



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Facultad de Derecho

**Departamento de Ciencia Política y Derecho
Público**

Tesis doctoral

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN
DESLEAL TRAS LA REFORMA OPERADA
POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015**

Doctorando

Director

Víctor Muñoz Casalta Prof. Dr. Rafael Rebollo Vargas

Bellaterra, septiembre 2020

*A mis padres y mi hermano,
por absolutamente todo.*

*A Juan, mi maestro,
por su generosidad humana e intelectual.*

*A Rafa, por acogerme y transmitirme su pasión
y su tan necesaria tranquilidad,
virtudes esenciales en todo director.*

*Pero sobre todo a ti, allá donde estés,
por ser luz que siempre brilla y fuente de
inspiración.*

Aquí culmina lo que tú empezaste.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	5

PRIMERA PARTE

DEL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA AL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO

CAPÍTULO PRIMERO

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL A TRAVÉS DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICO- LEGISLATIVA

I. INTRODUCCIÓN.....	14
II. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN LOS DIFERENTES PROYECTOS LEGISLATIVOS POST-CONSTITUCIONALES	
1.- El Proyecto de 1980.....	17
2.- Propuesta de Anteproyecto de 1983.....	19
3.- Proyecto de Código Penal de 1992.....	21
4. Proyecto de Código Penal de 1994.....	24

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

I. LA NECESARIA TIPIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: BREVES REFERENCIAS DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL.....	27
II. UN ANÁLISIS SUMARIO DEL ART. 295 CP.....	34
1.- Bien jurídico protegido.....	37
2.- Sujeto pasivo y objeto material.....	49
3.- Acción típica.....	55
4.- El abuso como especial desvalor de la acción.....	64
5.- El resultado.....	67
6.- El sujeto activo.....	69
7.- El elemento subjetivo.....	74
8.- Iter criminis.....	76
III. DISTINCIÓN CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2015.....	76

CAPÍTULO TERCERO

CONTEXTO Y ESENCIA DE LA REFORMA DE 2015

I. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2007.....	94
II. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2012.....	107
1.- El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto.....	124
2.- El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto.....	128
3.- El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto.....	132
III. DEL PROYECTO DE 2013 A LA LEY 1/2015: DESAPARICIÓN DEL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APARICIÓN DEL DELITO GENÉRICO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO AJENO	
1.- Modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2013 y el texto definitivo.....	135

SEGUNDA PARTE
ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL NUEVO DELITO DE
ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO
AJENO

CAPÍTULO CUARTO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO.....	147
II. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: UNA APROXIMACIÓN A SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA	
1.- Primeros esbozos del concepto de bien jurídico: el período Ilustrado.....	148
2.- Del período Ilustrado a la Restauración. El Iusracionalismo de Birnbaum.....	150
3.- El positivismo jurídico: las teorías de Binding y Listz.....	152
4.- El neokantismo.....	156
5.- La escuela de Kiel y su negación del bien jurídico.....	157
III. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS CONTEMPORANEAS	

1.- Una primera aproximación al concepto de bien jurídico.....	159
2.- Las teorías constitucionalistas.....	169
3.- Las teorías sociológicas.....	173
4.- Posición personal respecto el concepto de bien jurídico.....	179
IV. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO	
1.- ¿Qué es el Derecho Penal Económico? A propósito de una definición estricta y una definición amplia del mismo concepto.....	182
1.1.- <i>Definición estricta</i>	189
1.2.- <i>Definición amplia</i>	191
2.- Intervención penal en el ámbito socioeconómico. Criterios de legitimación.....	194
2.1.- <i>Delitos socioeconómicos y bien jurídico protegido</i>	194
2.2.- <i>La protección de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos: aproximación de las distintas posturas doctrinales</i>	195
2.3.- <i>Conclusiones</i>	216

3.- ¿El orden socioeconómico como bien jurídico protegido?.....222

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 252 CP

1.- El patrimonio como bien jurídico protegido.....230

2.- El concepto patrimonio en el ámbito de las sociedades mercantiles.....233

3.- ¿Protege el art. 252 CP un bien jurídico de carácter colectivo?.....240

CAPÍTULO QUINTO

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:

¿DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER O DELITO DE DOMINIO?

I. INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO.....245

II. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE DOMINIO.....246

1.- Los delitos de dominio según ROXIN.....251

2.- Los delitos de dominio según JAKOBS.....255

III. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....256

1.- La teoría de los delitos de infracción de deber según ROXIN.....	258
2.- La teoría de los delitos de infracción de deber según JAKOBS.....	265
IV. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA: LA TESIS DE SÁNCHEZ-VERA.....	272
V. CRÍTICAS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	275
VI. CONCLUSIONES: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO UNA POSICIÓN MIXTA ENTRE LOS DELITOS DE DOMINIO Y LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	278

CAPÍTULO SEXTO

ANÁLISIS DEL TIPO

I. INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO.....	294
II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO OBJETIVO.....	296
1.- Acción típica: ¿abuso o infidelidad?.....	296
1.1.- <i>Concreción de los deberes y facultades del administrador como límites a las facultades para administrar.....</i>	310
1.1.1.- <i>El deber de lealtad.....</i>	312

1.1.2.- El deber de diligencia.....	317
1.2.- La discrecionalidad en la gestión del patrimonio como límite a la aplicación del art. 252 CP.....	319
1.3.- Interpretación del concepto jurídico-penal de exceso en el delito de administración desleal: ¿exceso intensivo o extensivo?.....	322
2.- Sujeto Activo: el facultado para administrar.....	333
2.1.- El deber de velar por los intereses del patrimonio administrado como nota a común a la administración.....	334
2.2.- Administradores de Derecho y Hecho.....	343
2.2.1.- Administrador de Derecho.....	344
2.2.2.- Administrador de Hecho.....	346
2.3.- El sujeto activo en las estructuras societarias.....	355
3.- Sujeto Pasivo: El titular del patrimonio.....	360
4.- El perjuicio como resultado material del delito.....	366

4.1.- <i>La definición del concepto de patrimonio como antecedente previo a la definición del perjuicio: las teorías sobre el concepto de patrimonio.....</i>	368
4.1.1.- <i>La teoría jurídica.....</i>	369
4.1.2.- <i>La teoría económica.....</i>	374
4.1.3.- <i>La teoría mixta.....</i>	377
4.1.4.- <i>La teoría personal o funcionalista.....</i>	380
4.2.- <i>El alcance del perjuicio patrimonial en el art. 252 CP.....</i>	383
4.3.- <i>El momento consumativo del perjuicio: especial problema de las consecuencias a largo plazo y el denominado "peligro de perjuicio".....</i>	407
5.- <i>¿Comisión por omisión en el delito de administración desleal?.....</i>	417
III. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO SUBJETIVO	
1.- <i>El dolo.....</i>	428

CAPÍTULO SÉPTIMO

ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y NEGOCIOS DE RIESGO: ¿RIESGO PERMITIDO O CONDUCTA PENALMENTE TÍPICA?

I. INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO.....	436
II. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y RIESGO PERMITIDO.....	438
III. RIESGO PERMITIDO Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL EXTINTO ART. 295 CP.....	442
IV. RIESGO PERMITIDO Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL ACTUAL ART. 252 CP.....	448
1.- Riesgo permitido en la esfera objetiva.....	448
2.- Riesgo permitido en la esfera subjetiva.....	457

CAPÍTULO OCTAVO

EL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR EL TITULAR DEL PATRIMONIO ADMINISTRADO

I. INTRODUCCIÓN.....	462
II. EL CONSENTIMIENTO Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA COMO EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD O COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.....	463
III. CLASES DE CONSENTIMIENTO Y REQUISITOS.....	470

IV. LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO FRENTE AL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	473
1.- Sobre la protección de intereses individuales en el delito de administración desleal.....	474
2.- El consentimiento frente a la protección de un patrimonio individual.....	475
3.- El consentimiento frente a la protección de un patrimonio compartido: especial referencia a los patrimonios sociales.....	479

CAPÍTULO NOVENO

INCIDENCIA EN OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

I. RELACIÓN CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS ARTS. 253 Y 254 DEL CÓDIGO PENAL.....	487
II. RELACIÓN CON EL DELITO DE MALVERSACIÓN DEL ART. 431.1 Y 432.2 DEL CÓDIGO PENAL.....	505

CAPÍTULO DÉCIMO

CONSIDERACIONES FINALES

I. CONCLUSIONES.....	522
BIBLIOGRAFÍA.....	535
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	556

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
apart.	apartado
art./arts.	artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cfr.	Compárese con
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CF	Consejo Fiscal
coord./coords.	coordinador/coordinadores
CP	Código Penal
CP 1822	Código Penal de 1822
CP 1848	Código Penal de 1848
CP 1850	Código Penal de 1850
CP 1870	Código Penal de 1870
CP 1928	Código Penal de 1928
CP 1932	Código Penal de 1932
CP 1944	Código Penal de 1944
CP 1973	Código Penal de 1973

CP 1995	Código Penal de 1995
CPA	Código Penal Alemán
dir./dirs.	Director/directores
ed.	Editorial
EdM	Exposición de motivos
etc.	etcétera
fasc.	Fascículo
Ibid.	Allí mismo
Infra.	Más adelante
LO	Ley Orgánica
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley Sociedades de Responsabilidad Limitada
nº	número
Op. cit.	opere citato
p./pp.	página/páginas
P. E.	Parte especial
P. G.	Parte general
RAE	Real Academia Española

RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
SA	Sociedad Anónima
SAP/SSAP	Sentencia de la Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
Supra.	Arriba/antes
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La profunda reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 trajo consigo una nueva y novedosa regulación del delito de administración desleal, introducido por primera vez en nuestro Código Penal de 1995, en el seno de los delitos societarios. De esta forma, no solamente se colmaban las demandas tanto de doctrina como de los tribunales, sino que además se evidenciaba por parte del legislador la voluntad de tutelar nuevos intereses económicos de protección que hasta la fecha no habían resultado debidamente tutelados a través de otras clásicas.

Por ello, el legislador decidió introducir en el Código Penal de 1995 los delitos societarios.

Entre todas las figuras que se incluían entre los delitos societarios, el delito de administración desleal se erigía como la máxima expresión de este tipo de delitos.

Sin embargo, el nuevo delito generó notables dificultades interpretativas, principalmente centradas en la difusa relación que la misma mantenía con el delito de apropiación indebida.

Estos extremos motivaron que durante los años que siguieron a su introducción en el Código Penal de 1995, se alzaran numerosas voces demandando una nueva regulación del delito de administración desleal,

algunas de ellas solicitando que también debía proteger los patrimonios individuales.

A tales efectos, no fue hasta el año 2015 cuando, veinte años después, se modificó el delito de administración desleal a través de la reforma operada por la LO 1/2015. La reforma trajo consigo un nuevo delito de administración desleal absolutamente novedoso, pues el mismo presentaba unas características notoriamente diferentes a su homólogo anterior. De esta forma, y tal y como el legislador trató de plasmar en la Exposición de motivos que acompañaba el nuevo texto legal, se trató de concebir un delito de administración desleal que diera respuesta a las demandas que doctrina y jurisprudencia requerían.

En este sentido, se concibió un delito de administración desleal desligado exclusivamente del ámbito societario, que ahora pasaba a proteger cualquier tipo de patrimonio, fuera este individual, social o colectivo.

Precisamente esta novedosa regulación del precepto en cuestión motivó la realización del presente trabajo, puesto que el nuevo delito de administración desleal exigía un intenso y exhaustivo análisis, no solamente a los efectos de discernir si ciertamente había resultado acertada su modificación, sino también a los efectos de determinar si su alcance venía a solucionar los problemas generados por su antecesor y, además, colmaba las necesidades que tanto doctrina como jurisprudencia habían puesto de manifiesto a lo largo de los veinte años de vigencia del art. 295 CP.

Partiendo de esta hipótesis, el presente trabajo se estructura en dos bloques: i) una primera parte que aborda un estudio de la evolución del delito societario de administración desleal del art. 295 CP hasta su modificación por la LO 1/2015; y ii) un análisis dogmático del actual delito de administración desleal previsto en el art. 252 CP.

Esta primera parte se inicia con un análisis histórico del delito de administración desleal, analizando los diferentes códigos y proyectos legislativos desde el S. XIX hasta 1995. Será desde éste desde donde se incidirán en las necesidades político criminales y dogmáticas de introducir un delito específico de administración desleal en nuestro Código Penal, viéndose colmada esta necesidad en el Código Penal de 1995, al resultar insuficientes los delitos de estafa y apropiación indebida para el castigo de una gran mayoría de conductas propias de administración desleal.

También será necesario estudiar el contenido y alcance del art. 295 CP, ya que podrá servir de parámetro interpretativo del art. 252 CP. A su vez, y dada la compleja relación que el art. 295 CP mantenía con el art. 252 CP, se expondrá la delimitación de ambas figuras que, como veremos, igualmente resultará útil para la delimitación del contenido típico del actual art. 252 CP.

Se analizará el contexto y la esencia de la reforma del 2015, partiendo del análisis del delito de administración desleal previsto en el Proyecto de 2007

para posteriormente abordar toda la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015, que parte del Anteproyecto de 2012. De dicho análisis podremos observar la *voluntas legislatoris*, que ya veremos como no coincide finalmente con el texto aprobado. Sin embargo, sí resultará interesante el examen de las opiniones formuladas por distintos órganos a los proyectos legislativos, pues no solamente motivaron determinadas modificaciones del delito a lo largo de los sucesivos textos, sino que también resultarán útiles para el análisis del contenido final del art. 252 CP.

La segunda parte de este trabajo se centrará en el análisis dogmático del mismo, partiendo de un necesario análisis de la figura del bien jurídico protegido por el delito de administración desleal, desde cuya determinación se analizarán posteriormente el resto de elementos que integran y componen el delito.

De igual forma, la configuración del delito de administración desleal como un delito de dominio, infracción de deber, o mixto, determinará, entre otras, el alcance del tipo objetivo, analizando si tendrán cabida en el mismo solamente los excesos intensivos, extensivos, o ambos. Igualmente analizará la posibilidad, o no, de incluir los comportamientos omisivos como constitutivos de administración desleal.

Dado que el art. 252 CP no incluye en su descripción típica los sujetos activos, será necesario un nuevo análisis respecto las figuras que pueden ser

consideradas como tales, partiendo de la naturaleza de delito especial propio del art. 252 CP.

También se analizará el sujeto activo del delito, puesto que atendida la generalidad del patrimonio protegido por el art. 252 CP, la condición de sujeto pasivo variará en función de si estamos ante un patrimonio individual, colectivo o societario.

Los negocios de riesgo y el consentimiento otorgado por el titular del patrimonio son cuestiones que igualmente deberán analizarse, habida cuenta de la nueva configuración del delito de administración desleal, que exigirá una reinterpretación del alcance de ambas figuras.

Por último, se abordarán las relaciones entre administración desleal y apropiación indebida, que se verán igualmente modificadas respecto las relaciones que mantenían sus anteriores previsiones, pues ambas figuras fueron modificadas por la LO 1/2015, precisamente al objeto, entre otros, de que existiera una clara delimitación entre ellas.

Igualmente se estudiarán las relaciones entre el delito de administración desleal y el delito de malversación del art. 432 CP, toda vez que el mismo deviene reconfigurado por la LO 1/2015, pasando ahora a tipificar directamente las conductas de administración desleal y apropiación indebida cuando estas se proyectan respecto de un patrimonio de naturaleza pública.

Tras el análisis de todos los puntos anteriores, se recogerán unas conclusiones que, de forma sintética, tratarán de exponer las ideas más importantes de todo el contenido del presente trabajo.

**PRIMERA PARTE: DEL DELITO SOCIETARIO DE
ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA AL DELITO DE
ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO**

CAPÍTULO I

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL A TRAVÉS DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte de un análisis histórico-legislativo del delito de administración desleal.

Quizá lo usual -por aquello de ser lo habitual-sería partir del Código Penal de 1822 -o incluso de las fuentes del derecho del Antiguo Régimen, el Código de las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, y en general todo el derecho promulgado con anterioridad a 1808, todo ello supeditado a la prelación vigente desde el Ordenamiento de Alcalá¹- para, analizando las diferentes codificaciones penales -incluyendo Anteproyectos y Proyectos de Ley- existentes hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, verificar la existencia, o no, en dichos textos, del delito de administración desleal o sus antecedentes.

Sin embargo, el presente trabajo se aborda desde una mirada pragmática, lo que me conduce a obviar las referencias a los CP de 1822, 1848-1850, 1870, 1928, 1932 y 1944².

¹ BARÓ PAZOS, J., "El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº23, 2013, p. 105.

² En relación a las diferentes codificaciones Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias* (dir.

El motivo por el cual se obvian las indicadas referencias es porque en ninguno de los indicados textos se preveía el delito de administración desleal.

Pudiera pensarse que el art. 778 del CP 1822³ contenía una figura delictiva que en cierta medida pudiera asimilarse a lo que hoy día concebimos como administración desleal, más en realidad se trataría de una fútil forma de justificar la presunta existencia de un antecedente de la conducta hoy descrita en el art. 252 CP. No obstante, y como ya he indicado, dicho artículo no puede considerarse, a mi juicio, antecedente del delito de administración desleal, bien respecto su extinta forma prevista en el art. 295 CP, bien respecto su actual forma prevista en el art. 252 CP.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.), Ed. Akal, Madrid, 1988; DE BENITO BRAILE, E., "Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822", *Foro, Nueva época*, núm. 8/2008, 2008; GARCIA VALDÉS, C., "La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n°82, 2012; FIGUEROA NAVARRO, M.C., "El proceso de formación de nuestra legislación penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 53, fasc. 1, 2000; ANTÓN ONECA, J., "Historia del Código Penal de 1822, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 18, Fasc. 2, 1965.

³ El artículo en cuestión disponía: "*El administrador ó encargado de bienes ó de negocios, que faltando á la lealtad que debe á su principal, descubriere en perjuicio del mismo los secretos del patrimonio, administración ó cargo que tuviese confiado, ó extravíare fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, ó en otra manera se hubiese portado con dolo en su encargo ó administración, sufrirá la pena de reclusión de tres meses á un año, y multa de cincuenta á sesenta duros*"

Pero es que, además, el indicado art. 778 CP 1822 desapareció de los CP que le sucedieron.

Cuestión distinta es que, hasta la introducción del delito de administración desleal en el CP de 1995, algunas de las conductas propias del meritado delito pudieran incardinarse en otros tipos penales, como la estafa o la apropiación indebida -atendiendo sobre todo a sus específicas descripciones típicas en cada Código-. Pero esta cuestión desborda el objeto del presente capítulo, que no es otro que el de analizar la evolución histórico-legislativa del delito de administración desleal, abordándose dicha empresa desde una perspectiva práctica y de interés para el lector.

Es por este motivo por el que el análisis en cuestión parte del Proyecto de 1980, pues podemos considerar que fue en el indicado Proyecto donde por primera vez se previó la introducción del delito de administración desleal, circunstancia que posteriormente se repitió en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, Proyecto de Código Penal de 1992 y Proyecto de Código Penal de 1994, hasta que finalmente fue introducido en el art. 295 del Código Penal de 1995.

Así pues, son estos textos los que verdaderamente tienen interés para el lector, por lo que son únicamente estos textos los que analizaré a continuación.

II. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN LOS DIFERENTES PROYECTOS LEGISLATIVOS POST-CONSTITUCIONALES

1. El Proyecto de 1980

El 17 de enero de 1980 fue publicado en el BOE el Proyecto de Código Penal de 1980. La principal y trascendental novedad de este Proyecto era la inclusión entre sus Títulos de la P.E uno exclusivamente dedicado a los delitos socioeconómicos, agrupando todos ellos bajo el mismo Título II.

