



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Análisis doctrinal y jurisprudencial del delito de
administración desleal

Autora

Beatriz Salvador Floría

Directora

Carmen Alastuey Dobón

Facultad de Derecho
2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN	4
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	5
2.1. El delito societario de administración fraudulenta introducido por la Ley Orgánica 10/1995	5
2.2. El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal.....	11
3. ESTUDIO DOCTRINAL	14
3.1. Bien jurídico protegido	14
3.2. Sujeto activo del delito: el administrador de hecho o de derecho.....	17
3.3. Sujeto pasivo: el titular del patrimonio administrado	19
3.4. Elementos objetivos del tipo	20
3.4.1. Conducta típica	20
3.4.2. Objeto de la acción: el patrimonio administrado	23
3.4.3. Resultado: exigencia de perjuicio patrimonial.....	24
3.4.4. La comisión por omisión	27
3.5. Elementos subjetivos del tipo	29
3.6. Penalidad.....	31
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	32
BIBLIOGRAFÍA	42
JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	43

ABREVIATURAS

Art. – Artículo

Cit. – Citado

Coords. – Coordinadores

CP – Código Penal

Dir. – Directores

LO – Ley Orgánica

LSC – Ley de Sociedades de Capital

MF – Ministerio Fiscal

SAN – Sentencia de la Audiencia Nacional

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente Trabajo de Fin de Grado es realizar un análisis doctrinal y jurisprudencial del delito de administración desleal recogido en el artículo 252 del Código Penal. Esta figura delictiva sanciona las conductas de aquellos que ostentan facultades de administración sobre un patrimonio ajeno y que actúan excediéndose en el ejercicio de las mismas, causando un perjuicio en el patrimonio administrado.

La regulación de la administración desleal en el ordenamiento jurídico español ha sido objeto de reforma influenciada por la regulación y doctrina alemanas. Asimismo, este delito tiene una gran relevancia en el ámbito empresarial. Es por ello por lo que el legislador llegó a regularlo como delito societario en el hoy derogado artículo 295 del Código Penal. Actualmente, la infracción penal en su redacción del artículo 252, puede ser cometida en esferas diferentes a la societaria, siendo lo relevante la especial posición del sujeto activo con respecto al patrimonio en el que se produce el perjuicio.

Se trata de un ilícito penal que ha sido objeto de amplia discusión por parte de la doctrina y sobre el que es posible encontrar una gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo que tienen como finalidad la aclaración de los aspectos más relevantes del mismo y su distinción de figuras afines como la del delito de apropiación indebida.

El trabajo se va a estructurar realizando, en primer lugar, una exposición de la evolución legislativa del delito hasta la regulación actual tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015. Seguidamente, se analizarán las distintas opiniones de la doctrina relativas a los elementos principales del delito: tanto acerca del bien jurídico protegido por el mismo, como de los sujetos que participan en la comisión delictiva y de los elementos objetivos y subjetivos que constituyen el tipo. Asimismo, se expondrán las penas con las que se castiga la comisión del ilícito penal. Para finalizar, se presentará una compilación de las sentencias más importantes del Tribunal Supremo sobre el delito objeto de estudio.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

2.1. El delito societario de administración fraudulenta introducido por la Ley Orgánica 10/1995

Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no existía en nuestro ordenamiento jurídico la tipificación del delito de administración desleal, ni con un tipo genérico ni con un tipo específico de delito societario. La única posibilidad de castigar estas conductas de gestión desleal consistía en la interpretación en sentido amplio del delito de apropiación indebida contenido en el art. 535 del CP de 1973. De esta forma, la jurisprudencia entendía que se realizaba el tipo delictivo en su modalidad de “distracción” en el supuesto de que se produjera un perjuicio patrimonial por utilización indebida del dinero recibido sin ser necesario una acción de incorporación al patrimonio del autor ni el *animus rem sibi habendi*¹.

Por lo tanto, a pesar de que la jurisprudencia había cubierto en cierta medida la laguna de punibilidad existente hasta el momento, era evidente la necesidad de actuación legislativa que concretara las acciones típicas en los supuestos en los que no se producía una apropiación en sentido estricto. Tratando de aportar una solución al problema, la LO 10/1995 introdujo el delito de administración fraudulenta del art. 295 del CP de 1995². Se trataba de un delito societario ya que únicamente tipificaba aquellas conductas de administración fraudulenta cometidas en el seno de sociedades mercantiles, dejando las relativas a patrimonios de personas físicas fuera del alcance de la conducta típica y a merced del mantenimiento de la interpretación en sentido amplio de la apropiación indebida.

¹ “El art. 535 CP no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal no lo hacen distrayendo el dinero de cualquier manera” (STS 1730/1994 de 14 de marzo).

² “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, cuentaparticipes 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” (art. 295 CP 1995).

Vamos a analizar a continuación las peculiaridades de este delito societario. En primer lugar, tal y como se desprendía del precepto legal, se trata de un delito especial por lo que solamente podían ser autores “*los administradores de hecho o de derecho o socios de cualquier sociedad constituida o en formación*”. Los administradores de derecho son aquellos que ostentan un título válido debidamente inscrito en el Registro Mercantil o aquellos a los que la ley les confiere facultades de administración sobre el patrimonio de una sociedad, como por ejemplo los consejeros delegados en las sociedades anónimas. Por otro lado, los administradores de hecho se corresponden con las personas que tienen poder de disposición o de contracción de obligaciones a pesar de no contar un nombramiento válido para el ejercicio de dichas funciones. En este sentido, en la problemática relativa a los testaferros, se entendía que estos últimos eran irresponsables penalmente cuando no concurrían en ellos los elementos subjetivos del tipo, siendo considerado autor en estos supuestos la persona que verdaderamente se encontraba detrás de la acción y utilizaba a los testaferros como un mero instrumento. Además, cabe señalar que parte de la doctrina consideraba innecesaria la mención expresa a los socios como posibles autores del delito de administración fraudulenta ya que únicamente aquellos socios que eran administradores de hecho o de derecho de la sociedad podrían realizar la conducta típica³.

Según se recogía en el art. 295 CP 1995, el autor del delito debía actuar *en beneficio propio o de un tercero*. Algunos autores consideraban que se trataba de un elemento objetivo del tipo y que por consiguiente era preciso que se obtuviera un beneficio de cualquier clase para que se tuviera por cumplida la acción delictiva. Si se aceptaba esta interpretación, quedarían impunes las actuaciones de administración fraudulenta que, aun causando efectivamente un perjuicio patrimonial, no consiguieran reportar ningún beneficio al autor o a un tercero. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, de forma acertada bajo mi punto de vista, entendía que formaba parte del tipo subjetivo y se interpretaba como la necesidad de existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno independientemente del resultado producido con la acción.

³ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 259 del Código penal español y propuesta de Lege Ferenda*, Comares, Granada, 2005, pp. 327 y ss.

En lo relativo a las características de la acción típica, el delito exigía que se actuara *con abuso de las funciones propias de su cargo*, lo cual era entendido por la doctrina mayoritaria como la necesidad de que el sujeto activo realizara una infracción de los deberes propios de su función. Asimismo, en el precepto se regulaban dos modalidades diferentes de acción. Por un lado, se castigaba la acción de *disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad* y, por otro, *la contratación de obligaciones a cargo de ésta*. Con respecto a la primera de las modalidades, el artículo hacía referencia no sólo a la utilización directa de los bienes y personal de la empresa, sino también a otras formas de disponer de los mismos como, por ejemplo, otorgando préstamos encubiertos, adquiriendo acciones propias para aumentar su control sobre la sociedad o utilizando recursos sociales para la satisfacción de gastos personales⁴. Por su parte, la contratación de obligaciones a cargo de la sociedad incluía todas aquellas actuaciones de las que se derivaba una responsabilidad patrimonial de la sociedad, de tal manera que la constitución de garantías de los administradores sobre el patrimonio social podía suponer la realización de la conducta típica si concurrían el resto de elementos objetivos y subjetivos de la misma.

Además, si analizamos la conducta típica con mayor profundidad, se observa como el inciso *fraudulentamente* se incluía exclusivamente en la primera de las modalidades descritas. No obstante, la doctrina realizaba una interpretación correctiva exigiendo la fraudulencia en ambas modalidades de comisión⁵. Debemos mencionar la existencia de discusión doctrinal a la hora de determinar el significado de dicha fraudulencia con una división entre aquellos que consideraban fraudulenta la simple defraudación de la confianza, interpretando por lo tanto el término en un sentido amplio, frente a los que defendían una concepción más estricta.

Una parte de la doctrina consideraba que las acciones típicas que acabamos de describir únicamente podrían ser realizadas mediante una conducta activa, negando la posibilidad de comisión por omisión. Por el contrario, otros autores defendían la comisión delictiva en aquellos supuestos en los que la falta de actuación por parte de los

⁴ Encontramos una enumeración de las conductas que podrían incluirse en cada una de las dos modalidades según la autora en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...* cit., pp. 307 y ss.

⁵ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal: claves para la interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 41 y ss.

administradores era equivalente a la realización activa de los actos de disposición o contratación de obligaciones⁶. Por ejemplo, en los casos en los que se producía la prescripción de un derecho societario por falta de actuación de los administradores provocando un grave perjuicio patrimonial para la sociedad.

En línea con lo recientemente mencionado, el art. 295 del CP de 1995 contenía un delito de resultado, puesto que se exigía la producción de un *perjuicio económicamente evaluable*. Este elemento constituía un elemento del tipo objetivo del delito por lo que la ausencia del perjuicio patrimonial suponía la atipicidad de la conducta. Es preciso realizar una serie de aclaraciones en relación con este elemento del tipo ya que la redacción del precepto generaba dudas y discusión doctrinal sobre su interpretación. La literalidad del artículo decía lo siguiente: “*causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*”.

