llegar a su oficina¹⁰⁰⁹, o el administrador que utiliza el portátil que la empresa le ha entregado para realizar actividades que no tienen relación con el objeto económico empresarial (realizar compras, ver películas...). En ambos casos tanto el coche como el portátil forman 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 tales bienes. El administrador no puede quebrantar sus poderes de administración causando un perjuicio al coche o al portátil. Si partimos de la 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, 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. Por lo que, en caso de que quede demostrado que el coche o el portátil, que pertenecen a la sociedad, no pueden ser utilizados porque anteriormente han sido usados en exceso, sin cuidado... para fines distintos a los que

¹⁰⁰⁷ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 311; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, págs. 47 hasta 49; CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 294 hasta 299.

¹⁰⁰⁸ Aludimos a ella específicamente en notas posteriores.

¹⁰⁰⁹ 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.

fueron entregados podría constituir un delito de administración desleal. El administrador debe encargarse de que tanto el portátil como el coche estén en perfectas condiciones para que puedan desarrollar el fin que se les ha asignado dentro del desarrollo de la actividad empresarial. 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 uno de sus empleados que lleve todos los días un ramo de flores a su mujer, 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 normalidad¹⁰¹⁰. 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 sociedad¹⁰¹¹. Cuestión distinta es la de la clientela, que a diferencia de los empleados, sí forma parte del patrimonio social.

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 desleal¹⁰¹². Por este motivo,

¹⁰¹⁰ 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”.

¹⁰¹¹ 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 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.

¹⁰¹² 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 sujeto 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 incorporeales 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), AP 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 las una sociedad cooperativa pero lo traemos aquí a colación porque 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 aquella de la que fue despedida, que se dedica al mismo objeto social, varios clientes son coincidentes, así como los trabajadores son algunos de los antiguos empleado. Según la Resolución: “Los trabajadores, no son un bien patrimonial de la empresa,

algunos autores como MARTÍNEZ–BUJÁN PÉREZ 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 mi 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 sociedad¹⁰¹³. 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 euros¹⁰¹⁴. 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 más

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 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”.

¹⁰¹³ 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 cuestionaran 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.

¹⁰¹⁴ 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.

autorizada han consolidado una línea interpretativa que admite la utilización de los empleados como conducta 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 gravamen¹⁰¹⁵, 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”¹⁰¹⁶. Si equiparamos el ámbito de aplicación de las dos modalidades señaladas, quedarían fuera del delito de administración desleal casos de afianzamiento personal¹⁰¹⁷. Por ejemplo, la constitución de una hipoteca no se incluiría en la modalidad de contracción de obligaciones porque es un acto de

¹⁰¹⁵ 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”.

¹⁰¹⁶ CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 349 hasta 351.

¹⁰¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario...*, *op. cit.*, págs. 57 hasta 59. CASTRO MORENO, A., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 350 hasta 352.

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 obligaciones¹⁰¹⁸.

En conclusión, la redacción del artículo 252 CP es excesivamente amplia y permite que puedan 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. El artículo 252 CP permite que sea constitutiva de delito cualquier conducta del administrador que cause un perjuicio al patrimonio administrado. Por ello, hemos sostenido que el artículo 252 CP debería ser modificado para reducir el contenido de la expresión “facultades de administración” a dos modalidades de acción concretas: disponer de los bienes y contraer obligaciones en nombre de la sociedad (utilizadas en el derogado delito societario). Se construiría de esta manera, un precepto más preciso, y sobretodo 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 administrado¹⁰¹⁹. El delito de administración desleal se configura como un delito de resultado de lesión¹⁰²⁰.

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

¹⁰¹⁸ *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.

¹⁰¹⁹ 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; GALLEGRO SOLER, J. I., y HORTAL IBARRA, J. C., “Actividad...”, *op. cit.*, pág. 281.

¹⁰²⁰ Véase: Primera Parte de esta investigación, Capítulo I (epígrafe 3)

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 como 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 expuesto¹⁰²¹.

Posteriormente, el Informe del Consejo Fiscal de 2012 se detuvo en 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 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

¹⁰²¹ 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.”

artículo 266 del Código Penal Alemán)¹⁰²². Además, el Consejo Fiscal manifiesta que hay que distinguir cuando –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 mismo¹⁰²³; o en todo caso, cuando el sujeto con facultades de administración actuaba sin autorización 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 patrimonio¹⁰²⁴.

¹⁰²² 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.

¹⁰²³ 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”.

¹⁰²⁴ 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 penal...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 547, determinó que parecían acercarse más a un peligro que a un resultado.

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 perjuicio¹⁰²⁵.

Finalmente, el texto de la LO 1/2015, de 1 de julio 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 precepto¹⁰²⁶. Cuando el artículo 252.2 CP se refiere a que el perjuicio sea inferior de un 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 Código Penal tras la Reforma 1/2015 para determinar los delitos leves a partir de su cuantía. Además, teniendo en cuenta que la cuantía es de cuatrocientos, es decir, que es mínima, podría tomar más sentido su inclusión en el precepto a meros efectos distintivos de la gravedad del ilícito; lo que conllevaría a 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. El motivo es que tampoco tenemos ninguna señal en la Exposición de Motivos ni en el propio precepto, que por el contrario nos permita defender con argumentos un concepto de perjuicio amplio. En la Exposición de Motivos no se menciona el derogado artículo 295 CP para indicar si 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.

¹⁰²⁵ 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.

¹⁰²⁶ Sobre la misma idea que la expresada en el texto principal: *Ibidem.*

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 CP¹⁰²⁷.

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 por el difícil encaje de uno de los elementos del concepto personal de patrimonio en el artículo 252 CP. En concreto, el artículo 252 CP determina expresamente 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 252 bis del Anteproyecto 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

¹⁰²⁷ GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, págs. 774 y 775, determina que en el caso de aceptar un concepto personal o funcional del perjuicio generara 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 penal...* (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...”, *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”.

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”¹⁰²⁸ 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 que 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 dejó constancia en el Anteproyecto y el Proyecto¹⁰²⁹– 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 problemática¹⁰³⁰ y otros proponen de *lege ferenda* la redacción del precepto de manera que se concrete la configuración del perjuicio patrimonial¹⁰³¹.

¹⁰²⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 76.

¹⁰²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal...* (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.

¹⁰³⁰ REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal...*, *op. cit.*, pág. 13, y JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 143.

¹⁰³¹ 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 penal...* (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”.

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 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 fácilmente el criterio del saldo cuando el administrador, excediéndose en el ejercicio de 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 a 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 por 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. 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 patrimonio¹⁰³² (que

¹⁰³² 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

permitiría considerar administración desleal la conducta expuesta en el ejemplo del párrafo anterior). Resulta más lógico –desde una perspectiva jurídica– defender un concepto económico-jurídico¹⁰³³. Ahora bien –y en consonancia con el concepto al que nos acogimos de patrimonio– creemos 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 del patrimonio o va a provocar una reducción de éste. Además, en este sentido, vaticinamos que la jurisprudencia se decantará 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 con base en un derecho

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...”, *op. cit.*, págs. 536 y 537, alude al contenido del texto del Proyecto 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.

¹⁰³³ A favor de considerar que el perjuicio al que se refiere el artículo 252 CP es a 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.

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 frustré el fin perseguido por el titular del patrimonio sin que ello vaya acompañado de una pérdida económica o la posibilidad de que se produzca un aumento patrimonial esperado. 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 dolosamente¹⁰³⁴, aunque el precepto no incluya ninguna expresión (“a

¹⁰³⁴ 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,

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 penal¹⁰³⁵. El elemento cognitivo es imprescindible y se manifiesta con anterioridad a la comisión del hecho delictivo¹⁰³⁶. 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 concreto¹⁰³⁷. 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 típico¹⁰³⁸.

también en: “El nuevo...”, *op. cit.*, pág. 42, y en: *El delito...*, *op. cit.*, pág. 187; QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 588; DE PORRES ORTÍZ 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.

¹⁰³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 422.

¹⁰³⁶ *Ibidem*.

¹⁰³⁷ 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”.

¹⁰³⁸ 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 “conocimiento 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. (...)”.

En relación con derogado artículo 295 CP fue discutido si solo tenía cabida el dolo directo o también el eventual¹⁰³⁹. En cambio con la nueva redacción del artículo 252 CP tal cuestión no plantea conflictos interpretativos. El artículo 252 CP no incluye ningún vocablo que limite el contenido del dolo y dificulte la apreciación del dolo eventual¹⁰⁴⁰, como sí lo hacía el antiguo delito societario¹⁰⁴¹. 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 actuando¹⁰⁴².

La alusión al dolo eventual conlleva inevitablemente hacer referencia a los negocios de riesgo, esto es, a aquellos en los que el administrador obliga a la sociedad a asumir un riesgo que supera los límites de la normalidad y pone en peligro el patrimonio social¹⁰⁴³. 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 proporcionado¹⁰⁴⁴. El problema surge cuando el

¹⁰³⁹ 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).

¹⁰⁴⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 548.

¹⁰⁴¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 347, el contenido del dolo era restringido en el derogado artículo 295 CP debido a varias exigencias incluidas en el precepto. En concreto 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.

¹⁰⁴² PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, págs. 189 y 190, aluden 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”.

¹⁰⁴³ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 346 y 347. Sobre la definición de negocios de riesgo: FARALDO CABANA, P., “Los negocios...”, *op. cit.*, págs. 171 y 172.

¹⁰⁴⁴ 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

administrador admite un riesgo desproporcionado que desemboca en un perjuicio para el patrimonio¹⁰⁴⁵. La nueva redacción del artículo 252 CP permite castigar supuestos como el mencionado¹⁰⁴⁶. 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 desleal¹⁰⁴⁷.

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 el dolo eventual¹⁰⁴⁸.

El artículo 252 CP contiene un delito doloso (como ya hemos señalado), que no admite la imprudencia¹⁰⁴⁹. La comisión imprudente no ha sido tipificada de forma expresa (artículo 12 CP¹⁰⁵⁰), por lo que, la sanción negligente de la administración desleal sería

información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Puede consultarse la Cuarta Parte, Capítulo II (epígrafe 1.1.1.C.a.a') de este trabajo, donde ya hicimos alusión al artículo 226 LSC.

¹⁰⁴⁵ 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.

¹⁰⁴⁶ 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.

¹⁰⁴⁷ 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 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.

¹⁰⁴⁸ 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;

¹⁰⁴⁹ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 398; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 271, y en *El delito...*, *op. cit.*, págs. 187; DE PORRES ORTÍZ 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.

¹⁰⁵⁰ Según el precepto “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo

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 mercantiles¹⁰⁵¹. 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 sin fin de comportamientos en los que el administrador realiza la acción típica descrita en el artículo 252 CP de 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 indebida¹⁰⁵². 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 conducta¹⁰⁵³.

disponga la Ley”.

¹⁰⁵¹ 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.

¹⁰⁵² 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).

¹⁰⁵³ 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.

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, descritas 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 CGPJ¹⁰⁵⁴ 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 aplicadas¹⁰⁵⁵. 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

¹⁰⁵⁴ 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.

¹⁰⁵⁵ 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.

Parlamentario de IU propuso que se incluyese en el artículo que castigaba la administración desleal la expresión “beneficio propio o de un tercero”¹⁰⁵⁶.

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 el beneficio que han obtenido mediante la realización de la conducta ilícita. El sujeto activo puede aprovechar la complejidad de los entramados societarios con la finalidad de sea imposible probar que se ha lucrado. 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 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 desleal¹⁰⁵⁷, que se configura como un delito de daños¹⁰⁵⁸. Como el delito 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 germano. 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.

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 incluidos expresamente en las normas penales o bien se deducen de la interpretación del contenido de éstas¹⁰⁵⁹. A pesar de que

¹⁰⁵⁶ En análisis de la enmienda mencionada en el texto principal ha sido tratado en la Segunda Parte, Capítulo V, de este trabajo.

¹⁰⁵⁷ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 797; y GILI PASCUAL, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 778.

¹⁰⁵⁸ 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.

¹⁰⁵⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Elementos...”, *op. cit.*, pág. 211.

el delito penal 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, lo que conllevaría que el delito de administración desleal solo se utilizase para castigar supuestos en los que el administrador ha obtenido una ventaja para sí mismo o bien ha beneficiado 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 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, no encajen en el ámbito de aplicación del artículo 252 CP los casos en los que el administrador ha actuado por venganza¹⁰⁶⁰; 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.

Además, no podemos olvidar que el artículo 252 CP es un precepto cuya redacción ha sido criticada por su falta de taxatividad. La decisión de incluir o excluir el ánimo de lucro no debe tomarse de forma aislada sino puesta en relación con otros elementos del delito. La posibilidad de utilizar el ánimo de lucro como elemento que ayude a construir un tipo penal menos ambiguo no puede obviarse¹⁰⁶¹. Igualmente, 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 casos marginales, que no reflejan la realidad mercantil y que no serán comunes. Por lo

¹⁰⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado...”, *op. cit.*, pág. 553.

¹⁰⁶¹ En relación con 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.

que de *lege ferenda* entendemos que en el precepto que se regule el delito de administración desleal debería estar incluida la expresión “en beneficio propio o ajeno”¹⁰⁶². Sin embargo, y a pesar de que la mención expresa al ánimo de 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 injusto¹⁰⁶³. 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 han 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 el objetivo 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),

¹⁰⁶² 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 los únicos ámbitos en los que puede tomarse en consideración es en el bancario y en de intermediación financiera.

¹⁰⁶³ 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 ORTÍZ 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.

se impondrá al administrador una pena más cercana al límite 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 dolosa¹⁰⁶⁴. 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 objetiva¹⁰⁶⁵.

El error de tipo, que concurre cuando el sujeto que desconoce lo que hace, es diferente al error de prohibición, regulado en el artículo 12.3 CP^{1066,1067}. A través de este último se hace referencia a los supuestos en los que el autor sí es consciente de lo que hace pero no sabe que el Derecho lo prohíbe. 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 conducta¹⁰⁶⁸. 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

¹⁰⁶⁴ 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: NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Elementos...”, *op. cit.*, pág. 206.

¹⁰⁶⁵ 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).

¹⁰⁶⁶ 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”.

¹⁰⁶⁷ 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.

¹⁰⁶⁸ 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.

de la “contrariedad de un deber” es un elemento normativo 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 realizarla¹⁰⁶⁹.

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 CP¹⁰⁷⁰), o el que recae sobre las circunstancias del tipo que agravan o cualifican el delito (artículo 14.2 CP¹⁰⁷¹). Nos detenemos en la primera posibilidad, esto es, en que el error recaiga en los elementos típicos, 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)¹⁰⁷². 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 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

¹⁰⁶⁹ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito...*, *op. cit.*, pág. 190.

¹⁰⁷⁰ 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 quan 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 económico 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 preverse el castigo de la comisión por imprudencia, la responsabilidad penal queda excluida”.

¹⁰⁷¹ Según el artículo 14.2 CP :“El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

¹⁰⁷² 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.

pretendía lesionar, el error será irrelevante; en caso contrario, será relevante¹⁰⁷³. 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 a 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

El 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 bien¹⁰⁷⁴. En relación con el artículo 252 CP, el consentimiento se configura como una causa de exclusión de la tipicidad¹⁰⁷⁵, pues la acción típica ya presupone que el sujeto activo actúa en contra o sin la 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 CP¹⁰⁷⁶.

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 protegido. Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, el delito societario mencionaba expresamente como sujetos pasivos, y por tanto titulares del

¹⁰⁷³ *Ibidem.*, y alude a la misma distinción: RAMOS TAPIA, I., “Delito...”, *op. cit.*, págs. 131 y 132.

¹⁰⁷⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 272.

¹⁰⁷⁵ Igualmente: 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.

¹⁰⁷⁶ 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.

bien jurídico, a los socios, depositarios, cuentapartícipes y titulares de bienes, valores o capital¹⁰⁷⁷. 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. 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, 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 único 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 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 imaginables), 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

¹⁰⁷⁷ Recordemos que algunos autores defendían, como hemos hecho en este trabajo, la inclusión de la sociedad como sujeto activo aunque no fuese nombrada expresamente en el delito societario.

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 social¹⁰⁷⁸. Por regla general, los administradores conocen mucho

¹⁰⁷⁸ Incluimos el adverbio “probablemente” porque recordamos en relación con lo expuesto principal la sentencia del caso BSCH, que “se produjo en los acuerdos 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 d 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 accionistas”. Finalmente el citado presidente, copresidente y consejero delegado del nuevo BSCH fueron absuelto 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

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^{1079,1080}. Dejando a un lado la situación anteriormente mencionada, en la que los administradores 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 mayoría¹⁰⁸¹. Según han manifestado algunos autores, en

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).

¹⁰⁷⁹ Sobre el derecho de información en la S.R.L y en la S.A, 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”.

¹⁰⁸⁰ 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 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.

¹⁰⁸¹ 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, han 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.

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 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 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 no tiene sentido 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. Para poder hablar de sociedad unipersonal en este sentido es necesario contemplar como sujetos pasivos alguna figura más que no sea únicamente la sociedad. Cuando hemos definido la sociedad como único sujeto pasivo, rechazamos la opción de que sean perjudicados con la misma intensidad otros sujetos. 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 patrimonio¹⁰⁸². Ahora bien, y es aquí donde hay que hacer una puntualización, si además del socio-administrador existen otros sujetos perjudicados como los depositarios, cuentapartícipes, titulares de bienes, valores o capital, antes de la entrada en vigor de la Reforma se hubiese aplicado el delito societario, pero actualmente no podrá utilizarse el artículo 252 CP. A través del derogado artículo 295 CP, sí era posible entender que en las sociedades unipersonales la conducta del socio-administrador podía perjudicar a alguno de los sujetos incluidos en el precepto, porque eran sujetos pasivos del delito¹⁰⁸³. Tras la Reforma, como un único sujeto pasivo es la sociedad, no podrá aplicarse el delito de

¹⁰⁸² 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.

¹⁰⁸³ *Ibidem.*, además, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (3ª ed., P.E.), *op. cit.*, pág. 457.

administración desleal en casos como en el señalado. El consentimiento en la sociedad unipersonal tiene sentido cuando hay otros sujetos pasivos perjudicados pero no si únicamente lo es la sociedad.

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 por los administradores de un acto de administración desleal, éstos 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, el consentimiento no puede estudiarse desde la perspectiva de la voluntad de éstos. 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.

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 desleal¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸⁴ 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.

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 tentativa¹⁰⁸⁵. 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 ejecución 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 inacaba 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

¹⁰⁸⁵ GIL GIL, A., “*Iter criminis*”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 323.

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”¹⁰⁸⁶. Son impunes porque los pensamientos no pueden ser sancionados. El Derecho penal solo puede intervenir cuando la acción haya sido exteriorizada¹⁰⁸⁷. 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 criminal¹⁰⁸⁸. 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.

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 delito¹⁰⁸⁹. 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, provocación¹⁰⁹⁰–, 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

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁷ 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.

¹⁰⁸⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 331.

¹⁰⁸⁹ GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, pág. 324.

¹⁰⁹⁰ 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”.