Inspirado en el Proyecto alternativo alemán, MARTÍNEZ-BUJÁN señala igualmente la influencia de la doctrina española más autorizada en la materia, en este caso refiriéndose a BAJO FERNÁNDEZ, quien caracterizó al Derecho Penal Económico acogiendo la doble conceptualización -amplia y estricta- de los delitos económicos⁴. Sin embargo, el propio autor aclara que el legislador optó por acoger la concepción más amplia posible de los delitos socio-económicos, puesto que se incluyeron en el Título VIII tanto delitos económicos cuyo bien jurídico directamente protegido afectaba exclusivamente a intereses particulares, como delitos que conceptualmente no tenían por qué comportar -ni siquiera de forma mediata- una afección para el orden económico como interés jurídico colectivo⁵.

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 98.

⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 99.

Ahora bien, lo interesante de este Proyecto no era solamente que recogiera una agrupación sistemática común de todos los delitos económicos -como había solicitado BAJO FERNÁNDEZ-, los cuales fueron acogidos en el Título VII del Libro II, bajo la rúbrica "Delitos contra el orden socioeconómico", sino que, además, dentro del indicado título se había incluido el Capítulo VI denominado "De los delitos financieros" en el que aparecía descrito un novedoso art. 368 que tipificaba, por primera vez, un delito de administración desleal societario. Rezaba el indicado artículo:

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

De esta forma, decide el legislador de 1980 tipificar por primera vez la administración desleal societaria, descartando de esta forma la tipificación de un delito de administración desleal genérico o de patrimonio ajeno.

Numerosas críticas pueden hacerse al precepto, como el hecho de referirse únicamente al administrador (lo que puede plantear dudas en cuanto a autoría por parte del administrador de hecho) o a la limitación del sujeto pasivo a los socios, dejando fuera no solamente

a la sociedad en sí, sino también a otros sujetos que tienen igual participación en la sociedad y que igualmente pueden resultar perjudicados. No obstante, se trata aquí de señalar las principales novedades del Proyecto y no de realizar un pormenorizado análisis del texto o, como es nuestro caso, del proyectado delito de administración desleal, lo que se hará a conciencia a lo largo del presente trabajo.

En cualquier caso, sí que resulta destacable que la pena prevista para la administración desleal societaria del art. 368 del Proyecto sea inferior a la prevista para figuras como la estafa y la apropiación indebida, figuras en las que tradicionalmente se habían encajado algunas de las conductas que ahora podrían tipificarse con arreglo al art. 368 CP. La pena prevista para el art. 368 era de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses.

Cabe decir, para concluir el presente apartado, que el Proyecto de 1980 no llegó nunca a ser aprobado, principalmente por la convocatoria de nuevas elecciones al gobierno.

2. Propuesta de Anteproyecto de 1983

Ya con el PSOE en el gobierno, este se preocupó de retomar los trabajos de reforma del Código Penal. Si bien el Anteproyecto mantuvo un Título (Título XII del Libro II) intitulado "Delitos socioeconómicos", redujo el número de capítulos a seis y los artículos a treinta

y ocho⁶. De esta forma, adoptaba el Anteproyecto una concepción más estricta de los delitos socioeconómicos que la adoptada por el Proyecto de 1980.

Nuevamente incluía el legislador el delito de administración desleal societaria en el Anteproyecto, esta vez en el art. 297 del Anteproyecto, si bien realizando ciertas matizaciones haciéndose acopio de las críticas que respecto el art. 368 del Proyecto de 1980 se habían formulado. El nuevo delito del art. 297 presentaba la siguiente redacción:

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

Así, vemos como se amplía la esfera del sujeto activo, incluyéndose ahora también a los directores, aunque nuevamente nada se dice respecto del administrador de hecho, por lo que igualmente se generan dudas respecto su consideración o no como posible sujeto activo del delito. Se amplía también el sujeto pasivo, que no serán solamente los socios, sino

⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico..., *op. cit.*, p. 99.

también los depositarios, cuentapartícipes o titulares de valores o capital que administren.

El precepto introduce el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, de forma que el administrador o el directo no solamente deberá actuar con la conciencia y voluntad de disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de esta, sino que deberá hacerlo con el objetivo de procurarse un beneficio propio, que no a un tercero, pues el legislador no el ánimo de lucro en favor de un tercero.

En cuanto a la pena, el art. 297 del Anteproyecto aumenta en un año la pena de prisión (pasa a ser de seis meses a tres años) respecto la prevista en el Anteproyecto de 1980 y mantiene la pena acumulativa de multa de seis a veinticuatro meses. Sin embargo, introduce un tipo agravado para aquellos casos en que los hechos sean cometidos por administradores o directores de empresas públicas, en cuyo caso se aplicará la pena en su mitad superior.

3. Proyecto de Código Penal de 1992

En el Proyecto de 1992, el legislador renunció formalmente a la autonomía de la categoría de los delitos socioeconómicos, puesto que se refundieron en un mismo título los tradicionales delitos contra el patrimonio individual y los delitos contra el orden socioeconómico (Título XII del Libro II)⁷. En la propia

⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 101.

Exposición de motivos se establecía una delimitación entre delitos que prevalentemente debían ser catalogados como puramente patrimoniales y aquellos que debían ser catalogados como socioeconómicos⁸.

Ahora el delito de administración desleal se recogía en el art. 303 del Proyecto de 1992, ubicado en el Capítulo XV denominado "De los delitos societarios", incluido en el Título XII. Disponía el art. 302 del Proyecto:

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

Vemos como el precepto ha sufrido una considerable modificación respecto a su predecesor del Anteproyecto de 1983⁹. En primer lugar, se incluye

⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico...*, op. cit., pp. 102 a 104.

⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 329, critica que los autores del Proyecto deberían haber sido más precisos en la redacción del art. 302, puesto que deberían haber especificado no nitidez el objeto material, el sujeto pasivo y el resultado del delito.

expresamente al administrador de hecho como sujeto activo del delito, eliminando a su vez la figura de los directores.

También se introduce como sujeto pasivo a la sociedad y a los titulares de bienes, valores o capital.

Respecto el elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro podrá ahora proyectarse también sobre un tercero, lo que evitaría en muchas ocasiones la atipicidad de la conducta en aquellos casos en que no pudiera acreditarse el beneficio propio obtenido por el sujeto pasivo.

El objeto material del delito lo constituyen los bienes, valores o capital, por lo que se introducen en el Proyecto de 1992 los bienes como objeto material del delito.

En cuanto a la conducta típica, entiendo que la configuración de la misma no resultaba del todo correcta por los problemas interpretativos que la misma podía suscitar. Así, cuando el art. 302 se refiere a los administradores que "dispongan de éstos o contraigan obligaciones a su cargo", debemos entender que por "disponer de éstos" el legislador se refiere a los bienes, valores o capital; mientras que cuando habla de "contraer obligaciones a su cargo" no se refiere a los bienes valores o capital, sino que se refiere a la sociedad. Se trata así de un confuso

redactado que hubiera podido dar lugar a notables problemas interpretativos.

Respecto las penas, el legislador aumenta la pena de prisión un año respecto la del Proyecto de 1983, estableciendo la misma en un marco penológico abstracto de seis meses a cuatro años. En cuanto a la multa acumulativa, se rebaja el tope máximo a doce meses. Como novedad se introduce la pena de inhabilitación especial "para el ejercicio de la profesión o industria" durante un plazo de dos hasta cinco años.

4. Proyecto de Código Penal de 1994

Aprobado el 26 de septiembre de 1994, mantuvo la propuesta del Título común de delitos patrimoniales y socioeconómicos así como exactamente los mismos capítulos¹⁰.

La administración desleal se incluye ahora en el Capítulo XIV, concretamente en el art. 296, que reza:

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

¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico..., *op. cit.*, p. 104.

Advertimos como el art. 296 del Proyecto presenta una redacción notoriamente diferente a su anterior versión en el Proyecto de 1992.

En relación con el sujeto activo, incluye ahora también a los socios, aumentándose el círculo de sujetos pasivos. Podría catalogarse de acertada la inclusión de los socios como sujetos activos del delito, pues estos también guardan, junto a los administradores de hecho y de derecho, una estrecha relación con la sociedad, amen de poder realizar, en atención a su condición, la conducta típica.

También novedosa es la exigencia de que los sujetos activos desarrollen su actividad en el seno de la sociedad mercantil, la cooperativa o la caja de ahorros. Quizá el legislador creyó conveniente incluir las cooperativas y las cajas de ahorros en la redacción del artículo para evitar que, con una única referencia a las sociedades mercantiles, estas dos pudieran ser excluidas, por no ser consideradas como tales.

Interesante también es la exigencia de que el sujeto activo actúe con abuso de confianza. En este caso pudiera uno pensar que el legislador ha tomado como referencia para la confección del art. 296 la modalidad típica de infidelidad prevista en el art. 266 del CPA.

Eliminados los depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, parece ser que el legislador pretendía configurar un genuino delito societario, pues

recordemos que el perjuicio únicamente podía ahora proyectarse respecto la sociedad y respecto los socios de la misma.

En relación con la pena, desaparece en esta ocasión la acumulación de la multa a la pena de prisión, pudiendo ahora el Juez decidir entre la imposición de la pena de prisión o la de multa, la cual se determinará en función del beneficio obtenido.

CAPÍTULO II

EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL CP 1995

I. LA NECESARIA TIPIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: BREVES REFERENCIAS DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL

El delito de administración desleal no fue introducido hasta el año 1995 en nuestro ordenamiento penal.

La sociedad había cambiado considerablemente desde la promulgación del Código Penal de 1944, parco en figuras que protegieran lo que años atrás algunos autores ya venían señalando como Derecho Penal Económico, que presentaba ciertas novedades respecto el Derecho Penal conocido hasta la fecha, destacando especialmente la protección de nuevos intereses, como el orden económico o socioeconómico¹¹. En este sentido, especial relevancia adquirieron aquellas figuras delictivas que se producían en el seno de la empresa, sin que muchas de ellas tuvieran traslado al Código Penal.

Se evidenciaba pues la necesidad político-criminal de nuevas figuras en un momento en el que habían proliferado los comportamientos delictivos al amparo de la estructura orgánica de las sociedades, y que trascendían el aspecto puramente patrimonial individual, puesto que afectaban más o menos

¹¹ Para un mayor análisis de la cuestión Vid. Cap. V. IV.

directamente tanto a la economía nacional como al orden socio-económico¹². Ejemplificaba MARTÍNEZ-BUJÁN esta necesidad en el sector bancario, en el que se habían producido numerosas crisis, en buena medida motivadas por actuaciones heterodoxas de los administradores que, o bien no se les pudo castigar, o bien se aplicó de forma indebida la legislación penal. Existía pues, una amplia e injustificada impunidad en un sector cuyas irregularidades tuvieron una notable afectación a todo el sistema económico y financiero¹³. Se trata, en definitiva, de proteger el orden socio-económico.

Así, sorprendía que la administración desleal, la cual podríamos catalogar como una de las figuras delictivas más paradigmáticas de este nuevo Derecho Penal Económico-empresarial, no tuviera previsión alguna en el Código Penal, lo que obligaba a recurrir a otras figuras delictivas para, en la medida de lo posible, sancionar algunas conductas de administración desleal que pudieran tener encaje en dichas figuras.

Con anterioridad al año 1983 solía acudir a los delitos de estafa, apropiación indebida y, muy residualmente, a las falsedades documentales. Este panorama cambió radicalmente tras la reforma del delito de estafa operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

¹² MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la "infidelidad" y el delito societario del "abuso de facultades jurídico-sociales")", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII. P. 318.

¹³ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 319.

Recordemos que, hasta la indicada fecha, el delito de estafa carecía de una distinción clara entre estafa y defraudación. Entre otras, cabe destacar que el mismo se enmarcaba bajo la sección "De las estafas y otros engaños". Dado que el tipo penal se articulaba mediante la fórmula "El que defraudare a otro (...)" a través de cualquier conducta constitutiva de engaño, como indica BACIGALUPO ZAPATER, una definición tan amplia de la conducta punible permitía alcanzar prácticamente cualquier comportamiento lesivo de los deberes de un administrador, a lo que debía añadirse que tanto el error en el sujeto pasivo, como la disposición patrimonial de éste, elementos nucleares del tipo de estafa configurado hoy día, no se antojaban necesarios en la configuración típica de la estafa prevista con anterioridad a la reforma del año 83¹⁴.

A ello debemos añadirle la cláusula general que preveía el art. 533, que se refería a "cualquier engaño que no se halle previsto en los artículos anteriores", lo cual ampliaba todavía más si cabe el espectro de punibilidad del delito de estafa.

Por tanto, aquellas maniobras de carácter fraudulento -sin perjuicio de atender al caso concreto- podían encontrar cabida en el delito de estafa, ya que resultaban análogos los engaños precedentes como los engaños a posteriori¹⁵.

¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., "La administración desleal en el nuevo Código Penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 7, 1999, p. 196.

¹⁵ En contraposición a tal argumento véase LUZÓN PENA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria en el derecho penal español", en *InDret penal*, Barcelona, 2008, p.5.

No obstante, como decía, este panorama cambia en el año 1983, año en que se modifica el delito de estafa pasando a configurarse ahora este a semejanza del modelo alemán y articulando su conducta típica en torno al elemento del engaño, requisito esencial del delito puesto que será a través de este que deberán darse el resto de requisitos típicos, esto es: el error en el sujeto pasivo, la disposición patrimonial de éste y su consecuente perjuicio patrimonial. Consecuencia de dicha reforma se vio notablemente limitada la posibilidad de castigar la administración desleal a través del delito de estafa, pues en la mayoría de conductas de administración desleal el sujeto activo no engaña al sujeto pasivo, sino que más al contrario, goza de la confianza de éste, de ahí que administre su patrimonio y que, por tanto, sea el sujeto pasivo quien suela realizar las disposiciones patrimoniales, además de que la estafa es un delito de resultado material cuya perfección exige la efectiva lesión del bien jurídico protegido, y no solamente su puesta en peligro.

De esta forma, como indica BARJA DE QUIROGA¹⁶, tal modificación supuso que durante mucho tiempo la administración desleal constituyera una laguna en nuestro ordenamiento.

FARALDO CABANA refiere que, hasta la entrada en vigor del CP 1995, el delito de apropiación indebida, y marginalmente el de estafa, eran prácticamente la única

¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p.62.

posibilidad de castigo de la administración desleal de patrimonio ajeno en el Derecho penal español¹⁷.

La doctrina ya había criticado duramente la cuestión, poniendo de relieve que nuestro ordenamiento penal, a diferencia de otros sistemas, como el alemán, no preveía delito alguno de administración desleal o gestión fraudulenta, de forma que únicamente podían castigarse, a través de la apropiación indebida, aquellos comportamientos en los que el abuso de confianza se concretaba en una ilícita apropiación, siguiendo así la pauta genérica de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la forma jurídica y no a las verdaderas relaciones de poder, a la forma jurídica y no a la realidad económica¹⁸. Razones que igualmente habían sido corroboradas por la Jurisprudencia¹⁹.

¹⁷ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 356.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria en el derecho penal español", en *InDret penal*, Barcelona, 2008, pp. 5-6.

¹⁹ Señalar por ejemplo, por ilustrativa, la STS de 29 de enero de 1991 (RJ 1991\579) que apuntaba: "En líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas, no pueden integrar los tipos de estafa, porque no hay engaño en los términos de tal infracción delictiva, o porque en todo caso el que engaña en el sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que lógicamente excluye la tipicidad del artículo 528 del Código Penal, ni el de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no la propiedad de cosas determinadas". No obstante, Cfr. STS 530/1998 de 3 abril (RJ 1998\2383) caso "Argentia Trust" en la que se reinterpreta y amplía el ámbito típico de la apropiación indebida en su modalidad de distracción.

Así, se antojaba preciso reconocer una amplia gama de conductas que no podían tener encaje en los delitos patrimoniales clásicos.

Por tales razones, la doctrina mayoritaria convenía en la necesidad de tutelar la administración desleal o fraudulenta, tanto la genérica, como la más específica societaria²⁰. Al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN diferencia un doble plano que, según el autor, siempre está presente en las diferentes opiniones doctrinales que respecto la criminalización de la administración desleal se planteaban²¹. Para el autor, una cosa es analizar la creación específica de un delito societario de administración desleal, y otra, valorar en concreto la regulación normativa ofrecida por un precepto determinado de los proyectos españoles elaborados a lo largo de los años²². Se trataba, en definitiva, de razones dogmáticas las que impedían, entre otras, castigar muchos supuestos de administración desleal mediante la figura de la apropiación indebida.

Por otro lado, existían, pues, numerosos supuestos en lo que se antojaban evidentes las dificultades probatorias de los elementos del tipo de la apropiación indebida, por no hablar de aquellos en los que resultaba imposible apreciar dicho tipo²³, aun

²⁰ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, p. 359.

²¹ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta...", *op. cit.*, p.311.

²² *Ibid.*, p. 311.

²³ Algunos ejemplos de estas conductas en FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, pp. 359-361; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 314.

teniendo en cuenta la interpretación extensiva que los tribunales habían sometido al delito de apropiación indebida. Hablamos, en la gran mayoría de casos, de actos en los que no se producía una apropiación definitiva, no existiendo así un acto de disposición objetivamente idóneo para lesionar el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, que era el derecho de propiedad y crédito²⁴.

En definitiva, quedaban fuera de la apropiación indebida todos los denominados usos no dominicales ilícitos, en los que no aparece el "*animus rem sibi habendi*", por lo que se trataba de situaciones en la que no podía hablarse ni de actos ejecutivos ni de formas imperfectas de ejecución.

Asimismo, señala MARTÍNEZ-BUJÁN que el delito de apropiación indebida no castigaba aquellos ataques constitutivos de mero riesgo, sino solamente aquellos que producían un efectivo perjuicio en el sujeto pasivo, por lo que igualmente quedaban fuera de castigo aquellas conductas de malversación de bienes y de abuso del crédito de la sociedad, las cuales sí serían típicas en otros ordenamientos²⁵.

²⁴ FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, *op. cit.*, pp. 359-361; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 314.

²⁵ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 316. De ahí que el autor considerase idóneo que un futuro delito de administración desleal incluyera también las denominadas "situaciones de peligro para el patrimonio".

También aducía MARTÍNEZ-BUJÁN, como razones dogmáticas, la importancia de la creación de un delito de administración desleal específicamente societario, pues con ello se tendría la ventaja de poder propiciar una interpretación más progresiva y mejor adaptada al *modus operandi* de la delincuencia societaria²⁶.

Por tanto, y a modo de conclusión, puede advertirse de lo anteriormente expuesto la imperiosa necesidad que existía de tutelar la administración desleal, bien de forma genérica, bien de forma exclusivamente societaria, pero con el objetivo común de evitar la atipicidad de numerosas conductas que en la práctica no podían ser sancionadas a través de otros tipos delictivos como los expuestos *ut supra*.

II. UN ANÁLISIS SUMARIO DEL ART. 295

Como hemos podido observar hasta ahora, razones de carácter histórico, dogmáticas y de política criminal venían exigiendo la introducción en nuestro ordenamiento penal de un delito de administración desleal, a tenor de la laguna punitiva existente hasta entonces y que ha sido extensamente analizada hasta ahora.

Además, nuestro entorno europeo se caracterizaba por la previsión en sus correspondientes ordenamientos penales del delito de administración desleal. Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS señala como Alemania, Suiza y Portugal se decantaban por un delito de administración

²⁶ *Ibid.*, p. 317.

desleal genérico ubicado entre los delitos patrimoniales, Italia creó un tipo específico de administración desleal societaria y, Francia, optó por acoger una doble modalidad de administración desleal; de un lado un tipo genérico y de otro una categoría diferenciada denominada delitos societarios²⁷.

BACIGALUPO ZAPATER²⁸ diferenciaba cronológicamente -también en el marco europeo- dos momentos legislativos diferenciados para la tipificación de la administración desleal.

En un primer momento, correspondiente a la tercera década del Siglo. XX y en el que tendríamos tres líneas legislativas diferentes: Alemania (1933), Austria (1931) y Suiza (1937); Francia (1935); y, finalmente, Italia (1942).