El primero de los problemas que se planteaba era la necesidad de generar un perjuicio “directo” a alguno de los sujetos pasivos aquí mencionados. Lo habitual era que en las conductas de administración desleal el perjuicio se produjera directamente a la sociedad, la cual no aparecía mencionada expresamente en el precepto. Sin embargo, quedaba claro que el objeto del delito lo constituía la sociedad o los bienes de la misma tal y como se desprende de la descripción de las conductas típicas explicadas anteriormente. Es por ello por lo que no tendría sentido que quedaran impunes los actos perjudiciales para la sociedad, de tal forma que la doctrina realizó diversas interpretaciones correctoras con la finalidad de entender típicas estas conductas. Algunos autores consideraban que al perjudicar a la sociedad se causaba un perjuicio directo a los socios, mientras que otros defendían que la sociedad quedaba incluida en los sujetos pasivos enumerados por ser titular de los bienes administrados. De cualquier manera, debía considerarse que cuando el resultado negativo se causaba a la sociedad, la conducta era punible puesto que en otro caso el artículo quedaría parcialmente vaciado de contenido⁷.

⁶ Sobre ello, NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 275 y ss.

⁷ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...* cit., pp. 246 y ss.

Otra dificultad que se planteaba era la evaluación económica del perjuicio. Mientras que en determinados supuestos el cálculo era sencillo y rápido, había determinadas ocasiones en las que esta tarea podía llegar a resultar muy compleja. Uno de los motivos de ello era la necesidad de incluir las consecuencias a largo plazo, es decir, las expectativas de ganancia o de pérdida. También aparecían dificultades a la hora de incluir en el cálculo aquellos factores que no se podían medir con exactitud como por ejemplo una pérdida de reputación de la empresa⁸.

Con respecto al bien jurídico protegido por el delito societario de administración fraudulenta, la doctrina mayoritaria defendía que se trataba de un delito contra el patrimonio pero al mismo tiempo algunos autores lo consideraban como un delito económico, que no sólo protegía el patrimonio sino también bienes jurídicos supraindividuales, como el *orden económico* o el *buen funcionamiento de las empresas* entre otros. Me gustaría destacar aquí el estudio realizado por MAYO CALDERÓN⁹. Esta autora entendía que el tipo penal contenido en el art. 295 CP 1995 quedaba articulado de tal manera que suponía la defensa de un bien jurídico colectivo: la *permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico*. La protección ofrecida por el tipo la justificaba por un lado como forma de tutelar los intereses individuales de los inversores que participan en sociedades anónimas cotizadas, entidades de crédito y aseguradoras y que no contaban con ningún dominio sobre la sociedad a la que habían aportado su patrimonio y por otro lado, como tutela de un bien colectivo, siendo fundamental para favorecer la participación de los ciudadanos en los distintos mercados y para potenciar el desarrollo económico del país.

Para finalizar con el análisis del antiguo delito de administración desleal, vamos a exponer la problemática doctrinal y jurisprudencial¹⁰ acerca de la distinción entre el delito analizado y el de apropiación indebida contenido en el art. 252 CP 1995¹¹. Tal y

⁸ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal... cit.*, pp. 159 y 160.

⁹ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo... cit.*, pp. 125 y ss.

¹⁰ MAYO CALDERÓN, B., *La Administración Fraudulenta en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, Nuevo Foro Penal, Nº 71, 2007, pp. 145-169.

¹¹ “Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable” (art. 252 CP 1995).

como se adelantaba al principio de este apartado, desde 1995 el nuevo delito societario de administración desleal convivía con la interpretación en sentido amplio que la doctrina otorgaba al delito de apropiación indebida de aquel entonces. En este precepto se entendían incluidas dos tipos de conducta, la *apropiación* y la *distracción*. La primera de ellas se refería al clásico delito de apropiación indebida de cosas muebles ajenas cuando el autor las incorporaba a su patrimonio con ánimo de lucro, mientras que la segunda hacía mención a la gestión desleal del que perjudicaba el patrimonio que tenía a su disposición mediante la distracción del mismo sin necesidad de existencia de un ánimo de lucro sino únicamente del dolo que abarca el conocimiento y voluntad de causar un perjuicio con la acción. Por lo tanto, el art. 535 CP 1973 había sido sustituido por el art. 252 CP 1995, mientras que el nuevo art. 295 CP 1995 sirvió para complementar las disposiciones sancionadoras del 252.

Según la jurisprudencia contenida en la STS 224/1998, de 26 de febrero, que resolvía el caso “Argentia Trust”, había supuestos en los cuales se producía un concurso de leyes, debido a que una misma acción podía ser castigada por los dos preceptos al ser incluida en ambas conductas típicas. El Tribunal estableció que este conflicto debía solucionarse por el principio de alternatividad del art. 8.4 CP a favor del art. 252 CP 1995 que contenía la pena más grave¹². Posteriormente, el TS determinó que este conflicto también podía resolverse por el principio de especialidad del art. 8.1. CP siendo la distracción del *dinero* del art. 252 la regla especial frente a la general del 295 que se refería genéricamente a los *bienes* de la sociedad.

La STS 867/2002, de 29 de julio, sobre el caso “Banesto” supuso un cambio doctrinal sobre la concepción de la relación entre estos dos delitos. Mientras que en la sentencia de 1998 se defendía la teoría de los “círculos secantes”, en esta nueva sentencia el TS sostuvo la teoría de los “círculos tangentes”. El administrador se situaría en el punto de confluencia entre ambos círculos pudiendo cometer uno u otro tipo delictivo en función de las conductas que realizara pero en ningún caso se producía un concurso de

¹² “Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave” (STS 224/1998 de 26 de febrero).

normas entre ambos preceptos. Ambos delitos poseían un contenido de injusto autónomo: en el delito del art. 252 CP 1995 se tutelaba “el patrimonio” frente a maniobras del administrador en beneficio propio, mientras que en el delito societario del 295 se protegían los “vínculos de lealtad y fidelidad” que unían a los administradores con la sociedad¹³. En la práctica, aunque esta nueva interpretación jurisprudencial rompía con la anteriormente defendida por el Tribunal, se continuó aplicando la teoría de los círculos secantes del caso “Argentia Trust” pero sirvió para alentar la discusión doctrinal en torno a este asunto.

Bajo mi punto de vista personal, comparto la opinión de la existencia de dos conductas diferenciadas contenidas en el delito de apropiación indebida del antiguo del art. 252 CP. Entiendo que este precepto, además de la apropiación tradicional de bienes muebles, incluía un tipo de administración desleal genérico en los supuestos de distracción de dinero. Por su parte, el art. 295 CP 1995 hacía referencia a un nuevo tipo específico que sancionaba las conductas de administración desleal referidas exclusivamente a los administradores de las sociedades de capital. Considero que el contenido de lo injusto en ambos delitos era el mismo, tratándose de delitos contra el patrimonio, que además suponían una ruptura de los vínculos de confianza y lealtad que se depositaban en la persona designada como administrador de los bienes de un patrimonio ajeno. No obstante, entiendo que el delito societario del art. 295 aportaba algo más, ya que abarcaba no sólo el patrimonio, sino también una mayor vocación de protección dirigida al ámbito empresarial y al mantenimiento del orden socioeconómico.

2.2. El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Código Penal

En este contexto de amplia discusión doctrinal acerca de la regulación del delito de administración fraudulenta en el ordenamiento jurídico español, se hacía patente la necesidad de una tipificación más minuciosa, que incluyera un precepto separado para

¹³ “Afirmamos 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” (STS 867/2002 de 29 de julio).

esta figura delictiva que le dotara de la importancia que verdaderamente revestía y que permitiera la clara distinción con el delito de apropiación indebida.

Debemos destacar aquí la influencia ejercida por las legislaciones europeas en la tipificación del actual delito de administración desleal español y en especial de la normativa alemana. El Derecho alemán contaba con tipos de administración desleal desde principios del siglo XIX, aunque su más reciente configuración tiene origen en la Ley de 1933. Actualmente, en el parágrafo 266 StGB¹⁴ se contiene el delito de deslealtad patrimonial como figura delictiva separada del delito de apropiación indebida. Según la doctrina mayoritaria, dentro del delito de administración desleal alemán se entienden incluidas dos modalidades delictivas diferentes: el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Por un lado, la primera de ellas hace referencia al abuso de las facultades del administrador en la esfera externa de la relación, al disponer del patrimonio o contraer obligaciones a cargo del patrimonio administrado. Por otro lado, el tipo de infidelidad o deslealtad protege al patrimonio ante los ataques que se producen en las relaciones internas, ya que sanciona la lesión del deber que tiene el administrador de custodiar los intereses patrimoniales ajenos¹⁵. No obstante, se debe entender que en ambas modalidades se castiga un perjuicio del patrimonio ajeno a través de la infracción del deber de protección patrimonial. En la actual regulación española del delito, a la que vamos a hacer referencia a continuación, no existe una diferenciación expresa entre ambas conductas y se considera que el precepto contiene en su ámbito de aplicación tanto los ataques internos como los externos.

De esta manera y como se viene adelantando en la anterior explicación, el ordenamiento jurídico español optó por regular de forma independiente el delito genérico de administración desleal a través de la LO 1/2015. Esta Ley supuso una reforma de la anterior regulación poniendo punto y final a la tipificación de la administración fraudulenta como delito societario. El legislador lo justifica explicando que se trata de un delito contra el patrimonio, del que puede ser víctima cualquier persona y no exclusivamente la sociedad¹⁶. Lo que se castiga con el nuevo art. 252 CP es la

¹⁴ Código Penal Alemán.

¹⁵ 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, pp. 151 y ss.

¹⁶ “La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su

extralimitación de los administradores en las facultades que le son conferidas, salvaguardando el desempeño de su cargo con la diligencia y lealtad esperadas en interés del administrado.

Además, la reforma delimita con mayor claridad los tipos penales de la administración desleal y la apropiación indebida. De este último delito se suprime la modalidad de distracción del dinero, de tal forma que la apropiación indebida del art. 253 CP comprende las conductas de apropiación por la incorporación al patrimonio propio o el ejercicio de facultades dominicales sobre las cosas muebles que se han recibido con obligación de restituirlas. Sin embargo, el que recibe como administrador dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles no tiene la obligación de devolver las mismas sino otro tanto de la misma calidad y especie. Por ello, el legislador establece que se comete el delito de administración desleal por aquellos que reciben dinero o valores con facultad de administrarlos y realizan actuaciones excediéndose de sus facultades y causando un perjuicio en el patrimonio administrado.