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, el delito societario de administración desleal solo era punible cuando se iniciaba su ejecución, los actos anteriores a este momento eran excluidos de sanción penal. 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 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 ajeno¹⁰⁹¹. La complejidad que supone distinguir (en casos determinados) qué

¹⁰⁹¹ 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. 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

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.

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, deciden 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

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.

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^{1092,1093}. 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 auténtica unidad de acción”. Posteriormente habría que delimitar “en qué casos concretos puede entenderse que un determinado acto queda adscrito al tipo”¹⁰⁹⁴. 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 típica¹⁰⁹⁵. Así, redactar y acudir a la firma de un contrato que suponga un perjuicio para la sociedad estaría unido a la acción típica que consiste en infringir las facultades de administración mediante un exceso en su ejercicio, que como concretamos en el epígrafe de la conducta delictiva incluye la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad que

¹⁰⁹² GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, pág. 333.

¹⁰⁹³ 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.

¹⁰⁹⁴ Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, págs. 338 hasta 340.

¹⁰⁹⁵ Hasta ahora ningún 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.

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.

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 imperfecta¹⁰⁹⁶. 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, como mucho se pone en peligro¹⁰⁹⁷.

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

¹⁰⁹⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 335; GIL GIL, A., “Iter...”, *op. cit.*, pág. 331; LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 182.

¹⁰⁹⁷ 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*, entendiéndose 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 verse en GIL GIL, A., “Iter...”, *op. cit.*, págs. 346 hasta 348.

contemplada en el precepto). En 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 penase 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 imperfecta¹⁰⁹⁸. Así, la tentativa puede apreciarse cuando el sujeto con facultades de administración que pretende causar un perjuicio al patrimonio ajeno, no consiga alcanzar su objetivo involuntariamente.

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 resultado¹⁰⁹⁹. Por tanto, habrá tentativa cuando el sujeto con facultades de administración

¹⁰⁹⁸ 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.

¹⁰⁹⁹ 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 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

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 ceder a otra sociedad los derechos arrendatarios sobre 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 tales derechos 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.

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”¹¹⁰⁰. En estas circunstancias aparece la tentativa inidónea.

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”, así queda expresado en la STS de 11 de abril de 2012 (RJ 2012\5611). 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.

¹¹⁰⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Formas...”, *op. cit.*, pág. 339.

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 inidónea¹¹⁰¹. 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 inidónea¹¹⁰².

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 objeto¹¹⁰³. Algún sector doctrinal 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 ésta¹¹⁰⁴. 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

¹¹⁰¹ 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 (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”.

¹¹⁰² *Ibidem*.

¹¹⁰³ 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 expuestas. De modo que si una persona dispara a otra con la intención de matarla pero ya ésta ya estaba 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.

¹¹⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (P.G.), *op. cit.*, pág. 345.

doctrina dominante, que ha optado por la determinación de la tentativa *ex post*¹¹⁰⁵. En esta línea, algunos autores ha diferenciado entre tentativa relativamente inidónea y tentativa absolutamente inidónea¹¹⁰⁶.

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 consumación¹¹⁰⁷. Esta tentativa puede fundamentarse en la idoneidad del medio empleado o del objeto sobre el que debe recaer la acción típica. Así, por ejemplo, el 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 en contra de lo esperado, dentro hay oro. En este supuesto el administrador pretendía perjudicar el patrimonio social con la compra de una mina que la sociedad no podía explotar 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. De otro lado, encontramos supuestos en los que la tentativa es absolutamente inidónea, en los que la acción del sujeto no hubiese alcanzado el resultado delictivo ni en ese caso en concreto ni en cualquier otro. Igualmente, esta tentativa distingue cuando el medio o el objeto no sea suficiente para causar la lesión. Señalamos a colación de lo expuesto, el caso del administrador que decide vender la maquinaria de su sociedad a otra, pero en realidad esa maquinaria ya no pertenecía a la sociedad; o incluso el supuesto del administrador solidario que tiene intención de vender un local de la sociedad de la que forma parte sin consentimiento de los socios, y una vez que encuentra un comprador elabora un contrato de compraventa privado a través del que enajena el local, que aparentemente pertenece al patrimonio de la sociedad, pero en realidad éste no formaba parte del patrimonio social de la misma porque otro administrador respetando las formalidades legales requeridas lo había enajenado anteriormente. En estos casos, no hay bien jurídico que proteger, el patrimonio no existe, por lo que sería un delito imposible

¹¹⁰⁵ Así lo ha expresado: MIR PUIG, S., “Sobre...”, *op. cit.*, (sin numerar).

¹¹⁰⁶ *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.

¹¹⁰⁷ Sobre la distinción de la tentativa inidónea: *Ibidem.*, págs. 346 y 347.

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 autor¹¹⁰⁸.

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 renuncia¹¹⁰⁹. 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 realizar el delito porque las circunstancias no lo permiten, en ningún caso habrá desistimiento¹¹¹⁰.

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

¹¹⁰⁸ *Ibidem.*, pág. 325.

¹¹⁰⁹ *Ibidem.*, pág. 352.

¹¹¹⁰ GIL GIL, A., “*Iter...*”, *op. cit.*, pág. 336.

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 impide la producción del resultado (desistimiento activo). Si tomamos los ejemplos que expusimos cuando hicimos alusión a la tentativa inacabada y acabada, podemos observar el desistimiento pasivo 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 no estampar su firma, evitando la consumación del delito; en cambio, puede apreciarse desistimiento activo 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 sea enjuiciado por los actos delictivos que haya realizado con anterioridad en la fase ejecutiva. 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. 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 lesivo, exige expresamente que la acción del administrador desemboque en un menoscabo al patrimonio ajeno¹¹¹¹. 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, a efectos punitivos no tiene consecuencias penales¹¹¹².

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

¹¹¹¹ 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.*, págs. 102. MIR PUIG, C., “La malversación...”, *op. cit.*, pág. 212; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La Reforma...*, *op. cit.*, págs. 91.

¹¹¹² 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.

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 inmediata o directa, 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 punitivos. El apartado a) del artículo 28 CP 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 (directa, coautoría e inmediata), y además se incluirá una serie de puntualizaciones en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A continuación, se analizarán los diversos tipos de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad). Finalmente, se hará alusión a la aplicación del artículo 268 CP en relación con el artículo 252 CP, con el objetivo de determinar qué ocurre en los supuestos en los que el sujeto activo que comete el acto de administración desleal sea alguno de los mencionados en el primer precepto mencionado.

2.1. Autoría

2.1.1. El delito de administración desleal: una posición intermedia entre los delitos de dominio y 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 propio¹¹¹³. 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 pública o asumidas 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

¹¹¹³ Véase: Parte cuarta, Capítulo II, epígrafe 1.1.1.A, de este trabajo.

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 jurídico¹¹¹⁴.

En general, algunos autores ha considerado que el delito de administración desleal del artículo 252 CP es un delito especial que se fundamenta en la infracción de un deber extrapenal¹¹¹⁵. Sin embargo, consideramos 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

¹¹¹⁴ 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* (dir. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., y coord. MORENO-TORRES HERRERA, M. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 206.

¹¹¹⁵ VERA RIVERA, M. D. 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.

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 estricto¹¹¹⁶. Desde un punto de vista 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, el 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

¹¹¹⁶ 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 responsabilidad 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.

puro, recurrimos a una nueva línea doctrinal que defiende la aplicación de una posición mixta o intermedia entre las dos clases de delitos señalados¹¹¹⁷.

Algunos autores, como SILVA, HORTAL, 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 su tratamiento como un delito de infracción de deber extrapenal¹¹¹⁸. 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 delimitado¹¹¹⁹. 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 Pública¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ 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.

¹¹¹⁸ 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.

¹¹¹⁹ *Ibidem.*, pág. 318.

¹¹²⁰ 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 HORTAL IBARRA, J. C., *Protección...*, op.

De manera que, a pesar de que la doctrina mayoritaria haya configurado el artículo 252 Código Penal como un delito de infracción 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 deber¹¹²¹. 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 necesariamente. 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 considerado 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, dicha 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”¹¹²². 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), hubiera sido más fácil aún calificarlo

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-PIEDRECASAS, J. R., y DEMETRIO CRESPO, E.), Colex, Madrid, 2011, págs. 262 hasta 266.

¹¹²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 103.

¹¹²² 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.

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 contratación de obligaciones a cargo de ésta. De modo que se hubiese requerido que el administrador infringiera un deber extrapenal especial, y además 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. 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 pública, 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 se 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 sujetos activos, y en consecuencia 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 administrador de derecho o de hecho 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 situación –es decir, que una persona jurídica actúe como administrador de hecho o de derecho 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 comportamiento típico.

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 conciencia 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 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 (*intraenus*). 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 partícipe¹¹²³. 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 *intraneus*. En este caso no habría problema 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 competencias. En este caso, no cabe duda de que el administrador que ostenta su cargo en consonancia con lo 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

¹¹²³ 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.

mediato porque responde al concepto de *intraheus*¹¹²⁴, 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 del hecho”¹¹²⁵. 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 autoría 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

¹¹²⁴ 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.

¹¹²⁵ ROXIN, C., *Autoría...*, *op. cit.*, págs. 346.

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 administración¹¹²⁶.

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 inducción 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 mismo¹¹²⁷. Por tanto, 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 habría inducción. El último administrador tan solo ha hecho un comentario que no tiene entidad suficiente como para incitar a su destinatario. Si en cambio, 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

¹¹²⁶ Hicimos referencia a la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado en la Parte cuarta, Capítulo II, epígrafe 1.1.1.C.c).a').

¹¹²⁷ MELENDO PARDOS, M., “Teoría de la codelinuencia, 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.

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 y participara en el delito su conducta sería calificada en grado de autor pero no de inductor.

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 29 CP). Para distinguir ambas figuras en relación con el delito de administración desleal en las sociedades de capital podemos pensar en el siguiente caso: 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 concurren 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. Sin embargo, el abogado se encarga de la elaboración del contrato a partir del cual se desarrollará la gestión desleal. En este caso el abogado 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.

2.3. El artículo 268 CP: posible aplicación 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 absoluta 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^{1128,1129}.

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 empleo¹¹³⁰. 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.

¹¹²⁸ 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”.

¹¹²⁹ 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.

¹¹³⁰ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *Cuadernos de reflexión de la Cátedra PRASA de empresa familiar*, nº 14, marzo de 2012, pág. 4.

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 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 consanguineidad 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”¹¹³¹. 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.

¹¹³¹ 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 adquirió la condición de jurisprudencia, y fue abiertamente abandonado por el Tribunal Supremo^{1132,1133}.

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, 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 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

¹¹³² 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".

¹¹³³ 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).

personas jurídica, 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). 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 capital. Pues si ello fuese así tampoco podría aplicarse el artículo 268 CP en los casos en los que un administrador es pariente del socio al que estafa, a pesar de que sí está permitido¹¹³⁴. 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.

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

¹¹³⁴ El AAP de Barcelona de 25 de marzo de 2004 (ARP 2004/381) permite la aplicación del artículo 268 CP en relación con el delito de estafa (pero no para el delitos 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. El Auto además recuerda que en STS de 26 de junio de 2000 (RJ 2000/5794) también pueden aplicarse el artículo 268 CP al delito de estafa (aunque los hechos en dicha Resolución no suceden en el ámbito societario).

el delito de estafa, o viceversa¹¹³⁵. En otro orden de cosas, el delito de estafa no puede aparecer en concurso de normas con el nuevo delito de administración desleal. 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^{1136,1137}.

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 concreto, hemos defendido que el artículo 252 CP permite castigar al administrador que

¹¹³⁵ Véase la SAP de Madrid de 13 de junio de 2016 (JUR 2016\275878), confirmada en la STS de 19 de junio de 2017 (JUR 2017\176669).

¹¹³⁶ 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.

¹¹³⁷ 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.

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 de 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 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, sin embargo, 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 delitos¹¹³⁸. Así, el sujeto con facultades de administración que se apropia de dinero de la caja fuerte (apropiación indebida) y después acude al banco a solicitar un préstamo que avala con los bienes de la sociedad (administración desleal) será castigado con las penas correspondientes a cada delito en virtud de lo previsto en el artículo 73 CP. Además, podía apreciarse también la existencia de un concurso medial entre los artículos 252 y 253 CP. En este caso la pena impuesta al administrador se fijará según el contenido del artículo 77.3 CP¹¹³⁹. Por último, y en relación con el concurso ideal, nos

¹¹³⁸ Admite el concurso real: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 105 y 106, el autor no hace mención expresa al concurso de delitos pero se sobrentiende que lo admite cuando expone que las relaciones entre ambos tipos penales nunca podrán ser la de un concurso de delitos salvo que existan hechos diferentes (en los términos que el autor entiende el contenido de los delitos a los que nos referimos), JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, pág. 250.

¹¹³⁹ Teniendo en cuenta que la aplicación de este precepto requiere –en base a lo establecido en la Circular de la Fiscalía General del Estado, 4/2015 de 13 de julio de 2015, sobre interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos– que se distinga entre el delito más grave y delito menos grave Teniendo en cuenta que ambos tienen la misma pena, podría utilizarse el criterio expuesto por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 104, que ha puntualizado que la exclusión de la punibilidad de los actos preparatorios en el delito de administración desleal, pero no en el delito de apropiación indebida (permitida a través del artículo 269 CP), permite calificar este último ilícito como más grave.

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 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”¹¹⁴⁰.

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. 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 especificar qué concurso de leyes surge entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida no repercutirá en la pena a imponer¹¹⁴¹. En todo caso, consideramos que 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)¹¹⁴².

¹¹⁴⁰ Así lo han expuesto: *Ibidem.*, 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.

¹¹⁴¹ 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.

¹¹⁴² 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 contenido 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 de dominio también creemos que los deberes específicos de los que dispone el administrador, por su condición, permiten aplicar el principio

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, será que se presenten 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 de delitos ideal, 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 la realización de la conducta típica conlleva se lleva a cabo como “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. En cambio, la segunda modalidad –la activa– sanciona 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 como le favorezca indebidamente a él o en todo caso a un tercero frente a otros (en

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” debido 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”.

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 ideal de delitos¹¹⁴³. Ahora bien, si hacemos alusión al supuesto más habitual de corrupción privada, esto es, al caso conocido como *kick-back*, podríamos cuestionarnos aplicar otro concurso. 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 sociedad¹¹⁴⁴. 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 SANJOSE han subrayado que en estos supuestos el concurso existente sería medial y no ideal¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ 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 apreciara el concurso mencionado.

¹¹⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., JAKOBS, G., y SHÜNEMANN, B., *La administración...*, *op. cit.*, pág. 136.

¹¹⁴⁵ 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).

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 delitos¹¹⁴⁶.

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

¹¹⁴⁶ 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 SANJOSÉ, 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).

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 patrimonio¹¹⁴⁷. 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 CP¹¹⁴⁸. 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 medial¹¹⁴⁹. 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 concurso medial, pero si la falsedad conlleva un perjuicio económico se aplicará el concurso de leyes¹¹⁵⁰.

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

¹¹⁴⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. X

¹¹⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 107 y 108; y JUAN SANJOSE, 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).

¹¹⁴⁹ 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 la 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 media con un delito continuado de administración desleal del [derogado] artículo 295 CP”.

¹¹⁵⁰ 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. X, 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 tutela 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.

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) habrá un concurso real; 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 CP¹¹⁵¹. Por otro lado, si se adoptase un acuerdo lesivo por una mayoría ficticia a través de 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 CP¹¹⁵².

En relación con el artículo 293 CP que castiga la obstaculización del ejercicio de los derechos de los socios no podrá apreciarse 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 hemos mantenido que es la exclusivamente la sociedad. De manera que solo podrá aplicarse el concurso de delitos¹¹⁵³. 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

¹¹⁵¹ En este sentido: FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. X ; 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, pág. 494.

¹¹⁵² FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. X ; 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.

¹¹⁵³ 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. X, 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).

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 el patrimonio social. Además, el primero se configura como un delito de resultado material de lesión, y en cambio el último se viene calificando de peligro abstracto¹¹⁵⁴. Por este motivo no existirá el concurso de leyes, tan solo de delitos¹¹⁵⁵.

3.6. Malversación de caudales públicos

Cuando “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 CP¹¹⁵⁶. Existe un concurso de normas 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 aquellos 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 CP¹¹⁵⁷. De modo que se aplicaran

¹¹⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho...* (5ª ed., P.E.), *op. cit.*, págs. 526 y 527. FARALDO CABANA, P., *Los delitos...* (2ª ed.), *op. cit.*, pág. X

¹¹⁵⁵ 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. X, 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, 596 y 597, 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.

¹¹⁵⁶ 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”.

¹¹⁵⁷ Es lo que se conoce como malversación impropia. Como indica: 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. 229: “no es un funcionario público a

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)¹¹⁵⁸.

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 menor 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 activo no ha cometido doce delitos de administración desleal sino uno continuado.

Además, el artículo 70.2 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. La razón deriva de que uno de los requisitos del delito masa es que afecte a un grupo indeterminado de

efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio”.

¹¹⁵⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII)...”, *op. cit.*, pág. 419, en concreto ante 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.

personas, por lo que tal exigencia no se cumple en relación con el contenido del artículo 252 CP. Cuando el artículo 70.2 CP hace referencia a “personas” se entiende que son personas físicas, y nosotros solo hemos determinado como sujeto pasivo del artículo a las personas jurídicas (a 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”¹¹⁵⁹. 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 CP¹¹⁶⁰ al marco punitivo al que alude el precepto que recoge el delito de administración desleal (que en este caso remite a los artículos 249 y 250 CP¹¹⁶¹). 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

¹¹⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. X

¹¹⁶⁰ No hacemos referencia al artículo 66 bis porque el CP no ha contemplado la posibilidad de que las personas jurídicas que realizan el delito de administración desleal tenga responsabilidad penal.

¹¹⁶¹ 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.

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 en las 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 del juzgado como imputado por un delito de administración desleal, no se podrá aplicar la atenuante mencionada¹¹⁶².

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 mismo¹¹⁶³.

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

¹¹⁶² 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 una resolución judicial que dé lugar al comienzo del procedimiento.

¹¹⁶³ *Ibidem*.

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 con la complejidad de la causa¹¹⁶⁴. 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 estos y el del órgano judicial actuante”¹¹⁶⁵. 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),

¹¹⁶⁴ Así lo expone la STS de 13 de diciembre de 2012 (RJ 2013\23). En cambio, la STS 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.

¹¹⁶⁵ STS de 2 de junio de 2016 (RJ 2016\3098).

que rechaza la aplicación de la atenuante muy cualificada del artículo 21.6ª 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 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”¹¹⁶⁶.

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 22.1ª CP ¹¹⁶⁷), 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 22.2ª CP), comisión del delito por alguno de los motivos descritos en el artículo 22.4ª CP¹¹⁶⁸, ensañamiento (artículo 22.5ª CP), y prevalimiento del carácter público (artículo 22.7ª 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

¹¹⁶⁶ 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.

¹¹⁶⁷ El precepto además exige expresamente que la agravante se aplique solo en delitos contra las personas.

¹¹⁶⁸ 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”.

(artículo 22.3ª CP) y reincidencia (artículo 22.8ª CP). Por su parte, la agravante de abuso de confianza (artículo 22.6ª CP) merece una mención especial debido a la cercanía de su contenido con el delito patrimonial que estudiamos.