En un segundo momento, que se correspondía con la situación del momento (1995), existían dos tendencias claramente definidas:

a) los ordenamientos jurídicos que escogieron un modelo de administración desleal autónoma e independiente de los delitos societarios (Alemania, Austria, Eslovenia, Polonia, Portugal, Suiza y España).

²⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, citada en VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal...: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 160-161.

²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., Falsedad documental, estafa y administración desleal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 204.

b) las codificaciones que contenían diversas hipótesis modeladas para configurar un tipo específico de administración desleal societaria, tipos penales independientes de una configuración genérica (Italia y Francia en el CC y en las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, leyes que regulan el funcionamiento de las sociedades de capital).

El legislador español optó finalmente (si bien se antojaba una realidad a tenor del contenido de los diferentes Proyectos de reforma del Código Penal) por acoger un delito de administración desleal exclusivamente societario, desoyendo aquellas voces que solicitaban la creación de un tipo genérico de administración desleal.

De esta forma, el delito de administración desleal societaria pasó a recogerse en el art. 295 del Código Penal. La novedad no residía exclusivamente en la reciente tipificación del delito de administración desleal, sino en la introducción en nuestro Código Penal, por primera vez en nuestra historia, de los delitos societarios. Tales figuras, que castigaban los comportamientos delictivos cometidos en el seno de las sociedades mercantiles, se ubicaron sistemáticamente en el Capítulo XIII del Título XIII del Libro II del CP, sobre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Con ello se colmaron las exigencias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la tipificación de los indicados delitos, puesto que la práctica totalidad de las conductas que ahora sí recogía el CP no encontraban anteriormente acomodo en figuras patrimoniales de carácter clásico, resultando

de ello la atipicidad de numerosas conductas -ahora sí ilícitas- cometidas en el seno de las sociedades mercantiles.

Así, el delito de administración desleal del art. 295 CP contó con la siguiente redacción típica:

"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, cuentapartícipes 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"

1.- Bien jurídico protegido

En una primera aproximación al bien jurídico protegido en el art. 295 CP, y a modo de presentación de posturas, podemos afirmar con rotundidad que la doctrina, casi con carácter unánime, reconocía en el patrimonio el bien jurídico protegido en el art. 295 CP. No obstante, la rotundidad de la anterior afirmación debe ser matizada.

De una banda, estaban aquellos que únicamente consideraban el patrimonio como bien jurídico protegido por el art. 295 CP. Sin embargo, dentro de estos,

debíamos diferenciar dos grupos; de un lado, los que entendían que el patrimonio protegido en el art. 295 CP era el de la sociedad, así como los sujetos descritos en el tipo -socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado²⁹, y de otro lado, los que con exclusión del patrimonio social, solamente consideraban protegido el patrimonio de los sujetos enumerados en el tipo del art. 295 CP³⁰.

Respecto el primer grupo enumerado, CASTRO MORENO considera que la protección del patrimonio social no solamente es objeto de tutela indirecta, sino que al ser la sociedad titular y depositaria de los bienes administrados, también goza de protección directa³¹. Si por el contrario, los bienes sobre los que recae la acción típica los tiene la sociedad por otro título distinto al depósito, el perjuicio causado a esta podrá

²⁹ Por citar algunos autores: FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios y Administración desleal de Sociedades", en *Revista General de Derecho de Sociedades*, n°18, 2002, p. 206, MUÑOZ CUESTA, J., "Delitos societarios: administración fraudulenta y apropiación indebida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 440, 2000, p. 2, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "Corrupción y delito de administración desleal", en *La Ley*, n° 7, 2000, p. 1286', BAJO FERNÁNDEZ, M., "Administración desleal y apropiación indebida", en *La Ley*, n° 1, 2001, pp. 1715-1716; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 529.

³⁰ Entre otros: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...* *Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 457 y ss., NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pp. 254 y ss., RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., "El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 7, 1999, p. 29.

³¹ CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 185-186.

igualmente encuadrarse en la fórmula genérica acerca de los titulares de bienes, valores o capital administrado³².

Para FARALDO CABANA³³, la sociedad es la única titular del objeto de la acción -los bienes de la sociedad- y, además, es titular de los bienes, valores o capital administrado.

DOLZ LAGO afirmaba que, de forma paralela, el art. 295 CP protegía la integridad del capital social, puesto que la sociedad era la titular y depositaria de los bienes administrados que de forma particular pertenecían a cada uno de los sujetos descritos en el tipo³⁴. Convenía por ello el autor, junto con CASTRO MORENO, que lo más correcto hubiera sido contemplar expresamente como bienes jurídicos protegidos los intereses de la sociedad y a lo sumo los de los socios, pero no los de otros sujetos que se relacionan con la sociedad -depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes administrados-, cuyos intereses debían ser tutelados a través de la protección del patrimonio social³⁵.

³² *Ibid.*, p. 186.

³³ FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 206.

³⁴ DOLZ LAGO, M.J., "El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (1)", en *Diario la Ley*, nº 8290, 2014, p. 4.

³⁵ *Ibid*, p. 4.

QUINTERO OLIVARES³⁶, partiendo de la idea de que los socios individualmente considerados pueden encontrar otras vías de tutela de sus derechos, entiende la sociedad como la totalidad de sus socios, por lo que considera que será el patrimonio social el afectado. Además, razona que hubiera bastado que el precepto hubiera incluido como potencial perjudicada a la sociedad para dotar al precepto de mayor rigor jurídico.

También MORALES PRATS abogaba por esta tesis, ya que según el autor, carecía de sentido que otro delito societario, el del art. 292 CP, previera la tutela de la sociedad, y el delito de administración desleal del art. 295 CP no siendo este más grave que el anterior³⁷. Igualmente razonaba el autor que, de no aceptar dicha tesis, solamente en los supuestos de autocartera, en los que la sociedad es socia de sí misma, se entendería el patrimonio social como bien jurídico protegido.

En el plano Jurisprudencial, podemos citar a modo de ejemplo la STS 655/2010, de 13 de julio, la cual en su FD quinto expone: *"El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que "dispongan fraudulentamente*

³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., "Límites problemáticos: apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad documental", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n° 1, 1999, p. 51.

³⁷ MORALES PRATS, F., "Dos cuestiones sobre delitos societarios. La frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades, y el ámbito incriminador de los arts. 291 y 192 CP", en *Revista de derecho y proceso penal*, n° 2, 1999, p. 53.

de los bienes" o en que "contraigan obligaciones" han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues "el perjuicio" resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo "a sus socios, depositarios (parece que debiera decir "depositantes"), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre". Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo".

A sensu contrario, para MARTÍNEZ-BUJÁN, el delito societario de administración desleal, en sentido técnico, protegía exclusivamente el patrimonio individual. Para el autor, el precepto no protegía un bien jurídico colectivo, en este caso el orden económico o socioeconómico, sin perjuicio de considerar que la realización del tipo podía afectar, en mayor o menor medida, al orden económico, toda vez que el delito se ejecutaba al amparo de la estructura y la organización de una sociedad mercantil³⁸. Sin embargo, ese peligro no se encontraba incorporado a la materia de prohibición, a pesar de su clara influencia en el legislador³⁹.

NIETO MARTÍN, en sentido parecido a MARTÍNEZ-BUJÁN, estima el patrimonio social como objeto material

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 32.

³⁹ *Ibid.*, p. 32.

del delito, pero no como bien jurídico protegido, considerando incluso que el hecho de no incluir el patrimonio social como bien jurídico protegido es un acierto del legislador, pues proteger el patrimonio sería un mecanismo para la tutela de intereses anexos al correcto desenvolvimiento de la gestión societaria, especialmente trabajadores, acreedores sociales, etc, siendo que estos intereses ya se encuentran protegidos por otros delitos, como el de quiebra⁴⁰.

Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO entendía que de haber constituido el patrimonio social el bien jurídico protegido hubieran podido sancionarse muchas conductas que causaban perjuicios al patrimonio social pero no a los socios directamente⁴¹. Sin embargo, también para el autor el bien jurídico protegido se identificaba con el patrimonio de los sujetos enumerados en el tipo, puesto que el patrimonio social solamente podía considerarse el instrumento para cometer el delito, pero no su objeto de protección⁴².

LUZÓN CUESTA y ROSO CAÑADILLAS ofrecen otra alternativa, pues, para ellos, resulta posible -y más acertado- sostener que en el art. 295 CP se protege tanto el patrimonio de los socios o equiparados como el de la sociedad: alternativamente en la disposición fraudulenta de bienes; y en la asunción de obligaciones

⁴⁰ NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta...*, op. cit., pp. 254 y ss.

⁴¹ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., "El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal", en Cuadernos de Derecho Judicial, n° 7, 1999, p. 29.

⁴² *Ibid.*, p. 29.

el patrimonio de socios o equiparados por sí solo o conjuntamente con el de la sociedad⁴³.

En el plano jurisprudencial, esta posición la podemos encontrar, por ejemplo, en la SAP de Granada 45/2003, de 28 de enero. En esta, el tribunal afirma que, a diferencia del art. 302 del Proyecto de Código Penal de 1992, donde se preveía "el perjuicio para la sociedad", el art. 295 del CP no preveía este perjuicio, por lo que el patrimonio social, por extraño que pareciese, carecía de protección penal. En idéntico sentido se pronuncia también la SAP de Girona 83/2000, de 4 de mayo.

Debe destacarse aquí -por resultar muy interesante- también la tesis de MAYO CALDERÓN⁴⁴, aunque se aparte de las líneas anteriores. MAYO CALDERÓN distingue el patrimonio de la sociedad del patrimonio de los socios, ya que en atención a la introducción del art. 127 en la Ley de Sociedades Anónimas a través de la ley 26/2003, de 17 de julio, el interés social es el institucional, ya que dicho artículo se refiere a los deberes de fidelidad del administrador con la sociedad en el sentido *interés de la sociedad*⁴⁵. Para MAYO CALDERÓN, el patrimonio de la sociedad es, a la vez, el objeto del bien jurídico individual *patrimonio* y del bien jurídico colectivo

⁴³ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria en el derecho penal español", en *InDret penal*, Barcelona, 2008, p. 8.

⁴⁴ Desarrollada la cuestión extensamente en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, op. cit., pp. 153 y ss.

⁴⁵ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, op. cit., p. 135.

*permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico, de forma que la lesión o puesta en peligro se proyecta respecto del bien jurídico permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico y del bien jurídico patrimonio*⁴⁶.

Una corriente minoritaria consideraba que el bien jurídico protegido por el art. 295 CP era el patrimonio de terceros ajenos a la sociedad. En este sentido, DEL ROSAL entendía que, dada la necesidad de proteger los depósitos bancarios, el delito de administración fraudulenta protegía el patrimonio de terceros ajenos de la sociedad y el de los socios⁴⁷. NIETO MARTÍN, citando como ejemplo las cantidades abonadas a compañías aseguradoras en virtud de los contratos de seguro, o las entregadas a constructoras como precio final de la compraventa, expone que en algunas ocasiones la confusión del patrimonio entre un tercero y la sociedad puede extender la protección a dicho tercero⁴⁸.

Sin embargo, como advertíamos, escasos autores sostenían esta postura. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que disponer de los bienes de los terceros es una conducta atípica a los efectos de administración fraudulenta, ya que el objeto material del delito es el

⁴⁶ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁴⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 140.

⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta...*, *op. cit.*, p. 256 y ss.

patrimonio de la sociedad, y tales bienes no lo integran⁴⁹.

Junto con la dimensión patrimonial expuesta hasta ahora, un sector doctrinal afirmaba que el art. 295 CP no solamente protegía el patrimonio, sino que también protegía otros intereses de carácter supraindividual, colectivos o socioeconómicos.

En primer lugar, y por la particularidad de su tesis, tenemos a MAYO CALDERÓN, cuya tesis ya ha sido expuesta anteriormente. También GONZÁLEZ RUS consideraba que además del patrimonio de los titulares de los bienes administrados, podía considerarse "el buen funcionamiento de la sociedad" como bien jurídico protegido⁵⁰. Se trata, a mi modo de entender, de una suerte de protección "mediata" del orden socioeconómico, ya que al concebir el buen funcionamiento de la sociedad como bien jurídico protegido, trata de protegerse, además del patrimonio - individual o social- el correcto funcionamiento de la sociedad en el tráfico jurídico-mercantil, lo que se traduce en una proyección de protección respecto el orden socioeconómico⁵¹.

⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa....., *op. cit.*, pp. 459 y ss.

⁵⁰ GONZÁLEZ RUS, J, J., "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero", en Cobo del Rosa, M., (dir): *Compendio de Derecho Penal español. Parte Especial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Tomo IX, 2000, p.530.

⁵¹ Cfr. VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal...: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y

También QUINTERO OLIVARES⁵² expone que el art. 295 CP protegía intereses supraindividuales o metaindividuales. Para el autor, el funcionamiento irregular de las sociedades mercantiles genera perjuicios para intereses colectivos, pues se pueden ver afectados el empleo, la solidez bursátil, la Hacienda Pública, etc., por lo que el art. 295 CP -y también el resto de delitos societarios- protegen intereses de carácter colectivos. LA condición supraindividual o metaindividual del art. 295 CP resultaba independiente o no de la afectación de intereses generales, ya que ello supondría aceptar que este delito muta en función del tamaño de la sociedad en que se produjera.

LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS consideran que el art. 295 CP protegía, junto con el patrimonio social y el patrimonio de socios y terceros equiparados, un bien jurídico supraindividual: la fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario, de las sociedades como parte y pieza importantísima en la actualidad del sistema económico de un país⁵³. Para estos ambos bienes jurídicos van de la mano, porque *no se castiga sin más el menoscabo del patrimonio individual, sino el de muchas personas (socios y otros terceros) junto con el patrimonio social, y además mediante la infracción por el administrador de un deber*

análisis de la tipicidad objetiva, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 166-167.

⁵² QUINTERO OLIVARES, G., "Límites problemáticos...", *op. cit.*, p. 51.

⁵³ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria..." *op. cit.*, p. 7.

*fundamental dentro de las relaciones societarias y consagrado por la legislación mercantil de sociedades: el deber de lealtad en la gestión de la sociedad y de los intereses patrimoniales de ésta y de los socios de modo que no se les causen daños indebidos, produciendo como efecto secundario el consiguiente perjuicio para terceros, empleados y acreedores; la expectativa y razonable seguridad de que no se producirá tal vulneración del deber de lealtad en la gestión social con sus indeseables repercusiones para terceros dentro del tráfico jurídico es la base de la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento del sistema societario*⁵⁴.

Destacar también la concepción de DOLZ LAGO, para quien el bien jurídico protegido por el art. 295 CP es la función económica de la sociedad mercantil bajo el principio democrático en la toma de sus decisiones y el control de sus gestores, en el contexto de una economía capitalista productiva y no meramente especulativa para la producción de bienes o servicios en el mercado⁵⁵.

Por último, una cuestión que subyace cuando se estudia el bien jurídico protegido en el art. 295 CP es si el vínculo de fidelidad existente entre el titular de los bienes y el que los administra debe ser tutelado penalmente, y por tanto, debe tener también la consideración de bien jurídico protegido. Traemos aquí, por claridad, la opinión de FARALDO CABANA, para quien

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria..." *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁵ DOLZ LAGO, M.J., "El delito societario de administración desleal...", *op. cit.*, p. 7.

no podrá en ningún caso, considerar el vínculo de fidelidad como objeto de protección en el art. 295 CP. Para FARALDO CABANA, el llamado "vínculo de fidelidad" se trata de un concepto dotado de un elevado grado de abstracción conceptual y en cuya lesión es difícilmente observable la intensa afectación individual que es requisito ineludible del concepto de bien jurídico⁵⁶. Por ello, nada obsta a considerar el quebranto de este vínculo de fidelidad como medio para cometer el delito del art. 295 CP, pero como se afirmaba, dicho concepto no tiene un grado conceptual necesario, ni un grado de afectación suficiente para que se le dote de naturaleza de bien jurídico protegido.

En atención a lo expuesto hemos comprobado cómo, muy resumidamente, el patrimonio era el bien jurídico protegido en el art. 295 CP. Cuestión distinta era discutir si dicho patrimonio se refería exclusivamente al de los sujetos enumerados en la propia descripción típica, se refería únicamente al patrimonio social, o protegía ambos. Este, en definitiva, era el objeto de discusión. En mi opinión, coincido con las tesis defensoras de que el art. 295 protegía tanto el patrimonio de los sujetos enumerados en su descripción típica como el patrimonio de la sociedad. No obstante pueda realizarse una crítica al legislador en cuanto a técnica legislativa utilizada en la redacción del art. 295 CP, lo cierto es que en un delito cuyo principal cometido es el de asegurar el correcto funcionamiento de las sociedades, tanto a nivel interno, como a nivel

⁵⁶ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 560.

externo, dejar fuera de protección el patrimonio social, supone plantearnos qué sentido tiene incluir en el Código Penal un delito societario donde precisamente se deje fuera protección al patrimonio social, a pesar de que el legislador estableciera un *numerus clausus* de sujetos pasivos del delito, entre los que no incluyera el patrimonio social. De hecho, como señala RIOS⁵⁷, el interés social no tiene por qué coincidir con el interés de los socios, de la misma forma que no tiene que coincidir el patrimonio. Así, la sociedad dispone de personalidad jurídica y de su propio patrimonio, el cual no tiene por qué coincidir con el de los socios. Por estas breves razones, me decanto por considerar protegido en el extinto art. 295 CP tanto el patrimonio de los sujetos descritos en el tipo como el patrimonio de la sociedad.

Esta pequeña exposición resultará de utilidad para en posteriores capítulos definir el bien jurídico protegido en el actual delito de administración desleal previsto en el art. 252 CP.

2.- Sujeto pasivo y objeto material

Poco tardó la doctrina en advertir el notable error en el que había incurrido el legislador al tipificar la conducta del art. 295 CP: dejó a la sociedad fuera del elenco de sujetos pasivos del delito.

⁵⁷ RIOS CORBACHO, J, M., "Delitos societarios", en Terradillos Basoco, J, M., (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Parte Especial (derecho penal económico)*, Ed. Iustel, Madrid, Tomo IV, 2012, p. 142.

De esta forma, como destaca RODRÍGUEZ RAMOS, debemos distinguir entre el sujeto pasivo de la acción, que en este caso será la sociedad (o su patrimonio si hablamos de objeto material); y el sujeto pasivo del delito, que serán los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren⁵⁸.

Idéntica opinión a la anterior manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN, quien pone de relieve el error conceptual del legislador a la hora de definir la acción típica del art. 295 CP, puesto que la "disposición o contracción" de obligaciones se proyecta exclusivamente sobre los bienes de la sociedad, por lo que serán estos, en rigor, el único objeto material del delito⁵⁹. Destaca también el autor la falta de sintonía entre el objeto de la acción, que serán los bienes de la sociedad, y el resultado material, que será el perjuicio para los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. Ello lleva a MARTÍNEZ-BUJÁN a destacar que, según lo anterior, la conducta de disponer de los bienes de terceros interesados en la actividad bancaria no sería, en puridad, típica; como tampoco lo sería la conducta de disponer de los bienes de la sociedad con perjuicio económico directo para la propia sociedad⁶⁰.

⁵⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La administración desleal del art. 295 del Código Penal", en Cuadernos de Derecho Judicial, n° 7, 1999, pp. 39-40.

⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito societario de administración desleal..., *op. cit.*, p. 34.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 34.

También crítica se muestra RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, para quien, en sintonía con MARTÍNEZ-BUJÁN, el ámbito de protección del delito societario de administración desleal debe proyectarse respecto el interés patrimonial de la sociedad (e indirectamente respecto los socios en tanto partícipes de la sociedad), puesto que el sujeto activo ostenta un deber de lealtad respecto de la sociedad (y los socios), pero no frente a terceros, cuyos intereses pueden incluso entrar en conflicto con la sociedad⁶¹.