El apartado XV del Preámbulo de la LO 1/2015 también clarifica la relación de este nuevo delito de administración desleal con el delito de malversación, constituyéndose este último como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. Se incluyen por tanto en la malversación tanto las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, como otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.

Con todo ello, a partir de 2015, la figura delictiva de administración desleal se encuentra ubicada en el Capítulo VI del Título XIII, relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en la Sección 2. La actual redacción del art. 252 del CP es la siguiente:

“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

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”. (Así el Preámbulo XV, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

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 continuación, vamos a realizar un análisis doctrinal pormenorizado de cada uno de los elementos que constituyen el tipo delictivo objeto de estudio en este trabajo.

3. ESTUDIO DOCTRINAL

3.1. Bien jurídico protegido

En primer lugar, con respecto al bien jurídico protegido en la figura delictiva de administración desleal del art. 252 CP, el legislador deja claro en el apartado XV del Preámbulo de la LO 1/2015 que se trata de un delito contra el patrimonio. Por lo tanto, se desprende de la finalidad objetiva del precepto que ya no nos encontramos ante un delito societario sino que el bien jurídico que se protege con el tipo es el *patrimonio en general*, ya sea de una persona individual o de una sociedad. Además, encontramos otros soportes que justifican el patrimonio como bien jurídico: el tenor literal del precepto y la ubicación sistemática del mismo, que tal y como hemos mencionado anteriormente, se encuentra situado bajo la rúbrica de “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”.

Una vez determinado el bien jurídico protegido, vamos a tratar de delimitar su definición y para ello se exponen las cuatro teorías fundamentales sobre el concepto de patrimonio¹⁷.

La primera de ellas es la teoría jurídica. Esta teoría describe al patrimonio como un conjunto de derechos subjetivos que no necesariamente tienen un valor económico. De esta manera, lo que se protege penalmente es la relación jurídica que vincula a la persona con el bien y, por consiguiente, el perjuicio patrimonial es concebido en términos exclusivamente formales como desaparición de un derecho con independencia de la

¹⁷ VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 256 y ss.

trascendencia económica. Esta teoría ha sido superada debido a su baja correspondencia con la realidad y las dificultades que plantea a la hora de valorar la gravedad de las infracciones patrimoniales.

De otro lado, encontramos la teoría económica. Al contrario que la anterior, ésta define el patrimonio como la totalidad de los bienes valorables en dinero de una persona. Lo verdaderamente importante en esta conceptualización es que los bienes sean susceptibles de valoración económica sin importar la naturaleza jurídica de la relación por lo que la protección alcanza todos los bienes que se encuentran a disposición de un persona, aunque el origen de su poder se deba a una posición económica antijurídica. Esta forma de definir el concepto de patrimonio fue duramente criticada debido a que proporcionaba una indiscriminada protección sin sustento jurídico.

De la conjunción de ambas teorías surge la teoría mixta, que supera algunas de las limitaciones de las dos anteriores al unirlas en una única. Según esta tesis, el patrimonio está constituido por la totalidad de los bienes económicamente transables de una persona siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico. En consecuencia, solo pueden ser objetos patrimoniales aquellas relaciones establecidas por el ordenamiento jurídico susceptibles de ser consideradas objeto de una transacción económica. Esta teoría constituye la postura dominante en la doctrina española.

Para finalizar con las teorías fundamentales sobre el concepto de patrimonio, encontramos la teoría personal o funcional. En esta definición se entiende que el patrimonio no es propiamente una suma de bienes sino que su fundamento se encuentra en la relación de dominio de una persona respecto a dichos bienes. Este patrimonio estaría por tanto vinculado, en el ámbito económico, al desarrollo de la personalidad protegido por el art. 10 CE¹⁸. Por consiguiente, a la hora de determinación del daño, esta teoría tiene en cuenta la finalidad patrimonial del titular. El problema que se plantea aquí es el subjetivismo de esta finalidad y es por ello por lo que algunos autores optan por criterios

¹⁸ “En la Doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirva al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio” (STS 20999/1992 de 23 de abril).

procedimentales, es decir, por la exigencia de que el fin, para adquirir relevancia patrimonial, haya sido expresado como vinculante en la relación autor-víctima. Esto es lo que ocurre por ejemplo en la sociedades ya que el objeto social es un instrumento de personalización del patrimonio.

En este trabajo vamos a adoptar la tesis jurídico-económica del patrimonio, de tal manera que para que un conjunto de bienes sea considerado como patrimonio es preciso que exista una apariencia jurídica de buen derecho y al mismo tiempo tiene que tratarse de bienes susceptibles de encontrarse en el tráfico jurídico. No obstante, en aquellos supuestos en los que se encuentre bien definida como una relación interna entre el autor y el sujeto pasivo del delito, será preciso atender a la finalidad del titular adoptando parte de la doctrina personalista.

Ha quedado evidenciado que el bien jurídico directamente protegido por el delito de administración desleal del art. 252 CP es el patrimonio. Ahora bien, algunos autores se plantean la posibilidad de la existencia de otro bien jurídico protegido de forma mediata por el precepto, cuando el delito se comete en el ámbito de las sociedades de capital¹⁹. Se habla en estos supuestos de la protección de intereses supraindividuales tales como el orden socioeconómico. Sin embargo, no podemos aceptar esta teoría puesto que el bien jurídico protegido por un delito no se puede determinar en función del contexto o ámbito en el que se comete. Es por ello por lo que entendemos que el actual delito de administración fraudulenta tiene la función de proteger exclusivamente el patrimonio. En el supuesto hipotético de que se hubiera regulado, además del delito genérico, un delito societario que relevara al antiguo delito del art. 295 CP, sí que se podría entender incluido el orden socioeconómico como objeto de protección indirecto de este nuevo artículo. Otra posibilidad hace referencia a si se hubiera creado un tipo agravado para los supuestos de comisión del delito en el ámbito societario, en cuyo caso se incluiría un mayor desvalor de la acción típica por el hecho de cometer el delito en el seno de la sociedad y por tanto, pudiendo entenderse incluido el orden socioeconómico como bien jurídico protegido indirectamente por este tipo agravado. Sin embargo, como no se han dado así las cosas defendemos que el único bien jurídico protegido por el art. 252 CP es el patrimonio en los términos descritos en la explicación anteriormente expuesta.

¹⁹ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Dykinson, Madrid, 2019 pp. 74 y ss.

3.2. Sujeto activo del delito: el administrador de hecho o de derecho

La doctrina mayoritaria defiende que el delito de administración desleal es un delito especial propio. Esto se debe a que la relación entre el autor y el bien jurídico fundamenta el tipo, caracterizándolo de forma especial. Dicho de otra manera, sólo pueden ser autores del delito aquellos que cumplan unos requisitos concretos, que en este supuesto se materializan en tener facultad de disposición sobre un patrimonio ajeno. Asimismo, se trata de un delito de infracción de deber puesto que la administración desleal constituye una ruptura de la lealtad mediante la infracción del deber de protección patrimonial que el administrador se encuentra obligado a cumplir para salvaguardar los intereses del principal del patrimonio que administra²⁰.

Una vez realizada esta clasificación del delito, vamos a pasar a describir cuáles son esas características concretas del sujeto activo que le permiten ser responsable de la comisión del tipo delictivo contenido en el art. 252 CP.

De la redacción literal del precepto se desprende que el sujeto activo debe tener *facultades para administrar un patrimonio ajeno* y que estas pueden surgir de diversas fuentes. En el artículo se dice que estas facultades pueden venir: *derivadas de la ley*, como por ejemplo de la legislación mercantil en el caso de los administradores sociales en las sociedades de capital o de la legislación civil que otorga a los padres y tutores la facultad de administrar el patrimonio de los hijos o de los pupilos; *encomendadas por la autoridad* como en el supuesto de la administración concursal o del depositario judicial; o por último, *asumidas mediante negocio jurídico*, es decir, como consecuencia de la asunción de facultades y obligaciones de gestión o representación mediante contrato.

Queda claro por lo tanto, que independientemente de la fuente que las origine, deben existir facultades legítimas de administración de un patrimonio ajeno, ya que en otro caso no podría existir el delito. En esos supuestos, sería posible la comisión del delito de apropiación indebida del art. 253 CP si existiera un título que fundara una originaria

²⁰ VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 380 y ss.

tenencia lícita de los bienes ajenos o del 254 CP si por el contrario, no existiera dicho título, pero nunca el delito de administración desleal del art. 252 CP²¹.

No obstante, debemos señalar que no sólo los administradores que ostentan un título positivo que les acredite como tales pueden ser autores del delito, ya que se reconoce la posibilidad de que el tipo sea cometido por los “administradores de hecho”. Ya hemos referenciado esta figura en el apartado de evolución legislativa puesto que en el antiguo delito societario del art. 295 CP se utilizaba esta terminología, diferenciándolos de los administradores de derecho. Los administradores de hecho son aquellos que, sin ostentar un vínculo formal con el patrimonio administrado, en la práctica ejercen facultades de gestión o administración pudiendo disponer de los bienes del administrado existiendo por tanto un deber de cuidado y de lealtad idéntico al de los administradores de derecho.

En este sentido, tal y como señala MARTINEZ-BUJÁN²², lo verdaderamente importante es la facultad de disponer de forma autónoma del patrimonio, con cierto margen de discrecionalidad en su gestión. En consecuencia, este autor considera que no se debe limitar la descripción del sujeto activo al término de administrador, sino que podrá cometer el delito todo aquel al que le incumba el deber de cuidar el patrimonio ajeno.

Por ello, el sujeto activo del delito del art. 252 CP es aquella persona que ostenta un deber de velar por los intereses patrimoniales del administrado y que goza de facultades de disposición sobre los bienes que constituyen el patrimonio ajeno. Existe consenso en que es necesario que el autor goce de cierta autonomía en el ejercicio de dichas facultades, pero la discusión doctrinal se plantea en cuanto al grado necesario de dicha autonomía²³. Los partidarios de la doctrina de la *autonomía mínima* defienden que basta con poder actuar de modo diferente al indicado por el titular para que concurran los presupuestos de libertad necesarios para hacer al sujeto responsable de las consecuencias. Sin embargo, la exigencia de una *autonomía amplia* presupone que el titular del patrimonio desplaza al autor un segmento de su esfera patrimonial, que pasa a ser

²¹ GALLEGO SOLER, J. I., en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Dir.), VERA SANCHEZ (Coord.): *Comentarios al código penal: Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 869.

²² MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 80 y ss.

²³ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 113 y ss.

controlado y administrado por el autor del delito. Esta última tesis entiende que cuando no exista esa autonomía exigida, no significa que quien actúa no tenga deberes de no lesionar el patrimonio ajeno, sino que no los tendrá en virtud del tipo de administración desleal. En mi opinión, sí que es necesario la existencia de cierto margen de discrecionalidad y autonomía en la gestión del patrimonio para poder cumplir el tipo delictivo, y esta autonomía no se puede corresponder únicamente con la posibilidad de ejecutar o no ordenes mecánicas. Por ello, me acerco más a la postura de la autonomía amplia.

Para terminar con el análisis del sujeto activo, vamos a hacer referencia a la posibilidad de comisión del delito por personas jurídicas. La ley no lo reconoce específicamente tal y como lo hace en el art. 251 bis CP para los delitos de la Sección I referida a las estafas. Esto ha sido objeto de crítica por la doctrina puesto que en el delito de administración desleal es posible que se de la situación de que el administrador del patrimonio sea una persona jurídica. De hecho, en el art. 212 LSC se establece que los administradores de las sociedades de capital podrán ser personas físicas o jurídicas. En el supuesto de que estos administradores sociales sean personas jurídicas, deberán nombrar a una persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. Por lo tanto, y aunque no se contempla literalmente en el CP, se entiende que debería incluirse la punibilidad de este delito cuando sea cometido por personas jurídicas²⁴.

3.3. Sujeto pasivo: el titular del patrimonio administrado

En el antiguo delito societario de administración fraudulenta se concretaban los sujetos pasivos del ilícito penal en la misma redacción del precepto. Se realizaba una enumeración de los sujetos que podían ser perjudicados por la realización de la conducta típica²⁵. Por el contrario, el legislador ha optado por no realizar ninguna mención al sujeto pasivo en el nuevo delito del art. 252 CP. Como consecuencia de ello, el sujeto pasivo no tendrá por qué estar relacionado con el ámbito societario.

²⁴ VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 394-396.

²⁵ Recuérdese en este sentido la explicación realizada en el apartado de evolución legislativa. El antiguo delito de administración desleal incluía como posibles sujetos pasivos: *a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*. De esta manera, existía discusión doctrinal acerca de la posible inclusión de la sociedad como sujeto pasivo ya que no se realizaba una mención expresa a la misma como perjudicada directa del delito.

Una vez realizada esta aclaración, vamos a dilucidar quien será el sujeto pasivo del nuevo ilícito penal. Si hemos determinado que el bien jurídico protegido por el delito es el patrimonio, el sujeto que se verá afectado por la comisión del tipo será la persona que ostente la titularidad de dicho patrimonio, ya sea persona física o jurídica. Por lo tanto, el perjudicado por el delito será aquel que haya depositado la confianza en otro para que administre lealmente su patrimonio. QUINTERO OLIVARES²⁶ va un paso más allá y defiende que el sujeto pasivo será el titular total o parcial del patrimonio administrado de tal manera que se abre una amplia gama de posibilidades puesto que también podrá serlo un accionista minoritario.

Vamos a realizar mención especial al supuesto de que la sociedad sea la titular del patrimonio perjudicado. Una sociedad puede ser sujeto pasivo del delito de administración fraudulenta cuando se perjudique el patrimonio social, simplemente es preciso que la misma tenga personalidad jurídica. Sin embargo, siguiendo con esta interpretación, los socios quedarían excluidos como sujetos pasivos del delito, ya que a pesar de que la comisión del delito les repercute negativamente, esta repercusión sucede de forma indirecta a través de su participación en el patrimonio social²⁷.

3.4. Elementos objetivos del tipo

3.4.1. Conducta típica

El Proyecto español de Código Penal de 2013 optaba por seguir de forma casi literal el modelo alemán explicado en apartados anteriores, incluyendo el tipo de abuso y el de infidelidad. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la ley, la modalidad de deslealtad o ruptura de la fidelidad fue suprimida²⁸ debido a su gran crítica por parte de la doctrina alemana que llegaba incluso a poner en tela de juicio su constitucionalidad en atención a su extraordinaria amplitud.

²⁶ QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Navarra, Aranzadi, 2016, p. 676.

²⁷ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 216 y ss.

²⁸ El apartado 2 del art. 252 del Proyecto de Ley decía lo siguiente: “*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*”.

En la redacción actual del precepto se describe la acción típica exclusivamente con la siguiente frase: “*las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas*”, refiriéndose a las facultades de administración.

Parte de la doctrina ha señalado una falta de concreción de la conducta típica al abarcar únicamente la figura de abuso pero de un modo muy genérico. De esta forma, quedaría abierta la posibilidad de castigar meras infracciones de conducta del administrador pudiendo llegar a acabar sancionando una genérica falta de lealtad. Es por ello por lo que algunos autores como MARTINEZ-BUJÁN prefieren la antigua redacción del art. 295 en la que sobre la base del abuso de sus funciones, se concretaban las dos modalidades típicas de “disponer de los bienes” y “contraer obligaciones”²⁹.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que las facultades de administración tienen una faceta externa de “disponer” que encajaría en el tipo de abuso y además una faceta interna de “gestionar” y “ordenar” correspondiente al tipo de infidelidad³⁰. Por consiguiente, sí que tendrían cabida en el tipo objetivo del delito las conductas que afectaran a la esfera interna del patrimonio administrado, pero no cualquier infracción del deber de salvaguarda sino únicamente aquellas que pudieran considerarse como una gestión u ordenación de los bienes de otro.

Lo que queda suficientemente evidenciado es que la ilicitud de la conducta consiste en la utilización de las facultades de disposición en sentido contrario al que han sido lícitamente otorgadas³¹. Además de ello, el precepto legal exige la existencia de un “exceso” en el ejercicio de las facultades. El hecho de excederse en el ejercicio de las facultades de administración viene marcado por las normas y reglas internas que regulan la relación entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. No cualquier infracción de estas normas supone la comisión del delito sino únicamente aquellas más graves e indiscutibles. En este sentido, en el ámbito de las sociedades tenemos que tener

²⁹ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito...* cit., pp. 70 y ss.

³⁰ NIETO MARTÍN, A., en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO, LASCURAÍN Y NIETO, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 251 y ss.

³¹ ROMEO CASABONA, C. M., en ROMEO CASABONA / SOLA RECHE / BOLDOVA PASAMAR (Coords.): *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 374.

en cuenta la protección a la discrecionalidad empresarial recogida en el art. 226 LSC³². Las decisiones que tome el administrador social con información suficiente, en ausencia de conflicto de intereses y siguiendo un procedimiento adecuado, no generan ningún tipo de responsabilidad. Por el lado contrario, los supuestos más claros de excesos infringiendo las facultades son aquellos en los que existe un conflicto de intereses entre el administrador y el patrimonio ajeno. Un claro ejemplo de ello serían los supuestos de auto-contratación en el que se antepusieran los intereses del administrador a los del sujeto pasivo³³.

Por su parte, MUÑOZ CONDE³⁴ entiende que el término “desleal” debe interpretarse en el sentido de abuso de deber, de tal forma que podrán incluirse en este delito conductas tales como la concesión de préstamos a cargo del capital social a interés cero o sin ninguna garantía, la venta de un inmueble muy por debajo de su valor real o las remuneraciones abusivas de los administradores. A su juicio, también deberá entenderse incluido el pago de gastos personales con el dinero del patrimonio administrado. No obstante, la Audiencia Nacional condenó con la SAN 4/2017 de 23 de febrero en el caso de las *tarjetas black* a los miembros del Consejo de Administración de Bankia que usaron tarjetas de crédito de la entidad para realizar cargos personales, por un delito continuado de apropiación indebida y no por un delito de administración desleal de entonces vigente art. 295 CP 1995. Esto demuestra que las diferencias entre las conductas típicas de ambos delitos son muy sutiles.

En definitiva, la conducta típica del delito de administración desleal consiste en la infracción del administrador que comete excediéndose en el ejercicio de sus facultades de administración del patrimonio ajeno. Es decir, se produce un incumplimiento del deber de lealtad y de velar por los intereses del patrimonio administrado. De esta manera, considero que el art. 252 CP no solamente abarca conductas consistentes en el ejercicio eficaz de la facultad de celebrar negocios jurídicos que vinculen al patrimonio administrado frente a terceros, sino que incluye al mismo tiempo los actos de

³² “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” (art. 226.1 LSC).

³³ NIETO MARTÍN, A., en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO, LASCURAÍN Y NIETO, *Derecho Penal ... cit.*, p. 256.

³⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 397.

administración y de gestión del patrimonio que suponen un exceso del límite en la relación interna causando un perjuicio para el patrimonio en cuestión. Por todo ello, deberán entenderse comprendidas como conductas típicas tanto los excesos en el ejercicio de la capacidad de disposición frente a terceros, como puede ser la adquisición de un bien por un valor excesivamente elevado; como los excesos en el ejercicio de las capacidades de ordenación y de gestión en el ámbito interno, por ejemplo el pago de gastos personales o la utilización de bienes de manera distinta a la pactada.

3.4.2. Objeto de la acción: el patrimonio administrado

El objeto material de la acción está constituido por todos aquellos bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio sobre el cual se ejercen de manera abusiva las facultades de administración, esto es, cualquier elemento cuya titularidad corresponda al administrado con independencia de su naturaleza jurídica³⁵. Por consiguiente, se entienden incluidos tanto bienes muebles e inmuebles como derechos, activos o pasivos financieros, así como otros de diferente naturaleza. De esta manera, el objeto de la acción descrito coincide con el bien jurídico protegido por el delito: el patrimonio del administrado. Debemos atender en consecuencia a las diferentes definiciones de patrimonio acuñadas por la doctrina resumidas en el apartado correspondiente al bien jurídico³⁶.