La circunstancia agravante recogida en el artículo 22.3ª 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”¹¹⁶⁹. Así, se aplica la agravante señalada cuando un sujeto ofrece al administrador de una sociedad una recompensa económica a cambio de que gestione irregularmente el patrimonio de ésta con el propósito de perjudicarla, por ejemplo, empeorando sus condiciones de solvencia. En este caso, aunque el administrador no llegase a obtener el beneficio económico, la agravante se apreciaría igualmente. A pesar de que ha sido muy discutido el ámbito de aplicación del artículo 22.3ª 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 delictivo¹¹⁷⁰.

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

¹¹⁶⁹ STS de 12 de marzo de 2012 (RJ 2012\4643) y STS de 2 de abril de 2014 (RJ 2014\2563).

¹¹⁷⁰ MELENDO PARDOS, A., “El delito como conducta reprochable, III: la exclusión de la reprochabilidad, y 2”, 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.

delitos leves” (artículo 22.8ª CP¹¹⁷¹). Trasladando lo anterior al contenido 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 XII (“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 aquél¹¹⁷². 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 deslealtad¹¹⁷³.

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

¹¹⁷¹ El artículo 66.5 CP contempla la posibilidad de la reincidencia múltiple “Cuando concurra 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”.

¹¹⁷² SAP de Las Palmas de 11 de junio de 2012 (RJ 2012\295482).

¹¹⁷³ 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.

administración desleal (o en orden inverso). En tal situación se aprecia la primera exigencia del artículo 22.8ª CP, es decir, que ambos ilícitos formen parte del mismo Título del Código. Sin embargo, es más dudosa la 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)¹¹⁷⁴. De modo que la agravante de reincidencia no podría aplicarse en relación con los artículos 252 y 253 CP porque se refieren al mismo bien jurídico¹¹⁷⁵. 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, no nos sorprendería que dada la proximidad de las conductas que castigan, que en algunas ocasiones resultan imposibles de deslindar, se aplicase en casos muy concretos la agravante mencionada.

Finalmente, hacemos mención expresa a la agravante de abuso de confianza recogida en el artículo 22.6ª CP. Dicha circunstancia carece de aplicación en relación con

¹¹⁷⁴ Informe del Consejo Fiscal de 2012, pág. 237.

¹¹⁷⁵ 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.

el delito del artículo 252 CP, pues queda absorbida “por la propia deslealtad” que ya trae aparejada la realización de la conducta ilícita¹¹⁷⁶.

4. Circunstancia mixta de parentesco

En el artículo 23 CP se regula la circunstancia mixta de parentesco que tiene aplicación como agravante o atenuante. Sin embargo, como el artículo 252 CP es un delito patrimonial, los efectos eximentes de responsabilidad que incluye dicho precepto podrían alcanzarse a través del artículo 268 CP en relación con los sujetos que contempla. No obstante, y como ya argumentamos en su momento, el artículo 268 CP no puede ser aplicado conforme al contenido del delito de administración desleal. La misma argumentación utilizada para justificar la inaplicabilidad del artículo 268 CP, puede usarse para utilizar el artículo 23 CP como agravante^{1177,1178}.

¹¹⁷⁶ MESTRE DELGADO, E., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 401.

¹¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹¹⁷⁸ Sobre la posible aplicación del artículo 268 CP, ver: Autoría y participación. Epígrafe 2.4. El artículo 268 CP: su posible aplicación en el ámbito de las empresas familiares.

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 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 reforma¹¹⁷⁹.

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”¹¹⁸⁰.

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

¹¹⁷⁹ 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.

¹¹⁸⁰ 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”

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 conflictos en relación con la aplicación de la sanción que corresponda¹¹⁸¹. 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 y 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 pretendía evitar que los administradores que se apropian de dinero u otros bienes que administran sean enjuiciados a través del delito de apropiación indebida, pero no le 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 ilícitos¹¹⁸². En contra de lo defendido por una parte de la doctrina¹¹⁸³, creemos que el artículo 252 CP

¹¹⁸¹ 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.

¹¹⁸² 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.

¹¹⁸³ QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 232. Considera que es una 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 PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 111, manifiesta que las penas del delito de administración desleal

debería 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 (a la que se le asignará una pena mayor si concurre el ánimo de lucro) 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 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; 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 tercero¹¹⁸⁴. 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 continuamos 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 concorra una o más de los eventos previstos en el mismo. En este último supuesto se crea un tipo

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 critica 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 aboga por la inclusión de una pena mayor para el delito de apropiación indebida o estafa porque en ellos hay apropiación, pero 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”.

¹¹⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “Defraudaciones...”, *op. cit.*, pág. 232.

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 superagravado 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 incompatibles¹¹⁸⁵. 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 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 posible¹¹⁸⁶. La primera hace mención a que el delito recaiga sobre

¹¹⁸⁵ 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 colisionen; 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.

¹¹⁸⁶ 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.

“cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”. La agravación se refiere 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 5º¹¹⁸⁷. El inciso 4º se activa cuando el delito “revista de especial gravedad, atendiendo 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, 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

¹¹⁸⁷ 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 los que con la realización de la conducta delictiva se ha afectado “grandes cantidades de crédito o sociedades de inversión”.

calificado por la doctrina es vaga e imprecisa¹¹⁸⁸. 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 agravación¹¹⁸⁹. 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– en el caso de un grupo de sociedades, en que las diferentes sociedades del grupo resulten destinatarias de primer orden de la conducta delictiva. 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 debatida¹¹⁹⁰. 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 concursal¹¹⁹¹. Además, nos adherimos a la posición tomada por algunos penalistas que rechazan la aplicación de las agravaciones 6ª y 7ª¹¹⁹². Los motivos para rechazar la

¹¹⁸⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden económico (VI)...”, *op. cit.*, pág. 403.

¹¹⁸⁹ 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.

¹¹⁹⁰ Excluye las tres agravaciones: QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 588, considera que esas tres agravaciones realzan elementos que ya están incluidos en el artículo 252; GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 779; y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Delitos...”, *op. cit.*, pág. 549 (este último autor cita GILI PASCUAL).

¹¹⁹¹ Excluyen la agravación 2ª (sin distinguir entre las expresiones que la forman): JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva...*, *op. cit.*, págs. 231, y NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 800.

¹¹⁹² 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; CALDERÓN CEREZO, A., “Comentario al artículo 252...”, *op. cit.*, págs. 213; Solo excluye la agravación 6ª: JUAN SANJOSÉ, 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

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 superagravado, para los supuestos en los que el perjuicio patrimonial supera los doscientos cincuenta mil euros¹¹⁹³.

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 propuesto 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”¹¹⁹⁴; “cuando el perjuicio ocasionado exceda de los cincuenta mil euros”¹¹⁹⁵; “cuando afecte a un número elevado de personas”¹¹⁹⁶; o incluso cuando la conducta típica sea realizada en el marco de un determinado tipo de sociedades¹¹⁹⁷. Incluso, algún penalista ha propuesto un tipo

agravación 7º es propia del fraude (*vid, supra*). Solo excluye la agravación 7ª: NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 800.

¹¹⁹³ Sobre la agravación 2ª y las conductas irregulares de administración deleal en el ámbito societario hace alusión: GILI PASCUAL, A., “Administración desleal...”, *op. cit.*, pág. 771.

¹¹⁹⁴ 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”.

¹¹⁹⁵ 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”

¹¹⁹⁶ 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.

¹¹⁹⁷ *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

supergravado “cuando el perjuicio sea superior a doscientos cincuenta mil euros¹¹⁹⁸” 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 podrían 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 los anteriores autores que, conscientes de la importancia de la realidad societaria, han decidido incorporar una agravación que aluda a la realización de la administración desleal en dicho ámbito. No obstante, iríamos más allá y de *lege ferenda* proponemos incluir un subtipo superagravado a través del que se impusiera una pena mayor cuando la conducta 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

patrimoniales administrador”. Se adhiere a la propuesta de NIETO 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. 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.

¹¹⁹⁸ NIETO MARTÍN, A., “Administración...”, *op. cit.*, pág. 788.

sociedad la consecución 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 empresarial¹¹⁹⁹. 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 capital¹²⁰⁰. 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 accesoria. Por ejemplo, la SAP de Madrid de 23 de octubre de 2009 (ARP 2010\159) aplicó en relación con un delito

¹¹⁹⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Las penas privativas de otros derechos”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 805 y 806.

¹²⁰⁰ 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.

societario la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la administración de empresas mercantiles porque el sujeto activo abusó del cargo de administrador para la comisión del delito. 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 párrafo 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. En concreto el tipo atenuado existía “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 –e

incluso casi una imposibilidad– que infringe el principio de intervención mínima¹²⁰¹. 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 multa¹²⁰². De manera similar, MARTÍNEZ BUJÁN muestra sus preferencias por un tipo atenuado como el que defienden este sector doctrinal pero renuncia al límite cuantitativo¹²⁰³. 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 incluiríamos el límite económico de 3000 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, es mínimo arriesgado en este tipo de sociedades que limitan la responsabilidad.

3. Derecho transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de julio 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?¹²⁰⁴ Teniendo en cuenta que el delito societario se 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

¹²⁰¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...* (7ª ed.), *op. cit.*, pág. 589.

¹²⁰² 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.

¹²⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, págs. 110 y 111.

¹²⁰⁴ 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, el 11 de mayo de 2017.

declararse la impunidad de conductas que antes de la reforma de 2015 encajaban en el derogado artículo 295 CP; 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 alusión 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 impuesto 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 6 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 1 a 3 meses (artículo 249 párrafo segundo CP); prisión de 6 meses a 3 años (artículo 249, párrafo primero CP), prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (artículo 250.1 CP); y por último prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 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 CP¹²⁰⁵. 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. 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 debido a la remisión que se hace 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 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 9 meses, porque aunque el artículo 252 CP sea más beneficioso, la pena mencionada es “próxima al mínimo legal previsto en el artículo 249 CP”.

¹²⁰⁵ 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.

Por último, la Circular 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015¹²⁰⁶, hace alusión a dos situaciones 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. Igualmente, si la pena impuesta fuera de prisión no superior a tres años, tampoco procedería la revisión de la sentencia. En ambos supuestos se entiende que la pena ya impuesta es más beneficiosa. 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.

¹²⁰⁶ De fecha de 22 de junio de 2015.

VIII. 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 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). Así, el Código Penal exige que cuando la realización de la conducta prohibida produzca “daños y perjuicios”, éstos sean reparados (artículo 109 CP¹²⁰⁷). 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)¹²⁰⁸. 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)¹²⁰⁹. 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 incurren 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.

¹²⁰⁷ En relación con el precepto citado el artículo 1092 CC determina: “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

¹²⁰⁸ 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.

¹²⁰⁹ 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 inmueble¹²¹⁰) 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.

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

¹²¹⁰ 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.

de poder disponer de un bien inmueble durante tres años 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)¹²¹¹. 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)¹²¹².

Si se trata de un administrador persona jurídica, cabe la duda sobre si puede existir o no responsabilidad civil de ésta. Recordemos 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.

¹²¹¹ En sentido similar: SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2000 (ARP 2000\2837).

¹²¹² En relación con los delitos societarios tan solo existe otra sentencia que indemnice 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 si 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”.

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).

IX. 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 determina 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 denunciar¹²¹³. 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 criticado 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 la estafa, la apropiación indebida) no condicionan su iniciativa procesal. 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 la denuncia no se impondrá por miedo del posible denunciante, porque no tiene consciencia de que se ha puesto en peligro o perjudicado un bien jurídico, por desinterés e incluso por falta de medios¹²¹⁴.

¹²¹³ 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.

¹²¹⁴ 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 CEREZO, 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.

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 doctrina¹²¹⁵. El nuevo delito de administración desleal se cataloga tras la Reforma como un delito público¹²¹⁶, recibiendo el mismo tratamiento procesal que el resto de delitos patrimoniales¹²¹⁷. Por tanto, podrán ejercitar la acción penal el agraviado, el perjudicado¹²¹⁸ (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 oficio¹²¹⁹. 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 CP¹²²⁰.

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

¹²¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración...*, *op. cit.*, pág. 109.

¹²¹⁶ *Ibidem*. También: CALDERÓN CEREZO, 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.

¹²¹⁷ JUAN SANJOSÉ, 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.

¹²¹⁸ 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.

¹²¹⁹ CASTRO MORENO, A., “Artículo 252...”, *op. cit.*, pág. 208.

¹²²⁰ 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.

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 penal¹²²¹.

¹²²¹ 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
CONCLUSIONI

CONCLUSIONES

I. El aumento de la delincuencia económica y la necesidad de hacerle frente.

El interés del Estado por mantener la estabilidad del sistema económico viene determinado en gran medida por el propósito de garantizar la paz social y la calidad de vida de los ciudadanos, lo que le impulsa a controlar o intervenir en mayor o menor grado todos los elementos que pueden vulnerar de algún modo el desarrollo de las distintas actividades económicas. La generalización del uso de los tipos societarios para la explotación de tales actividades en el mercado es sin duda un aspecto de radical importancia en la marcha de la economía del país. La creación de nuevas empresas o la expansión de otras que ya existían es un factor clave en el crecimiento económico. No obstante, el fenómeno de la crisis ha provocado efectos devastadores sobre la economía en los últimos años, especialmente con la destrucción de numerosas empresas, situación que puede entenderse como una catástrofe para el sector empresarial español. Dicho contexto, que es desfavorable para el operador del mercado, ha propiciado que muchos sujetos relacionados con la realidad societaria incurrieran en conductas destinadas a obtener un lucro ilícito rápidamente y aprovecharan las lagunas legislativas existentes para lograr su impunidad en caso de ser enjuiciados. La implantación de mecanismos y medidas destinadas a combatir la delincuencia económica que se produce en el marco de las actividades mercantiles y empresariales diarias (especialmente en el ámbito de las sociedades de capital) es cada vez una necesidad más urgente y real. Así, la búsqueda de soluciones jurídico-penales, y el perfeccionamiento de las que actualmente se están desarrollando, resulta esencial para erradicar o al menos disminuir este tipo de criminalidad que acontece en el ámbito económico y de los negocios.

II. La justificación de la intervención del Derecho penal en el ámbito societario. El respeto a las garantías sobre las que se construyen las normas penales es irremediablemente el punto del que se debe partir para argumentar la intromisión del Derecho penal en las actividades económicas y societarias. De modo que la necesidad de concretar qué bienes jurídicos pretende tutelar el Derecho penal –y en qué grado– es una cuestión esencial (principio de fragmentariedad). En este sentido, conviene resaltar la importancia que supone proteger el correcto funcionamiento de las sociedades de capital, ya que el papel que éstas juegan en la actividad económica del país es especialmente relevante. La adecuada marcha de las entidades mercantiles repercute positivamente en

el crecimiento económico, y ello a su vez genera nuevas y mayores oportunidades para la población (disminuye el paro, aumenta el bienestar social...). Por ello, deben instaurarse instrumentos que controlen y organicen el entramado societario, con el propósito de evitar que sujetos integrantes de éste aprovechen las relaciones complejas sobre las que se sustenta para entorpecer su buen funcionamiento. En los supuestos en los que surgen controversias en el seno de las sociedades, habrá que atender en primera instancia a lo expuesto en el Derecho privado (o a veces en el Derecho administrativo); no obstante, éste ha demostrado ser insuficiente para eliminar, o al menos disminuir, la realización de conductas ilícitas realizadas por las personas que forman parte de la sociedad. Por ello, es necesario recurrir al Derecho penal, con el fin de que ordene las relaciones societarias e intervenga, criminalizando determinadas conductas que dificultan el normal funcionamiento del sistema económico (principio de subsidiariedad).

III. La necesidad de una interpretación estricta de los delitos societarios con el fin de evitar solapamientos entre normas penales y extrapenales. En términos generales el contenido de los preceptos que regulan los delitos societarios es amplio y ambiguo. Tenemos que distinguir entre los ilícitos penales en el ámbito societario que contienen su propio injusto, pese a que aluden a conductas irregulares muy cercanas a las incluidas en otros sectores del ordenamiento jurídico; y los que se solapan con otras normas extrapenales (incluidas en la legislación mercantil o administrativa). La solución que se propone en caso de que concurra esta última circunstancia (el solapamiento) sería interpretar los tipos penales societarios estrictamente, de forma que el Derecho penal no se utilice para criminalizar conductas que ya regulan otros sectores del ordenamiento, y se aplique tan solo en los casos en los que realmente esté justificada su intervención.

IV. El intento frustrado por distinguir estrictamente los delitos patrimoniales de los delitos socioeconómicos. Cuando el legislador incluyó el vocablo “orden socioeconómico” en la rúbrica del Título XIII no se estaba refiriendo a éste como un bien jurídico que tenía que ser protegido de forma estricta por cada uno de los delitos que se regulan en esa parte de la normativa penal. Por el contrario, la alusión al “orden socioeconómico” sirve para señalar que existen conductas cuya comisión influye más allá de los intereses individuales. No existe ningún criterio objetivo que permita elaborar una lista *numerus clausus* en la que se diferencie qué delitos (de los que forman el Título XIII) protegen de manera estricta el patrimonio, o bien el orden socioeconómico. Además, la distinción entre delitos patrimoniales y socioeconómicos es más difícil aún si tenemos en

cuenta que no existe un concepto uniforme sobre este último. Por ello, aceptamos que existen delitos patrimoniales que influyen en el orden económico, y delitos económicos que inciden en el patrimonio individual. Para delimitar correctamente la naturaleza de cada ilícito, habrá que estar al interés que prevalezca en el mismo.

V. Ausencia en la Ley Orgánica 1/2015, de 1 de julio, 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 mayores cuando acaezca en la 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 introducción del nuevo delito de administración desleal debería haber ido acompañada de un tipo agravado que castigase expresamente –y con más dureza– la conducta típica cuando concurre en un entorno societario.

VI. Origen del delito de administración desleal. El antecedente más remoto del delito de administración desleal se encuentra en el artículo 778 del Código Penal de 1822, es un precepto que bajo la redacción de Título III (“De los delitos contra la propiedad de los particulares”), Capítulo VI (“De los abusos de confianza”), castiga a los sujetos (administradores o encargados) que tienen encomendados bienes o negocios y, faltando a la lealtad de su principal, realizan alguno de los comportamientos descritos en el precepto, entre los que se encuentra: portarse con malicia en su cargo o administración.