En sentido opuesto NIETO MARTÍN, quien considera acertado que no se tutelen los intereses patrimoniales de la sociedad en sí, sino el patrimonio de los socios, puesto que la rígida protección del patrimonio social como interés (supraindividual) de la sociedad son intereses jurídicos cuya tutela es misión de otras figuras delictivas, como los delitos de quiebra, ya que en el última instancia se trata de un mecanismo para defender intereses jurídicos anexos al correcto desenvolvimiento de la gestión societaria⁶²

Teniendo en cuenta lo anterior, algunos autores han tratado de ofrecer interpretaciones, desde consideraciones teleológicas y valorativas, que permitan incluir a la sociedad como sujeto pasivo del delito.

⁶¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc. 2, 1996, pp.464-465.

⁶² NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta...*, op. cit., p. 260-261.

Al respecto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS señala que la mención típica a los socios se realiza en cuanto a que son estos los titulares del patrimonio social, de ahí que el tipo abarque también el perjuicio a éste como objeto de protección⁶³. Otros autores, como FARALDO CABANA, han sostenido que la sociedad también puede ser sujeto pasivo del delito, al ser ésta la titular de los bienes, valores o capital administrados⁶⁴. También DOLZ LAGO pone de relieve que, si bien una primera lectura del precepto invita a pensar que solamente los sujetos descritos en el tipo serán los sujetos pasivos del delito, deberá extenderse dicha protección también a la sociedad como sujeto pasivo del delito⁶⁵.

Por otra parte, LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS, desde la perspectiva de un bien jurídico protegido doble, individual y colectivo, diferencian dos sujetos pasivos del delito: la comunidad o colectividad como titular del legítimo interés comunitario en la fiabilidad del correcto funcionamiento de las sociedades y del sistema societario como presupuesto indispensable del buen funcionamiento del sistema económico; y la persona (jurídica) o personas (físicas) titular o titulares del patrimonio(s) afectado(s)⁶⁶. Se plantean los autores si en cuanto al bien jurídico individual se protege *alternativamente o conjuntamente*

⁶³ *Ibid.*, p. 465.

⁶⁴ FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 206; FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, *op. cit.*, p. 565.

⁶⁵ DOLZ LAGO, M.J., "El delito societario de administración desleal...", *op. cit.*, p. 8.

⁶⁶ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., La administración desleal..., *op. cit.*, p. 18.

el patrimonio social y el patrimonio individual de socios y equiparados. Para los autores, la respuesta dependerá de la modalidad típica de acción en la que nos encontremos:

1- En la disposición fraudulenta se protege indistinta y alternativamente (o también conjuntamente) el patrimonio social o los individuales indicados, pues para los autores, a esta modalidad no le afecta la exigencia típica de causar un perjuicio económico a socios o asimilados.

2- En la contracción de obligaciones, dada la exigencia legal expresa de causación de perjuicio económico a los socios o equiparados, el patrimonio social sólo se protegerá conjuntamente con dichos patrimonios individuales, pero no por sí mismo, es decir cuando sólo se perjudique el patrimonio social, mientras que sí se protegen aisladamente los intereses patrimoniales individuales de socios o asimilados, aunque no haya un perjuicio paralelo para el patrimonio social⁶⁷.

Resulta evidente el error en el que incurrió el legislador a la hora de determinar el sujeto pasivo del delito del art. 295 CP. Una estricta interpretación conduce sin lugar a dudas a considerar como sujetos pasivos únicamente a aquellos que vienen enumerados en la descripción típica, respecto los cuales se proyecta el perjuicio. No obstante, esta interpretación se antoja excesivamente rigurosa e insuficiente, pues

⁶⁷ *Ibid.*, p. 18.

carece de sentido que en un delito societario no se proteja a la sociedad, sino solamente aquellos que la componen, lo que como ya se apuntó por la doctrina conduciría a la atipicidad de algunas conductas que directamente perjudican el patrimonio social pero no el de los socios o equiparados (o incluso haciéndolo de forma indirecta). Por tales razones, la lógica nos hace convenir con aquellos autores que entienden el patrimonio social igualmente protegido en el art. 295 CP, puesto que incluso atendiendo a la voluntad del legislador podríamos así considerarlo, toda vez que el mismo articula las dos modalidades típicas de acción en torno a la sociedad, bien disponiendo de sus bienes, bien asumiendo obligaciones a cargo de esta.

En lo que al objeto material se refiere, tal y como se ha expuesto *infra*, este se corresponde con los bienes de la sociedad, puesto que ambas modalidades típicas se proyectan sobre estos⁶⁸. En cualquier caso, el objeto material recae sobre los bienes de la sociedad, pero no sobre aquellos bienes que, aun siendo administrados por la sociedad, pertenecen a otros sujetos (como en la actividad bancaria, fondos de inversión o bienes privativos de algunos socios)⁶⁹. En tal caso, sugiere MARTÍNEZ-BUJÁN que el legislador debería adoptar la descripción típica del Proyecto de 1992, que se articulaba como "disponer de los bienes de

⁶⁸ CASTRO MORENO, A., El delito societario de administración desleal..., *op. cit.*, p. 387; RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La administración desleal del art. 295 del Código Penal...", *op. cit.*, p. 40; NIETO MARTÍN, A., El delito de administración fraudulenta..., *op. cit.*, p.254.

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 36.

la sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes...), puesto que carece de sentido que protegiendo el delito de administración desleal el patrimonio de terceras personas ajenas a la sociedad, no existe razón que explique la exclusión de la órbita típica las hipótesis en que el sujeto activo dispone de los bienes cuya titularidad sigue correspondiendo ya a esos terceros, siendo que incluso carece de sentido la inclusión de los titulares de los bienes, valores o capital en el resultado material del perjuicio, pues tales bienes no pueden integrar el objeto material⁷⁰.

3.- Acción típica

El art. 295 CP preveía dos conductas típicas: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad y contraer obligaciones a cargo de ésta.

Ambas modalidades debían realizarse con ánimo de lucro propio o de un tercero, abusando de las funciones propias al cargo y, además, generar un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

Según refiere RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, la descripción típica de la figura tiene una clara inspiración en el § 266 StGB alemán (únicamente en cuanto a la figura del abuso, excluyendo la modalidad de infidelidad) y en el

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 37; RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La administración desleal del art. 295 del Código Penal...", *op. cit.*, p. 40.

art. 153 del Código Penal Austriaco, aunque en estos casos la figura de la *Untreue* tiene el carácter de delito patrimonial general, y no específicamente societario. Para la autora, la conducta típica (ambas) consistirá en el abuso de una facultad limitada de disponer del patrimonio social o contraer obligaciones a su cargo, de forma jurídicamente válida y eficaz en la esfera externa, en el ejercicio de las facultades de representación que ostenta el administrador, pero que viola deberes existentes en la esfera interna (fidelidad y lealtad) en relación con el titular/titulares del patrimonio⁷¹.

Veamos el contenido de ambas conductas.

A) Disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad.

La principal discusión doctrinal generada en cuanto a esta modalidad de conducta se centró en discernir si dicha conducta en realidad ya venía protegida por el delito de apropiación indebida, pues la doctrina solía utilizar el verbo "disponer" como máximo común denominador de "apropiar", "distraer" o "negar haber recibido"⁷².

En este sentido, el debate se centraba en discernir si el verbo "disponer" debía interpretarse como un acto de dominio que llevaba aparejado el

⁷¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios..." *op. cit.*, p. 467.

⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 44.

incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, propio de la apropiación indebida⁷³. Sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN, siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, razona que el término "disponer" debe interpretarse como una distracción provisional o, si se prefiere, como unos usos temporales ilícitos -en ambos casos compatibles con la obligación de entrega o devolución- generadores de un perjuicio para el patrimonio⁷⁴.

Coincidentes parcialmente con la doctrina mayoritaria se muestran LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS, para quienes las conductas de apropiación o distracción de bienes sociales que siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son simultáneamente apropiaciones indebidas y administraciones desleales, puesto que dichas conductas implican una disposición fraudulenta de los bienes sociales⁷⁵. Dado que con la acción también se realiza el tipo de la apropiación indebida, sostienen los autores que la relación entre ambos tipos será la del concurso ideal, y no la del concurso aparente de normas, ya que ninguno de los tipos delictivos abarca todo el desvalor de acción y de

⁷³ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., La administración desleal..., *op. cit.*, p. 11.

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 44. También el autor justifica que dicha modalidad se incluye en el CPA y en su Proyecto Alternativo sin que en ningún caso se generase allí confusión alguna con el delito de apropiación indebida.

⁷⁵ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., La administración desleal..., *op. cit.*, p. 12.

resultado y todos los bienes jurídicos afectados por tal conducta⁷⁶.

En cuanto a los supuestos más comunes reconducibles a esta primera modalidad de acción, siguiendo la delimitación formulada por MARTÍNEZ-BUJÁN, podemos diferenciar dos grupos:

1) Un primer grupo representado por las denominadas conductas de "autopréstamo". Tales conductas consisten en la utilización abusiva del crédito en favor del grupo de control de una sociedad bancaria, bien a los administradores, bien a personas o sociedades vinculadas a ellos, con desviación del objeto social y en situaciones que puedan causar un perjuicio a la entidad⁷⁷. No obstante, tales conductas resultarán únicamente típicas cuando efectivamente se produzca el perjuicio, y siempre que no pueda acreditarse la concurrencia de todos los elementos del delito de apropiación indebida⁷⁸.

2) Un segundo grupo integrado por aquellas conductas consistentes en la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad para afianzar el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales. Señala el autor que estos casos pueden referirse al afianzamiento de deudas personales de los

⁷⁶ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p.49. Señala el autor que un ejemplo clásico de este grupo serían los supuestos de autocartera encubierta.

⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 50.

propios administradores o, también, a garantizar la adquisición por terceros de acciones de la propia sociedad⁷⁹. Al respecto, al igual que en el supuesto anterior, la constitución de garantías será delictiva cuando el otorgamiento no es retribuido o lo es por debajo del precio del mercado, puesto que en estos casos se produce un perjuicio económicamente evaluable, aun cuando tales garantías no lleguen a ejecutarse⁸⁰. En otros casos, la conducta no será delictiva.

Por su parte, GOMEZ BENÍTEZ⁸¹ propone un tercer grupo de casos: algunos supuestos de pago comisiones a sociedades vinculadas a (o controladas por) los administradores. Para el autor, los pagos de comisiones injustificadas a sociedades vinculadas o controladas por los administradores por funciones que no corresponden a los administradores en el seno de la sociedad que administran no puede dar lugar al delito de apropiación indebida al existir una contraprestación cierta por la sociedad comisionista. Ello no implica que no pueda existir administración desleal cuando exista un perjuicio social equivalente al exceso de comisión indebidamente cobrada.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 50-51.

⁸¹ GOMEZ BENÍTEZ, J.M., "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", *La Ley*, n° 4237, 1997, p.3, citado en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 51.

También podríamos incluir aquí un cuarto grupo de supuestos dudosos⁸², entre los que cabría destacar: venta con beneficios para la sociedad realizada por el administrador pero sin contar este con autorización para ello, venta de cosa por menor precio de su valor, aun contando el administrador con atribuciones para la compraventa, venta de bienes sociales a precio inferior por parte de administrador sin competencia para ello, distribución de dividendos ficticios (o no distribuibles), supuestos de no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas, no ingreso de cuotas retenidas a los trabajadores en concepto de seguridad social e IRPF.

Por último, debemos referirnos al carácter *fraudulento* de la conducta, en este caso de la disposición. En este sentido, LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS hablan de un concepto mixto, objetivo y subjetivo, pues por una parte supone disponer de bienes defraudando y perjudicando legítimos intereses patrimoniales (de la sociedad o de socios y asimilados), y por otra parte implica la connotación subjetiva de la mala fe⁸³. Los autores consideran más acertado añadir un componente objetivo a la mala fe que integra el componente subjetivo. Para ellos, una disposición fraudulenta será aquella capaz de producir y que produce un fraude, una defraudación de esos

⁸² Se citan los supuestos que expresan LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal.....*, op. cit., p.12; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 50.

⁸³ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, op. cit., p. 14.

intereses en el mismo sentido que el CP utiliza el concepto en diversas figuras típicas, como las "defraudaciones" del Cap. VI del Tít. XIII⁸⁴.

En sentido contrario a lo anteriormente manifestado, la STS 565/2007 de 21 de junio (RJ 2007\3329) dispone: *"Es cierto que el tipo exige que la disposición de los bienes de la sociedad por parte del socio o administrador (el socio que puede disponer legalmente es en realidad un administrador al menos de hecho), se realice fraudulentamente, lo cual se relaciona con la idea del engaño. Pero es un engaño en sentido distinto del exigido para la construcción del delito de estafa, pues es claro que mientras en este último delito el engaño es causal respecto del acto de disposición que origina el perjuicio, en el delito societario es únicamente una característica de la acción, es decir, del acto de disposición, que siendo perjudicial para el patrimonio de los socios o de los demás a los que el tipo se refiere, se presenta engañosamente como un acto ordinario de administración, pero no tiene en ningún caso carácter causal respecto de aquél"*.

En cuanto a la intensidad del fraude, este deberá ser proporcional al objetivo trazado por el autor. Habida cuenta que este deberá mantenerse en los límites del cargo desarrollado (pues en caso contrario la calificación podría decantarse hacia la apropiación indebida), el fraude se verá intensificado en función de los controles societarios que deba superar para

⁸⁴ *Ibid.*, p. 14.

conseguir dicho objetivo. Según razona la STS 356/2012 de 3 de mayo (RJ 2012\5978): "...la posibilidad de considerar cometido un delito societario previsto en el artículo 295 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no resulta suprimida en los casos en los que, ejecutado el hecho típico, la sociedad perjudicada apruebe las cuentas sociales, incluso tras la práctica de una auditoría, pues nada impide considerar que estas actuaciones, que en todo caso son posteriores a la consumación del delito, se hubieran realizado influidas por el error al que indujo la actuación fraudulenta del administrador, o sus subsiguientes maniobras orientadas a su ocultación. Es decir, lo que resulta relevante no es que el auditor o la sociedad descubran la actuación delictiva al examinar o aprobar las cuentas, sino que el administrador, abusando de sus funciones, haya dispuesto fraudulentamente de los bienes de la sociedad o haya contraído obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio al patrimonio administrado, pues esa es la conducta típica sancionada en el precepto".

B) Contracción de obligaciones a cargo de la sociedad

Se trata de una conducta consistente en la contracción de endeudamiento excesivo y abusivo para la sociedad.

En este supuesto, las obligaciones que asume el administrador resultan, en la esfera interna, perjudiciales para los socios o equiparados, no siendo estas legítimas al primar intereses de terceros o

propios sin respetar el deber de lealtad y fidelidad del administrador para con el titular/titulares del patrimonio, generando así un perjuicio a este⁸⁵. En la esfera externa el negocio será válido, aunque sea abusivo.

Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN apunta que a dicha modalidad de acción pueden dársele dos interpretaciones: una estricta y una amplia. Si optamos por un concepto amplio, la "contracción" de obligaciones incluiría cualquier gravamen sobre los bienes sociales, lo que supondría en realidad una contracción de cargas, lo que supone para el autor la posibilidad de que entonces dicha modalidad de acción no integrase la "disposición fraudulenta de bienes", como el propio autor defiende, sino que se integrase en la "contracción de obligaciones". En tal sentido, se pregunta el autor si la modalidad típica de "contracción de obligaciones" resultaría superflua, siendo negativa la respuesta puesto que existen determinados casos que no pueden ser reconducidos a la "disposición fraudulenta", como por ejemplo el afianzamiento personal en el que el fiador o avalista (la sociedad) se convierte en un auténtico deudor, pues será esta quien responda ante el acreedor del

⁸⁵ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, *op. cit.*, p. 15. A modo de ejemplo, los autores refieren como este tipo de conductas el solicitar un préstamo aceptando innecesariamente unos intereses desmedidos, o arrendar para la sociedad unos locales de un tercero pactando abonarle una renta excesiva, o comprometer a la sociedad a abonar a directivos o empleados indemnizaciones por despido o jubilación abusivamente elevadas y gravosas.

incumplimiento de las deudas por parte del deudor principal (el administrador)⁸⁶.

Entre la jurisprudencia podemos encontrar algunos ejemplos de esta modalidad de acción, como la constitución sobre un bien mueble de la sociedad, de una hipoteca como garantía de un préstamo por él solicitado, a título personal, sobre un local propiedad de la sociedad (SAP Badajoz 25/2010 de 4 de marzo (RJ 2010\144297); o librar letras de cambio contra la propia sociedad administrada, interponiendo contra ella los correspondientes ejecutivos a su vencimiento e impago (STS 244/2006 de 6 de marzo (RJ 2006\5514)).

4.- El abuso como especial desvalor de la acción

Tal y como dispone la descripción típica, el art. 295 CP requiere que tanto la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, como la contracción de obligaciones a cargo de esta se lleve a cabo mediante el abuso de las funciones propias del cargo del sujeto activo.

FARALDO CABANA define el abuso de las funciones como la *"situación en la que el sujeto usa determinadas funciones o facultades de que goza para finalidades diversas de aquellas por las cuales le han sido otorgadas, esto es, existe abuso cuando se da un uso ilegítimo, en interés propio"*⁸⁷

⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 57-58.

⁸⁷ FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, *op. cit.*, 1996, p. 574.

Para LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS este elemento recoge y plasma esencialmente el incumplimiento de los deberes de fidelidad y de lealtad relevantes para constituir una infracción, que como indican los propios autores, no son todos los deberes de lealtad y buena fe definidos por el Derecho mercantil o el civil, sino los más importantes y de contenido material: son los deberes de lealtad y fidelidad en la administración y representación que tiene el administrador social frente a la sociedad y los socios o accionistas (arts. 127 y 133 LSA, 61 y 69 LSRL)⁸⁸.

MARTÍNEZ-BUJÁN considera un acierto la introducción de la referencia expresa al abuso, de forma que el art. 295 CP viene a identificarse con el tipo de abuso del delito alemán de la *Untreue*, que es un delito de dominio, y no con el tipo alemán de la ruptura de lealtad, que se trata de un delito puro de infracción de deber. Así, este requisito sirve al autor para justificar el delito de administración desleal como un delito de dominio basado en la no evitación de ciertos riesgos no permitidos provenientes de la esfera de organización del sujeto activo. No obstante, aclara el autor que no se trata de un delito de dominio común, sino de un delito de dominio particularizado, puesto que se construye como un delito especial propio en el que la punibilidad se basa en la especial posición de proximidad del administrador con respecto al bien jurídico protegido⁸⁹.

⁸⁸ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., La administración desleal..., *op. cit.*, p. 21.

⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 64-65.

Teniendo en cuenta que la expresión se refiere a las actuaciones con "abuso de las funciones propias de su cargo", la doctrina se ha preguntado si las actuaciones realizadas fuera del ámbito competencial del sujeto activo deben ser consideradas, o no, constitutivas de administración desleal. Ello no quiere decir que la conducta resulte atípica, sino que, como veremos en el siguiente capítulo, adoptar un criterio u otro supondrá considerar la conducta como constitutiva de un delito de administración desleal o como constitutiva de un delito de apropiación indebida.

En el sentido anterior, LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS se muestran partidarios de interpretar la existencia de abuso de funciones tanto si el administrador actúa dentro de sus competencias pero de modo desleal, perjudicial, como si no lo hace y se extralimita, siendo ambas conductas constitutivas de administración desleal⁹⁰. Para los autores, lo determinante es que el sujeto activo se ha valido de su cargo y de la confianza depositada en él para realizar negocios jurídicos contrarios a los intereses que debía representar, generando una apariencia de regularidad y legalidad frente a terceros. Si no fuera así, quedarían fuera del ámbito del delito supuestos tan sangrantes y obvios como los del administrador que, no estando habilitado para vender bienes de la sociedad como títulos valores de la sociedad, lo hiciese⁹¹.

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., La administración desleal..., *op. cit.*, p. 22.

⁹¹ *Ibid.*, p. 22.