Es preciso señalar que no resulta necesario que el objeto material sea el patrimonio íntegro del sujeto pasivo sino que el objeto de la acción delictiva puede ser una parte o conjunto de activos del mismo, como por ejemplo una cartera de acciones. Lo que ocurre es que cuando el autor actúa de manera desleal, no diferencia entre los elementos que componen el patrimonio sino que su acción se refleja sobre el patrimonio en su conjunto. Además, hay que tener en cuenta que en los supuestos de contracción de obligaciones en los que se produce un perjuicio al patrimonio del administrado, el objeto material continúa siendo el patrimonio ya que el aumento del pasivo supone una disminución del patrimonio total en administración.

³⁵ VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 374-378.

³⁶ Recuérdese que en este trabajo se ha adoptado la teoría mixta o tesis jurídico-económica del patrimonio.

En la doctrina existe una amplia discusión acerca de la inclusión de las expectativas de ganancia como posible objeto material de la acción que forma parte del patrimonio³⁷. Los autores que consideran excluidas todo tipo de expectativas del objeto del delito fundamentan su tesis en que el no incremento del patrimonio no supone en ningún caso un perjuicio patrimonial para el administrado. No obstante, apoyo la teoría defendida por aquellos que entienden que las expectativas de ganancia no realizadas por el administrador sí que pueden suponer una infracción en el ejercicio de las funciones propias de su cargo causando un perjuicio para el patrimonio administrado. El administrador está dejando de atender a su obligación de salvaguarda y es por ello por lo que no se produce el incremento que debería tener lugar en el patrimonio ajeno. Eso sí, las expectativas deben de cumplir una serie de requisitos para poder ser consideradas parte del patrimonio objeto de la conducta típica. Tiene que tratarse de expectativas determinadas, que tengan como base un derecho subjetivo y sobre las que exista certeza de que su materialización iba a suponer un aumento cuantificable económicamente del patrimonio.

3.4.3. Resultado: exigencia de perjuicio patrimonial

El delito de administración desleal puede ser calificado como un delito de resultado material y de lesión. Esto es así debido a la exigencia de producción de un perjuicio patrimonial para la consumación formal del delito. El resultado de la acción típica se constituye como un elemento objetivo del tipo siendo imprescindible para la comisión del ilícito penal. En el precepto se exige que la infracción de las facultades *causen un perjuicio en el patrimonio del administrado*. Además, el apartado 2 del art. 252 CP interpretado a *sensu contrario* permite entender que ese perjuicio tiene que ser superior a la cantidad de 400 euros.

En el anterior delito societario del art. 295 CP se exigía que se causase *directamente un perjuicio económicamente evaluable*. Esta expresión ha sido superada, ya que podía ser interpretada en el sentido estricto del concepto económico del patrimonio. En su lugar, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2012 caracterizaba el perjuicio patrimonial de un modo más amplio, adoptando un concepto

³⁷ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 228 y ss.

personal o funcional del patrimonio e incluyendo la puesta en peligro del patrimonio administrado como una forma de perjuicio patrimonial³⁸. Según este texto, se entendía que la producción del perjuicio ocurría no únicamente con la disminución del activo patrimonial sino también con la falta de incremento del mismo o cuando su integridad se exponía a una situación de peligro relevante. Sin embargo, en la parte dispositiva de redacción del precepto no se aclaraba el concepto de perjuicio patrimonial en la línea de la Exposición de Motivos³⁹. Es por ello por lo que se eliminó toda referencia a la puesta en peligro del patrimonio en la reforma de 2015, y actualmente en la redacción del art. 252 CP no tiene cabida la tipificación de conductas exclusivamente de peligro. En este sentido, una conducta de riesgo que ponga en peligro el patrimonio del administrado, sólo podrá ser penalmente típica si se produce una causación efectiva del perjuicio patrimonial. En otro caso no ocurrirá la consumación del delito por lo que la conducta quedará impune, sin perjuicio de la posible responsabilidad por tentativa si el resultado no ha llegado a producirse por causas ajenas a la voluntad del administrador⁴⁰.

Aclarados estos extremos, el delito de administración desleal se configura como un delito de resultado con la exigencia de la producción del mismo para la consumación del ilícito penal. Se plantea ahora la problemática de determinación o cálculo del perjuicio patrimonial. Este cálculo deberá realizarse en atención al concreto tipo de conducta que se este analizando.

Lo normal es que se utilice el principio de saldo para la determinación del perjuicio patrimonial. Esta herramienta consiste en comparar las entradas y salidas de activos y pasivos en el patrimonio para determinar la disminución total derivada de las actuaciones del administrador. Se trata por tanto de comparar la situación patrimonial

³⁸ “La norma precisa 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. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la 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” (Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2012).

³⁹ En este sentido, véase el Informe del Consejo Fiscal de 2012, p. 231 y el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2012, p. 198.

⁴⁰ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito...* cit., pp. 83 y ss.

anterior y posterior a la actuación ilícita del autor⁴¹. Sin embargo, para aquellos supuestos en los que no se produce una disminución efectiva del patrimonio sino una falta de incremento del mismo no es posible realizar esta comparación. En estos casos hay que comparar la situación real del patrimonio administrado antes de la actuación del administrador con la situación hipotética en caso de que éste hubiera actuado conforme a deber.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el daño patrimonial puede ir intensificándose progresivamente con el paso del tiempo, por lo que es preciso determinar el momento de consumación del delito. Para poder entender consumado el delito resulta necesario constatar un daño relevante definitivo sin posibilidad de reversión por parte del autor. Además, durante la utilización del principio de saldo para el cálculo del perjuicio patrimonial causado al administrado, no podemos olvidarnos de que el comportamiento típico del autor no genera únicamente pérdidas sino que también puede generar ganancias. En este sentido, debe utilizarse el criterio del “plan global” que obliga a tener en cuenta todos los efectos de la actuación del administrador y no solamente los negativos.

De otra parte, en el ámbito empresarial es posible que el criterio de la frustración de la finalidad pretendida ofrezca mayores ventajas. A través de este criterio se puede analizar en que medida la conducta típica supone una frustración relevante de los fines perseguidos por los órganos sociales de la entidad o por el titular de patrimonio⁴². Con este criterio, se entiende que el autor causa un perjuicio cuando atenta de manera expresa contra las instrucciones que se le han dado acerca de cómo gestionar los bienes.

Los problemas que se plantean en el cálculo del perjuicio incluyen, además de la identificación de los conceptos que deben entenderse incluidos en el mismo, la cuantificación que se les debe de atribuir. Esto ocurre por ejemplo con aquellos factores que no se pueden cuantificar con exactitud, como la mejora de la reputación de la sociedad o de la motivación de los trabajadores. Estos factores se deben tener en cuenta a la hora de determinar el perjuicio patrimonial, ya que en otro caso se podría apreciar el delito de

⁴¹ NIETO MARTÍN, A., en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO, LASCURAÍN Y NIETO, *Derecho Penal ... cit.*, pp. 262 y ss.

⁴² GALLEGO SOLER, J. I., en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Dir.), VERA SANCHEZ (Coord.): *Comentarios... cit.*, p. 873.

administración desleal en supuestos en los que verdaderamente se está realizando una inversión racional de los recursos económicos de la empresa. El problema se plantea acerca del cómo se puede calcular el valor real de estos factores subjetivos. Esto ocurre también con las consecuencias a largo plazo y las expectativas de pérdidas y de ganancias. Para poder cuantificarlas se tendrá que acudir a un criterio de racionalidad económica del plan o estrategia del autor⁴³.

3.4.4. La comisión por omisión

En este apartado se pretende aclarar la discusión doctrinal relativa a la posibilidad de la comisión por omisión de la figura delictiva de administración desleal. La problemática consiste en establecer en que supuestos la no evitación del resultado es punible al ser equivalente a la producción activa del mismo⁴⁴. A este respecto, lo fundamental es la posición de garante en la que se encuentra el administrador en relación con el patrimonio que administra puesto que el autor tiene el deber de salvaguarda de los intereses del patrimonio administrado. Por lo tanto, si el administrador infringe su deber como garante cumpliendo todos los elementos del delito, se configurará la tipicidad de la conducta aunque ésta sea omisiva⁴⁵.

Lo más difícil consiste en determinar si el autor tenía la obligación concreta de actuar en el supuesto de que se trate. Por ello es preciso definir la posición de garante y el deber de salvaguarda de los intereses patrimoniales. El administrador está obligado a actuar con diligencia y defender los intereses del administrado por la especial posición en la que se encuentra con respecto al mismo. En concreto, en el ámbito de las sociedades de capital se definen los deberes de diligencia y de lealtad del administrador en los arts. 225 y ss. LSC. Estos deberes de cuidado del patrimonio son extensibles en cierta medida a la figura común del administrador. De tal forma que éste tiene que actuar de buena fe,

⁴³ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 159 y 160.

⁴⁴ “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente” (art. 11 CP).

⁴⁵ VERA RIVERA, M. C., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 341 y ss.

con la diligencia debida en defensa de los intereses del titular del patrimonio que tiene el deber de cuidar⁴⁶.

Una vez determinada la posibilidad de la comisión por omisión del delito en atención a la posición de garante y el deber de salvaguarda del patrimonio administrado, se va a hacer referencia a aquellas conductas que la doctrina considera típicas. Algunos autores como NIETO MARTÍN⁴⁷ determinan la existencia de dos bloques de conductas diferenciadas que cumplen con los requisitos recientemente expuestos. Por un lado, desaprovechar una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio que se administra y, por otro, no evitar una lesión al patrimonio administrado.

Con respecto a la segunda de ellas, MARTINEZ-BUJÁN propone algunos ejemplos como “el caso de que mediante el silencio se permita la prórroga de un contrato que resulta, debido al cambio de circunstancias, altamente desventajoso para la sociedad” o el caso del “administrador que deja transcurrir el plazo que tenía la sociedad para satisfacer una obligación, generando con ello el deber de indemnizar al acreedor social los daños y perjuicios ocasionados e incrementando la deuda principal en los correspondientes intereses, a costa, todo ello, del patrimonio social”⁴⁸. En estos supuestos descritos por el autor, se entiende que mediante la omisión de la acción debida, el administrador contrae obligaciones que causan un perjuicio a la sociedad.