VII. Propuestas de redacción del delito de administración desleal formuladas tras la Constitución de 1978 y con anterioridad al Código Penal de 1995. El contenido de los

preceptos propuestos para dar cabida al delito de administración desleal fue mejorando a lo largo de los distintos Proyectos publicados. Los elementos típicos del ilícito se fueron perfilando, dando cumplimiento a las exigencias propias del principio de taxatividad penal. Todos los preceptos propuestos guardan una semejanza, y es que se refieren a la administración desleal en el seno de los negocios económicos (muestra de la relevancia de dicha conducta en ese ámbito concreto). A través de los sucesivos Proyectos la esfera de los sujetos activos y pasivos es ampliada. Así, mientras el PCP 1980 tan solo contempla a los administradores como sujetos activos, el PCP 1992 aludía también a los administradores de hecho. Con respecto al sujeto pasivo, todas las propuestas mencionan al socio como figura por excelencia. Sin embargo, la PANCP 1983 y el PCP 1992, hacen alusión también a los depositarios, cuentapartícipes y titulares de los bienes, valores o capital. A pesar del ámbito de aplicación al que se ciñen los preceptos propuestos, nos sorprende que solo el PCP 1992 mencione a la sociedad como posible sujeto pasivo. En relación con la conducta típica no se aprecian apenas variaciones, casi todos los Proyectos hacen referencia a los actos de disposición y contracción de obligaciones (a excepción del PCP 1980 que es excesivamente ambiguo a la hora de concretar el comportamiento punible). El límite máximo de la pena de prisión previsto en el CP 1980 aumentó de forma proporcional en un año con la redacción de cada Proyecto hasta el PCP 1992. Además, cabe añadir en relación con las penas dos puntualizaciones relevantes. El PCP 1992 fue el único que ha hecho alusión a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión o industria al sujeto que comete el acto delictivo; y que ningún texto de los mencionados introdujo como novedad la calificación de la multa en relación con el beneficio obtenido que posteriormente fue incluida en el delito societario.

VIII. Criterios de distinción entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida conforme a su redacción antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 1 de julio. A nuestro juicio la STS 3 de marzo de 2014 (RJ 2014\2104) tiene que ser tomada como una guía para distinguir ambos los ilícitos. La Resolución recoge los criterios más importantes para diferenciar el delito societario de administración desleal (derogado artículo 295 CP) y el delito de apropiación indebida (anterior artículo 252 CP): la estructura de los delitos, el bien jurídico protegido y el objeto en cada ilícito, la actuación del administrador (si actúa fuera o dentro de sus facultades de administración), las obligaciones del administrador en relación con el patrimonio (si tiene un deber genérico o una obligación específica), o si ha realizado un

acto de apropiación temporal o definitivo del patrimonio. En general, esta última tesis es la que ha venido siguiendo la jurisprudencia en los últimos años, y la que a día de hoy se continúa aplicando en la mayoría de las sentencias en las que se resuelve sobre hechos de administración desleal acaecidos antes del 1 de julio de 2015.

IX. Deficiencias en la redacción del delito societario de administración desleal que han favorecido a su eliminación (antiguo artículo 295 CP). La redacción del delito societario contenía varios defectos que daban lugar a problemas interpretativos. Señalamos los siguientes: a) falta de unanimidad doctrinal y jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido cuando entró en vigor el ilícito; b) mención expresa al socio como posible autor del delito a pesar de que ya estaba incluido como sujeto activo porque podía calificarse como administrador de hecho; c) no se cita de forma específica a la sociedad como sujeto activo y es la titular del objeto material del delito; d) el precepto solo hace 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) hacían difícil la admisión de la comisión por omisión; f) el acto desleal debía realizarse con “abuso de las facultades propias del cargo” para que fuera típico, expresión amplia sobre la que se ha dudado si se refería al ejercicio de dichas facultades dentro de sus competencias pero ejercidas indebidamente o fuera de ellas; g) aunque es un delito de resultado de lesión, la tentativa tenía difícil encaje, más aún cuando la pena de multa debía concretarse en función de la cantidad económica obtenida por el sujeto activo.

X. Temores y errores sobre 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 otros ilícitos. Tras el desastre que supuso la incorporación del artículo 295 CP (plagado de problemas 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 nuestro delito societario y partir de su contenido para reconfigurar un nuevo ilícito. Los textos señalados presentan un precepto copiado casi literalmente del Código Penal de otro país, en el que además su aplicación ha sido –y lo sigue siendo en algunos aspectos– motivo de controversias jurídicas. 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). El Proyecto proponía la introducción de un tipo de abuso que hubiera sido aceptable si se hubiese respetado 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. En cuanto al tipo de infidelidad, el texto mencionado proponía su introducción. Finalmente, aunque el tipo de infidelidad terminó por eliminarse por su excesiva amplitud, sí se mantuvo el tipo de abuso que con su redacción consigue abarcar conductas que podrían entenderse dentro de aquél. 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.

XI. Delito de *infedeltà patrimoniale*: un tipo penal más cercano al derogado delito del artículo 295 CP que al nuevo delito del artículo 252 CP. El ordenamiento italiano sanciona la conducta de administración desleal a través del artículo 2634 CCI. Se trata de un precepto que está en vigor desde el año 2002 y que solo se aplica en el ámbito societario. El legislador italiano, ante el temor de redactar un artículo excesivamente amplio que quebrantase el principio de determinación de las normas penales, ha construido un delito que exige el cumplimiento de varios elementos para su consumación. Tales exigencias conlleva que queden fuera del tipo penal algunos comportamientos del administrador como las conductas omisivas o los supuestos en los que concurre el dolo eventual. El delito italiano de *infedeltà patrimoniale* presenta más rasgos en común con el derogado delito societario de administración desleal (derogado artículo 295 CP), que con el actual delito del artículo 252 CP. Por el contrario, el delito de administración desleal es más amplio que el delito de *infedeltà patrimoniale*, no ya solo porque puede aplicarse en cualquier ámbito sino también porque la conducta que regula es más amplia y porque no contiene elementos restrictivos como el ánimo de lucro. Además, incluso en relación con la perseguibilidad de los ilícitos el artículo 2634 CCI se encuentra más limitado, ya que mientras el delito de *infedeltà patrimoniale* solo puede ser perseguido

mediante querrela de la persona ofendida, el delito de administración desleal no está sujeto a ninguna condición y opera como un delito público. Ahora bien, a diferencia del artículo 2634 CCI, el delito del artículo 252 CP no contiene ninguna cláusula que permita excluir el delito de administración desleal cuando éste concorra en los grupos de empresas.

XII. El patrimonio social como bien jurídico protegido. El patrimonio social es el bien jurídico protegido en el artículo 252 CP aplicado en el ámbito de las sociedades de capital. El patrimonio de los socios y terceros relacionados con la sociedad (como son los acreedores) no es 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.

XIII. Imposibilidad de calificar el orden socioeconómico como bien jurídico protegido. El orden socioeconómico no puede ser concretado 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.

XIV. 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.

XV. La confusión del legislador de la Reforma sobre la “administración desleal por distracción de dinero”. Antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 bajo la modalidad de “distracción” del ilícito señalado se castigaba 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 conllevado la eliminación de la “distracción”. El legislador erróneamente argumenta que la supresión de la modalidad de distracción conlleva que la administración desleal por distracción de dinero queda fuera del ámbito del primer ilícito señalado. Sin embargo, tal idea se basa en una interpretación del vocablo “distracción” que tiene su origen en el Sentencia del Caso *Argentina Trust*, y que ya no se venía utilizando.

XVI. La permanencia del “dinero” en el delito de apropiación indebida y la exclusión del artículo 253 CP de un delito de administración desleal. Con la referencia al dinero en el artículo 253 CP –cuya eliminación se propuso durante la tramitación parlamentaria– confirmamos la posibilidad de que éste sea objeto de apropiación a pesar de su naturaleza fungible, tal y como se venía aplicando por la jurisprudencia. Nada tiene que ver la eliminación de la modalidad “distracción” –como hemos justificado en la conclusión anterior– del delito de apropiación indebida con la posibilidad de que ya no se puedan sancionar a través de dicho ilícito las apropiaciones de dinero. Rechazamos la idea de que a través del artículo 253 CP hay un delito de administración desleal destinado a sancionar las conductas que consistan en la apropiación de dinero.

XVII. Repercusión de la supresión del delito de apropiación indebida del título “administración”. La decisión del legislador de eliminar la administración como título ejemplificativo en el delito de apropiación indebida conlleva que pueda 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.

XVIII. El administrador de derecho y de hecho como sujetos activos. Exclusión de las personas jurídicas. El delito de administración desleal es un delito especial propio. Cuando el delito del artículo 252 CP tiene lugar en las sociedades de capital el sujeto activo por excelencia es el administrador social. La nueva redacción del delito de administración desleal no incluye expresamente a los administradores de hecho como posibles autores del delito. Para justificar su inclusión 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 que regulan los deberes de los administradores; en concreto, el artículo 228.a) obliga a los administradores a que ejerzan sus facultades conforme a los fines para que le han sido concedidas; así, la propia ley reconoce que el administrador de hecho puede desarrollar facultades de administración. Además, y con el fin de no ceñirnos al concepto de administrador de hecho incluido en la Ley de Sociedades de Capital hemos sostenido que las fuentes de donde provienen las facultades del administrador de hecho es de un negocio jurídico que se ha celebrado de palabra o incluso verbalmente. En cambio, se excluye a la sociedad como posible autor del artículo 252 CP, ya que el legislador de la Reforma no ha incluido el delito de administración desleal entre los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas.

XIX. La sociedad como único sujeto pasivo. Cuando el artículo 252 CP concurre en el ámbito de las sociedades de capital el sujeto pasivo es la sociedad. No obstante, para que la sociedad sea titular de su propio patrimonio es necesario que se constituya como un ente con personalidad jurídica. La sociedad en formación y la sociedad irregular tienen independencia patrimonial y pueden ser sujetos pasivos del artículo 252 CP. Igualmente, si el delito de administración desleal ha perjudicado al patrimonio de una sociedad que adolecía de un vicio formal en el momento de cometerse el hecho ilícito, ésta podrá ser sujeto pasivo. La declaración de nulidad de la persona jurídica no genera ningún efecto de carácter retroactivo. En cambio, si el ilícito mencionado concurre durante el procedimiento de formación sucesiva de la sociedad anónima serán considerados sujetos pasivos a los suscriptores, porque la sociedad aún no tiene independencia patrimonial.

XX. 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 de patrimonio jurídico-económica, basada en el valor económico y en la apariencia jurídica del mismo. Incluimos dentro del concepto de patrimonio las expectativas que se fundamentan en un derecho subjetivo y que tengan valor económico. A pesar de que ello suponga en cierta manera aceptar que en determinadas ocasiones se otorga al patrimonio un concepto personal o funcional, rechazamos la aplicación del mismo de manera estricta pues no encaja con el resto de elementos que engloban el delito de administración desleal aplicado a la sociedades de capital.

XXI. Excesiva amplitud de la conducta típica y sus consecuencias. El precepto requiere que el sujeto activo infrinja sus facultades de administración. La descripción de la conducta típica en el artículo 252 CP es poco taxativa. La expresión “facultades de administración” engloba un sin fin de funciones que pueden ser desempeñadas por el administrador. La consecuencia que se deriva de incluir la acción típica redactada de manera tan indeterminada es la dificultad de limitar el ámbito de aplicación del precepto. Se descarta la posibilidad de interpretar del contenido del artículo 252 CP que la conducta típica deba concretarse en los actos de disposición y contracción de obligaciones. Si la decisión del legislador hubiera sido concretar la acción típica en dos modalidades concretas, éste hubiese mantenido la redacción del derogado artículo 295 CP en ese aspecto.

XXII. Las conductas omisivas incluidas 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. Ahora bien, cualquier comportamiento omisivo no encaja dentro del concepto de acción típica del artículo 252 CP, sino tan solo las omisiones que imposibilitan el aumento esperado del patrimonio social, o que no impiden una disminución patrimonial que podría haberse evitado.

XXIII. 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 de actuación del ilícito, lo que hace es confundir sobre el mismo. Con el fin de solucionar tal situación, se ha estudiado la posibilidad de interpretar la expresión mencionada de tres maneras diferentes: como extramilitación 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, porque el sujeto activo debe actuar dentro de lo que su título de administrador le permite pero de manera contraria a cómo debería hacerlo.

XXIV. Entidad del perjuicio patrimonial. El delito de administración desleal es un delito de resultado de lesión. La consecuencia que se deriva de la acción del sujeto que tiene facultades de administración es la causación de un perjuicio al patrimonio administrado. La Reforma 1/2015 no ha hecho alusión al concepto de perjuicio que debe aplicarse. Por ello, atendemos a la literalidad del precepto, que nos permite entender el perjuicio como una disminución patrimonial. Sin embargo –para mantener la misma línea aplicada en el objeto material– consideramos que el concepto de perjuicio debería ampliarse, no incluyendo casos en los que se frustre el fin que el titular había otorgado al patrimonio, porque entendemos que ello equivaldría a una ampliación excesiva del tipo, pero sí supuestos en los que quede acreditado que el administrador con su comportamiento ha impedido el aumento patrimonial o bien ha permanecido pasivo ante una disminución que sabía que iba a producirse del mismo. La redacción del artículo 252 CP nos impide admitir su configuración como un delito de peligro.

XXV. La admisión del dolo eventual. El delito de administración desleal debe ser cometido de forma dolosa. El sujeto con facultades de administración tiene consciencia y voluntad de que se está llevando a cabo los elementos del tipo objetivo del delito. El tipo penal del artículo 252 CP permite la apreciación del dolo eventual, que reconocerá en algunos supuestos la punición de negocios de riesgo. En cambio, el delito de administración desleal no admite la imprudencia porque no ha sido previsto expresamente (artículo 12 CP).

XXVI. 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 podría interpretarse atendiendo al contenido de precepto. 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 tiene que 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.

XXVII. El consentimiento de la sociedad. Para que el consentimiento sea eficaz y exima de responsabilidad penal al administrador 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 de socios que estén conformes con la decisión que haya tomado la junta. La voluntad de todos los socios y de la sociedad no tiene por qué coincidir. Cuando la junta, como un órgano unitario, haya aprobado una decisión que permita la realización de los administradores de un acto desleal, éstos últimos quedarán exonerados de responsabilidad penal.

XXVIII. 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 en caso de que éstos se cometan. Sin embargo, el precepto mencionado sí alude expresamente al delito de estafa y al delito de apropiación indebida. Como se ha dejado constancia, la relación entre estos ilícitos y el delito de administración desleal es continua, pues a pesar de que cada uno contenga un tipo de injusto diferente ambos tipos delictivos tienen elementos comunes. Incluso, en algunas ocasiones resulta controvertido determinar en qué precepto concreto encajan mejor los hechos delictivos porque resulta difícil establecer una diferenciación entre ellos. De modo que, el contenido del artículo 269 CP, no debería haber excluido al delito de administración desleal debido a su proximidad con otros delitos a los que sí alude.

XXIX. Tentativa, consumación y desistimiento del delito. El delito de administración desleal en el ámbito societario es consumado 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 mencionado 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.

XXX. El delito del artículo 252 CP como un delito mixto (entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber). El delito de administración desleal debe ser calificado como un delito intermedio 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 tener una condición específica, en concreto, el sujeto activo debe tener facultades de administración derivadas de la ley, asumidas por un negocio jurídico o encomendadas mediante una autoridad pública. De modo que un *extraneus* no puede ser autor sino solo participe. Además, el delito de administración desleal tampoco es un delito de infracción de deber en sentido puro. El tipo de injusto del delito no se reduce a la infracción de un deber extrapenal, ya que en ese caso nunca se aplicarían las normas de Derecho privado porque siempre intervendría el Derecho penal, lo que supondría un quebrantamiento de los principios base de este sector del ordenamiento (principio de intervención mínima, principio de subsidiariedad, etc). Por tanto, el delito que tratamos es un delito mixto, a caballo entre los dos categorías mencionadas anteriormente. En concreto, el delito de administración desleal no agota su contenido en 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. Así, solo podrán ser autores aquellos que tengan facultades de administración en los términos expresados en el precepto mencionado; además, no bastará con que dichos sujetos infrinjan un deber extrapenal sino que deben cumplir el resto de elementos que forma el ilícito: que infrinjan sus facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas y causen un perjuicio al patrimonio social.

XXXI. El artículo 268 CP y su cuestionable aplicación en el artículo 252 CP. En términos generales, la excusa absolutoria del artículo 268 CP es aplicable al artículo 252 CP ya que se trata de un precepto que recoge un delito de naturaleza patrimonial que está ubicado con anterioridad al Capítulo X que recoge las “disposiciones comunes a los capítulos anteriores”. Ahora bien, cuando el delito de administración desleal tiene lugar

en sociedades de capital formadas por personas unidas por lazos familiares no puede aplicarse la cláusula mencionada. Para que sea aplicable el artículo 268 CP es necesario que el sujeto activo y el sujeto pasivo sean personas físicas que estén unidas mediante una relación de consanguineidad; sin embargo, entre una persona jurídica, que sería la sociedad que es el sujeto pasivo, y una persona física, que será habitualmente el administrador que comete la conducta irregular, no puede apreciarse la vinculación mencionada.

XXXII. La relación concursal entre el delito de administración desleal y otros ilícitos. En concreto vamos a destacar dos concursos: en primer lugar, el existente entre el delito de administración desleal y el delito de estafa, en el que puede apreciarse un concurso real de delito pero nunca un concurso de normas porque ambos ilícitos son heterogéneos; y en segundo lugar, el que puede apreciarse entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal, que puede presentarse como un concurso real o medial de delitos, pero no ideal. Además, en caso de que el concurso sea aparente se resolverá a través del principio de especialidad. 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 y 2 CP; pero en cambio se rechaza la posibilidad de apreciar el delito en masa.

XXXIII. Falta de individualización de las penas del delito del artículo 252 CP. El artículo 252 CP se remite a las penas incluidas en los artículos 249 y 250 del delito de estafa, que a su vez son las contenidas en el delito de apropiación indebida. La pena del delito de administración desleal debería haber sido individualizada en relación con el desvalor de la conducta que contiene, pues el ilícito no requiere el engaño bastante (propio del artículo 249 CP) ni tampoco que exista un apropiación (como en el artículo 253 CP). Igualmente, el artículo 252 CP se remite a los tipos agravados y superagravados del delito de estafa, pero todas las circunstancias que recogen no son aplicados al delito societario; en concreto, se admite la aplicación de la 1ª, 2ª, 4ª y 5ª agravación.

XXXIV. Posibilidad de que la conducta realizada por una persona jurídica genere responsabilidad civil derivada del delito. La realización de la conducta descrita en el artículo 252 CP puede generar responsabilidad penal y civil derivada del delito, o incluso tan solo ésta última. El contenido de la responsabilidad civil está comprendido por la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y

morales. Cuando una sociedad actúe como administradora del patrimonio y realice el delito de administración desleal, tendrá que responder personalmente la persona física que haya actuado en su nombre y representación (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).

XXXV. Modificación de la perseguibilidad de delito de administración desleal que 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, el nuevo delito de administración desleal del artículo 252 CP se configura como el resto de delitos patrimoniales, es decir, como un delito público. En concreto, 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.