5.- El resultado

Recordemos que anteriormente hacíamos referencia a la falta de sintonía entre el objeto material, que serán los bienes de la sociedad, y el resultado material, que será el perjuicio económicamente evaluable a socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Este extremo resulta relevante puesto que, como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN, si partimos de la base de que la sociedad no es un sujeto pasivo del delito, el perjuicio directo para los socios deberá concebirse como un perjuicio no consistente en la mera pérdida de valor de las participaciones sociales derivadas de la lesión del patrimonio del ente, puesto que solamente habría perjuicio indirecto para los socios, sino en un perjuicio que afecte inmediatamente a la posición particular del socio o de un determinado grupo de socios *uti singuli*⁹².

En cualquier caso, como define el propio tipo, este perjuicio deberá ser "directo" y "económicamente evaluable", lo que deja fuera de castigo aquellas conductas denominadas de "peligro de perjuicio" que habían sido construidas en la jurisprudencia alemana en relación a la *Untreue*.

El perjuicio debe ser "económicamente evaluable". Dado que el bien jurídico (sea de forma individual o plural) lo integra el patrimonio, será determinante el

⁹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 37.

concepto que del mismo se adopta para posteriormente configurar el resultado de perjuicio⁹³.

En este punto nos limitaremos a exponer que el concepto mayoritariamente aceptado⁹⁴, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, fue el concepto mixto⁹⁵, que como recoge la STS 841/2007 de 17 de julio (RJ 2006\7697):

"...De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada".

A lo que la STS 374/2008 de 24 de junio (RJ 2008\4085) añade: *"Este perjuicio no se identifica como*

⁹³ Para una amplia definición de las diferentes teorías sobre el patrimonio Vid. Cap. VII. II. 4. 4.1

⁹⁴ Para una tesis diferenciada Vid. LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, op. cit., pp. 23-24.

"saldo contable negativo", pues en tal caso, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y eso no es posible. El quebranto económico debe venir ilícitamente causado, bien por abuso de funciones en la administración o por una operación fraudulenta o por deslealtad, etc. El criterio para determinar el perjuicio debe ser, pues "objetivo individual". Por ello la STS 402/2005 de 10.3 (RJ 2005, 2688), recuerda que "los perjuicios tienen que estar completamente acreditados". El tipo societario exige la existencia de unos perjuicios patrimoniales. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio en sentencias 915/2005 de 11.7 (RJ 2005, 5418), 402/2005 de 10.3 (RJ 2005, 2688), 554/2003 de 14.4(RJ 2003, 4659)".

Por su parte, FARALDO CABANA considera que las ausencias de incremento patrimonial también pueden incluirse en el perjuicio, siempre que exista una gran posibilidad o esperanza en que ese aumento iba a producirse⁹⁶.

6.- El sujeto activo

Ya he indicado en líneas anteriores que el delito de administración desleal del art. 295 CP se configura como un delito especial propio. En este sentido, tal y como recoge la propia descripción típica, solamente podrán ser sujeto activos los administradores de hecho, derecho o los socios.

⁹⁶ FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, *op. cit.*, pp. 280-282.

Como señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, la equiparación de los administradores de hecho a los de derecho venía siendo reclamada por la doctrina penal y responde a razones de política criminal, ya que de lo contrario se favorecería a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y -lo que es peor todavía- a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios⁹⁷. La autora señala que no puede adoptarse, desde la perspectiva penal, el concepto mercantil de administrador de hecho, según el cual ostentará tal condición aquellos administradores cuyo nombramiento es nulo o aquellos otros que tiene un mandato caducado. Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS debe atenderse a la funcionalidad de los órganos, centrándose en la actividad que realizan más que en la etiqueta que los cobija, de forma que el administrador de hecho responderá solo si fácticamente tiene las facultades y deberes propios del cargo de administrador⁹⁸.

En sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que el art. 295 CP no utiliza un criterio formal en el que las personas que aparecen descritas en el tipo estén obligadas, con anterioridad a la configuración de la norma penal, al cuidado de un patrimonio, sino que lo que hace el tipo es limitar el mandato a cierta clase de sujetos caracterizados por ejercer funciones que implican dominio dentro del ámbito de protección de la

⁹⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios...", *op. cit.*, p.458.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 460.

norma⁹⁹. Por tanto, para el autor será suficiente el dominio social, materializado en la posibilidad de disponer fraudulentamente de los bienes o de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, para castigar a quien, no siendo formalmente administrador, fácticamente realiza tales funciones¹⁰⁰.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, la STS 59/2007 de 26 de enero (RJ 2007\1586) establece: *"en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad"*.

Más detalladamente, la SAP de Madrid 209/2013 (ARP 2014\294) ha señalado tres concepciones de administrador de hecho:

⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 67.

a) Nombramientos irregulares: *"En una primera posición se puede estimar al administrador inicialmente de derecho pero cuyo nombramiento adolece de alguna irregularidad, como serían los supuestos de nombramiento no aceptado, defectuoso, no inscrito o caducado, no obstante se objeta que las funciones del administrador pueden ser ejercidas de facto no solo por el administrador irregular, sino por un tercero que utiliza como testaferro a quien formalmente aparece como administrador"*.

b) Ejecución material de funciones: *"Una segunda posición estima, precisamente como administradores de hecho a aquéllos que, de hecho, ejercen realmente las funciones de administración, tanto frente a los administradores de derecho como frente a los administradores irregulares, se trataría de la persona que "está detrás" del aparente administrador y que, de hecho, controla la sociedad a través del administrador aparente que sería una mera pantalla"*.

c) Vinculación con la posición de garantía: *"Una tercera solución, parte de la consideración de que el concepto de delito especial no está vinculado con la delimitación del autor sino con la fundamentación instrumental de la posición de garante"*.

Más polémica resulta la inclusión de los socios como sujetos activos del delito, al no ser habitual que estos ostenten la condición de gestores ni tengan competencia para ejercer tales labores.

MARTÍNEZ-BUJÁN encuentra la justificación en la mención de las sociedades en formación, pues en estos

casos resulta discutible entender que exista un administrador de hecho, pues será el socio quién realizará las actividades de gestión y, por tanto, detentará las facultades de administración¹⁰¹. No obstante, según la propia teoría del dominio social mediante la cual el autor define al administrador de hecho, el socio tendría encaje en esta categoría. De esta forma, lo más lógico para el autor es entender que la incorporación de los socios al elenco de sujetos activos responde a la circunstancia de que en las sociedades personalistas, el socio, per se, puede intervenir en la gestión de las mismas, aún cuando también esta noción fuera reconducible a la administración de hecho¹⁰².

Similar conclusión alcanzan LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS, quienes argumentando que la actuación del socio como gestor de la sociedad puede igualmente ser reconducida a la figura de la administración de hecho, en aquellas situaciones en las que el socio no detenta cargo alguno, no entienden como el socio puede abusar de las funciones propias de su cargo, si precisamente no tiene cargo alguno¹⁰³. Por ello entienden los autores que procede efectuar una interpretación restrictiva de la referencia a los socios, en el sentido de que han de ser también administradores, aunque sea de hecho.

¹⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 67.

¹⁰² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 68.

¹⁰³ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., La administración desleal..., *op. cit.*, p. 10; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 68.

7.- El elemento subjetivo

Desde la perspectiva del dolo, el art. 295 CP se configura como un tipo doloso que no admite la comisión imprudente. En cuanto a la admisión del dolo eventual, las opiniones doctrinales resultan divergentes.

Así, el sector doctrinal mayoritario considera que la voluntad legislativa se orienta a excluir dicha modalidad de dolo, reservando el tipo únicamente para aquellas conductas cometidas con dolo directo¹⁰⁴.

Otro sector minoritario acepta la comisión del delito de administración desleal mediante dolo eventual. FARALDO CABANA considera que el deber de lealtad y fidelidad se exige como un verdadero elemento objetivo, por lo que cabrá el quebrantamiento de éste a través del dolo eventual¹⁰⁵. LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS entienden que el dolo eventual es compatible con la disposición de bienes y la actuación en beneficio propio o ajeno¹⁰⁶.

Junto con el dolo, el art. 295 CP contenía un elemento subjetivo del injusto, puesto que se requería la actuación del sujeto activo con "beneficio propio o de un tercero".

¹⁰⁴ CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal...*, op. cit., p. 443; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 71.

¹⁰⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, op. cit., p. 581.

¹⁰⁶ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, op. cit., pp. 24-25.

Al respecto de dicho elemento, MARTÍNEZ-BUJÁN refiere su innecesariedad desde la perspectiva político-criminal. Además, expone el autor que la presencia de este elemento carece de sentido desde el momento en que el tipo ya exige para su consumación la efectiva obtención de un beneficio; de ahí que lo más adecuado resulte entender que con la expresión apuntada el legislador está aludiendo ya al beneficio como un elemento objetivo del tipo¹⁰⁷.

LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS consideran, al igual que la mayoría de la doctrina, que nos encontramos ante un específico elemento subjetivo del injusto o del tipo que hay que añadir al dolo y que permite calificar al tipo de administración desleal como un delito cortado de resultado¹⁰⁸. Este elemento subjetivo resulta compatible con el dolo eventual, argumentando los autores que el delito estará consumado sin necesidad de que se haya producido un efectivo beneficio propio o de tercero, pues bastará con que el sujeto tienda con su actuación a obtener tal beneficio; esto sucederá en la gran mayoría de los casos, pero tal elemento subjetivo específico hace que resulten atípicos los escasos supuestos en que el administrador actúe únicamente con voluntad de perjudicar a la sociedad o a los socios o equiparados¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, op., cit., p. 70.

¹⁰⁸ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, op. cit., pp. 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 25.

8.- Iter criminis

Dado que el art. 295 CP se configura como un delito de resultado, no existe limitación alguna para aceptar tanto la tentativa acabada como la inacabada cuando no se produzca el perjuicio¹¹⁰ para el sujeto pasivo. Por tanto, el momento consumativo se sitúa en el momento en que se produce el perjuicio. MARTÍNEZ-NUJÁN, además, exige que junto al perjuicio se produzca la obtención de un beneficio propio o de tercero, puesto que ambos requisitos pertenecen al tipo objetivo y deben ser consecuencia de la acción del sujeto¹¹¹. Por el contrario, LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS consideran solamente necesario la causación del perjuicio, siendo irrelevante la obtención de beneficio para el sujeto pasivo (o un tercero), puesto que ello pertenece a la fase de terminación o agotamiento del delito.

Igualmente considera posible MARTÍNEZ-BUJÁN¹¹², mediante la figura de la tentativa, el castigo de las denominadas conductas acuñadas en Alemania y denominadas de "peligro de perjuicio"¹¹³.

III. DISTINCIÓN CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.
EL ESTADO DE LA CUESTIÓN CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA
DE 2015

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, op., cit., p. 77.

¹¹² Vid, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, op., cit., pp. 77-80.

¹¹³ Un estudio actualizado de dicha figura en Cap. VII. II. 4. 4-3.

Analizado anteriormente el contenido del art. 295 CP, podemos afirmar que la mayor problemática suscitada en relación a la indicada figura se produjo en el ámbito de su relación con el delito de apropiación indebida, generándose un debate académico y jurisprudencial sobre la delimitación y contenido de ambas figuras que, incluso con la actual regulación de ambas figuras, no dudo que seguirá generando idéntico debate.

A los efectos de situarnos en el contexto de debate, resulta oportuno referirnos ya inicialmente a la famosa STS 224/1998, de 26 de febrero (RJ\1998\1996), que resolvió, en sede de casación, el conocido caso "Argentia Trust"¹¹⁴¹¹⁵. Dicho caso tuvo como protagonista a Don Mario Conde, otrora presidente de Banesto y quien, según Sentencia, pagó 600 millones de pesetas a través de una sociedad instrumental de la matriz Banesto a una sociedad, Argentia Trust, que no aparecía registrada, por trabajos de carácter jurídico, financiero y de marketing, y que nunca se justificaron ni se probó su existencia. Para ello se giró una factura que no fue aprobada por el Consejo de Administración, ni por la Comisión ejecutiva, ni se

¹¹⁴ Varios son los autores que parten de dicha sentencia para explicar las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal. Vid. JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito... de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p. 15-19, ROSO CAÑADILLAS, R., "Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de Reforma de 2013", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 114, 2014, pp. 49 y ss; SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", en *La Ley Penal*, n° 121, 2016, p.2.

¹¹⁵ En primera instancia SAN de 20 de marzo de 1997.

hizo apunte contable alguno al respecto. En consecuencia, los 600 millones de las antiguas pesetas desaparecieron de la entidad y de su patrimonio, produciéndole así un perjuicio. Tampoco ingresaron en el patrimonio del presidente de la entidad, el Sr. Conde, sino que se destinaron -según declaraciones de algunos de los imputados- a otros menesteres, como el tráfico de influencias, para crear de esta forma un clima político favorable para la entidad.

La importancia de la Sentencia radica en que la mismo supuso un punto de inflexión en cuanto a las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal¹¹⁶, por las conclusiones a las que la misma

¹¹⁶ No obstante, y anteriormente a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el TS, residualmente, ya había encontrado acomodo en el delito de apropiación indebida ciertas conductas constitutivas de administración desleal de carácter dinerario, entendiendo que el art. 535 contenía no solamente la apropiación indebida en sentido estricto, sino también un tipo de administración desleal que articuló en torno a la figura de la "distracción" dineraria prevista en el art. 535. A modo de ejemplo, se cita la STS 537/1994 (RJ 1994\2050) de 14 de marzo, Ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, la cual nos indica: " el artículo 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. En esta hipótesis particular no se afecta la propiedad de cosas mediante apropiación ni la propiedad del dinero, pues ello no sería posible, dado su carácter fungible. Se trata por el contrario de una forma de realización del tipo que requiere un perjuicio patrimonial ocasionado al titular del patrimonio administrado o al patrimonio del comitente, como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas. Por lo tanto, en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación, el «animus rem sibi habendi» es totalmente innecesario. El autor sólo debe haber tenido conocimiento de producir el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo".

llegó. La misma confirmó la coexistencia en nuestro ordenamiento de dos tipos penales que regulaban la administración desleal: por un lado el nuevo art. 295 CP; y por el otro el art. 252 CP -antes 535 CP-, articulado sobre la modalidad de distracción prevista en el art. 252 CP -y antes también en el 535-. El resultado de la mencionada interpretación fue el ensanchamiento de las fronteras de tipicidad de la apropiación indebida.

En opinión de JUAN SANJOSE¹¹⁷, lo anterior supuso que en un primer momento, y tras la aprobación del CP 1995, la jurisprudencia no acabó de desprenderse de la interpretación hipertrofiada del delito de apropiación indebida del art. 252 CP -antes 535 CP 1973-, lo que provocó la fagocitación del delito societario de administración desleal, que al poco de entrar en vigor, se encontró sin un ámbito efectivo de vigencia.

En síntesis, y para no extendernos en demasía, el TS vino a establecer que las disposiciones desleales de dinero administrado, aunque este no se incorporase al patrimonio del sujeto activo, sino de un tercero¹¹⁸, continuaban conteniéndose en el art. 252 CP -al igual que se incluían en el art. 535 CP 1973- ya que la nota

¹¹⁷ JUAN SANJOSE, R.J., *La nueva configuración del delito... de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p. 15-16.

¹¹⁸ Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 16, que la opinión mayoritaria había venido diferenciando las modalidades típicas del art. 252, "apropiarse" y "distracer", en el sentido de que la primera se refería a actos realizados en beneficio del patrimonio del propio autor, mientras que la segunda se refería a actos realizados en beneficio del patrimonio de un tercero.

determinante era que se produjese un perjuicio en el patrimonio administrado. De esta manera, el TS consideró que en el tipo de distracción no era necesaria la concurrencia del elemento subjetivo del "animus rem sibi habendi", sino únicamente la del dolo genérico consistente en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona, o dicho en propias palabras del TS: "saber lo que se hace y querer lo que se sabe". Como expone GILI PASCUAL¹¹⁹, el art. 295 CP no suponía la desincriminación de las distracciones dinerarias previstas en el art. 252 CP -y antes en el 535 CP 1973- ya que ello hubiere supuesto que éstas solamente se castigarían conforme al nuevo precepto del art. 295 CP, cuyo tratamiento punitivo resultaba más favorable que el previsto en el art. 252 CP.

Siguiendo con el caso expuesto, el Ministerio Fiscal planteó en su recurso la posibilidad de aplicar subsidiariamente el art. 295 CP, al entender que éste había venido a sustituir el extinto art. 535 CP 1973 y que, además, contenía un tratamiento punitivo más favorable.

Es en este punto donde el TS estableció las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal, dos tipos penales con un espacio de intersección típico común, y que el TS consideró que se

¹¹⁹ GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)", en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 762-763.

encontraban en una relación de círculos secantes, planteamiento que mantuvo durante los primeros años en sus interpretaciones jurisprudenciales.

Según el TS, el art. 295 no sustituía al antiguo art. 535 CP 1973 -y por tanto al art. 252 CP-, sino que su función era complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 CP, pero en ningún caso venía a establecer un tratamiento punitivo más favorable para aquellas conductas que se consideraban constitutivas de apropiación indebida, aunque estas se perpetrasen en un contexto societario. Por ello, como se indicaba anteriormente, era inevitable que ciertas conductas desleales pudieran subsumirse tanto en el art. 252 CP como en el art. 295 CP, al solaparse parcialmente ambos tipos¹²⁰.

Esta superposición provocó que, durante cierto período de tiempo, y conforme a las reglas establecidas por el TS, se aplicase un concurso de normas entre ambos tipos. De acuerdo con el art. 8.4° del CP, el concurso era resuelto a través del principio de alternatividad, por lo que el resultado devenía en la aplicación del precepto más grave, que en este caso suponía la aplicación de la figura del art. 252 CP¹²¹.

No obstante, la posición adoptada por el TS encontró una fuerte oposición por parte de la doctrina,

¹²⁰ Vid. ROSO CAÑADILLAS, R., "Las relaciones entre...", *op. cit.*, p. 55-57, muy crítica con la interpretación del TS en el caso *Argentia Trust*.

¹²¹ Para una mayor profundización sobre el caso *Argentia Trust* y las reacciones doctrinales posteriores, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad...*, *op. cit.*, pp. 203-215.

que se decantaba por la diferenciación de ambos tipos penales, y no su superposición.

Así, la tesis que ganó mayor fuerza y que encontró también acomodo jurisprudencial -salvo en residuales ocasiones, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 2015- fue aquella basada en la clase de exceso cometido por el sujeto activo en relación con el título jurídico del que este disponía¹²². Esta teoría distinguía entre exceso intensivo, cometido por el administrador que abusa de las funciones propias de su cargo, pero siempre dentro de los límites que procedimentalmente se señalaban a sus funciones, y que resultaba constitutivo de administración desleal del art. 295 CP; y el exceso extensivo, caracterizado porque el administrador se extralimita en sus funciones, atribuyéndose funciones y facultades que por título no tiene, sobrepasando así los deberes de fidelidad, y que resultaba constitutivo de apropiación indebida en su modalidad de distracción del art. 252 CP¹²³.

¹²² Vid. GILI PASCUAL, A., "Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 109, 2013, pp. 63-64. El autor señala como las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal que descansan en el tipo de abuso cometido por el sujeto activo, tienen su origen en la figura del §266 del CPA, que recoge tanto la modalidad de abuso como la modalidad de infidelidad. Mientras que la segunda se trata de un tipo penal de aspecto mucho más amplio, la primera descansa sobre el tipo de poder de representación que se ostenta, por lo sólo podrá cometer la conducta constitutiva de administración desleal si esta se desarrolla dentro de los márgenes en abstracto que el poder que tiene otorgado le confiere.

¹²³ Este parecer jurisprudencial aparece en las SSTS 915/2005 de 11 julio (RJ 2005\5418), 623/2009 de 19 de mayo (RJ 2009\4874) y 338/2014 de 15 de abril (RJ 2014\2450).