En estos ejemplos parece quedar muy claro el perjuicio que se causa al patrimonio de la sociedad. Sin embargo, el primer bloque de conductas al que nos referíamos parece generar mayores dudas entre los distintos autores: el desaprovechamiento de oportunidades de incrementar el patrimonio. En este sentido, se pueden entender incluidas en el tipo de administración desleal conductas en las que se fuera a producir un beneficio cierto para el administrado y que como consecuencia de la falta de diligencia del administrador no se haya podido obtener. Este sería el supuesto de la falta de cobro de derechos de crédito en tiempo y forma, la no aceptación de un contrato lucrativo para la empresa o la no presentación de los papeles necesarios para el cobro de una

⁴⁶ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 122-125.

⁴⁷ NIETO MARTÍN, A., en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO, LASCURAÍN Y NIETO, *Derecho Penal ...* cit., pp. 256 y 257.

⁴⁸ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito...* cit., p. 76.

indemnización a la que tiene derecho el administrado, entre otros. Aquí parece más complicado distinguir el perjuicio patrimonial que se causa al no producirse directamente una disminución del patrimonio del administrado. No obstante, la doctrina incluye estos ejemplos en el delito del art. 252 CP, ya que la no obtención del incremento patrimonial por falta de diligencia del administrador también supone un daño para el patrimonio que se administra.

Para finalizar con este apartado, se va a hacer una breve referencia a otro problema que puede surgir en los supuestos de comisión por omisión del delito de administración desleal. Se trata de la determinación del momento de consumación del delito. El delito se entiende cometido en aquel momento en el que el administrador debería haber realizado la acción para evitar el perjuicio. Sin embargo, hay ocasiones en la que este momento no puede ser determinado de una manera precisa como por ejemplo cuando dispone de un plazo para realizar la acción. En el caso de falta de cobro de los derechos de crédito, el momento comisivo no tiene porque coincidir con la prescripción del derecho, sino que solo lo hará en el supuesto de que el crédito mantenga su valor hasta la prescripción. Si por el contrario, en un momento anterior a la prescripción, el autor conoce la inminente situación de insolvencia del deudor y no hace nada para cobrar el crédito antes de que esto suceda, el momento de consumación se adelanta. Esto se debe a que el crédito mantiene su dimensión jurídica pero pierde su valor económico, causándose en este momento el perjuicio patrimonial y con ello, el resultado típico⁴⁹.

3.5. Elementos subjetivos del tipo

En la vertiente subjetiva del delito de administración desleal encontramos el dolo como único elemento necesario. No se exige además ánimo de lucro propio o ajeno como elemento subjetivo de lo injusto, lo cual es considerado por algunos autores como MUÑOZ CONDE⁵⁰ un peligro de ampliación del ámbito de tipicidad más allá de lo aconsejable.

⁴⁹ PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...* cit., p.169.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit., p. 397.

Nos encontramos ante un delito doloso. A pesar de que el legislador no utiliza ninguna expresión para identificar el dolo, se entiende que éste solo se puede cometer dolosamente. Por lo tanto, el autor debe actuar con conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, es decir, el administrador debe ser consciente de que está actuando excediéndose en el ejercicio de sus facultades causando un perjuicio patrimonial y querer producir el resultado típico. Por su parte, la comisión por imprudencia no ha sido tipificada de forma expresa por lo que no será posible el castigo de estas conductas⁵¹.

Con respecto al delito societario del antiguo art. 295 CP, existía discusión doctrinal acerca de si solo tenía cabida el dolo directo o podía darse también el dolo eventual. Con la actual redacción del art. 252 CP, en la que no se establece ningún límite a la parte subjetiva del delito, la doctrina admite de forma unánime el dolo eventual en el delito de administración desleal. De esta manera, en aquellos supuestos en los que no se pretenda perjudicar el patrimonio ajeno pero en los que se plantee como probable el resultado típico y se realice la acción contando con su producción⁵², el autor estará llevando a cabo una conducta punible incluida en el ámbito de aplicación del art. 252 CP. En este sentido, se tiene que hacer referencia a los negocios de riesgo⁵³. El administrador puede realizar negocios de riesgo con el patrimonio administrado, siempre que el riesgo sea lógico y proporcionado. Si el riesgo asumido excede de estos límites y finalmente se causa un perjuicio patrimonial, se cumplirá el tipo. De la misma manera, la acción puede ser castigada en grado de tentativa en aquellos supuestos en los que se haya asumido un riesgo desproporcionado contando con la producción del perjuicio, a pesar de que este no se produzca por causas ajenas al autor.

Como hemos mencionado anteriormente, en el antiguo delito societario se incluía la expresión *en beneficio propio o de un tercero*, que era interpretada por la doctrina como una exigencia de ánimo de lucro. Por el contrario, en el nuevo delito del art. 252 CP no

⁵¹ “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley” (art. 12 CP).

⁵² Debe distinguirse el dolo eventual de la imprudencia consciente. En ambos supuestos el autor prevé la causación el resultado típico. La diferencia se encuentra en que en la imprudencia consciente, el autor confía en que no se produzca el resultado mientras que en el dolo eventual se cuenta con la posibilidad de que se produzca sin darle importancia a si finalmente sucede o no dicho resultado. En este sentido véase DÍEZ RIPOLLÉS J. P., *Derecho Penal Español Parte General*, 5ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 218-221 y SOLA RECHE, E., en ROMEO CASABONA / SOLA RECHE / BOLDOVA PASAMAR (Coords.): *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 127-129.

⁵³ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal...cit.*, pp. 277 y ss.

es necesario el ánimo de lucro ya que no se hace ninguna referencia al mismo y por ello es indiferente si el autor comete el ilícito penal con el objetivo de enriquecerse o beneficiar a un tercero. En consecuencia, este elemento subjetivo solo se tendrá en cuenta a la hora de concretar la pena, pidiendo la más cercana al límite máximo en el supuesto de su concurrencia.

3.6. Penalidad

Las penas imponibles al autor del delito de administración desleal son las establecidas en los arts. 249 y 250 CP para los delitos de estafa. El legislador realiza una remisión punitiva que ha sido ampliamente criticada por la doctrina⁵⁴. En aplicación de estos artículos, el tipo básico de administración desleal del art. 252.1 CP será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. En el supuesto de que concurra alguna de las circunstancias agravantes contenidas en el art. 250.1 CP⁵⁵, el ilícito se castigará con pena de prisión de uno a seis años y pena de multa de seis a doce meses. Además, se incluye un tipo hiperagravado para cuando concurren la cualificación cuarta, quinta, sexta o séptima con la primera o cuando el perjuicio patrimonial sea superior a 250.000 euros, en cuyo caso la pena que se impondrá será prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Por otra parte, en el art. 252.2 CP se prevé el delito leve de administración desleal cuando la cuantía del perjuicio patrimonial no exceda de los 400 euros, en cuyo caso se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios...* cit., p. 674.

⁵⁵ “1.º *Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.*
2.º *Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.*

3.º *Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.*

4.º *Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.*

5.º *El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.*

6.º *Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.*

7.º *Se cometa estafa procesal. Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.*

8.º *Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.”* (art. 250.1 CP).

El problema que se plantea con esta remisión punitiva es la imposibilidad de aplicación de algunas de las cualificaciones previstas en el art. 250.1 CP al delito de administración desleal por carecer de sentido con respecto al mismo⁵⁶. Es lo que sucede por ejemplo con la circunstancia séptima que es exclusiva del delito de estafa. En cuanto a la circunstancia sexta y el primer inciso de la segunda, estoy de acuerdo con los autores que defienden que no serán de aplicación al delito de administración desleal por estar ya incluidas en el contenido de lo injusto del delito al abarcar el abuso de confianza y de las facultades de actuación del administrador. Por otro lado, entiendo que la primera, tercera, cuarta, quinta y octava sí que pueden ser de aplicación a supuestos de administración desleal.

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia entorno al delito de administración desleal es muy abundante. Se puede encontrar una amplia variedad de sentencias relativas al ilícito penal analizado la mayoría de las cuales abordan la distinción entre este delito y la figura de apropiación indebida. A este respecto, es necesario recordar las sentencias mencionadas en el apartado de evolución legislativa acerca del caso “Argentia Trust” y el caso “Banesto”⁵⁷ que son las más relevantes sentando doctrina jurisprudencial sobre la diferenciación entre el antiguo delito de apropiación indebida del art. 252 CP 1995 y el delito societario de administración desleal del art. 295 CP 1995⁵⁸. Como ya han sido expuestas las ideas principales sobre de dicha distinción, se van a resumir aquí las diferencias señaladas por la jurisprudencia entre ambas figuras delictivas a partir de la reforma de 2015⁵⁹.

La STS 700/2016, de 9 de septiembre, presenta un resumen de la doctrina jurisprudencial tras la Ley Orgánica 1/2015, aclarando el criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el actual delito de administración desleal del art. 252 CP. Este último ilícito ha venido a sustituir la infracción societaria del derogado art. 295

⁵⁶ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal...* cit., pp. 343 y ss.

⁵⁷ STS 224/1998 de 26 de febrero y STS 867/2002 de 29 de julio, respectivamente.

⁵⁸ Véase la STS 433/2015, de 2 de julio, que realiza un resumen sobre la evolución legislativa del delito de administración desleal y del delito de apropiación indebida y sobre la diferenciación jurisprudencial entre ambas figuras delictivas (teorías de los círculos secantes y tangentes).

⁵⁹ JUANES PECES, A., *El delito de administración desleal y apropiación indebida: después de la reforma del año 2015: evolución histórica: análisis de la jurisprudencia de la sala segunda*, 2017, pp. 17-20.

extendiendo la administración desleal a todos los supuestos sin importar el origen de las facultades del administrador. Con respecto a la apropiación indebida, actualmente sancionada en el art. 253 CP, debe entenderse incluido el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de la apropiación. La diferencia entre ambas figuras delictivas se aclara en la sentencia: la disposición de los bienes con carácter definitivo frente al uso abusivo de los mismos. Se dice literalmente que *“la reforma es coherente con 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 pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal)”*. Por consiguiente, lo relevante para determinar ante que delito nos encontramos será el traspaso del “punto de no retorno” si se da una apropiación definitiva de los bienes.