CONCLUSIONI

I. L'aumento della criminalità economica e la necessità di affrontarla. L'interesse dello Stato di mantenere la stabilità del sistema economico mira soprattutto a garantire la pace sociale e la qualità della vita dei cittadini. Questo lo spinge a controllare o ad intervenire in misura più o meno completa su tutti gli elementi che possono in qualche modo pregiudicare lo sviluppo delle diverse attività economiche. La generalizzazione dell'uso dei tipi di imprese per lo sfruttamento di tali attività sul mercato è indubbiamente un aspetto di grande importanza nel progresso dell'economia del Paese. La creazione di nuove imprese o l'espansione di quelle esistenti è un fattore chiave per la crescita economica. Tuttavia, il fenomeno della crisi ha avuto effetti devastanti sull'economia negli ultimi anni. La distruzione di molte aziende ha prodotto una situazione catastrofica per il settore imprenditoriale spagnolo. Questo contesto sfavorevole per l'operatore del mercato ha fatto sì che molti soggetti legati alla realtà imprenditoriale ponessero in essere condotte destinate ad ottenere un profitto illecito in modo rapido e approfittando delle lacune legislative esistenti per ottenere l'impunità in caso di essere giudicati. L'istituzione di meccanismi e di misure per combattere la criminalità economica nell'ambito delle attività quotidiane imprenditoriali (in particolare nel settore delle imprese di capitali) è una necessità sempre più urgente e reale. Pertanto, la ricerca di soluzioni giuridico-penali e il perfezionamento di quelle che si stanno sviluppando sono essenziali per eliminare o almeno ridurre questo tipo di criminalità che si produce nell'ambito economico e commerciale.

II. La giustificazione dell'intervento del diritto penale in ambito societario. Il rispetto delle garanzie su cui si basano le norme penali è irrimediabilmente il punto di partenza per argomentare l'intrusione del diritto penale nelle attività economiche ed aziendali. Pertanto, la necessità di specificare quali beni giuridici il diritto penale intende proteggere - e in quale misura - è una questione essenziale (principio della frammentazione). In questo senso, è importante sottolineare l'importanza di proteggere il corretto funzionamento delle società di capitali, considerando che il ruolo che svolgono nell'attività economica del paese è particolarmente rilevante. Il buon funzionamento degli enti commerciali ha un impatto positivo sulla crescita economica, che a sua volta genera nuove e maggiori opportunità per la popolazione (riduzione della disoccupazione, aumento del benessere sociale ...). Per questo motivo, si devono istituire strumenti per

controllare e organizzare la struttura aziendale, al fine di evitare che i membri della società si approfittino dei complessi rapporti su cui si basa per ostacolarne il corretto funzionamento. Nei casi in cui sorgano controversie all'interno delle società, occorrerà prestare attenzione, innanzitutto, a quanto previsto nel diritto privato (o, in alcuni casi, nel diritto amministrativo). Tuttavia, questo si è rivelato insufficiente ad eliminare o, almeno, ridurre la realizzazione di comportamenti illeciti commessi da persone che fanno parte della società. Pertanto, è necessario ricorrere al diritto penale, al fine di ordinare le relazioni aziendali ed intervenire, sanzionando determinati comportamenti che ostacolano il normale funzionamento del sistema economico (principio di sussidiarietà).

III. La necessità di un'interpretazione rigorosa dei reati societari al fine di evitare sovrapposizioni tra norme penali ed extrapenali. In termini generali, il contenuto dei precetti che regolano i reati societari è ampio ed ambiguo. Dobbiamo distinguere tra illeciti penali in ambito societario che contengono un proprio illecito, anche se si riferiscono a comportamenti irregolari molto vicini a quelli inclusi in altri settori dell'ordinamento giuridico; e quelli che si sovrappongono ad altre norme extra-penali (incluse nella legislazione commerciale o amministrativa). La soluzione proposta in quest'ultimo caso (la sovrapposizione) sarebbe quella di interpretare rigorosamente i tipi criminali societari, in modo da non ricorrere al diritto penale per sanzionare condotte già disciplinate in altri settori dell'ordinamento, e di applicarlo solo nei casi in cui il suo intervento sia veramente giustificato.

IV. Il tentativo fallito di distinguere in modo rigido i reati patrimoniali dai reati socioeconomici. Quando il legislatore incluse la parola "ordine socioeconomico" nel titolo XIII, non si stava riferendo ad un bene giuridico che doveva essere strettamente protetto mediante ciascuno dei reati ivi regolati. Al contrario, l'allusione all'ordine "socioeconomico" serve ad indicare che ci sono comportamenti la cui commissione produce effetti che vanno al di là degli interessi individuali. Non esiste un criterio oggettivo che permetta di elaborare un *numerus clausus* che distingua i reati (di quelli del titolo XIII) che proteggono rigorosamente il patrimonio o l'ordine socioeconomico. Inoltre, la distinzione tra reati patrimoniali e socioeconomici è ancora più difficile se consideriamo che non esiste un concetto uniforme di questi ultimi. Per questo, accettiamo che ci siano reati patrimoniali che incidono sull'ordine economico e reati economici che incidono sul patrimonio individuale. Al fine di delimitare correttamente la natura dei

diversi tipi di illecito, bisognerà tener conto dell'interesse di volta in volta prevalente.

V. Assenza nella legge organica 1/2015, del 1° luglio, di un trattamento differenziato delle condotte di infedeltà patrimoniale in ambito societario. La riforma del 2015 ha eliminato il reato societario di infedeltà patrimoniale (situato nell'articolo 295 CP) e ha incluso un nuovo reato, ispirato al § 266 StGB, che punisce gli atti di infedeltà patrimoniale in qualsiasi ambito (articolo 252 CP). L'introduzione nel Codice Penale di un reato che regola l'infedeltà patrimoniale in modo generico è giustificata dalla necessità di sanzionare questo comportamento indipendentemente dall'ambito in cui si realizza. Tuttavia, gli effetti negativi che può comportare questo crimine saranno maggiori quando si commette in ambito societario. Si è considerato necessario tipizzare gli atti di amministrazione infedele commessi in ambito societario perché si tratta di comportamenti la cui incidenza sul sistema economico (in maggiore o minore misura) li rende meritevoli di un trattamento speciale. Da un punto di vista politico-penale, riteniamo che l'introduzione del nuovo reato di infedeltà patrimoniale avrebbe dovuto essere accompagnata da un tipo aggravato che sanzionasse espressamente - e in modo più severo - il comportamento tipico quando si produce in ambito societario.

VI. Origine del reato di infedeltà patrimoniale. L'antecedente più remoto del reato di infedeltà patrimoniale, che si rinviene nell'articolo 778 del codice penale del 1822, è un precetto che, collocandosi nel titolo III ("sui reati contro la proprietà degli individui"), capitolo VI ("sugli abusi di fiducia"), sanziona i soggetti (dirigenti o incaricati) che hanno affidato beni o imprese e, inadempiendo al dovere di fedeltà nei confronti del loro principale, realizzano alcuni dei comportamenti descritti nel precetto, tra i quali: comportarsi in mala fede nell'esercizio della loro posizione o dell'amministrazione.

VII. Proposta di redazione del reato di infedeltà patrimoniale formulata dopo la Costituzione del 1978 e prima del codice penale del 1995.

Il contenuto dei precetti proposti per accogliere il reato di infedeltà patrimoniale sono stati migliorati durante i diversi progetti pubblicati. Gli elementi tipici dell'illecito sono stati delineati, soddisfacendo le esigenze proprie del principio di tassatività penale. Tutti i precetti proposti si assomigliano, poiché si riferiscono ad un'amministrazione infedele nell'ambito degli affari economici (segno della pertinenza di tale comportamento a quella particolare area). Nei progetti successivamente elaborati si espande l'ambito dei soggetti

attivi e passivi. Così, mentre il PCP del 1980 considera come soggetti attivi solo gli amministratori, il PCP 1992 fa riferimento anche agli amministratori di fatto. Per quanto riguarda il soggetto passivo, tutte le proposte si riferiscono al socio come figura per eccellenza. Tuttavia, la PANCP 1983 e il PCP 1992 alludono anche ai depositari, ai titolari di conti e ai titolari di beni, titoli o capitali. Nonostante l'ambito di applicazione delle disposizioni proposte, sorprende che solo il PCP 1992 faccia riferimento alla società come possibile soggetto passivo. In relazione al comportamento tipico, non esistono quasi variazioni; quasi tutti i progetti si riferiscono ad atti di disposizione e contrazione di obblighi (ad eccezione del PCP del 1980, eccessivamente ambiguo quando specifica il comportamento punibile). Il limite massimo della pena di prigione prevista nel CP del 1980 è aumentato proporzionalmente in un anno con la redazione dei vari progetti fino al PCP 1992. Inoltre, in relazione alle sanzioni, è opportuno aggiungere due precisazioni rilevanti. Il PCP 1992 è stato l'unico che ha fatto riferimento all'inabilitazione per l'esercizio della professione o dell'industria del soggetto che commette la fattispecie criminale; inoltre nessun testo tra quelli indicati ha introdotto la multa in relazione all'utile ottenuto che è stato poi incluso nel reato societario.

VIII. Criteri di distinzione tra il reato societario di infedeltà patrimoniale e il reato di appropriazione indebita come redatto prima dell'entrata in vigore della legge organica 1/2015 del 1° luglio. A nostro avviso la STS 3 del marzo 2014 (RJ 2014\2104) deve essere considerata una guida per distinguere entrambi gli illeciti. La risoluzione contiene i criteri più importanti per distinguere tra reati societari di infedeltà patrimoniale (articolo 295 abrogato) e reati di appropriazione indebita (articolo 252 CP): la struttura dei reati, il bene giuridico protetto e l'oggetto in ciascun tipo di reato, il comportamento dell'amministratore in relazione al patrimonio (se agisce al di fuori o nell'ambito delle sue facoltà di amministrazione), gli obblighi dell'amministratore in relazione al patrimonio (se ha un dovere generico o un obbligo specifico) o se ha effettuato un atto di appropriazione temporanea o definitiva del patrimonio. In generale, quest'ultima tesi è quella che sta seguendo la giurisprudenza negli ultimi anni e quella che fino ad oggi continua ad applicare nella maggior parte delle sentenze che risolvono casi di infedeltà patrimoniale avvenuti prima del 1° Luglio 2015.

IX. Deficienze nella redazione del reato societario di infedeltà patrimoniale che ne hanno favorito l'eliminazione (antico articolo 295 CP). La formulazione del reato

societario conteneva numerosi difetti che hanno dato origine a problemi interpretativi. Si segnalano i seguenti: a) la mancanza di unanimità dottrinale e giurisprudenziale sul bene giuridico protetto quando l'illecito entrò in vigore; b) la menzione espressa al socio come possibile autore del delitto anche se era già stato incluso come soggetto attivo perché avrebbe potuto essere classificato come amministratore di fatto; c) la società non è specificamente menzionata come soggetto attivo ed è la titolare dell'oggetto materiale del reato; d) il precetto si riferisce solo ai beni sociali (sebbene la società non sia menzionata espressamente) ma non al resto dei soggetti passivi elencati; e) la determinazione delle modalità dell'azione tipica (disporre e contrarre obblighi) rendevano difficile l'ammissione della commissione per omissione; f) l'atto sleale doveva essere realizzato con "abuso delle facoltà inerenti alla posizione" affinché fosse tipico, espressione ampia sulla quale si è dubitato che si riferisse all'esercizio di tali poteri nell'ambito delle loro competenze, ma piuttosto al loro esercizio indebito o al di fuori di queste; g) sebbene sia un reato di risultato che produce una lesione, era difficile inserire il tentativo, soprattutto quando la pena della multa avrebbe dovuto essere determinata in base all'importo economico ottenuto dal soggetto attivo.

X. Timori ed errori nella redazione del reato di infedeltà patrimoniale nel corso del procedimento parlamentare durante l'ultima riforma del codice penale. La necessità di inserire nel codice penale un illecito che regolasse l'infedeltà patrimoniale generica, non solo societaria, era evidente. La formulazione di un reato che permetta di castigare la maggior parte degli atti di amministrazione infedele e che a sua volta sia tassativo come richiesto dalle norme penali è complicato. Inoltre, tutto questo si aggrava se consideriamo che il comportamento tipizzato è molto vicino a quello già previsto in altre fattispecie di reato. Dopo il disastroso inserimento dell'articolo 295 CP (afflitto da problemi interpretativi e difficile da distinguere dall'appropriazione indebita), il legislatore ha assunto una posizione di scetticismo nei confronti dell'elaborazione di un nuovo precetto che regolasse l'amministrazione ingiusta. Il progetto del 2012 e successivamente il progetto del 2013 propongono l'elaborazione di un reato ispirato al modello dell'amministrazione patrimoniale tedesca.

Il legislatore incorre nell'errore di non considerare come punto di riferimento il nostro reato societario e di partire dal suo contenuto per riconfigurare un nuovo illecito. I testi segnalati presentano un precetto copiato quasi letteralmente dal codice penale di un altro

paese, in cui peraltro l'applicazione è stata - e continua ad essere per alcuni aspetti - motivo di controversie giuridiche. In particolare, l'articolo § 266 StGB menziona il tipo di abuso (che sanziona il compimento di atti di disposizione o di contrazione di obblighi) e il tipo di infedeltà (che punisce la violazione del dovere di tutelare gli interessi patrimoniali altrui). Il disegno di legge proponeva l'introduzione di un tipo di abuso che sarebbe stato accettabile se avesse rispettato il contenuto della disposizione tedesca a questo proposito; tuttavia, il legislatore ha utilizzato come base l'articolo tedesco per disegnare un comportamento tipico più ampio che quella di disporre o di obbligare. Quanto al tipo di infedeltà, il testo menzionato ha proposto la sua introduzione. Infine, anche se il tipo di infedeltà alla fine si eliminò a causa dell'eccessiva ampiezza che lo caratterizzava, si decise di mantenere il tipo di abuso che nella sua redazione riesce a ricomprendere condotte che si potrebbero considerare rientranti in questo tipo. Pertanto, il legislatore è rimasto a metà strada e ha elaborato una nuova fattispecie di reato il cui contenuto presenta una caratteristica principale: l'ambiguità.

XI. Il reato di *infedeltà patrimoniale*: un tipo penale più vicino all'abrogato delitto dell'articolo 295 CP che al nuovo reato dell'articolo 252 CP. Il sistema giuridico italiano sanziona la condotta di infedeltà patrimoniale nell'articolo 2.634 CCI. Si tratta di un precetto in vigore dal 2002, che si applica solo nella sfera aziendale. Il legislatore italiano, nel timore di redigere un articolo eccessivamente ampio che violasse il principio di determinatezza delle norme penali, ha costruito un reato che richiede l'adempimento di diversi elementi. Tali requisiti implicano che alcuni comportamenti dell'amministratore non rientrano nel tipo penale come le condotte omissive o le ipotesi in cui concorra il dolo eventuale. Il reato italiano di infedeltà patrimoniale presenta un maggior numero di caratteri in comune con l'abrogato reato societario di infedeltà patrimoniale (articolo 295 CP) che con il reato attualmente previsto nell'articolo 252 CP. Il reato di infedeltà patrimoniale è più ampio del reato di infedeltà patrimoniale non solo perché può essere applicato in qualsiasi ambito ma anche perché la condotta che regola è più ampia e non contiene elementi restrittivi come l'animo di lucro. Inoltre, è più limitato per quanto concerne la perseguibilità dei reati previsti nell'articolo 2634 CCI. Il reato di infedeltà patrimoniale, infatti, può essere perseguito solo mediante querela della persona offesa; mentre il reato di infedeltà patrimoniale non è soggetto ad alcuna condizione ed è un delitto pubblico. Tuttavia, a differenza dell'art. 2.634 CCI, il reato dell'articolo 252

CP non contiene nessuna clausola che consenta di escludere il reato di infedeltà patrimoniale quando si verifichi nell'ambito di gruppi di società.

XII. Il patrimonio sociale come bene giuridico protetto. Il patrimonio sociale è il bene giuridico protetto nell'articolo 252 CP applicato all'ambito delle società di capitali. Il patrimonio dei soci e dei terzi relazionati alla società (come i creditori) non è direttamente protetto dall'articolo 252 CP. Gli effetti del patrimonio sociale sul patrimonio dei soci e dei terzi comporta che nel caso in cui il primo sia lesa, il secondo soffra un pregiudizio indiretto. Il patrimonio dei soci e dei terzi non si può considerare un bene giuridico protetto in senso stretto, perché, se non è legato al patrimonio sociale, non possiede autonomia né indipendenza propria. Pertanto, il bene giuridico dell'articolo 252 CP è il patrimonio della società, nonostante il precetto estenda la protezione indirettamente al patrimonio dei soci e dei terzi correlati a tale entità.

III. Impossibilità di qualificare l'ordine socioeconomico come bene giuridico protetto. L'ordine socioeconomico non può essere considerato come un bene giuridico protetto quando l'articolo 252 CP si applica nella sfera delle società di capitali. Il reato di infedeltà patrimoniale non può proteggere diversi beni giuridici a seconda degli ambiti in cui viene applicato. Se configuriamo l'ordine economico come un bene giuridico protetto, dovrebbe poter essere identificato in qualsiasi contesto in cui viene applicato l'illecito, non solo in quello societario.

XIV. Un reato patrimoniale che incide sull'ordine socio-economico. Il reato di infedeltà patrimoniale è un reato patrimoniale diretto innanzitutto a tutelare il patrimonio individuale e che in modo occasionale pregiudica anche anche l'ordine socioeconomico (come avviene nel reato di frode e del delitto di appropriazione indebita). L'impatto dell'articolo 252 CP non è così intenso come nel caso di altri tipi di illecito che proteggono il patrimonio in modo diretto e l'ordine socioeconomico in modo indiretto (come i reati societari). L'articolo 252 CP contiene un reato in cui, sebbene predomini una dimensione individuale, ciò non impedisce che possa avere un carattere più generale. Per questo motivo, il reato di infedeltà patrimoniale permette di essere studiato in quanto reato economico.

XV. La confusione del legislatore della riforma sull'infedeltà patrimoniale per sottrazione di denaro. Prima dell'entrata in vigore della LO 1/2015, la sottrazione

dell'illecito segnalato sanzionava il comportamento del soggetto che si appropriava di denaro al fine di beneficiare un terzo; invece l'"appropriazione" il comportamento dell'amministratore che si appropriava del bene per sé. Con la riforma, l'introduzione nel delitto di appropriazione indebita dell'espressione "si appropriassero per sé o per un terzo", ha determinato l'eliminazione della "sottrazione". Il legislatore sostiene erroneamente che la soppressione della modalità della sottrazione implica che l'infedeltà patrimoniale per sottrazione di denaro resta fuori dall'ambito di applicazione del primo illecito segnalato. Tuttavia, questa idea si basa su un'interpretazione del vocabolo "sottrazione" che ha origine nella sentenza relativa al caso *Argentia Trust* e che non si stava utilizzando.

XVI. La permanenza del "denaro" nel delitto di appropriazione indebita e l'esclusione dell'articolo 253 CP dal reato di infedeltà patrimoniale. Il riferimento al denaro contenuto nell'articolo 253 CP - la cui eliminazione è stata proposta durante il processo parlamentare - conferma la possibilità che questo sia oggetto di appropriazione nonostante la sua natura fungibile, così come era stato applicato dalla giurisprudenza. Non ha nulla a che fare l'eliminazione della modalità della "sottrazione" - come abbiamo giustificato nella precedente conclusione - del delitto di appropriazione indebita con la possibilità che le appropriazioni di denaro non possano più essere sanzionate attraverso questo illecito. Rifiutiamo l'idea che attraverso l'articolo 253 del CP ci si trovi dinanzi ad un reato di infedeltà patrimoniale volto a sanzionare i comportamenti che consistono nell'appropriazione di denaro.