Este planteamiento se combinó posteriormente con el criterio de la temporalidad de la disposición. Así, el TS estimó que en el art. 295 CP se producían actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implicaban apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, con independencia de que se ejecutasen en beneficio propio o de un tercero; mientras que en el art. 252 CP se podían producir, de una parte, actos de apropiación genuina, donde existía el elemento subjetivo del "animus rem sibi habendi", y de otra, actos de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad¹²⁴.

Sin embargo, aún restaba por clarificar las diferencias de tratamiento punitivo entre apropiación indebida y administración desleal.

En este sentido, jurisprudencia y doctrina mayoritaria encontraron en el criterio de la temporalidad la respuesta al tratamiento punitivo

¹²⁴ Esta línea jurisprudencial se puede apreciar, por citar las más cercanas a la reforma de 2015, en las SSTs 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104) y 656/2013 de 22 de julio (RJ 2013\6782). Se trata ésta de la línea jurisprudencial consolidada a la entrada en vigor de la reforma de 2015. En la doctrina, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p.22; CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Observatorio de Derecho Penal Económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8350, 9 de Julio de 2014; RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito de administración desleal", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp.530-531; y GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", *op. cit.*, pp.762-763.

diferenciado entre ambos preceptos¹²⁵. Así, CONDE-PUMPIDO¹²⁶ señala que al producirse en la apropiación indebida un despojamiento patrimonial definitivo, no tiene sentido que se le otorgue a ésta el mismo desvalor del injusto que a la administración desleal, en la que el despojamiento patrimonial no tiene carácter definitivo.

Sin embargo, un sector minoritario discrepaba del anterior planteamiento, centrando la crítica en el ámbito de aplicación del art. 295 CP, al no considerar que el mismo se circunscribiese exclusivamente a los

¹²⁵ Se cita a modo de ejemplo parte del FD.5º de la STS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104): "Pero como dice la STS 656/2013, de 22 de julio estimamos que debe acogerse la concepción que se basa en la calidad del comportamiento del administrador, en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP".

Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador".

¹²⁶ CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Observatorio de Derecho Penal Económico 2014...", *op. cit.*, pp. 6-7. También comparte esta tesis MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, *op. cit.*, p. 18.

usos temporales ilícitos. En este sentido, ROSO CAÑADILLAS se refiere a la pluriofensividad del delito de administración desleal, configurado a través de la modalidad en la que se ataca el patrimonio, esto es, a través de la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad en el contexto-socioeconómico; desvalor específico de la acción frente al desvalor del resultado (perjuicio patrimonial, también común este a la apropiación indebida)¹²⁷. Para la autora, la administración desleal societaria tiene una proyección en el ámbito socio-económico de mayor importancia que la administración desleal general y genérica que se incluye en el art. 252, así como consecuencias materiales mucho más graves¹²⁸.

Otros autores como GOMEZ JARA o GILI PASCUAL¹²⁹ argumentaban que el criterio de la temporalidad como

¹²⁷ ROSO CAÑADILLAS, R., "Las relaciones entre...", *op. cit.*, pp. 80 y ss. En su artículo, la autora ejemplifica su argumento con un ejemplo. Así, habla de la diferencia entre conducir a una sociedad, a través de prácticas desleales/infieles, a la quiebra, con todos los resultados que para la sociedad -en sentido político- ello conlleva -procesos judiciales, despidos de trabajadores cuyos finiquitos deberán ser sufragados por FOGASA, pérdida de reputación social, etc-, frente al apoderamiento por parte de un depositario de una suma dineraria -apropiación indebida-. Así, justifica la autora que la administración desleal tiene una faceta supraindividual, y que las consecuencias pueden derivar en un perjuicio a todo un sistema económico y repercutir a la sociedad, por lo que carece de sentido que tenga un trato punitivo más favorable que una apropiación en sentido estricto que al fin y al cabo - y sin desmerecer el valor del injusto- afecta únicamente a la propiedad. También se incide en la previsión de la falta solamente para la apropiación indebida.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 80 y ss.

¹²⁹ GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", *op. cit.*, pp. 766-768; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., citado en GILI PASCUAL, A., "Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la

distinción entre las figuras de apropiación indebida y administración desleal hacían necesaria la elaboración de tesis que dotasen a este último de un menor desvalor del injusto, para justificar así su menor intensidad punitiva. Ambos autores eran contrarios a dicho criterio distintivo, ya que, para ellos, si la disposición era temporal o definitiva era irrelevante a los efectos de tipificar la conducta en un sentido o en otro, pues en la administración desleal lo que se producía era un abuso de poder por parte del administrador social, vulnerando sus deberes genéricos "ad-intra", mientras que en la apropiación indebida lo que se infringía era el concreto deber de entrega o devolución "ad-extra". Por tanto, si no se estaba ante una concreta obligación de entrega o devolución, sino que el sujeto activo disponía de varias alternativas de actuación, nos hallábamos dentro de los parámetros del art. 295 CP.

Para concluir, se detallan resumidamente las diferentes soluciones jurisprudenciales dadas a las relaciones entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal de los arts. 252 CP y 295 CP respectivamente, las cuales vienen descritas en el FD. 5º de la STS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104):

1º. CONCURSO DE NORMAS

Según esta línea jurisprudencial, las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal son

corrupción privada", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, 2013, pp. 70 y ss.

las de un concurso de normas a resolver con arreglo al principio de alternatividad. Por tanto, debe sancionarse por el delito que ofrece mayor pena.

El delito de administración desleal, como consecuencia de su menor penalidad (puesto que ofrecía una alternativa de entre pena de prisión de hasta cuatro años de duración con una simple pena de multa), originó que, en un primer momento, la Sala se decantase por el principio de alternatividad, aplicando naturalmente del delito de apropiación indebida, que era el sancionado con más rigor.

2°. CIRCULOS CONCÉNTRICOS O SECANTES

Para esta línea jurisprudencial, apropiación indebida y administración desleal suponen dos círculos secantes en los que existe una zona común y en el que la conducta puede incardinarse en ambos tipos. Así, se argumentaba en la ya citada sentencia *Argentia Trust*:

"Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada- que tenía en el CP 1973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el

supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. 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. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida aplicando el art. 252 y no el 295, ambos del CP vigente”.

3º. DISTINCIÓN POR OBJETO

Esta teoría aparece, entre otras, en las SSTS 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863) y STS 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013\1847) -que sigue la línea de la anterior- las cuales se apartan de los planteamientos anteriores y niegan la existencia de concurso de normas entre apropiación indebida y administración desleal, ya que el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

Para esta línea se diferencian claramente los espacios típicos entre ambas figuras, siendo que el art. 252 CP se refería a un supuesto de administración de dinero, llamado a incriminar la disposición de dinero o activos patrimoniales de forma contraria a los deberes de lealtad; mientras que el art. 295 abarcaba

dos supuestos diferentes: por un lado, la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador, y por el otro, la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad mediante la celebración de negocios jurídicos, abusando asimismo de la condición de administrador.

Añadían además las citadas sentencias:

"Con la STS 656/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 6782) , que cita a las STS 91/2013, de 1 de febrero y 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 6428) , hemos de convenir que el rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el animus rem sibi habendi y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP , las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal".

4°. DISTINCIÓN POR ESTRUCTURA Y BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO

Este criterio aparece recogido en las SSTS 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013\1847) y STS 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863). Según el mismo, en el art. 295 CP, quién obliga a la sociedad o dispone de sus bienes lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, con capacidad de decisión jurídicamente reconocida; mientras que en el art. 252 CP el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede. De esta manera, el desvalor de la conducta del administrador en el delito del art. 295 CP radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. De esta forma, el bien jurídico protegido en el art. 295 CP tendría una dimensión dinámica orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que

quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

5°. ALCANCE DE LA EXTRALIMITACIÓN DEL ADMINISTRADOR

Este parecer jurisprudencial -convertido a la sazón en la exégesis jurisprudencial mayoritaria- aparece plasmado, entre otras, en las SSTS 915/2005 de 11 julio (RJ 2005\5418), 623/2009 de 19 de mayo (RJ 2009\4874) y 338/2014 de 15 de abril (RJ 2014\2450).

Ya descrito en anteriores líneas, dicho criterio se basaba en el carácter de la extralimitación del administrador para incardinar su conducta en los parámetros de la apropiación indebida o de la administración desleal. Así, se consideraba que en la administración desleal del art. 295 CP, el administrador cometía un exceso intensivo, ya que éste actuaba dentro de los límites que procedimentalmente se señalaban a sus funciones, si bien con su conducta desleal, realizada a través de la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad o de la disposición fraudulenta de los bienes sociales, en beneficio propio o de tercero, causaba un perjuicio típico. Por el contrario, en la apropiación indebida lo que se cometía era un exceso extensivo, ya que el administrador actuaba fuera de los límites competenciales de los poderes concedidos, a través de la disposición de los bienes cuya administración le había sido confiada, ocasionando un perjuicio a tercero.

Es en este último supuesto donde encontraban encaje las distracciones dinerarias cometidas por el administrador.

6°. CRITERIO DE LA TEMPORALIDAD

Esta última línea jurisprudencial aparece en las SSTS 905/2014 de 29 diciembre (RJ 2014\6716) y STS 656/2013 de 22 de julio (RJ 2013\6782) entre otras.

El criterio en cuestión -que en mi opinión complementa la tesis del exceso del administrador-, distinguió los delitos de apropiación indebida y administración desleal según el carácter temporal de la disposición.

Según este planteamiento, si estábamos ante usos temporales ilícitos -carácter de interinidad- sin carácter apropiatorio, nos hallábamos dentro de los parámetros del art. 295 CP. Por el contrario, si el apoderamiento lo era con carácter definitivo -sea de dinero u otros bienes, y en provecho propio o de tercero- estaríamos en los parámetros del art. 252 CP.

La diferencia en cuanto a la gravedad de un apoderamiento definitivo y un uso temporal ilícito sirvió de base para justificar el tratamiento punitivo más benévolo que se le otorgó por el legislador a la administración desleal del art. 295 CP.

En este sentido, afirma GILI PASCUAL¹³⁰ que en base a los criterios anteriores no era posible hablar

¹³⁰ GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", *op. cit.*, p. 763.

de una superposición de tipos, por lo que no resultaba aplicable el criterio de la alternatividad del art. 8.4 CP, sino que al absorber la apropiación definitiva el uso temporal, era más adecuado hablar de consunción, o incluso de subsidiariedad, al ostentar el art. 252 CP el carácter principal, por lo que el art. 295 sería solamente subsidiariamente aplicable.

CAPÍTULO III

CONTEXTO Y ESENCIA DE LA REFORMA DE 2015

I. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2007

Expuesta anteriormente la problemática generada por el delito de administración desleal del art. 295 CP en cuanto a su relación con la modalidad de distracción prevista en el delito de apropiación indebida del art. 252 CP, resulta del todo sorprendente que no sea hasta el año 2006 cuando el legislador parece hacerse eco de dicha problemática.

Así pues, por primera vez, y tras una insistente demanda tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, el legislador muestra una voluntad de reforma tras la introducción del delito societario de administración desleal en el CP 1995: se prevé la creación de un nuevo delito de administración fraudulenta de carácter genérico.

Esta voluntad viene plasmada en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2006. Asimismo, es el 15 de enero de 2007 cuando el Congreso de los Diputados adopta el Proyecto de Ley Orgánica 121/000119¹³¹, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En dicho

¹³¹ Vid. BOCG (Congreso de los Diputados) de 15 de enero de 2007: Proyecto de Ley Orgánica 121/000119, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

proyecto, tal y como ya había hecho el Anteproyecto, se introduce un nuevo artículo 254 Bis en el capítulo VI del título XIII del Libro II, todo ello en la sección 3ª que pasa a titularse "De la administración fraudulenta". Veamos a continuación el texto del nuevo art. 254 Bis:

"El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquellos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se tratare de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio"

No obstante, el legislador optó a su vez por mantener -aunque modificó levemente- la figura específica del art. 295 CP, aunque en ella pasaba a tipificarse ahora la gestión -y no administración-

fraudulenta de un socio¹³². Dicho artículo quedaba redactado de la siguiente manera:

"Los socios de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o de la misma forma contraigan obligaciones a cargo de aquella causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los demás socios, depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital confiados a la sociedad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del perjuicio causado, e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio"

Resulta necesario en este punto reproducir el contenido de la EdM del Proyecto de Ley de 2007, ya que en el mismo podemos encontrar la justificación dada por el legislador respecto el nuevo art. 254 Bis.

"En el delito de apropiación indebida se ha venido planteando en los últimos años un problema de enorme importancia, que es el de la fijación de sus relaciones con el de administración fraudulenta, en la lógica necesidad de evitar interpretaciones que se superpongan o que den lugar a que la administración fraudulenta pudiera aparecer como una modalidad privilegiada de apropiación indebida, lo cual es inadmisibile. La solución del problema debe por lo tanto

¹³² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro de los delitos de Administración desleal y Apropiación indebida", en Estudios políticos y criminológicos, XXXV, 2015, p. 481.

partir de que se trata de infracciones diferentes, sin perjuicio de que puedan ser cometidas ambas en concurso de delitos. En la búsqueda de esa clarificación de los respectivos espacios se ha estimado conveniente sintetizar la descripción del delito de apropiación indebida concretando su presupuesto en la concurrencia de título que produzca obligación de entregar o devolver, prescindiendo de las menciones solo ejemplificativas adicionales al depósito, comisión o administración que en nada afectan al alcance del tipo y en cambio puede producir una relativa confusión. A su lado, para así hacer más perceptible la diferencia, se describe y pena el de administración fraudulenta, en el que además de destacar su carácter de deslealtad o traición se describe en qué han de plasmarse esas desviaciones de conducta que por sí solas muy poco es lo que indican que sea acorde con la certeza y precisión que cabe exigir a un tipo penal, y a tal fin se señala, como en el texto hasta ahora vigente, la disposición de los bienes administrados o la contracción de obligaciones con cargo a su principal o la sociedad, u oculte beneficios, si con ello causa un perjuicio o frustra un beneficio que legítimamente hubieran podido esperar sus principales o socios. Con ello se resuelve la polémica sobre la interpretación de éste delito que muchos querían ver como una especialización de la apropiación indebida con la que compartiría la condición de delito de menoscabo patrimonial, naturaleza que como queda ahora paladinamente claro es una de las manifestaciones posibles de la infracción mas no la única, pues también entran los manejos abusivos del administrador que derive hacia su persona o hacia terceros negocios y

beneficios que legítimamente hubieran de corresponder a la sociedad o a su principal. Se contempla, en fin, la posibilidad de que la disposición fraudulenta de bienes sociales puedan también cometerla socios no administradores".

En un primer momento podemos comprobar como el legislador pretendía, a través de la introducción de un delito de administración fraudulenta de carácter genérico, resolver los problemas suscitados por las relaciones entre el delito de administración desleal del art. 295 CP y el delito de apropiación indebida del art. 252 CP, concretamente respecto la modalidad de distracción.

Sin embargo, el legislador no hacía más que agravar la situación existente. Así, como puede apreciarse, la introducción del nuevo art. 254 Bis junto con el mantenimiento del art. 295 CP (eso sí, modificado su sujeto activo al "socio"), suponía una superposición de tipos que como se indica, empeoraba aún más si cabe la situación¹³³. A mayor abundamiento,

¹³³ En este sentido BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad...*, op. cit., p. 239, donde señala que la diferencia entre el art. 254 bis y el art. 295 CP se relaciona con el sujeto, pues en el art. 254 bis el sujeto activo es el administrador mientras que en el art. 295 son los socios. Sin embargo, para Bacigalupo esta diferencia es únicamente aparente, pues el socio que dispone de bienes sociales o contrae deudas a cargo de la sociedad, esto es, que realiza las acciones previstas en el art. 295, es en realidad un administrador, ya que en todo caso tiene el mismo deber de lealtad que un administrador.

Asimismo, MAYO CALDERÓN, B., "El nuevo delito de Administración fraudulenta regulado en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal", en *Revista General de Derecho Penal*, n°6, 2006, p. 15, señala que bajo su criterio la nueva redacción del art. 295 carece de sentido, por lo que la misma debería suprimirse. Para

resulta del todo ilógico que en el caso del art. 254 Bis se previera una pena mínima de prisión de un año mientras que en el art. 295 la pena mínima era de seis meses y, además, se preveía la multa como alternativa a la pena de prisión¹³⁴.

Por otra parte, es absolutamente necesario destacar que el legislador no modificó el delito de apropiación indebida (con la excepción de que eliminó las menciones al depósito, comisión o administración), por lo que en ningún caso se solventaba el principal problema ocasionado por ambos tipos penales en cuanto a sus relaciones, esto es, la consideración de la modalidad de distracción prevista en el art. 252 CP como a su vez una modalidad de administración desleal.

El delito de administración desleal genérico del art. 254 Bis presentaba ciertas novedades respecto las modalidades de acción. Así pues, introducía la acción de *"ocultar beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realizar cualquier otro acto que implique deslealtad con aquellos"*. Estas nuevas modalidades de acción plantearon la siguiente duda: ¿Debe el delito de administración desleal establecer un *numerus clausus* de conductas susceptibles de ser incardinadas en dicho delito? Para BACIGALUPO

MAYO CALDERÓN, si un socio no administrador dispone de bienes de la sociedad no realizará una acción de administración fraudulenta sino de apropiación indebida. MAYO CALDERÓN apuesta por la inclusión de delito de administración fraudulenta específico dentro del Capítulo dedicado a los "Delitos Societarios" para las grandes sociedades abiertas a una pluralidad de inversores.

¹³⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad...*, *op. cit.*, p. 239.

ZAPATER¹³⁵, sí. De hecho, para éste, la mención a "cualquier otro acto que implique deslealtad" supone una clara vulneración del principio de legalidad, no cumpliendo por tanto el redactado con la exigencia constitucional de *lex certa*. Sin embargo, MAYO CALDERÓN¹³⁶ consideraba que el tipo penal del delito de administración desleal no debía hacer referencia a ninguna modalidad de acción, sino que únicamente debía girar en torno a la causación de un perjuicio al patrimonio social.

En éste sentido, me decanto por la concepción de BACIGALUPO ZAPATER, ya que no solamente considero que la modalidad de "disposición de bienes" y "contracción de obligaciones" ya son en sí dos modalidades de acción de carácter genéricas en las que se pueden incluir toda una suerte de acciones realizadas por el administrador, sino que además, aceptar la tesis propuesta por MAYO CALDERÓN podría llevarnos a una situación parecida a la alemana en relación a su -polémico- delito de administración desleal (Untreue) del § 266 StGB, el cual después de más de setenta años de vigencia, aún hoy día continúa generando mucha polémica debido a su absoluta indefinición del tipo de deslealtad o infidelidad.

¹³⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., Falsedad..., *op. cit.*, p. 240.

¹³⁶ MAYO CALDERÓN, B., "El nuevo delito de Administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 17.

Asimismo, se agregaba al perjuicio como resultado material la modalidad de "*frustrar un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros*".

Comprobamos como por primera vez se incluyen las expectativas de ganancias como elementos integrantes del patrimonio, algo del todo acertado en mi opinión, ya que éstas deben formar parte del concepto de patrimonio¹³⁷. Sin embargo, cuando el legislador hablaba de "*frustrar un beneficio legítimo*" parecía reforzar la posibilidad de contemplar una modalidad de acción omisiva del tipo.

Imaginemos el supuesto en el que un abogado, apoderado de una persona física para la administración de su patrimonio y contando a su vez con poder para pleitos, recibe como mandato la interposición de una demanda de reclamación de cantidad cuyo origen es una deuda que un tercero mantiene con el titular del patrimonio administrado, deuda que a su vez genera unos intereses moratorios del 12%, y el administrador, de común acuerdo con el tercero, permite expirar el plazo legal para reclamar dicha deuda y, por tanto, pierde la posibilidad de obtener la devolución de la misma junto con sus respectivos intereses.

¹³⁷ Al respecto MAYO CALDERÓN, B., "El nuevo delito de Administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 18. La autora habla del concepto personal de patrimonio, en el que no solamente se incluirían las disminuciones contables del patrimonio, sino también la merma de la capacidad económica del titular del patrimonio, entendiendo ésta como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades del titular.