Además, la STS 278/2018, de 12 de junio, no sólo realiza una recopilación de la posición adoptada por la jurisprudencia acerca de la diferenciación entre ambas figuras delictivas, sino que también incluye una descripción de los elementos básicos del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. En este concreto supuesto, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por considerar que no existe un exceso en las facultades de administración que cause un perjuicio pero lo que me gustaría destacar de esta sentencia son los argumentos expuestos acerca de la figura del autor del delito de administración desleal. El Tribunal sigue la doctrina del dominio de la acción, de tal manera que aquello que fundamenta la responsabilidad del administrador, tanto de hecho como de derecho, es el dominio o poder de decisión del que dispone el autor con respecto al patrimonio administrado. Siguiendo esta interpretación es preciso *“sancionar a quien ejerce real y efectivamente las funciones de administración con poderes de decisión en la sociedad”*.

Asimismo, la jurisprudencia ha dejado clara la posibilidad de comisión del delito de administración desleal en su modalidad continuada⁶⁰ y ha señalado la naturaleza

⁶⁰ *“No hay cuestión tampoco sobre la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado al delito de administración desleal. El delito de administración desleal se consume con un solo acto abusivo en perjuicio de la Sociedad. Si se realizan varios desplegados en el tiempo estaremos ante una infracción continuada.”* (STS 56/2021 de 27 de enero).

semejante entre la apropiación indebida y la administración desleal a los efectos del art. 74 CP de tal manera que es posible agruparlos a través del mecanismo de la continuidad delictiva. Tal y como se establece en la STS 643/2018, de 13 de diciembre: *“desde la LO 1/2015 que las sitúan en el mismo capítulo VI "de las defraudaciones" aunque en distinta sección autónoma para otorgar individualización a la administración desleal frente a la apropiación indebida, pero su naturaleza es semejante. Esa reflexión nos permite en beneficio del reo aglutinar las infracciones objeto de condena en un único delito continuado”*.

Una vez expuesta la diferenciación jurisprudencial entre ambas modalidades delictivas afines, se van a recoger algunos ejemplos de las conductas que han sido aceptadas por la jurisprudencia como constitutivas del delito de administración desleal⁶¹. Como modelos de conductas comprendidas en el anterior delito societario del art. 295 CP, hoy aplicables al actual delito de administración desleal, encontramos: la prestación de garantías reales con bienes sociales para el afianzamiento de las deudas personales de los administradores (STS 623/2009, de 19 de mayo), la utilización de los fondos de la empresa para el pago de gastos propios (STS 1040/2001, de 29 de mayo), la disposición de activos de la sociedad con fines distintos a los de la actividad societaria (STS 867/2002, de 29 de julio) y la desviación por acto de negociación gratuito de un activo patrimonial (STS 91/2010, de 15 de febrero), entre muchas otras.

La primera de las sentencias mencionadas (STS 623/2009, de 19 de mayo) resolvió el recurso de casación planteado por dos condenados por la Audiencia Provincial de La Coruña como autor y cooperador necesario del delito societario de administración desleal. En los hechos de la sentencia recurrida se consideraba probado que el autor del delito, siendo administrador único de la sociedad, suscribió un préstamo constituyendo una garantía hipotecaria sobre la nave industrial propiedad de la sociedad en la que desarrollaba su actividad principal. El dinero obtenido por el préstamo fue empleado, junto a otra cantidad aportada por la cuñada del administrador, para subrogarse en los derechos y acciones de un préstamo de la sociedad contra otra entidad de la que también eran socios los querellantes. Una vez constituida en acreedora, la coacusada instó juicio

⁶¹ GALLEGO SOLER, J. I., en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Dirs.), VERA SANCHEZ (Coord.): *Comentarios...* cit., p. 871-873.

ejecutivo y solicitó la pública subasta de las acciones de los querellantes que fueron finalmente adjudicadas a la misma.

Según el Tribunal, de estos hechos se desprendían dos acciones de las cuales se derivaba un perjuicio para los socios y que podrían llegar a considerarse delictivas. Por una parte, *“la suscripción como administrador de un crédito hipotecario con la garantía de un inmueble de la sociedad, disponiendo luego para sus propias finalidades del dinero obtenido”*. Por otro lado, la acción *“que finaliza con la adquisición por parte de la coacusada, con la que actuaba de acuerdo, de las acciones de la sociedad que pertenecían a los querellantes, para lo que utilizaron el dinero antes obtenido así como otra cantidad aportada por aquella”*.

El TS consideró que la primera acción representaba un supuesto característico de administración mediante el cual se salda una deuda de la sociedad contrayendo otra en diferentes condiciones. Esto es así porque el dinero obtenido con el préstamo hipotecario se utilizó para devolver las entregas que había ido realizando el administrador como socio para atender a las necesidades económicas de la empresa de acuerdo con las dificultades que había tenido que atravesar. Este préstamo no estaba sometido a ninguna condición ni plazo pero las operaciones habían quedado debidamente contabilizadas⁶². Por todo ello, esta primera acción no fue considerada típica al quedar demostrado que a pesar de haber constituido una garantía real sobre un bien de la sociedad, el dinero obtenido no había sido empleado ilícitamente para el uso personal del autor, sino que se destinó a saldar una deuda que la propia entidad tenía con el administrador.

Con respecto a la segunda acción, hay que tener en cuenta que el embargo y venta en pública subasta de las acciones no provenía de la acción de los acusados sino de un impago de un crédito previo, que la coacusada no era la única que pudo acudir a la subasta y que ni siquiera constaba la relación entre el precio satisfecho y su posible valor real. Por consiguiente y al haber descartado la comisión del ilícito penal de administración desleal, el TS declaró haber lugar al recurso y absolvió a los acusados.

⁶² *“Lo que resulta trascendente, a los efectos de la valoración posible de la conducta, es que efectivamente tales entregas dinerarias se efectuaron. Que fueron contabilizadas. Y que igualmente se contabilizó, en relación con ellas, el importe del préstamo hipotecario, de manera que las previas entregas quedaron compensadas, en parte, con la devolución de esa cantidad a quien las había efectuado”*(STS 623/2009 de 19 de mayo).

La siguiente sentencia a la que se va a hacer referencia es la STS 1040/2001, de 29 de mayo. Aquí se presenta un caso típico de utilización de las facultades de administración sobre un patrimonio ajeno para la obtención de beneficio propio causando un perjuicio al patrimonio administrado. La Audiencia Provincial de Valencia condenó al jefe contable de una mercantil como responsable del delito societario de administración desleal por distraer fondos de la sociedad destinándolos a gastos propios. El autor del delito contaba con facultades de administración del patrimonio social y, mediante el uso abusivo de las mismas, realizó ingresos en cuentas corrientes de su exclusiva titularidad, adquirió dos vehículos para sí mismo y además constituyó dos sociedades utilizando para ello parte del patrimonio administrado.

Los motivos de casación presentados en el recurso fueron desestimados. En lo relativo al error en la apreciación de la prueba, el TS determinó que las acciones fueron reconocidas por el acusado en el juicio oral y que además, los documentos aportados por la defensa no sirvieron para acreditar que el acusado no recibiera las cantidades fraudulentas. Una vez que quedó patente la comisión de dichas conductas por el autor, los otros dos motivos hacían referencia a la imposibilidad de aplicar el tipo penal del delito societario del art. 295 CP 1995.

El recurrente alegaba, en primer lugar, la vulneración del precepto constitucional por el que tenía derecho a ser informado de la acusación formulada contra él. Aunque el MF y la acusación particular habían calificado los hechos como delito de apropiación indebida y de hurto respectivamente, la Audiencia calificó los hechos como un delito societario de administración desleal por entender que *“difícilmente será de aplicación el tipo genérico contra el patrimonio cuando el cuerpo normativo contiene el tipo específico del delito societario”*. Esta argumentación fue compartida por el TS, el cual añadió que ambas acusaciones habían mencionado la STS 224/1998, de 26 de febrero, en la cual se establecía que el delito por el que había sido condenado el autor había venido a completar las previsiones sancionadoras del art. 252 CP 1995 para los supuestos de comisión en el ámbito societario. Por lo tanto, y habida cuenta de la homogeneidad entre el delito societario de administración fraudulenta y el de apropiación indebida, el TS declaró que no existía la vulneración del principio acusatorio discutido por el recurrente.

Por otro lado, el recurrente alegaba que el delito por el que había sido condenado entró en vigor durante la realización de las conductas típicas por lo que una parte de los hechos deberían de quedar fuera del ámbito de aplicación del mismo. Sin embargo, el Tribunal declaró que todas las conductas debían de quedar incluidas en la comisión del delito societario en defensa de la teoría de los “círculos secantes” ya que en este caso el autor se encontraba en la zona común de ambos delitos⁶³.

Otra conducta típica incluida en el ámbito aplicación del delito de administración desleal del art. 252 CP y a su vez comprendida por el anterior delito societario de administración fraudulenta es la disposición de activos de la sociedad con fines distintos a los de la actividad societaria. Los miembros del Consejo de Administración de una sociedad mercantil cuentan con facultades de disposición sobre los activos que componen el patrimonio de la sociedad. Si dichas facultades son empleadas con finalidad distinta a aquella por la que fue constituida la sociedad, se está cometiendo un abuso en el uso de las mismas. En aquellos supuestos en los que esta desviación del fin societario suponga un perjuicio para la sociedad, se realizará el tipo de administración desleal. Esto es lo que ocurrió en la STS 867/2002, de 29 de julio, relativa al caso “Banesto”⁶⁴ que condenó a los altos directivos del Banco en cuestión por crear un agujero patrimonial cercano a los cuatro millones de euros con su actuación desleal.

Para finalizar con el análisis jurisprudencial se van a destacar los hechos y fundamentos jurídicos más importantes de la STS 91/2010, de 15 de febrero, que resolvió un asunto de desviación por acto de negociación gratuito de activo patrimonial. Este activo era un contrato de opción de compra sobre unos terrenos que había sido suscrito por la sociedad para la construcción de una promoción inmobiliaria. El acusado había realizado el acto de disposición gratuito como administrador único de la sociedad.