XVII. Effetti della soppressione del reato di amministrazione indebita dal titolo "amministrazione". La decisione del legislatore di eliminare l'amministrazione come titolo esemplificativo nel crimine di appropriazione indebita comporta che mediante l'art. 252 CP si possano sanzionare i comportamenti consistenti nella realizzazione di atti di infedeltà patrimoniale da cui deriva l'appropriazione del patrimonio. Quando l'amministratore si appropria del patrimonio che amministra può essere perseguito attraverso l'articolo 252 CP, se è conforme ai restanti requisiti del tipo. Tuttavia, si escludono le appropriazioni di fatto, in quanto l'amministratore non ha esplicitamente utilizzato i suoi poteri di amministrazione, anche se ha violato il dovere di fedeltà e diligenza inerente alla sua posizione; e le ipotesi in cui l'amministratore ha un obbligo specifico.

XVIII. L'amministratore di diritto e di fatto come soggetti attivi. Esclusione delle persone giuridiche. Il reato di infedeltà patrimoniale è un reato speciale proprio. Quando il reato dell'articolo 252 CP avviene nelle società di capitali, il soggetto attivo per eccellenza è l'amministratore sociale. La nuova formulazione del reato di infedeltà patrimoniale non include espressamente gli amministratori di fatto come potenziali autori del delitto. Per giustificare la loro inclusione dobbiamo andare al contenuto dell'articolo 236 LSC, equivalente alla figura dell'amministratore di diritto e di fatto in sede di responsabilità, esigendo ad entrambi di rispondere per l'inadempimento dei doveri inerenti alle loro funzioni. Tale circostanza ci obbliga a passare agli articoli 225 e seguenti che disciplinano i doveri degli amministratori; in particolare, l'articolo 228.a) impone agli amministratori di esercitare le proprie facoltà in conformità con le finalità per le quali sono state concesse; così la legge stessa riconosce che l'amministratore di fatto può esercitare facoltà di amministrazione. Inoltre, e al fine di non limitarci al concetto di amministratore di fatto incluso nella legge sulle società di capitali si è sostenuto che i poteri dell'amministratore di fatto, in realtà, derivano da un negozio giuridico stipulato verbalmente. Invece, si esclude la società come possibile autore dell'articolo 252 CP, dal momento che il legislatore della riforma non ha incluso il reato di infedeltà patrimoniale tra i reati che possono essere commessi dalle persone giuridiche.

XIX. Società come unico soggetto passivo. Quando l'articolo 252 CP si applica nell'ambito delle società di capitali, il soggetto passivo è la società. Tuttavia, affinché l'impresa sia titolare di un proprio patrimonio è necessario che sia costituita come un ente dotato di personalità giuridica. La società in formazione e la società irregolare sono dotate di indipendenza patrimoniale e possono essere soggetti passivi dell'articolo 252 CP. Allo stesso modo, se il reato di infedeltà patrimoniale ha pregiudicato il patrimonio di una società che soffre di un vizio formale al momento di commettere l'atto illecito, questa potrà essere un soggetto passivo. La dichiarazione di nullità della persona giuridica non produce alcun effetto retroattivo. Invece, se il summenzionato illecito si verifica durante il processo di formazione successiva della società anonima, saranno considerati come soggetti passivi i sottoscrittori, dal momento che la società non dispone ancora di indipendenza patrimoniale.

XX. La necessità di precisare la concezione giuridico-economica del patrimonio nell'articolo 252 CP. L'oggetto materiale dell'articolo 252 CP nell'ambito delle società

di capitali è il patrimonio sociale. In particolare, il patrimonio di cui all'articolo 252 CP corrisponde a una definizione di patrimonio giuridico-economico, basata sul suo valore economico e sulla sua apparenza giuridica. Includiamo nel concetto di patrimonio le aspettative che si basano su un diritto soggettivo e che abbiano un valore economico. Anche se questo suppone in qualche modo accettare che in certi casi si conceda al patrimonio un concetto personale o funzionale, respingiamo l'applicazione dello stesso in modo rigoroso in quanto non coincide con il resto degli elementi che caratterizzano il reato di infedeltà patrimoniale applicato alle società di capitali.

XXI. Eccessiva ampiezza della condotta tipica e delle sue conseguenze. Il precetto richiede che il soggetto attivo violi le facoltà di amministrazione. La descrizione del comportamento tipico dell'articolo 252 CP è poco tassativa. L'espressione "facoltà di amministrazione" comprende un numero infinito di funzioni che possono essere eseguite dall'amministratore. La conseguenza derivante dall'inclusione dell'azione tipica redatta in modo così indeterminato è la difficoltà di limitare l'ambito di applicazione del precetto. Si scarta la possibilità di interpretare dal contenuto dell'articolo 252 CP che la condotta tipica si debba concretizzare negli atti di disposizione e di contrazione di obblighi. Se la decisione del legislatore fosse stata quella di specificare l'azione tipica in due modi specifici, questo avrebbe mantenuto la formulazione dell'articolo 295 CP abrogato.

XXII. Le condotte omissive incluse nell'articolo 252 CP. La possibilità di sanzionare le condotte omissive di infedeltà patrimoniale è giustificata dall'applicazione dell'articolo 11 CP in relazione al contenuto dell'articolo 252 CP. Tuttavia, non tutti i comportamenti omissivi rientrano nel concetto di azione tipica dell'articolo 252 CP, ma solo le omissioni che escludono l'aumento previsto del patrimonio sociale o che non impediscono una perdita patrimoniale che potrebbe essere stata evitata.

XXIII. Il disvalore dell'azione come elemento confuso. Quando il soggetto attivo viola le sue facoltà di amministrazione, deve eccedere nel loro esercizio. Non esiste unanimità sul contenuto dell'espressione "eccedere nell'esercizio delle stesse", per cui la sua applicazione più che favorire la delimitazione del campo di azione dell'illecito, lo confonde. Per risolvere questa situazione, abbiamo studiato la possibilità di interpretare l'espressione menzionata in tre modi diversi: come extralimitazione delle facoltà di amministrazione (eccesso esteso); come uso indebito delle facoltà di amministrazione

(eccesso intenso); o in quest'ultimo caso come entrambe insieme. In questo lavoro è stata difesa la seconda posizione, perché il soggetto attivo deve agire nei limiti che il suo titolo di amministratore gli permette ma in modo contrario a come dovrebbe farlo.

XXIV. Entità del pregiudizio patrimoniale. Il delitto di infedeltà patrimoniale è un reato di risultato di lesione. La conseguenza che deriva dall'azione del soggetto che ha facoltà di amministrazione è il pregiudizio al patrimonio amministrato. La riforma 1/2015 non ha fatto riferimento al concetto di pregiudizio da applicare. Pertanto, consideriamo la letterarietà del precetto, che ci permette di intendere il pregiudizio come una perdita patrimoniale. Tuttavia, al fine di mantenere la stessa linea applicata all'oggetto materiale, riteniamo che il concetto di pregiudizio debba essere esteso, escludendo i casi in cui sia frustrato il fine che il titolare abbia concesso al patrimonio, perché crediamo che ciò equivarrebbe ad un'estensione eccessiva del tipo, ma includendo fattispecie in cui si provi che l'amministratore con il suo comportamento ha impedito l'aumento patrimoniale o è rimasto passivo dinanzi ad una riduzione che sapeva che si sarebbe verificata. La formulazione dell'articolo 252 CP ci impedisce di configurarlo come un delitto di pericolo.

XXV. L'ammissione del dolo eventuale. Il reato di infedeltà patrimoniale deve essere commesso con dolo. Il soggetto dotato di facoltà amministrative in modo consapevole e volontario compie la fattispecie oggetto del reato. Il tipo penale dell'articolo 252 CP consente di valutare le potenziali frodi, riconoscendosi in alcuni casi la possibilità di punire negozi di rischio. Al contrario, il reato di infedeltà patrimoniale non ammette l'imprudenza perché non è stata prevista espressamente (articolo 12 del PC).

XXVI. Assenza di profitto. Il nuovo articolo 252 CP non richiede espressamente all'amministratore di agire con animo di lucro, sebbene tale requisito possa essere interpretato avuto riguardo al contenuto del precetto. Tuttavia, riteniamo che si debba rispettare la letterarietà dell'articolo 252 CP e che non si debbano aggiungere alla tipizzazione dell'illecito ulteriori elementi a quelli che già contiene. Anche se il precetto è stato redatto in modo eccessivamente ampio, l'elemento soggettivo del reato non si deve utilizzare per compensare le carenze di tassatività che presenta il reato dell'articolo 252 CP. Tuttavia, quando si applica la pena al soggetto che ha amministrato in modo sleale il

patrimonio, si deve considerare se, con il suo comportamento, ha ottenuto qualche beneficio per se stesso o per un terzo e, in caso affermativo, imporre una pena più grave.

XXVII. Il consenso della società. Affinché il consenso sia efficace ed esima dalla responsabilità penale l'amministratore, che ha commesso l'atto irregolare, deve essere prestato dalla società che detiene il patrimonio pregiudicato, in quanto è l'unico soggetto passivo del delitto di infedeltà patrimoniale in ambito societario. Ad effetti pratici sarà l'assemblea generale a determinare la volontà della società. In particolare, gli accordi presi dall'assemblea saranno approvati da una maggioranza legale o statutaria (articolo 159 LSC). Tuttavia, non è rilevante la percentuale dei soci che sono d'accordo con la decisione presa dall'assemblea. La volontà di tutti i soci e della società non deve necessariamente essere coincidente. Quando l'assemblea, come organismo unitario, approva una decisione che consente agli amministratori di compiere un atto sleale, questi ultimi saranno esonerati dalla responsabilità penale.

XXVIII. Gli atti preparatori e il reato di infedeltà patrimoniale.

L'articolo 269 CP non ha incluso il reato di infedeltà patrimoniale tra gli illeciti che sanzionano gli atti preparatori nel caso in cui vengano commessi. Tuttavia, il precetto menzionato si riferisce espressamente al reato di frode e del delitto di appropriazione indebita. Come è stato osservato, la relazione tra questi atti illeciti e il reato di infedeltà patrimoniale è continuo, perché sebbene ognuno contenga un diverso tipo di ingiusto, entrambi i tipi criminali hanno elementi comuni. In alcuni casi, è anche controverso determinare in quale precetto concreto si inseriscano meglio le fattispecie di delitto perché è difficile differenziarli. In questo modo, il contenuto dell'articolo 269 CP non avrebbe dovuto escludere il reato di infedeltà patrimoniale a causa della sua vicinanza ad altri reati a cui invece fa riferimento.

XXIX. Tentativo, consumo e rinuncia al reato. Il crimine di infedeltà patrimoniale in ambito societario è consumato quando il soggetto attivo ha ecceduto le sue facoltà di amministrazione violandole, causando un danno al patrimonio sociale. Quando il soggetto attivo esegue il suddetto comportamento tipico, ma non danneggia il patrimonio della società per motivi estranei alla sua volontà, avrà commesso il delitto menzionato in grado di tentativo. Inoltre, si ammette la rinuncia quando l'amministratore cessa di consumare il delitto una volta cominciata la sua esecuzione.

XXX. Il reato dell'articolo 252 CP come un reato misto (tra reati di signoria e reati di violazione del dovere). Il reato di infedeltà patrimoniale deve essere qualificato come un reato intermedio tra i reati di signoria e i reati di violazione del dovere. Il reato di cui all'articolo 252 CP non può essere rigorosamente classificato come un reato di signoria, poiché per essere autore bisogna rivestire una condizione specifica, in particolare il soggetto attivo deve avere facoltà di amministrazione derivanti dalla legge, assunte da un negozio giuridico e affidate da un'autorità pubblica. Un estraneo non può, quindi, essere autore ma solo partecipe. Inoltre, il reato di infedeltà patrimoniale non è un reato di violazione del dovere in senso puro. Il tipo di ingiusto del reato non si limita alla violazione di un dovere extrapenale, in quanto in questo caso le norme del diritto privato non sarebbero mai applicabili perché il diritto penale interverrebbe sempre, il che violerebbe i principi fondamentali di questo settore (principio di intervento minimo, principio di sussidiarietà, ecc.). Pertanto, il reato di cui ci stiamo occupando è un reato misto tra le due categorie di cui sopra. In particolare, il reato di infedeltà patrimoniale non esaurisce il suo contenuto nella violazione di un obbligo extrapenale né consente che siano autori dello stesso soggetti che non hanno la qualifica specifica prevista dall'articolo 252 CP. Così, potranno essere autori solo coloro che possano esercitare facoltà di amministrazione nei termini espressi nel predetto precetto; inoltre, non è sufficiente che tali soggetti violino un obbligo extrapenale, ma devono rispettare il resto degli elementi costitutivi dell'illecito: devono eccedere le facoltà amministrative di cui sono titolari e devono pregiudicare il patrimonio sociale.

XXXI. L'articolo 268 CP e la sua discutibile applicazione nell'articolo 252 CP. In termini generali, la scusa assolutoria dell'articolo 268 CP è applicabile all'articolo 252 CP poiché è una disposizione di natura patrimoniale che si trova prima del capitolo X sulle "disposizioni comuni ai capitoli precedenti". Tuttavia, quando il reato di infedeltà patrimoniale avviene nell'ambito delle società di capitali formate da persone unite da legami familiari non si può applicare la clausola a cui abbiamo fatto riferimento. Per l'applicazione dell'articolo 268 CP è necessario che il soggetto attivo e il soggetto passivo siano persone fisiche, unite da una relazione di consanguineità; tuttavia, non si può apprezzare questa relazione tra una persona giuridica, che sarebbe la società che è il soggetto passivo e una persona fisica, che di solito sarà l'amministratore che commette la condotta irregolare.

XXXII. Il concorso tra il reato di infedeltà patrimoniale e altri illeciti. In particolare evidenzieremo due tipi di concorso: quello esistente tra il reato di infedeltà patrimoniale e quello di truffa, in cui si può individuare un concorso reale di un delitto ma non un concorso di norme perché entrambi gli illeciti sono eterogenei; in secondo luogo, quello esistente tra il reato di appropriazione indebita e il delitto di infedeltà patrimoniale, che può essere presentato come un concorso reale o mediale di reati, ma non ideale. Inoltre, nel caso in cui il concorso sia apparente, verrà risolto attraverso il principio di specialità. Infine, va aggiunto che si accetta la configurazione del reato dell'articolo 252 CP come un delitto continuato nei casi in cui essa soddisfi le esigenze previste di cui all'art. 74.1 e 2 CP; invece si rifiuta la possibilità di considerare il crimine in massa.

XXXIII. Mancanza di individualizzazione delle sanzioni del reato di cui all'articolo 252 CP. L'articolo 252 CP si riferisce alle sanzioni previste negli articoli 249 e 250 per il reato di frode, che a sua volta sono contenute nel reato di appropriazione indebita. La pena per il delitto di infedeltà patrimoniale dovrebbe essere stata individuata in relazione al disvalore del comportamento in esso contenuto, in quanto l'illecito non richiede l'inganno (proprio dell'art. 249 CP) né che vi sia un'appropriazione (come nel caso dell'articolo 253 CP). Allo stesso modo, l'articolo 252 CP rinvia ai tipi aggravati del reato di frode, ma tutte le circostanze che contemplano non sono applicate al reato societario; in particolare, è ammessa l'applicazione della 1a, 2a, 4a e 5a aggravante.

XXXIV. Possibilità che il comportamento realizzato da una persona giuridica generi responsabilità civile derivata dal reato. La realizzazione della condotta descritta nell'articolo 252 CP può generare responsabilità penale e civile derivante dal delitto, o addirittura solo quest'ultima. Formano parte del contenuto della responsabilità civile la restituzione, la riparazione del danno e il risarcimento dei pregiudizi materiali e morali. Quando una società agisce come amministratore del patrimonio e realizza il reato di infedeltà patrimoniale, dovrà rispondere personalmente alla persona fisica che abbia agito in suo nome e rappresentanza (articolo 31 CP). Tale soggetto - la persona fisica - risponderà penalmente e civilmente, nonostante in quest'ultimo caso possa esigere la responsabilità sussidiaria della persona giuridica rappresentata (articolo 120.4° CP).

XXXV. Modifica della perseguibilità del reato di infedeltà patrimoniale che si realizza nell'ambito societario. Con la nuova collocazione dell'articolo 252 CP, il reato

di infedeltà patrimoniale cessa di essere soggetto alla clausola di perseguibilità prevista dall'articolo 296 CP che qualifica i crimini aziendali come semi-pubblici. Dopo la riforma, il nuovo reato di infedeltà patrimoniale dell'articolo 252 CP costituisce un reato pubblico, come il resto dei delitti patrimoniali. In particolare, sono legittimati ad esercitare l'azione penale l'offeso (la società), la parte o le parti lese - persona fisica o giuridica - che possono agire come parte accusatrice (i soci o i terzi pregiudicati indirettamente) e qualsiasi cittadino che abbia conoscenza del reato, anche se non sia stato offeso o pregiudicato. Inoltre, il reato è perseguibile ex officio.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia* (dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.), Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, págs. 3047, 3049, 3050, 3051, 3054.
- AAVV., *Leggi penali complementari* (a cura di PADOVANI, T., coord. DE FRANCESCO, G., y FIDELBO, G.), Giuffrè, Milano, 2007, pág. 2461.
- AAVV., *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (dirs. CÓRDOBA RODA, J., y GARCÍA ARÁN, M.), Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1115.
- AAVV., *Manual de Derecho penal. Parte especial* (coord. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ), Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 325.
- 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).
- AAVV., *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Derecho penal de la empresa* (dir. CORCOY BIDASOLO, M.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 686.
- AAVV., *Memento práctico. Penal 2011* (coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 1120.
- AAVV., *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Tecnos, Madrid, 2010, pág. 523.
- 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.

- ALDROVANDI, P., “Art. 2634 CC., Infedeltà patrimoniale”, en *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio* (a cura de LANZI, A., y CADOPPI, A.), CEDAM, Padova, 2007, págs. 183 hasta 187, 194, 196, 205, 207, 208, 209.
- ALFONSO LARANGEIRA, C., BATTILANA ESTIGARRIBIA, M., y PREDAL DEL PUERTO, R., “Persecución penal de los delitos económicos en el Derecho comparado”, en *Apuntes de Derecho penal económico II* (coord. PREDAL DEL PUERTO, R.), ICED, Asunción, 2013, págs. 11 hasta 32.
- AMBROSETTI, E. M., MEZZETTI, E., y RONCO, M., *Diritto penale dell’impresa*, Zanichelli, Bologna, 2012, pág. 175, 176.
- ANARTE BORRALLO, 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, pág. 609.
- ANDRÉS LASO, A., “Legislación penal, procesal penal y penitenciaria tras la Guerra Civil Española”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 35, enero 2015, págs. 9 hasta 12.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Volume primo, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 313, 315, 316.
- ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, págs. 272 y 273.
- “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 18, Fasc/Mes 3, 1965, págs. 481 hasta 488.
- “El Código Penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 235 hasta 251.