En este supuesto estaríamos ante, entre otros, la frustración de un beneficio legítimo, traducido en la obtención de los intereses generados por la deuda. Sin embargo, el administrador ha actuado de manera omisiva, sin que haya dispuesto fraudulentamente de los bienes cuya administración le haya sido encomendada, haya contraído obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad o haya ocultado beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión. A pesar de ello, como apuntaba anteriormente, por una parte ha causado un perjuicio al patrimonio administrado (prescripción de la deuda) y por otra ha frustrado la obtención de un beneficio legítimo (intereses generados por la deuda). En este caso, entiendo que la conducta desplegada por el administrador tendría encaje penal a través de la modalidad de "*realizar cualquier otro acto que implique deslealtad con aquellos*". En mi opinión, como refería *supra*, estaríamos ante un supuesto de comisión por omisión ya que, tratándose el delito de administración desleal de patrimonio ajeno de un delito especial propio, para el que es necesario que el sujeto activo reúna una serie de requisitos, el administrador ocuparía una posición de garante, teniendo por tanto su conducta encaje en el art. 11.a) del Código Penal¹³⁸.

¹³⁸ Varios eran los autores que admitían la comisión por omisión del art. 11 a) del Código Penal ya en el delito de administración desleal societaria del art. 295 CP. En tal sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.540. Justificaba MARTÍNEZ-BUJÁN tal tesis habida cuenta que las modalidades de acción previstas en el art. 295 CP, eran modalidades genéricas de ejecución, y no específicas, a través de las cuales debía llegarse a la causación de un resultado. Señala el mismo que se está ante, según terminología de SCHUNEMANN, "tipos de resultado mixto".

Por otra parte, el legislador optó a su vez por mantener el delito de administración desleal del artículo 295 CP, si bien modificó el sujeto activo del mismo pasando éste del administrador de hecho o de derecho de la sociedad al socio. Con ello, parece ser que el legislador preveía este delito no tanto como una administración desleal sino como una gestión fraudulenta de un socio (que no debía ser administrador de hecho o de derecho)¹³⁹.

Se trata éste, bajo mi criterio, de un grave error del legislador, puesto que en pocas ocasiones un socio podrá contraer obligaciones a cargo de la sociedad o disponer de los bienes de la misma. En realidad, un socio que realiza tales acciones es en sí un administrador de hecho, y en todo caso ostenta el mismo deber de lealtad que éste.

Señala MAYO CALDERÓN¹⁴⁰ que la administración fraudulenta específica para el ámbito societario únicamente estaría justificada para las sociedades anónimas cotizadas, las entidades de crédito de captación de fondos y las entidades aseguradoras; en definitiva, para el ámbito de las grandes sociedades abiertas a una pluralidad de inversores.

¹³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", *op. cit.*, p. 481.

¹⁴⁰ Al respecto MAYO CALDERÓN, B., "El nuevo delito de Administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 13, considera que en las entidades citadas, la acción de administración fraudulenta no solamente afecta al bien jurídico patrimonio, sino también a un bien jurídico de carácter colectivo que podría definirse como "la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico económico". Además, el patrimonio de los inversores en estos casos pasa a integrarse directamente en el patrimonio de la sociedad.

Por tanto, a la luz de lo anteriormente expuesto, resultaba del todo inadecuado el mantenimiento del art. 295 CP junto con la introducción del art. 254 bis CP, generando ello problemas de interpretación e incluso superposición de tipos, además de penológicos, puesto que la pena para este delito era de prisión de seis meses a cuatro años o alternativa de multa del tanto al triplo del perjuicio ocasionado, mientras que el art. 254 bis únicamente preveía pena de prisión de uno a cuatro años, siendo por tanto la primera de ellas sensiblemente inferior a la segunda, cuestión que resulta del todo injustificada, máxime cuando con anterioridad al proyecto que ahora discutimos, la doctrina discutía arduamente sobre los motivos por los que el art. 295 CP recibía un tratamiento penológico más favorable que la apropiación indebida del art. 252 CP.

Considero, pues, que debía desaparecer el delito del art. 295 CP y que una posible solución hubiera sido la de introducir en la propia descripción del tipo penal del art. 254 bis los supuestos de administración fraudulenta en el seno de las grandes sociedades de capital o, incluso, para aquellos que considerasen que tales conductas merecían un mayor reproche penal, la de introducir dentro del propio art. 254 bis un subtipo agravado que recogiera tales comportamientos. Todo ello, eliminando la figura del socio como posible sujeto activo del tipo.

Para concluir el presente apartado, y como reflexión final, merece la pena destacar la loable

intención del legislador de regular por primera vez un delito de administración desleal de carácter genérico.

En mi opinión, el principal problema fue que el legislador basó el redactado del artículo 254 bis en la ya existente redacción de la administración desleal del art. 295 CP, cuando en realidad debía haber realizado un redactado completamente nuevo. Si bien es cierto que el art. 254 bis CP ofrecía importantes novedades en la configuración típica, tales como la de añadir al resultado material del delito la modalidad de "frustrar un beneficio legítimo", o las de añadir a las modalidades de acción las de "ocultar beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión" o "realizar cualquier otro acto que implique deslealtad", su descripción típica resultaba a mi juicio demasiado genérica, siendo por tanto la misma sumamente contraria al principio de taxatividad penal. De haber optado el legislador por ser mucho más taxativo en la descripción de los comportamientos típicos objeto del delito de administración fraudulenta de carácter genérico, el mismo, como anteriormente indicaba, hubiera podido prescindir totalmente del art. 295 CP, incluyendo aquellas conductas de administración fraudulenta realizadas en el seno de las grandes sociedades de capital dentro del art. 254 bis, sin necesidad de mantener un específico delito de administración desleal societaria, evitando con ello problemas de superposición de tipos y penológicos pues, uno de los motivos que generaban gran polémica entre la comunidad jurídica era el tratamiento privilegiado del que gozaba la administración desleal del art. 295 CP respecto la apropiación indebida del artículo 252 CP.

Asimismo, resultaba del todo ilógico que el legislador introdujese un delito de administración desleal de carácter genérico para poner así fin a los problemas que generaban las relaciones entre el delito de administración societaria del art. 295 CP y la apropiación indebida en su modalidad de distracción del art. 252 CP, y que sin embargo no se modificase el delito de apropiación indebida en el sentido de excluir del tipo la conducta de distracción, de la que se había servido la jurisprudencia para incluir en ésta un tipo especial de administración desleal.

Dado que el Proyecto de Ley Orgánica 121/000119 finalmente decayó con el fin de la VIII Legislatura, comprobamos como el legislador perdió una importante oportunidad de tipificar correctamente el delito de administración desleal, perdiéndose así una posible solución clarificadora a las relaciones entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida sino que además nos hubiera ahorrado un largo período de incerteza jurídica, pues es de destacar que hasta la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2015 que se tratará en el siguiente apartado (sorpresivamente el legislador omitió toda referencia a los delitos de administración desleal y apropiación indebida en la importante reforma llevada a cabo por la LO 5/2010), la doctrina jurisprudencial ha venido dictando continuamente resoluciones contradictorias al respecto, empeorando todavía más si cabe la situación.

II. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2012

El 11 de octubre de 2012¹⁴¹, el Consejo de Ministros, a propuesta del otrora Ministro de Justicia, Don Alberto Ruíz Gallardón, aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁴². En él, el legislador retoma de nuevo la idea de modificar el delito de administración desleal del art. 295 CP, que no había sido modificado desde su introducción en el CP 1995. Como se apuntaba en líneas anteriores, es significativamente incomprensible que el legislador, en la profunda reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley 5/2010, no abordara la modificación de la administración desleal, teniendo en cuenta que ésta ya fue planteada en el Proyecto de Ley Orgánica 121/000119 del año 2007, así como atendiendo en cuenta las confusas relaciones que la indicada figura tenía con la apropiación indebida.

De este modo, el 11 de octubre de 2012 se presenta el citado Anteproyecto, que sin duda alguna se trataba de la más profunda revisión que hasta la fecha

¹⁴¹ Cabe indicar al respecto que, en realidad, la primera versión del Anteproyecto de Código Penal de 2012 se publicó el 16 de julio del mismo año, y en ella, no se hacía ningún tipo de referencia a la modificación del delito de administración desleal, por lo que a efectos del presente trabajo, nos referiremos en todo momento a la versión aprobada el 11 de octubre de 2012.

¹⁴² Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ministerio de Justicia, 11 de octubre de 2012.

había sufrido el CP 1995. En el inciso XIV de la EdM¹⁴³, el legislador anunciaba la introducción, dentro del

¹⁴³ Decía el inciso XIV de la EdM: "Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección Ibis "de la administración desleal", en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 Código Penal contenía, junto con la apropiación 20 indebida, un tipo penal de administración desleal o "distracción" de dinero o valores patrimoniales. Con la finalidad de poner fin a esa situación, se opta por incluir dentro de los delitos contra el patrimonio, pero fuera de los delitos societarios, un tipo penal de administración desleal que sanciona los actos de gestión desleal cometidos, mediante abuso o deslealtad en el ejercicio de las facultades de administración, por quien administra el patrimonio de un tercero y causa con ello un perjuicio patrimonial. 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 incluyen, 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. Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trata de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en

capítulo VI del Título XIII, de una nueva sección 1bis intitulada "de la administración desleal", en la que se incluía un único artículo que tipificaba con carácter general dicha modalidad delictiva. No obstante, y como pequeña muestra de la prisa del legislador por realizar la reforma en el mínimo tiempo indispensable, vemos como en el inciso Centésimo trigésimo tercero, el legislador amplia y corrige el espectro de la modificación, pues en realidad modifica el art. 252 (desplaza la apropiación indebida al art. 253)¹⁴⁴ e

los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. 21 La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al tiempo, se mantiene la tipificación separada de los supuestos de aplicación a fines particulares de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública con perjuicio para la causa o el servicio públicos, aunque no llegue a producirse un perjuicio patrimonial efectivo".

¹⁴⁴ Sobre la ubicación sistemática del nuevo delito de administración desleal se pronuncian CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en Álvarez García, F. (dir); Dopico Gómez-Aller, J. (coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 766-777. En este sentido, ambos autores convienen en que resultaría más acertado ubicar el nuevo delito de administración desleal tras el clásico de apropiación indebida del art. 252 CP, resultando la administración desleal tipificada en un hipotético art. 252 Bis CP. Según los mismos, tal tipificación seguiría una secuencia de mayor a menor gravedad de las conductas, empezando por las conductas apropiatorias y siguiendo por las conductas desleales no apropiatorias, finalizando con los tipos más leves de apropiación indebida impropia y otras conductas análogas. Además, se seguiría la sistemática que el Código Penal vigente en 2012 seguía para el delito de malversación de caudales públicos,

incluye la Sección 1 bis en el capítulo VII del Título XIII del libro II (y no en el capítulo VI como señalaba en la EdM). De esta manera, el texto recogido en el Anteproyecto era el siguiente:

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

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

3. Se impondrá la pena en su mitad superior si el actor hubiera actuado con ánimo de lucro.

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

en el que el tipo apropiatorio (432 CP) antecedía a los de administración desleal/uso (433 y 434 CP).

valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros”.

En la EdM, el legislador ponía de manifiesto las razones por las que creía necesario abordar la reforma del delito de administración desleal del art. 295 CP. Para éste, el delito de administración desleal era en realidad un delito contra el patrimonio y no un delito societario (lo que parte de la doctrina ya venía diciendo desde su introducción en el CP 1995), siendo que el sujeto pasivo del mismo no solamente podía ser una sociedad, sino cualquier persona. De hecho, se exponía que esta tesis había sido ya adoptada por el Tribunal Supremo, ya que el mismo había optado por incluir dentro de la apropiación indebida un tipo de administración desleal o distracción de dinero o valores patrimoniales. Por ello, el legislador optó por incluirlo en los delitos contra el patrimonio y derogarlo de los delitos societarios, siendo esta opción diferente a la contemplada en el Proyecto de 2007, el cual mantuvo (aunque modificando el sujeto activo) el delito societario de administración desleal del art. 295 CP.

La gran novedad del nuevo del delito de administración desleal de patrimonio ajeno residía en sus modalidades típicas. En síntesis, el legislador previó dos tipos de administración desleal:

a) El abuso en el ejercicio de las facultades de administración (251.1 CP).

b) La deslealtad o infidelidad en el ejercicio de las facultades de administración. (251.2 CP).

La introducción del tipo de deslealtad o infidelidad como modalidad típica del delito de administración desleal de patrimonio ajeno generó sin duda una gran polémica (por no decir una unánime crítica) entre la comunidad jurídica, pues el legislador se limitó prácticamente a copiar el contenido del § 266 StGB (concretamente la figura del *Treubruchstatbestand*). Sin embargo, todo apunta a que el legislador desconocía la enorme polémica que dicha figura viene generando en Alemania desde hace más de setenta años, no solamente por el contexto histórico en el que el indicado delito fue introducido en el CPA¹⁴⁵, sino especialmente por la incompatibilidad del mismo con los cánones de taxatividad que requiere el Derecho Penal. Algunos autores, entre ellos MANZANARES SAMANIEGO¹⁴⁶, entendían que el proyectado art. 252.1 del Anteproyecto, que recogía las conductas de abuso, tipificaba el exceso extensivo en las facultades de administración, mientras que el proyectado art. 252.2 del Anteproyecto, referido a la deslealtad/infidelidad

¹⁴⁵ La modalidad del *Treubruchstatbestand* fue introducida en el CPA con la reforma del año 1933 bajo la presidencia del Partido Nacionalsocialista Alemán, con la intención de ser aplicada a los judíos que estaban al frente de muchas mercantiles. Para un mayor análisis léase MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C., "El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la "infidelidad" y el delito societario del "abuso de facultades jurídico-sociales)", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII. pp. 262-352.

¹⁴⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El nuevo delito de administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8046, 19 marzo de 2013.

en la administración del patrimonio, tipificaba el exceso intensivo en las facultades de administración.

No obstante, no podemos obviar los problemas concursales que podrían generarse dentro del propio art. 252 del Anteproyecto, ya que dada la amplitud con la que el legislador recogía el tipo de deslealtad/infidelidad en el art. 252 del Anteproyecto, las conductas de abuso previstas en el art. 252.1 del Anteproyecto tenían plenamente cabida en el tipo de deslealtad/infidelidad del art. 252.2 del Anteproyecto. De hecho, para la doctrina alemana, el tipo de deslealtad/infidelidad funciona como un tipo subsidiario respecto el tipo de abuso.

Como señalaba BACIGALUPO ZAPATER¹⁴⁷, el tipo de deslealtad/infidelidad que preveía el art. 252.2 del Anteproyecto presentaba un problema dogmático: discernir en que consiste el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos y cuáles son las relaciones de confianza de las que puede surgir. Al respecto, el autor indicaba los elementos que la doctrina alemana y austríaca había perfilado para determinar cuándo existía deber de velar y cuando la persona venía obligada a ello, siendo que éste último debe tener independencia, cierto margen de

¹⁴⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Observatorio de Derecho Penal Económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8350, 9 de Julio de 2014.

discrecionalidad, sobre todo cuando estamos ante negocios de riesgo, donde es plenamente plausible que el resultado no sea el esperado, y que, además, ocasione un perjuicio al patrimonio. Dada la enorme problemática que generaba este tipo penal, consideraba BACIGALUPO ZAPATER que hubiera sido preferible que el legislador hubiera optado por inspirarse en la regulación del delito de administración desleal que preveía el art. 253 del Código Penal austriaco o el art. 158 del Código Penal suizo, pues estos se habían limitado a recoger únicamente el tipo de abuso, y funcionaban muy bien.

Si bien es cierto que esta configuración típica presentaba serios problemas de taxatividad, no es menos cierta la dificultad de tipificar un delito de administración desleal que pudiera abarcar el enorme elenco de conductas en las que, infringiendo un deber de salvaguarda patrimonial, se ocasione un perjuicio al patrimonio administrado. Por tanto, configurar un tipo penal en el que puedan tener cabida todas aquellas conductas que pudieran ser consideradas como de administración desleal supondrá, cuanto menos, un arduo ejercicio de técnica legislativa, ya que una descripción típica de carácter genérico, como la contemplada en el art. 252.2 del Anteproyecto, permite englobar en la misma toda suerte de conductas que pudieran considerarse desleales o infieles.

La nueva regulación de la administración desleal presentada por el legislador enumeraba las fuentes que originaban las facultades dispositivas del sujeto activo, definiéndolas como aquellas emanadas de la ley,

encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico. La enumeración de las anteriores fuentes no resultaba baladí, pues como indican CASTRO MORENO Y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ¹⁴⁸, dicha enumeración podría producir problemas concursales con la malversación impropia del art. 435.3º del CP vigente en 2012 (y que el Anteproyecto no modificaba) y con el delito impropio de negociaciones prohibidas del art. 440 CP que, además, el Anteproyecto extendía sus sujetos activos incorporando a los administradores concursales. Dado que el art. 435.3º del CP vigente en 2012 sancionaba a los administradores que sustrajeran o aplicaran a usos ajenos los bienes cuya administración les hubiera sido confiada por autoridad pública, aunque ésta perteneciera a particulares, y el art. 440 del Anteproyecto sancionaba a los administradores concursales (entre otros sujetos) que se aprovecharan de tal condición para forzar o facilitarse, directamente o por persona interpuesta, cualquier forma de participación en los contratos, asuntos, negocios o actividades en que debían intervenir en tal condición, la introducción de la ley y la autoridad como fuentes de las facultades de administración que preveía el art. 252 del Anteproyecto producirían sin duda serios

¹⁴⁸ CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida y administración desleal..." *op. cit.*, pp. 767-768. Asimismo, NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", en Álvarez García, F. (dir); Dopico Gómez-Aller, J. (coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 786-787 proponía una redacción alternativa al art. 252 del Anteproyecto en la que prescindía de las fuentes de disposición del administrador, limitándose a establecer la siguiente fórmula: "quien teniendo encomendada la administración de un patrimonio ajeno o la gestión de asuntos patrimoniales de un tercero".

problemas concursales con los referidos arts. 435.3 CP vigente en 2012 y 440 del Anteproyecto.

A todo ello debería sumarse la diferencia de penas entre los tres preceptos, pues el art. 435.3 CP preveía penas mucho más severas que las previstas en el art. 252 del Anteproyecto, mientras que el art. 440 del Anteproyecto preveía penas más leves respecto las del art. 252 CP del Anteproyecto. Asimismo, y a diferencia de lo que preveía el art. 295 CP, el proyectado artículo 252 CP no describía directamente al sujeto activo del delito, sino que éste venía definido por las fuentes de disposición que el propio precepto indicaba. Ello podía generar problemas de interpretación, pues surgían varias dudas al respecto: ¿Podía el administrador de hecho de una sociedad ser sujeto activo del delito previsto en el art. 252 del Anteproyecto? ¿Respondería por el delito del art. 252 del Anteproyecto aquel administrador que se limita a obedecer las órdenes dadas por un socio mayoritario que es quién verdaderamente toma las decisiones y administra y gestiona la sociedad? Estas preguntas serán respondidas a lo largo del presente trabajo con mayor detenimiento en líneas posteriores.

Al respecto de la configuración típica, resulta muy interesante la tesis propuesta por NIETO MARTÍN¹⁴⁹.

¹⁴⁹ NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", *op. cit.*, pp. 796-798. El autor, propone la siguiente redacción del artículo 252 CP:

1. Comete un delito de administración desleal quien teniendo encomendada la administración de un patrimonio ajeno (1.1) o la gestión de asuntos patrimoniales de un tercero, mediante la celebración de negocios jurídicos en su nombre (1.2), en beneficio

propio o de un tercero (2), ocasione un perjuicio patrimonial (3), a través de alguno de los siguientes comportamientos (4):

1º Excediéndose en el ejercicio de las facultades de disponer u obligar que por ley, mandato de la autoridad o contrato tiene sobre el patrimonio que administra o gestiona.