La principal cuestión suscitada en el recurso de casación fue la determinación de la existencia o no de un perjuicio económico para la sociedad. Como se ha mencionado

⁶³ *“Dado que la conducta integraba el delito de apropiación indebida en su zona coincidente con el de administración desleal por el que ha sido condenado en todo el periodo de tiempo en que aquélla se produjo, el Motivo Segundo del recurso, al igual que los anteriormente examinados, debe ser desestimado”* (STS 1040/2001 de 29 de mayo).

⁶⁴ La fundamentación jurídica más relevante de la sentencia ya ha sido expuesta en el apartado de evolución legislativa con el resumen de la teoría de los “círculos tangentes”.

anteriormente en este trabajo, en el antiguo delito societario se exigía que se causara un *perjuicio económicamente evaluable*. Es esta dimensión económica de la opción de compra lo que se pone en tela de juicio. El Tribunal estableció que: *“una opción de compra, aunque sea gratuita, en cuanto supone un precontrato para formalizar una futura compraventa, con el adecuado establecimiento de precio convenido para su realización, y descripción de la cosa, tiene un evidente contenido económico, y supone un activo patrimonial de la sociedad, en cuanto permite la obtención de unos terrenos para poder construir una promoción inmobiliaria, que es precisamente el objeto social de la sociedad que lo detenta”*. Por consiguiente, la opción de compra es una expectativa jurídica patrimonial cuya privación unilateral supone la causación de un perjuicio económico.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se encuentran recogidos los requisitos que debe cumplir la conducta típica para la concurrencia del delito societario de administración desleal. El Tribunal consideró que todos ellos habían sido cumplidos con la actuación del recurrente por lo que no resultaba procedente cambiar la calificación jurídica del delito. Si comparamos los elementos que constituyen el delito societario con el actual delito de administración fraudulenta, observamos que esta conducta típica también debería considerarse incluida en el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. En este supuesto la conducta se realiza en beneficio de un tercero, pero en la regulación actual no sería preciso si quiera la concurrencia de tal finalidad en la actuación. Además, la exigencia de causación de un perjuicio directo económicamente evaluable, como ya sabemos, ha sido eliminada de la redacción del precepto por lo que no se plantean tantas dudas sobre su producción.

El último de los motivos de casación se refería a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas por los siete años de tramitación del proceso, la cual fue concedida por el Tribunal en su conceptualización simple. Esto supuso la estimación parcial del recurso con la única modificación de reducción en la pena de prisión impuesta al condenado.

5. CONCLUSIONES

La regulación del delito de administración desleal ha ido evolucionando con el paso del tiempo. En un primer momento era interpretado como la modalidad de “distracción” del antiguo delito de apropiación indebida. Posteriormente se creó el delito societario del derogado art. 295 CP, que convivió con el delito de administración desleal genérico correspondiente a la mencionada interpretación del delito de apropiación indebida. El delito societario servía para complementar la regulación genérica contenida en el anterior art. 252 CP, de tal forma que se trataba de un delito específico que se utilizaba para castigar las conductas de administración desleal cometidas exclusivamente en el seno de las sociedades de capital. Tras la reforma de 2015 el panorama cambió y en la actualidad el delito de administración desleal del art. 252 CP comprende la totalidad de las conductas que realizan los administradores de cualquier patrimonio excediéndose en el ejercicio de sus facultades y causando un perjuicio patrimonial. Por consiguiente, se ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico la regulación especial del delito de administración desleal como delito societario, quedando las conductas anteriormente castigadas por el mismo incluidas en el ámbito de aplicación del delito genérico de administración desleal.

Ha quedado patente a lo largo del trabajo que el delito del art. 252 CP es un delito especial propio, de tal manera que solamente pueden ser autores de aquél los que tienen facultades para disponer de un patrimonio ajeno. Es necesario, por lo tanto, la existencia de un vínculo especial entre el sujeto activo y el objeto material del delito. El administrador se encuentra en una posición de garante y tiene el deber de cuidar el patrimonio del administrado. La infracción de este deber supone la conducta típica que debe realizar el autor para cometer el ilícito penal. En este sentido, la comisión delictiva supone una ruptura de los vínculos de fidelidad y confianza que unen al administrador con el titular del patrimonio que se administra y que produce como resultado un daño en el objeto delictivo.

Con respecto al bien jurídico protegido por el delito, se entiende finalmente que el tipo abarca la protección de un único bien jurídico siendo éste el patrimonio en general. Si bien se podía comprender la inclusión del orden socioeconómico como bien jurídico protegido por el derogado delito societario, en el actual art. 252 CP se protege

exclusivamente el patrimonio. En consecuencia no se entiende que concurre un mayor desvalor de la acción en los supuestos en los que la comisión del delito tiene lugar en el seno de las sociedades de capital. En mi opinión, resulta de especial relevancia el desarrollo de la economía nacional y la permanencia de las sociedades en el tráfico jurídico. Estos intereses se pueden ver afectados por la actuación desleal de los que tienen facultades para administrar las sociedades. Por ello, considero que cabría la posibilidad de construir un tipo agravado que permitiera la protección del orden socioeconómico como bien jurídico del delito de administración desleal.

En cuanto a la conducta típica, se debe recalcar la falta de concreción en la redacción del precepto. Únicamente se indica que cometen el delito los que infringen las facultades de administración excediéndose en su ejercicio. Tal y como se señalaba en el apartado correspondiente, la doctrina llega a la conclusión de que se entienden incluidas conductas desarrolladas tanto en el ámbito externo como en el interno, dando cabida a una amplia variedad de actuaciones subsumibles en este delito. Entiendo que esto es así debido a la gran cantidad de posibilidades con las que cuenta el administrador para llevar a cabo una conducta desleal y la necesidad del legislador de abarcar todas ellas. Además, ha quedado clara la posibilidad de comisión del ilícito por omisión: el administrador que tiene el deber de proteger los intereses de un patrimonio ajeno puede provocar un daño en dicho patrimonio con su mera falta de actuación.

Por otra parte, resulta de gran relevancia la producción del daño patrimonial. Como se ha indicado en el trabajo, la administración desleal es un delito de resultado de lesión y por consiguiente es necesaria la causación de un perjuicio en el patrimonio administrado para que se entienda realizado el tipo. Este perjuicio patrimonial no se corresponde únicamente con la disminución del activo sino también con un aumento del pasivo e incluso con una falta de incremento del patrimonio cuando hubiera posibilidad de beneficio cierto. Asimismo, el momento en el que se causa el perjuicio patrimonial es aquél en el que se produce la consumación del delito. En el supuesto de los negocios de riesgo, únicamente se podrán castigar las conductas que finalmente causen un perjuicio en el patrimonio y en las que se haya incumplido el deber de diligencia del administrador ya que si se toma una decisión informada con un riesgo proporcionado tampoco se considerará típica la actuación del administrador.

En lo relativo a los elementos subjetivos del tipo me limitaré a señalar la necesidad de existencia de dolo aunque éste sea eventual. Sin embargo, no será preciso el *animus rem sibi habendi* del autor por lo que se comete el delito cuando se cumplen todos los elementos del tipo aunque el sujeto activo no actúe con ánimo de lucro propio o ajeno.

Con todo ello han quedado plasmadas aquí las notas más importantes que caracterizan el delito de administración desleal del art. 252 CP. Se ha hecho también referencia a la distinción con el delito de apropiación indebida, que actualmente ha quedado claramente marcada por la jurisprudencia. La apropiación indebida es una figura delictiva que protege la propiedad, mientras que la administración desleal protege el patrimonio. La clave para diferenciar entre ambas infracciones es el carácter definitivo de la disposición de los bienes en la apropiación indebida. En la administración desleal lo que se produce es un uso abusivo de los mismos.

Para concluir voy a plasmar mi opinión personal sobre la redacción actual del precepto. Considero acertada la forma en la que se ha deslindado del delito de apropiación indebida, configurándose como un ilícito penal independiente. Era necesario la existencia de un delito de administración genérico. Por otra parte, creo que la amplitud de la conducta típica no plantea problemas de seguridad jurídica y permite abarcar los supuestos en los que el administrador actúa de forma desleal causando un perjuicio al patrimonio que administra. No obstante, no me parece una buena técnica la remisión punitiva a las penas del delito de estafa. Además, como he mencionado anteriormente, considero que la administración desleal tiene una especial relevancia en el ámbito empresarial, por lo que consideraría oportuna la agravación del delito para los supuestos cometidos en el seno de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ RIPOLLÉS J. P., *Derecho Penal Español Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Dykinson, Madrid, 2019.
- GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Dirs.), VERA SANCHEZ (Coord.): *Comentarios al código penal: Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- JUANES PECES, A., *El delito de administración desleal y apropiación indebida: después de la reforma del año 2015: evolución histórica: análisis de la jurisprudencia de la sala segunda*, 2017.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MAYO CALDERÓN, B., *La Administración Fraudulenta en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, Nuevo Foro Penal, Nº 71, 2007.
- MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 259 del Código penal español y propuesta de Lege Ferenda*, Comares, Granada, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996.
- NIETO MARTÍN, A., en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO, LASCURAÍN Y NIETO, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

- PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal: claves para la interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2016.
- ROMEO CASABONA, C.M., en ROMEO CASABONA / SOLA RECHE / BOLDOVA PASAMAR (Coords.): *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Comares, Granada, 2016.
- 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.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STS 20999/1992 de 23 de abril.
- STS 1730/1994 de 14 de marzo.
- STS 224/1998 de 26 de febrero.
- STS 1040/2001 de 29 de mayo.
- STS 867/2002 de 29 de julio.
- STS 623/2009 de 19 de mayo.
- STS 91/2010 de 15 de febrero.

- STS 433/2015 de 2 de julio.
- STS 700/2016 de 9 de septiembre.
- STS 278/2018 de 12 de junio.
- STS 643/2018 de 13 de diciembre.
- STS 56/2021 de 27 de enero.
- SAN 4/2017 de 23 de febrero.