- 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.
- 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, págs. 13, 14, 16, 17, 20.
- ARISTÓTELES., *La gran moral*, El Cid, Santa Fe, 2003, pág. 104.
- ARROYO ZAPATERO, L. y TIEDEMANN, K., *Estudios de Derecho penal económico*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, pág. 210.
- BACIGALUPO SAGGESE, 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, 81.
- 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*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 391.
- “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 7, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 195 hasta 199.
- “Los delitos económicos en el proyecto de reforma penal”, en *Escritura pública*, nº 61, 2010, pág. 31.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “La Constitución económica española y el Derecho penal”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Semana de Derecho penal*

en memoria del Profesor Julián Pereda, celebrada durante los días 4 al 11 de marzo de 1982, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, págs. 157 hasta 167.

— “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, pág. 33.

— “Administración desleal y apropiación indebida”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, pág. 9.

— *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 21, 22, 24, 25.

BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico* (1ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 52; (2ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, págs. 12, 14 hasta 17, 21, 23, 28, 29.

BALCARCE, F. I., “Origen multidisciplinario y estabilización del Derecho penal económico”, en *Derecho penal económico* (coords. RUBINSKA, R. M., y SCHURJIN ALMENAR, D.), Tomo I, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, págs. 82, 83.

BARÓ PAZOS, J., “El Derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, en *Anuario de historia del derecho español*, nº 83, 2013, págs. 119 hasta 124.

BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, págs. 15, 30.

— *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 25.

- BENECKE, D. W., “La ética empresarial como valor constitutivo del orden económico”, en *Aspectos éticos jurídicos de los negocios* (coord. RODRÍGUEZ MASCARDI, T.), Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2001, pág. 13.
- 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, págs. 396, 397, 546 hasta 548, 549, 553.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 30, 31.
- 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, págs. 3, 4.
- BLANCO LOZANO, C., “Delitos societarios”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (dir. POLAINO NAVARRETE. M.), Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 190, 192.
- 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, pág. 174.
- “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, pág. 185, 186, 188.
- 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, pág. 494, 497

BRAVO LIRA, B., “La fortuna del Código Penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano”, en *Anuario de historia del derecho español*, nº 74, 2004, pág. 47.

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. 303 hasta 305, 358, 359, 364 hasta 366, 383 hasta 386, 391, 491, 496, 497, 500, 523 hasta 525, 596, 597, 640, 641, 661, 662, 664 hasta 667, 686, 687.

BURGOS PAVÓN, F., *Derecho penal. Delitos I*, Universidad a distancia de Madrid, 2015, págs. 216, 217.

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, págs. 288, 299, 300.

— “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.

— “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.

CAMACHO ROSALES, F. J., “Apropiación indebida vs administración desleal”, en *Experto universitario en Derecho penal: aspectos materiales y procesales*, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, pág. 18.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., SEBASTIÁN QUETGLAS, R. y TORTUERO ORTÍZ, J., *Esquemas de Derecho de sociedades de capital*, Tomo XLI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 20, 341, 344, 347.

- CARCANO, D., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2010, pág. 1326.
- CARDONA TORRES, J., “El delito societario de administración desleal: supresión del artículo 295 del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8534, mayo 2015, pág. 3, 9, 11 hasta 13, 16.
- CARMONA, A., “I reati contro il patrimonio”, en *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale* (a cura di FIORELLA, A.), Giappichelli, Torino, 2012, págs. 103 hasta 105.
- CARINGELLA, F., DE PALMA, M., FARINI, S., y TRINCI, A., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2013, pág. 1474 hasta 1477.
- CASABÓ RUIZ, J. R., “La aplicación del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 32, Fasc/Mes 2, Madrid, 1979, págs. 333 hasta 344.
- CASTELLS, M., “Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos”, en *Isegoría*, nº 22, 2000, pág. 5.
- CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 148 hasta 154, 157, 183, 221, 222 hasta 224, 228, 230 hasta 233, 248 hasta 254, 255, 257 hasta 262, 269 hasta 272, 276 hasta 280, 294 hasta 299, 349 hasta 351, 352, 365, 369, 378 hasta 380, 387, 388, 393, 397, 398, 408, 442 hasta 444, 474, 460 hasta 462, 480 hasta 482, 495, 520, 521, 524.
- “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. 202, 204 hasta 207 a 208.

- 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. 765 hasta 772, 774 hasta 776.
- CERQUETTI, G., “Art. 2634. Infedeltà patrimoniale”, en *Commentario romano al nuovo diritto delle società. I reati e gli illeciti amministrativi societari* (dir. D’ALESSANDRO, F.), Volume III, Piccin, Padova, 2010, pág. 352, 353,
- CHIARAVIGLIO, P., “Infedeltà patrimoniale”, en *Diritto penale delle società* (a cura di CANZIO, G., CERQUA, L. D., y LUPÁRIA, L., coord. VACIAGO, G.), CEDAM, Padova, 2014, pág. 431, 441, 442, 445, 469, 470, 483 hasta 485, 490, 495
- CLIMENT SANJUÁN, V., “Sociedad y riesgo: producción y sostenibilidad”, en *Papers: revista de sociología*, nº 8, 2006, pág. 122.
- 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, págs. 284, 285.
- CORVI, P., “Parte civile e nuovi reati societari”, en *I nuovi reati societari: diritto e processo* (a cura di GIARDA, A., y SEMINARA, S.), CEDAM, Padova, 2002, pág. 742.
- 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.
- “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, págs. 273, 280.

- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 9, 299, 300, 304, 305, 518 hasta 526, 684 hasta 686, 720.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 177 hasta 182.
- 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.
- DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, en *elderecho.com*, nº 3, septiembre 2016, págs. 9 hasta 15.
- 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, págs. 91, 95.
- DE VIZMANOS, T. M., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Establecimiento tipográfico de GÓNZALEZ, J., y VICENTE, A., Madrid, 1848, pág. 495.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 19, 20, 38, 46 hasta 49, 54, 66, 140, 143, 146, 147.
- DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2011, pág. 398, 399,
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 81 hasta 85, 125, 126.
- *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 217 hasta 226, 232.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 11, 21, 22, 35.

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.

— “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.

— “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Tecnos, Madrid, 2016, págs. 196, 199 hasta 205.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Volumen I, Civitas, Madrid, 2007, pág. 96, 97.

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*, nº 8290, abril 2014, págs. 8, 9.

— “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*, nº 8533, mayo 2015, pág. 6.

ESTEFANÍA, J., *Hij@, ¿Qué es la globalización?: la primera revolución del siglo XXI*, Aguilar, Madrid, 2002, pág. 28.

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*, nº 43, julio-diciembre 2014, pág. 2.

FARALDO CABANA, P., “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 19, 1996, págs. 171, 172, 176 hasta 196.

— “Artículos 290 a 297”, en *Comentarios al Código Penal* (dir. GÓMEZ TOMILLO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 1135, 1137.

— *Los delitos societarios* (1ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 42 hasta 44, 46, 53, 60, 101, 126 hasta 128, 142, 143, 203, 298, 299, 560, 561, 563, 565, 566, 574, 578, 579, 581; (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 25, 26, 29, 30, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 80, 81, 83, 84, 86 hasta 88, 91, 92, 93, 100 hasta 102, 389, 418, 419, 420.

FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 29 hasta 31.

FEBBRAI, R., “Capitolo XII. Infedeltà patrimoniale” in *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali* (a cura di Cerqua L.D.), Tomo primo, Cedam, Padova, 2009, pág. 521, 534, 535, 540, 548, 552, 555, 557, 559, 560,

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Crisis económica y Derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social”, 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, pág. 61.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 309 hasta 318, 324

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 28, 29, 73, 75, 79, 80, 81, 112, 120 hasta 126, 207 hasta 215, 288, 312, 313, 315 hasta 317, 339, 342, 347, 348.

- “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, págs. 575, 576, 586 hasta 590.
- *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 17, 19, 20, 37 hasta 47.
- 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, págs. 128, 130.
- FIANDACA, G., y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Volumen II, Zanichelli, Bologna, 2014, págs. 23 hasta 27.
- FOFFANI, L., “Infedeltà patrimoniale in diritto comparato”, en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VI, UTET, Torino, 1992, pág. 398.
- *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia”, en *Revista Penal*, nº 15, 2005, págs. 57, 58, 59.
- “Le infedeltà”, en *Diritto penale dell’impresa. Materiali per lo studio* (a cura di ALESSANDRI, A.), Giappichelli, Torino, 2007, págs. 535, 539, 540, 541, 543, 544, 545, 546, 554, 561,
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, en *Cuadernos de reflexión de la Cátedra PRASA de empresa familiar*, nº 14, marzo de 2012, pág. 4.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 465, 473, 475.

- GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 38 hasta 49, 113, 126, 127, 148 hasta 160, 177.
- “Sección 1ª. De las estafas”, en *Comentario al Código Penal* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 856.
- “Sección 2ª. De la administración desleal”, en *Comentario al Código Penal* (dirs. CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 880, 881, 885.
- 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, págs. 269, 281.
- 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, págs. 8 hasta 10.
- 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.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 17, 18, 19, 21, 23, 24, 29, 31, 47, 101, 103 hasta 105, 110.
- 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.

- “Las sociedades de capital. Aspectos básicos”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 407, 408.
- “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.
- GARCÍA ECHEVERRÍA, S., “La globalización de la economía”, en *Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, nº 327, Universidad de Alcalá de Henares, 2010, pág. 11.
- 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 380, 410.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del <ius puniendi>”, en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Baquero* (coord. GONZÁLEZ RUS, J. J.), Universidad de Córdoba, 1996, págs. 250 hasta 252.
- GAROFOLI, R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale.*, Tomo III, Neldiritto, Lecce, 2013, págs. 498 y 499.
- GARRETA SUCH, J. M., *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 35, 36, 47, 56.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, B de F, Madrid, 2013, pág. 130

- GIL GIL, A., “*Iter criminis*”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 323, 324, 331, 332, 333, 336, 346 hasta 349, 350.
- 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, págs. 762 hasta 766, 770 hasta 776, 778, 779, 780, 781.
- GIOVAGNOLI, R., *Studi di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2008, pág. 515, 517 hasta 523.
- 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 2014, pág. 4.
- GÓMEZ ARBÓS, J., “Responsabilidad civil derivada del delito de administración fraudulenta”, en *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho procesal civil*, diciembre 2009, pág. 4.
- 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, pág. 477.
- *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, págs. 134 hasta 142.
- GÓMEZ BETETA, J. E., “Procedimientos societarios”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Avicam, Granada, 2016, pág. 258.
- 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, págs. 633 hasta 646.

— *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte general y especial*, B de F, Madrid, 2014, pág. 172.

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. 136, 181 hasta 201.

GÓMEZ LOZANO, M. M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., “Responsabilidad de administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirientes 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.

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.

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, pag. 130.

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, 403.

— “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.

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, págs. 542, 554, 566.

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.

— “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.

— “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. 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, pág. 530.

— “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. 611, 612, 617.

— “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (coord. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2011, págs. 409, 410, 412.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., “Los delitos de cuello blanco”, en *Cont4bl3*, nº 40, 2011, pág. 29.

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-PIEDRECASAS, J. R.), Colex, Madrid, 2010, págs. 64, 78, 79.

HERRERA MORENO, M., “El sujeto activo en el delito de administración desleal”, en *Diario La Ley*, nº 7460, septiembre 2010, págs. 4, 6.

HORTAL IBARRA, J. C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 246 hasta 248.

IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 106, 747, 763, 764, 852, 853.

IRÁCULIS ARREGUI, N., *Conflicto de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 32 hasta 35.

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, pág. 24.

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, pág. 107, 122, 124.

JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 266, 267, 718, 719, 791.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., “Sociedad del riesgo e intervención penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 16, octubre 2014, págs. 1, 2.

- JUAN SANJOSÉ, R. J., *La nueva configuración del delito de administración desleal*, Bosch, Barcelona, 2016, págs. 123 hasta 125, 137 hasta 139, 143, 164, 165, 231, 232, 236, 250, 280, 300, 304.
- 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, pág. 168.
- JUSTE MENCÍA, J., “Sociedades de capital (V). Órgano de administración”, en *Derecho mercantil I* (dir. DE LA CUESTA RUTE, J. M.), Huygens, Barcelona, 2015, págs. 381, 393.
- 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.
- LA SCALA, A. M., y GRAZZILLI, N., *Il delitto di infedeltà patrimoniale*, CACUCCI, Bari, 2012, pág. 17, 23, 24, 27, 28, 34, 35
- LACRUZ LÓPEZ, J. M., “Conceptos básicos del Derecho penal”, en *Curso de Derecho penal. Parte general* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 10.
- 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, págs. 115, 166.
- LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española. Codificación penal*, Volumen I, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Centro de publicaciones. Editorial Hijos de E. Minuesa, Madrid, 1970, págs. 160 hasta 163, 316, 418, 674.

- LEÓN SANZ, F. J., “Las cuentas en participación”, en ”, en *Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles* (coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A.), Volumen 3º, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 116, 121.
- 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, págs. 41, 46 hasta 57, 83.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La malversación como delito de administración desleal”, en *La administración desleal* (dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 7, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 125.
- *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 72 hasta 79, 86, 88, 91 hasta 93, 99, 189 hasta 198, 204, 205, 209, 210, 217 hasta 219.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias* (dir. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.), Akal, Madrid, 1988, págs. 9 hasta 12, 189, 190, 321, 485, 488, 489, 667, 1169 hasta 1174 hasta 1177.
- 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, pág. 26, 28.
- LÓPEZ NAVARRO, J. F., *Vademécum de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 60.
- 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, págs. 260 hasta 263, 268, 270, 272 hasta 274.

- LOUIS, J. y WASSEMER, M. P., “Sistemas penales comparados: Tratamiento de los delitos socioeconómicos. Alemania”, en *Revista Penal*, nº 9, enero 2002, págs. 168, 169.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 45, 46.
- *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 182.
- *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 199 y 200.
- 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 Ubieto* (coord. MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., y VENTURA PÜSCHEL, A.), Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 670 hasta 672, 676, 677.
- 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. 8 hasta 11, 21 hasta 29.
- 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 nº 72, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 2, 138, 141, 142.
- 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, 151

- *Delitos socioeconómicos*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 14.
- MALAVASI, M., *I casi del diritto. I nuovi reati societari*, UTET, Torino, 2008, pág. 161, 162, 163, 164, 165, 168, 169.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal), en *Revista de Derecho Penal y Criminológica*, 3ª Época, nº 9, enero 2013, pág. 144, 163.
- MANTOVANI, F., *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2015, pág. 466.
- 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, pág. 690.
- “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, nº 8046, marzo 2013, págs. 3, 4.
- *La Reforma del Código Penal de 2015*, La Ley, Madrid, 2015, pág. 218, 219.
- *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016, págs. 890, 891, 924, 925.
- MARIANI, C., “L’infedeltà patrimoniale e il conflitto di interessi (artt. 2629-bis, 2634 C.C., 646 C.P.)”, en *Reati in materia economica* (a cura di ALESSANDRI, A.), Giappichelli, Torino, 2012, pág. 141, 142, 145, 158,
- MARTÍN PALLÍN, J. A., “Los delitos societarios”, en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal* (dir. SORIANO SORIANO, J. R.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 20, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 292, 295, 297, 298, 316.
- “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, págs. 1906 y 1907.

- “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 nº 2, CGPJ, Madrid, 2003, págs. 132, 133, 135, 136, 173.
- 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 nº 2, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 502.
- *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 17, 36, 37, 43, 47 hasta 49, 64, 78, 86, 93.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 367, 368, 371, 437, 440, 442 hasta 444, 450, 453 hasta 457, 459, 465 (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 9 hasta 21, 41, 433, 434, 436, 438, 439, 440, 442 hasta 448, 526, 527, 544, 546 hasta 550.
- “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 35, 2015, pág. 460, 467, 468, 553.
- *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 55, 57, 60, 61, 62, 64 hasta 66, 72, 73, 77, 87 hasta 98, 102 hasta 111, 119.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 101, 102, 159 hasta 165, 206 hasta 208, 308 hasta 323, 325, 352, 338 hasta 340, 345 hasta 347, 367 hasta 370, 417, 422, 567.
- “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, pág. 3 hasta 8, 20, 21.

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*, nº 17, 1993-1994, págs. 307, 308, 322, 328, 329, 331 hasta 335, 345.

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. 469 hasta 472, 596 y 597

MARTOS NÚÑEZ, J. A. *Derecho penal económico*, Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 120.

MARUOTTI, R. G., “I reati societari”, en *Croso di Diritto penale dell’impresa* (a cura di MANNA, A.), CEDAM, Padova, 2010, págs. 191, 192, 195 hasta 203, 205, 206, 207, 209, 211, 212, 214, 215

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 nº 5, CGPJ, Madrid, 1998, págs. 345, 364.

— “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, págs. 1554, 1558, 1559, 1563, 1564.

— “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.

MAQUEDA ABREU, M. L., y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho penal en casos. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 124, 126.

MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005, págs. 9, 10, 13, 219 hasta 228, 264 hasta 269, 271, 311, 322 hasta 325, 346, 347, 353, 354, 355, 370.

MAZZACUVA, N., y AMATI, E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, CEDAM, Padova, 2013, págs. 155 hasta 159, 161 hasta 167, 175, 176.

MELENDO PARDOS, M., “Teoría de la codelincuencia, y II: Participación”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 397 y 398.

— “La punibilidad como elemento del delito”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 689.

— “El delito como conducta reprochable, III: la exclusión de la reprochabilidad, y 2”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 668.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la Sociedad de riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 25 hasta 34.

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, 354.

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, págs. 326, 327, 394, 397, 399, 340, 400, 401.

- 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, pág. 223.
- 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 (sin numerar).
- *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 175.
- “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, págs. 221 y 222
- 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, págs. 349 hasta 352.
- 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* (coord. MAQUEDA ABREU, M. L., MARTÍN LORENZO, M., y VENTURA PÜSCHEL, A.), Universidad Complutense de Madrid, 2016, págs. 706 hasta 707.
- MORENO CÁNOVES, A., y RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996, págs. 294, 295.
- 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, págs. 182 y 186.

- 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, págs. 29 hasta 52.
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona, 2010, págs. 13, 15, 108, 109, 112, 115, 116, 118, 119
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial* (19ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 487, 505; (20ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 323 hasta 327, 369, 387, 419, 420, 901.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 63, 76, 77.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria*, Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 145, 146 hasta 148, 234, 237.
- MUSCO, E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2007, págs. 206, 208, 209, 217, 219, 220.
- NADDEO, M., “Reati societari”, en *Diritto penale. Parte speciale* (a cura di PULITANÒ, D.), Volume II, Giappichelli, Torino, 2013, págs. 337 y 338.
- NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosh, Barcelona, 2012, pág. 151.
- NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 17, 28 hasta 33, 242, 254, 256 hasta 261, 263, 273, 274, 280 hasta 282, 293, 319.

- “Administración desleal”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA. F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 787 hasta 789, 791 hasta 800.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 106, 107.

- “Las causas de justificación (II). Otras causas de justificación”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 272.

- “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. 206, 208, 209, 211 y 212.

- “Los delitos societarios”, en *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial* (coord. GÓMEZ RIVERO, M. C.), Volumen II, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 275.

- “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. 29.

- “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.

- “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, 335, 339, 344.

- 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.

— “Las penas privativas de otros derechos”, en *Curso de Derecho Penal Parte General* (AAVV), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 805 y 806.

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.

— “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, 2016, Madrid, pág. 237.

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, el 11 de mayo de 2017.

ORIO 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, págs. 27, 28.

ORTEGA REINOSO, G., “Sociedades mercantiles”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Fleming, Granada, 2016, págs. 49, 50, 52, 53.

ORTS BERENGER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 262, 264, 329.

PACHECO, F., *El Código Penal Concordado y Comentado*, Tomo III, Imprenta de SAUNAQUE, S., Madrid, 1856, págs. 364, 365.

- 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, págs. 135, 136.
- “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal”, en *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2016, págs. 3, 8, 9, 12, 15, 16
- 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*, nº 194, 2013, págs. 37 hasta 42.
- “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, págs. 255, 268, 270, 271, 279.
- *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 72, 81 hasta 85, 88 hasta 90, 93, 96, 100 hasta 103, 112, 113 hasta 116, 119, 120, 121, 123, 124, 143, 146 hasta 148, 187 hasta 190, 213 hasta 232, 253, 261, 262, 263.
- PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, en *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, nº 5, 2003, pág. 1.
- “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.
- “Anatomía del deber de lealtad”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 39, 2015, pág. 62.
- “Las sociedades mercantiles”, en *Lecciones de Derecho mercantil* (dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Volumen I, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 365.

PÉREZ DEL VALLE, C., “Introducción al Derecho penal económico”, en *Curso de Derecho penal económico* (dir. BACIGALUPO, E.), Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 28, 29.

— *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 65.

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, pág. 651.

— “Grupo de sociedades”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Fleming, Granada, 2016, págs. 185, 188.

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, págs. 89 hasta 163.

PORTILLA CONTRERAS, G., “El delito de malversación”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 696, 697.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial* (6ª ed.), Atelier, Barcelona, 2011, págs. 589 hasta 591, 593, 595, 596; (7ª ed.), Tirant lo Blanch (1ª ed.), Valencia, 2015, págs. 557, 558, 578 hasta 582, 584 hasta 589.

- QUINTANAR DÍEZ, M., y ORTIZ NAVARRO, J. F., *Elementos de Derecho penal. Parte general* (dir. QUINTANAR DÍEZ, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 62, 81.
- 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-PIEDecasas, J. R.), Colex, Madrid, 2010, págs. 122 y 123.
- *Delitos societarios*, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2012, págs. 32 hasta 34.
- “Defraudaciones”, en *Compendio de la parte especial del Derecho penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 231, 232, 234.
- RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 533, 534, 536, 537.
- 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 hasta 132.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización* (dir. FARALDO CABANA, P.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 67.
- REBOLLO VARGAS, R., “Función real y función simbólica de los delitos societarios”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 26, 2006, pág. 224.

- 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-4167a04734cbb7451ca, págs. 7, 9, 11, 13, 14, 15.
- 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.
- RÍOS CORBACHO, J. M., *El administrador de hecho en los delitos societarios*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, págs. 77, 74, 82 hasta 87, 90 hasta 94, 116 hasta 118, 123 hasta 127, 133, 142 hasta 149, 152 hasta 154.
- “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, págs. 142, 144.
- ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, en *Derecho penal español. Parte especial II* (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 708, 742, 748.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 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.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 30, 95, 96, 97.
- 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, págs. 426, 466 hasta 469.
- *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 117, 120, 121.

- 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 nº 7, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 19, 30.
- ROJAS AGUIRRE, L. E., “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista penal*, nº 23, 2009, pág. 144.
- 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*, nº 114, diciembre 2014, págs. 85, 99, 100.
- 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, 368, 343 hasta 346.
- SÁEZ LACAWE, M., “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.
- “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.
- 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, 839.
- 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 nº 64, CGPJ, Madrid, 2004, pág. 112.

SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M., *Los delitos societarios*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 25 hasta 29, 36, 40, 61 hasta 65, 182, 185.

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 Órtiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 902, 903.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pág. 33.

SANTORIELLO, C., *Il nuovo diritto penale delle società. Le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capital e delle cooperative*, UTET, Torino, 2003, págs. 3, 4, 245, 248 hasta 250, 254, 258, 260, 267.

— “La tutela del patrimonio societario”, en *La disciplina penale dell’economia. Società, fallimento, finanza* (a cura di SANTORIELLO, C.), Volume primo, Giappichelli, Torino, 2008, pág. 174 hasta 177, 179, 180 hasta 183, 186, 187, 188.

SCIUMBARA, G., *I reati societari* (a cura di LO CASCIO, G.), Giuffrè, Milano, 2008, pág. 122, 124, 125.

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, págs. 175.

SEELMANN, K., “Societat de risc i dret penal”, en *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, nº 1, 1994, págs. 272 y siguientes.

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, págs. 77, 78, 110, 522, 598, 601, 602, 623 hasta 629.

- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 533, 534, 552, 553.
- 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, págs. 213 hasta 237.
- “Delitos societarios”, en *Curso de Derecho penal. Parte especial* (coords. AAVV.), Dykinson, Madrid, 2012, págs. 388.
- SILVA CASTAÑO, M. L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 60 hasta 67.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 65 hasta 74, 76.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, B de f, Buenos Aires, 2011, págs. 11, 12, 13.
- “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, págs. 38, 39.
- 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, págs. 16, 17.
- “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, págs. 17, 24, 25, 28.

- TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español y alemán)*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 237.
- *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 89 hasta 91.
- 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.
- VALENTINI, V., “Commento art. 2634 c.c. Infedeltá patrimoniale”, en *Codice Penale commentato. Artt. 575-734 bis* (a cura di DOLCINI, E., y GATTA, L., coord. GATTA, L. G.), Ipsoa, Milano, 2011, pág. 7131, 7132, 7135,
- VALENZUELA GARACH, J., “Sociedad anónima (I)”, en *Derecho de sociedades y otros operadores del mercado* (coord. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), Fleming, Granada, 2016, págs. 80 hasta 83.
- VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 1333, 1335.
- 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, págs. 1466, 1467.
- 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, págs. 620 hasta 622.
- 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 DUEÑAS, A.), Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 439.

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, pág. 220 hasta 227, 267, 310, 318, 322 hasta 325, 360 hasta 363, 396 hasta 399, 427, 433

VERDÚ CAÑETE, M. J., “El concurso: declaración y órganos”, en *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal* (AAVV), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 236.

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, págs. 447, 448.

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, págs. 24 hasta 62.

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.

ZANNOTTI, R., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Giuffré. Milano, 2008, págs. 278, 279, 282, 285, 286,

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid, 1988, págs. 60.

— “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, pág. 25.

— “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, pág. 206

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Supremo:

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)

23 de junio de 1973 (RJ 1973\2896)

17 de marzo de 1981 (RJ 1981\1184)

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 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)

11 de julio de 2005 (RJ 2005\5418)

28 de junio de 2005 (RJ 2005\9307)

30 de junio de 2005 (RJ 2005\6513)

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 julio 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)
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\4643)

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)

12 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6331)

2 de junio de 2015 (RJ 2016\6668)

2 de junio de 2015 (JUR 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)

10 de octubre de 2015 (RJ 2016\96)

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)
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 (JUR 2016\5767)
15 de marzo de 2016 (RJ 2016\974)
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)
26 de enero de 2017 (RJ 2017\349)
29 de marzo de 2017 (JUR 2017\81577)
6 de abril de 2017 (JUR 2017\85943)
19 de junio de 2017 (JUR 2017\176669)

Sentencias de la Audiencia Provincial:

Gerona, 4 de mayo de 2000 (ARP 2000\1667)

Sevilla, 27 de octubre de 2000 (ARP 2000\2548)

Barcelona, 24 de noviembre de 2000 (ARP 2000\2837)

Burgos, 27 de noviembre de 2001 (ARP 2002\266)

Cantabria, 8 de junio de 2001 (ARP 2002\59)

Sevilla, 22 de marzo de 2002 (JUR 2002\162975)

Madrid, 27 de enero de 2003 (JUR 2003\196138)

Granada, 28 de enero de 2003 (ARP 2003\421)

Lleida, 4 de noviembre de 2003 (JUR 2004\108522)

Orense, 4 de junio de 2003 (JUR 2003\185276)

Sevilla, 18 de mayo de 2004 (JUR 2004\199204)

Burgos, 24 de febrero de 2005 (JUR 2005\12002)

Guipúzcoa, de 16 junio de 2008 (JUR 2009\10702)

Zaragoza, 24 de noviembre de 2008 (ARP 2009\290)

Burgos, 25 de mayo de 2009 (ARP 2009\715)

Madrid, 23 de octubre de 2009 (ARP 2010\159)

Madrid, 29 de enero de 2010 (JUR 2010\125803)

Albacete, 22 de julio de 2010 (JUR 2010\309427)

Murcia, 3 de diciembre de 2010 (JUR 2011\51145)

Almería, 14 de febrero de 2011 (JUR 2012\45067)

Madrid, 14 de marzo de 2011 (JUR 2011\168052)

Las Palmas, 11 de junio de 2012 (RJ 2012\295482).

Guadalajara, 9 de julio de 2012 (ARP 2012\604).

Jaén, 30 de noviembre de 2012 (JUR 2013\142642)

Madrid, 11 de diciembre de 2012 (JUR 2013\65850)

Burgos, 3 de septiembre de 2013 (ARP 2013\1122)

Cádiz, 4 de noviembre de 2013 (JUR 2014\275879)

Castellón 5 de diciembre de 2013 (JUR 2014\164734)

Santa Cruz de Tenerife, 10 de enero de 2014 (ARP 2014\372)

Córdoba, 2 de abril de 2014 (ARP 2015\409)

Madrid, 11 de abril de 2014 (JUR 2014\166441)

Vizcaya, 6 de junio de 2014 (JUR 2014\240409)

Pontevedra, 2 de julio de 2014 (ARP 2014\947)

Sevilla, 14 de abril de 2015 (ARP 2015\1123)

A Coruña, 17 de junio de 2015 (JUR 2015\180107)

Santa Cruz de Tenerife, 18 de junio de 2015 (JUR 2015\247601)

Barcelona, 13 de abril de 2015 (ARP 2016\223)

Tarragona, 19 de octubre de 2015 (JUR 2015\4509)

Las Palmas, 20 de noviembre de 2015 (ARP 2016\177)

Zamora, 26 de noviembre de 2015 (JUR 2015\306379)

Alicante, 16 de diciembre de 2015 (ARP 2016\710)

La Rioja, 17 de diciembre de 2015 (JUR 2016\20629)

Zaragoza, 12 de enero de 2016 (ARP 2016\138)

Alicante, 22 de enero de 2016 (JUR 2016\141927)

Barcelona, 28 de enero de 2016 (JUR 2016\71607)

Toledo, 1 de febrero de 2016 (ARP 2016\209)

Santa Cruz de Tenerife, 1 de marzo de 2016 (ARP 2016\439)

Murcia, 17 de mayo de 2016 (JUR 2016\154183)

Madrid, 13 de junio de 2016 (JUR 2016\275878)

Valladolid, 6 de julio de 2016 (JUR 2016\195452)

Madrid, 1 de diciembre de 2016 (JUR 2017\9073)

Cuenca, 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017\5789)

Autos de la Audiencia Provincial:

Barcelona, 25 de marzo de 2004 (ARP 2004\381)

Madrid, 5 de julio de 2006 (JUR 2006\130504)

Madrid, 29 de enero de 2010 (JUR 2010\125803)

Madrid, 14 de marzo de 2011 (JUR 2011\168052)

Madrid, 15 de julio de 2011 (JUR 2011\323676)

Jaén, 30 de noviembre de 2012 (JUR 2013\142642)

Córdoba, 2 de abril de 2014 (ARP 2015\409)

Barcelona, 13 de abril de 2015 (ARP 2016\223)

Tarragona, 19 de octubre de 2015 (JUR 2015\4509)

Alicante, 16 de diciembre de 2015 (ARP 2016\710)

NOTA FINAL

Un caluroso día de mayo de 2016 tuve que realizar una exposición en el Paraninfo de la Universidad de Granada en la que mi labor consistía en explicarles a los alumnos qué era un doctorado, en qué consistía y cuáles eran los objetivos que podían alcanzarse con su elaboración. Tras mi intervención varios alumnos me hicieron diversas preguntas pero sin duda la que más se ha repetido en mi cabeza durante la realización de este trabajo ha sido la de uno de ellos: *¿Podrías explicarme cómo es un día de un doctorando?*, me dijo. Ese día, tras un gran esfuerzo por no caer en el pesimismo que muchas veces nos envuelve a los doctorandos cuando pensamos que nuestros días se reducen a estudio y soledad, le narré como era un día como doctoranda:

Me levanto a las 08.00. Tras un breve desayuno, llamo a mi Director de Tesis: D. Miguel Olmedo Cardenete. Después de varios años a su lado solo cabe una palabra que pueda definir mi sentimiento hacia él: admiración, tanto académica como personal. Tengo la suerte de tener un Maestro que –sin excepción– dentro de las aulas me enseña grandes lecciones de Derecho Penal, que escucho atenta, y que desde el mayor respeto por la persona de la que provienen intento hacerlas mías; que fuera de las aulas pero aún dentro de la Universidad, me enseña a respetar a ésta como Institución, a todos los profesores que la forman y a los alumnos que cada día le dan sentido; y por último, y ya fuera de la Universidad, me enseña valores éticos y personales, que definen a las personas que como él tienen como base en su hacer la humildad y la buena fe. Cualquier reconocimiento es insignificante. Gracias por todo.

Después de la conversación, organizo mi día. Hoy tengo que ir a la que viene siendo mi Universidad desde hace más de diez años, a la que le debo la formación académica obtenida hasta ahora y mi afán por la búsqueda del conocimiento; acudiré al Decanato de la Facultad de Derecho, y al Departamento de Derecho Penal. A ambos les agradezco permitirme desarrollar mi labor como investigadora, y en concreto a sus integrantes que han mostrado interés por el desarrollo de este trabajo, sus palabras de ánimo y apoyo constante.

Es casi medio día, no estoy cansada pero necesito enviar unos correos. Para ello, me siento en uno de los bancos del patio principal. Recuerdo Módena. Durante mi estancia en la Universidad de dicha ciudad, han sido muchas las mañanas que me sentaba en el

claustro del *Dipartimento di Giurisprudenza* intentado enumerar las diferencias y similitudes que habían entre éste y –en esos días lejano– el de la Facultad de Derecho de Granada. El Profesor Luigi Foffani me ha dado la oportunidad de poder participar en la vida universitaria de una Facultad, que bajo una excelente de dirección, me facilitó conocer el tratamiento de la *infedeltà patrimoniale*, así como el Derecho Penal Italiano en general. Gracias a él, a Donato Castronuovo, Massimo Donini, Adán Nieto (con quien tuve la suerte de coincidir durante mi estancia), a los doctorandos del Aula 40 y a Gabriella Liberatori, por hacerme sentir parte de la familia que forman. Ahora solo espero poder volver pronto.

Son las 14.30 y es jueves, así que me dirijo hacia el Real Colegio Mayor San Bartolomé y Santiago. Durante mis años como universitaria (y doctoranda) he tenido la “suerte” de poder continuar mis estudios en casa, junto a mis padres. A diferencia de otros compañeros, no tuve que trasladarme fuera de mi ciudad para estudiar. Tal circunstancia ha conllevado que haya ganado personalmente en algunos aspectos y perdido en otros. Tras varios años, debo reconocer que no solo han mejorado mis conocimientos sobre la administración desleal, sino también en relación con la forma de vivir en un Colegio Mayor. Ahora sí puedo reconocer que cualquier universitario debería –al menos durante un año académico– acudir a un lugar donde se enseñan lecciones que no están en los libros pero que sin ninguna duda resultan incluso más necesarias que las que pueden extraerse de éstos. Le estoy muy agradecida a su Rector Don José Luis Pérez-Serrabona, y a los miembros de personal y dirección, porque me han mostrado un mundo que para mí era desconocido y del que nunca pensé que podría disfrutar tanto como espectadora.

A las 20.30 vuelvo a casa. Mis padres me esperan. Ellos son sin duda los cooperadores necesarios de este trabajo tanto moral como económicamente. Ambos me han acompañado, me han guiado y sobre todo han contribuido a que lograrse obtener el mejor resultado dentro de mis posibilidades. Por ello, no se merecen solo una mención al principio de este trabajo sino también en esta nota final.

Después llegan a casa el resto de mi familia materna: mis abuelos (ojalá eternos), tíos y primos. Parece que hoy cenan en casa. Que difícil e incompresible resulta la convivencia del doctorando con el resto de sus familiares; y que fácil pueden hacer que te olvides durante unas horas de las seis líneas que recogen el delito del artículo 252 CP. Tanto ellos,

como Ana y Manolo, y también Silvia, se han preocupado siempre por esta Tesis y lo que es más importante aún: han facilitado la realización de la misma.

Mientras ordeno mis manuales y hago un esquema en relación con el estudio de mañana, respondo a varias llamadas de teléfono y whatsapps de mis amigos. La amistad durante los años de estudio se hace más verdadera y sobre todo más selectiva: a los que han entendido que mi ausencia estaba justificada y han seguido siendo prudentes esperando el depósito de mi tesis, a los que sin pedírselo han sabido cuando tenían que venir a casa a verme, a los que sé que esperan con ilusión que esta etapa termine, entre otros, a esos, espero devolverles lo que ellos me han dado durante este tiempo.

El día está acabando, son las 22.00 y me quedan aún dos horas para dormir. Tocan a la puerta: Gabriel. Por fin el camino sobre el que avanzamos parece ver la luz –y tú, mejor que nadie entiendes el sentido de esta palabra–. Espero empezar en unas semanas una nueva etapa juntos con la misma ilusión que hace años comenzamos la que aún hoy vivimos en la Plaza de la Universidad. Reúno un homenaje y unas disculpas para quien me lleva esperando meses y ahora merece ser mi prioridad.

Tras mi intervención, pensé que quizá le había planteado al alumno la realización de una tesis como algo monótono y rutinario, lo que me llevó a analizar las palabras que había pronunciado horas antes. Evidentemente advertí que, según la etapa en la que se encontrara mi Tesis, algunas obligaciones primaban sobre otras y ello hacía que hubiese diferencias entre mis días de estudio. No obstante, valoré algo más. En concreto, me di cuenta de que no todos los días hacía lo mismo pero sí que durante todo este tiempo habían estado presentes en mi investigación las mismas personas, las que de una forma u otra he mencionado anteriormente. Por este motivo, a ellos, desde el primero hasta el último les agradezco su apoyo, comprensión y palabras. Especialmente por enseñarme que la expresión que todos – y no hago uso en este momento de la hipérbole como recurso literario– han pronunciado en más de una ocasión: “te estamos esperando”, está a un paso de hacerse realidad. Todo llega.

En Ugíjar, a 24 de mayo de 2017