2º Desaproveche una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio administrado o gestionado.

3º Apropiándose o utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o, en el caso de que se trate de la administración de una sociedad, los empleados que prestan su servicio.

4º No evitando una lesión al patrimonio administrado.

2. Los reos de administración desleal serán castigados con la pena de prisión de un año a tres años. Para la fijación de la pena se atenderá la cuantía de lo defraudado y el quebranto económico ocasionado a los perjudicados, los medios empleados y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de tres a 12 meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad defraudada fuera superior a 6.000 euros.

3. El delito de administración desleal será castigado con la pena de prisión de dos años a seis años y multa de seis a dieciocho meses:

1º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

2º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas. 3º Cuando la conducta típica sea realizada en el marco de una sociedad abierta a un número indeterminado de inversores, entidades de crédito, sociedad o agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados.

4º. Se impondrán penas de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses cuando el perjuicio económico sea superior a 250.000 € o concurren la circunstancia 3ª con la número 1º o la número 2º.

4. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 3 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

Para éste, un delito de administración desleal de carácter genérico que respete los cánones de taxatividad debe, en primer lugar, reducir el círculo de autores. Dado que el art. 252 del Anteproyecto suponía una traslación a nuestro Código Penal del ya citado § 266 StGB, las fuentes de disposición venían referidas a las emanadas de la ley, nombramiento de la autoridad y contrato (para el tipo de abuso previsto en el art. 252.1 del Anteproyecto) y la especial relación de confianza (para el tipo de deslealtad/infidelidad del art. 252.2 del Anteproyecto). Según NIETO MARTÍN, el legislador español no debía copiar las fuentes de disposición del legislador alemán por tres motivos:

a) Dado que las "micro administraciones desleales" de sumas dinerarias, entre otras, había llevado al legislador alemán a incluir en el tipo de infidelidad del § 266 StGB una relación fáctica entre autor y patrimonio administrado como es la "especial relación de confianza", tales conductas no debían conducir al legislador español a copiar el precepto alemán, pues las mismas podían ser sancionadas a través del delito de apropiación indebida.

b) En nuestro derecho de sociedades no existe la figura del Consejo de Vigilancia que existe en el derecho de sociedades alemán.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g del apart. 7 del art. 33.

c) Porque no debía rechazarse la idea de regular tipos penales específicos de administración desleal.

En este sentido, proponía NIETO MARTÍN que los autores del delito de administración desleal fueran, por una parte, los administradores, entendidos éstos como aquellos que tienen encomendada la gestión global de un patrimonio; y por otra parte, los gestores, entendidos como aquellos que administran parcialmente un patrimonio, los cuales solamente se incluirían en el círculo de autores del art. 252 cuando contasen con cierto margen de discrecionalidad en su gestión.

También se introducían novedades respecto el resultado del delito, pues a pesar de que el legislador en la descripción típica únicamente describía el resultado como la *"causación de un perjuicio al patrimonio administrado"* o *"cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar"*, en la EdM ampliaba el espectro de posibilidades argumentando que tal perjuicio podía producirse cuando se causaba una disminución del patrimonio, cuando la conducta del sujeto activo provocaba una falta de incremento del patrimonio administrado o cuando se creaba una situación de peligro de pérdida del patrimonio. Sin embargo, ajeno el legislador a la anterior omisión descriptiva, razonaba que el valor económico del patrimonio se veía disminuido cuando su integridad patrimonial se encontraba expuesta a una situación de relevante peligro. Y para reforzar esta tesis, describía una serie de supuestos (venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real,

concesión no autorizada de créditos sin garantías, contratación de servicios que no se prestan, contratación de servicios por un precio superior al real de mercado, falta de cobro de créditos por el administrador, 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) que generaban respecto del patrimonio administrado una situación de relevante peligro. Es manifiesta la incongruencia en este sentido del legislador, ya que nada de lo anterior viene recogido en la descripción del art. 252¹⁵⁰. Dado que el perjuicio al que se refiere la EdM no viene definido en el tipo, sería la jurisprudencia quien en su caso debería desarrollarlo.

El art. 252.3 del Anteproyecto preveía la imposición de la pena en su mitad superior cuando concurriese en el sujeto activo ánimo de lucro. Resulta a mi juicio del todo innecesaria la previsión de un subtipo agravado por ánimo de lucro, toda vez que en la práctica totalidad de las conductas constitutivas de administración desleal concurre dicho ánimo en el sujeto activo. De hecho, la indicada previsión implicaría aplicar en la casi totalidad de ocasiones el subtipo agravado previsto en el art. 252.3 del Anteproyecto. Al respecto, señalaba NIETO MARTÍN¹⁵¹ la necesidad de incluir en el tipo básico del art. 252 el

¹⁵⁰ En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", *op. cit.*, p. 491.

¹⁵¹ NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal...", *op. cit.*, pp. 796-798.

ánimo de lucro, toda vez que como ya se ha expuesto en líneas anteriores, en pocas ocasiones nos encontraremos con una conducta constitutiva de administración desleal sin la concurrencia de dicho elemento subjetivo.

Asimismo, también abogaba el autor por combinar en el tipo subjetivo el dolo eventual junto con el ánimo de lucro. Ello venía justificado por el hecho de que una de las funciones del delito de administración desleal era la sanción de operaciones de riesgo o altamente especulativas, situaciones en las que el dolo se presenta en su modalidad eventual.

También optó el legislador por eliminar el art. 295 CP¹⁵².

Como hemos visto, en el Proyecto de 2007 el legislador mantenía el tipo penal del art. 295 CP junto con la administración desleal genérica del art. 254 bis, lo que a su vez suponía un grave problema que ya se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo. En este caso, quizá el legislador podría haber optado por mantener el art. 295 CP como un subtipo agravado del art. 254 bis CP. Así, encontrarían igualmente justificación las tesis que defendían la pluriofensividad del bien jurídico tutelado en el art. 295 CP. De esta forma, recibirían mayor reproche penal aquellas conductas de administración desleal societaria, al afectar estas no solamente a un bien jurídico individual (el patrimonio), sino también un

¹⁵² Vid. "Disposición derogatoria única" del Anteproyecto de Ley Orgánica de 2012, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

bien jurídico colectivo o supraindividual (el correcto tráfico jurídico de la sociedad, el orden socioeconómico, etc.)¹⁵³.

Por último, el legislador previó en el art. 252.4 del Anteproyecto un tratamiento penológico más benigno (multa de uno a seis meses) cuando "*el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima resultara de escasa gravedad*". Asimismo, se preveía como límite la cuantía de 1.000 euros para la aplicación del citado precepto.

En este caso me parece acertada la introducción de los anteriores límites punitivos, toda vez que con la anterior regulación del art. 295 CP resultaba indiferente la cuantía del perjuicio ocasionado, ya que el indicado artículo no preveía una alternativa más laxa de punición para los perjuicios de escasa cuantía, lo que podía llevar a similares tratamientos punitivos para aquellos que ocasionaren un perjuicio patrimonial de escasa cuantía como para aquellos que ocasionaren un perjuicio de mayor es dimensiones.

Dada la nueva regulación que presentaba la figura de la administración desleal, el legislador modificó a su vez la apropiación indebida y los delitos de malversación.

¹⁵³ Así también lo concibe MAYO CALDERÓN, B., "El nuevo delito de Administración fraudulenta...", *op. cit.*, p. 13, si bien ésta define el bien jurídico protegido como "la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico económico".

Respecto la apropiación indebida, se pretendió diferenciarla más claramente de la figura de la administración desleal. Por ello, y de manera a mi juicio acertada, se optó por eliminar del nuevo art. 253 CP la modalidad de distracción, eliminándose por tanto la posibilidad de cobijar en esta figura una modalidad de administración desleal de carácter genérico.

También se eliminaban los objetos susceptibles de apropiación, desapareciendo de la descripción típica las menciones al dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. Estos se sustituían por la mención general a "una cosa mueble".

Igualmente, desaparecía la *administración* como título que generaba la obligación de entregar o devolver, lo cual no es que resulte acertado, si no del todo lógico, pues aquello que se ha recibido para ser administrado no podrá ser objeto de apropiación indebida, si no de administración desleal. Junto con el *depósito* y la *comisión* como títulos, se añadía ahora la *custodia*.

Por último, procedía el legislador a equiparar la pena de la apropiación indebida a la de la administración desleal, ambas con remisión al artículo 249, o en su caso 250 CP. Se trata éste de un acierto por parte del legislador, pues se ha expuesto, uno de los problemas que surgían de las relaciones entre administración desleal y apropiación indebida era la diferencia punitiva entre ambos preceptos, siendo el primero mucho más favorable que el segundo. Sin

embargo, la errática inclusión del inciso tercero en el art. 252 CP, que preveía la aplicación de la pena en su mitad superior cuando en el sujeto activo concurría ánimo de lucro, junto con la fórmula "*salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código*" que incluía el art. 253, generaba serias dudas sobre si en muchos supuestos, en los que concurría el ánimo de lucro por parte del sujeto activo, serían finalmente castigados vía art. 252.3 CP.

Al respecto de los delitos de malversación, razonaba el legislador que la malversación era en realidad una conducta de administración desleal, por ello, introdujo una nueva tipificación de ésta, como "*un supuesto de administración desleal de fondos públicos*". El nuevo precepto previsto en el art. 432 CP realizaba una expresa remisión a las conductas del art. 252 CP, para que proyectadas sobre el patrimonio público administrado, dieran lugar a la comisión del nuevo delito previsto en el art. 432 CP. Una carencia muy importante que presentaba la nueva regulación de la malversación era la omisión de la referencia a las conductas apropiatorias, siendo que éstas desaparecen de la nueva configuración típica y restando por lo tanto únicamente aquellas con remisión al artículo 252 CP.

1.- El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de 2012

El dieciséis de noviembre de 2013 vio la luz el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se

modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ)¹⁵⁴. Junto con el informe elaborado por la Fiscalía General del Estado, se podría decir que el Informe del CGPJ supuso la primera gran crítica que sufrió el Anteproyecto de 2012. De una manera extensa y razonada, el CGPJ evidenció los defectos que presentaba el Anteproyecto en cuanto a la redacción que éste dio al nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP.

Iniciaba el Informe del CGPJ señalando la incoherencia del legislador cuando en la EdM se hacía referencia a las formas en las que podía producirse el perjuicio patrimonial en el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP, esto es, cuando se producía una disminución efectiva del patrimonio, cuando como consecuencia de la gestión del mismo no se producía respecto del patrimonio el incremento debido o cuando se crease una situación de peligro de pérdida, mientras que nada de ello se preveía en el art. 252 CP, ya que en ninguno de sus números se definía ciertamente el perjuicio patrimonial.

En idéntico sentido a la exposición realizada *supra*, el CGPJ consideró que la introducción de un delito de administración general de carácter genérico no necesariamente debía conllevar la supresión del tipo societario de administración desleal, pudiendo

¹⁵⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 16 de enero de 2013.

permanecer éste como un subtipo agravado del tipo genérico, debido ello a la importancia de las sociedades en el tráfico económico. Para ello, tomaba el CGPJ el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, en el que coincidían un tipo genérico de *Untreue* - § 263 AE - con el tipo societario agravado de *MiBrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse* - § 183 AE -. Dicha comparativa obedecía lógicamente a que el legislador había optado por trasladar directamente los modelos de abuso de poderes y de deslealtad existentes en el actual *Untreue* del CPA (§ 266 StGB).

En relación a éste, el CGPJ evidenciaba los problemas que suponía trasladar la regulación alemana de la administración desleal a la española.

En primer lugar, el legislador no tomaba en consideración los problemas que en Alemania viene planteando el tipo de deslealtad o infidelidad (*Treubruchstatbestand*) por su escaso respeto al principio de taxatividad. Asimismo, tampoco se hacía eco de que dicha modalidad comisiva tiene su razón de ser en la especial configuración de la estructuras empresariales alemanas, donde además de existir un órgano de administración que goza de poderes de gestión y representación, existe el llamado Consejo de Vigilancia, que carece de los anteriores poderes, por lo que en ningún caso podrá incurrir en la modalidad comisiva de abuso, debiéndose incardinar por tanto su actuación en la modalidad comisiva de deslealtad o infidelidad. Además, la existencia en nuestro Código Penal de la figura de deslealtad o infidelidad provocaba que pudieran subsumirse en la misma todas aquellas conductas previstas en el art. 252.1 CP,

consistentes en la modalidad de abuso, ya que dada la generalidad del art. 252.2 CP, éstas tenían plena cabida en el mismo, lo que conllevaría un solapamiento de ambas modalidades.

Al igual que exponía en líneas anteriores, razonaba el CGPJ que la amplitud del tipo de deslealtad o infidelidad suponía poder incluir en el mismo no solamente conductas constitutivas de administración desleal en su modalidad de abuso, sino también conductas constitutivas de apropiación indebida. Dado que a su vez el art. 252.3 CP preveía la aplicación de la pena prevista en los arts. 249 o 250 CP en su mitad superior, cuando concurriese en el sujeto activo ánimo de lucro, ello supondría en la práctica una escasa aplicación del delito de apropiación indebida, toda vez que éste tiene una pena inferior, así como por el hecho de que en la inmensa mayoría de las ocasiones concurre en el sujeto activo ánimo de lucro.

Por todo ello, concluía el CGPJ mostrándose totalmente contrario a la aprobación del texto presentado por el legislador en el Anteproyecto de 2012, entendiendo improcedente la inclusión de la modalidad de deslealtad o infidelidad que preveía el art. 252.2 del Anteproyecto en el nuevo delito de administración desleal genérico que presentaba el legislador, no solamente por los problemas de legalidad que el mismo presentaba, sino también por los problemas concursales que el mismo podría generar con otras figuras delictivas.

2.- El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de 2012

En similares fechas que el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal emitió, el 8 de enero de 2013, su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de 2012¹⁵⁵.

A diferencia del informe elaborado por el CGPJ, que solamente comparaba el nuevo delito de administración desleal con su homólogo alemán, el CF iniciaba su informe señalando los antecedentes de Derecho comparado del delito de administración desleal, reproduciendo el contenido de la legislación Portuguesa (arts. 224.1 y 235 del Código Penal Português), Alemana (266 Strafgesetzbuch) y Austríaca (153.1 Strafgesetzbuch) para más tarde compararlos con el nuevo precepto español.

Continuaba el CF exponiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación entre los extintos artículos 252 (apropiación indebida) y 295 (administración desleal societaria) del Código Penal, la cual no se reproduce en el presente epígrafe toda vez ya ha sido expuesta anteriormente.

Sin embargo, conviene señalar que el CF se preguntaba al final del indicado apartado si todos los supuestos del extinto art. 295 CP podrían ser abarcados por el nuevo 252 CP. En su opinión, sí, puesto que para

¹⁵⁵ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 8 de enero de 2013.

el CF, la administración de hecho del art.31 CP podía seguir siendo aplicable al nuevo tipo. Además, a través del concepto de ajenidad, cuando los administradores fueran los propios socios, se cubrirían ciertas lagunas.

Tras esta introducción, el CF pasaba a analizar el nuevo tipo de administración desleal, empezando por los problemas que generaba la descripción típica del citado precepto. Resulta muy interesante su análisis, ya que para el mismo, la conducta descrita en el art. 252.1 CP era aquella a la que la jurisprudencia denominaba como exceso extensivo (sujeto activo que actúa fuera de lo que su título le permitía), mientras que la conducta descrita en el art. 252.2 se refería al exceso intensivo (sujeto activo que dentro de sus competencias actúa de modo desleal o infiel).

Recordemos que la jurisprudencia había calificado la primera como constitutiva de apropiación indebida del art. 252 CP, mientras que la segunda era sancionada como constitutiva de la administración desleal prevista en el art. 295 CP. Puesto ello en relación con el derecho comparado, se describían las dos teorías que se habían alcanzado para diferenciar los tipos de apropiación indebida y administración desleal: la "teoría del abuso" y la "teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad".

La "teoría del abuso" consistía en ver el núcleo del tipo de administración desleal en el uso abusivo de un poder de representación, mientras que la "teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad" pasaba por

poner el acento en la lesión del deber de fidelidad que incumbía al autor de proteger un patrimonio ajeno.

El legislador alemán optó por unificar ambas teorías. Por ello, la acción típica resulta de cumplir un poder jurídico lesionando un deber jurídico. Sin embargo, ello implica que el tipo de abuso es a su vez un subcaso del deber de fidelidad, por lo que el primero requiere de la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial, lo significa que al igual que en el precepto español que preveía el Anteproyecto de 2012, toda conducta constitutiva de abuso es a su vez constitutiva de una deslealtad/infidelidad.

Respecto la legislación portuguesa, sucedía prácticamente lo mismo, ya que la administración desleal supone la preexistencia de un deber de fidelidad en el administrador.

Finalizaba el CF señalando el desbordamiento en la aplicación del art. 252 del Anteproyecto al recoger este la administración desleal en dos apartados diferentes, siendo más preciso refundir ambos apartados en uno solo que contase a su vez con elementos comunes, y no diferentes como era el caso.

Siguiendo la línea anterior, el CF criticaba también la descripción típica del art. 252.1 CP. Para el mismo, el precepto no debería ni tan siquiera referirse a las *facultades para disponer*, sino que debería referirse a las *facultades para administrar*.

Ello, razona el CF -de manera muy acertada a mi parecer-, por el hecho de que un abuso de las facultades no solamente se produce por actos de enajenación, sino también con la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido de una posición jurídica. De hecho, tal y como señalaba, la legislación portuguesa utiliza los verbos disponer, administrar y fiscalizar, mientras que alemanes y austríacos utilizan los verbos disponer u obligar a otro. Por ello, el legislador español debería haber optado en el Anteproyecto de 2012 por referirse, además de a las facultades de disponer, a las facultades de obligar a otro.

Señalaba también el CF la posibilidad de contemplar una modalidad omisiva del tipo en el caso del art. 252.2 CP, referido a la modalidad de deslealtad/infidelidad, quebrantando el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos. Resulta interesante este punto ya que, como se indicaba en el capítulo dedicado al Proyecto de 2007, entiendo que tanto para el Proyecto de 2007 como para el Anteproyecto de 2012 cabe perfectamente contemplar la posibilidad de una conducta omisiva. Más adelante, se discutirá sobre dicha posibilidad.

Finalizaba el CF analizando el concepto del ánimo de lucro que describía el art. 252.3 del Anteproyecto.

Además de los problemas que también señalaba el CGPJ en su informe, esto es, la tendencia casi segura a aplicar este tercer párrafo en la gran mayoría de ocasiones, habida cuenta que en prácticamente todas las

conductas de administración desleal concurre ánimo de lucro por parte del sujeto activo, dudaba el CF sobre si el indicado ánimo se refería a su vez al ánimo de apropiación por parte del autor. De optar por esta última opción, deberían incluirse en el delito de administración desleal tanto los usos ilícitos no dominicales como aquellas conductas de autopréstamo fuera de las facultades del administrador con intención de devolución o los usos temporales fuera del patrimonio que no supusieran pérdida o deterioro del mismo. Ello supondría que, de no estar incluido en el concepto de ánimo de lucro los usos ilícitos no dominicales, la mayor parte de conductas apropiatorias serían castigadas con la misma pena que preveía el art. 253 CP del Anteproyecto (siempre que no se tratara de cosas muebles). Según el CF, una interpretación sistemática hacía pensar que la voluntad del legislador era la de incluir en el concepto de ánimo de lucro tanto los actos puramente apropiatorios como los de uso ilícito no dominical.

3.- El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica 2012

De la misma forma que con anterioridad se pronunciaron el Consejo General del Poder Judicial y el CF, el 31 marzo de 2013 se publicaba en el B.O.E¹⁵⁶ el Dictamen 358/2013 (JUSTICIA) emitido el 27 de junio de 2013 por el Consejo de Estado.

¹⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013

Al igual que sus predecesores, el Consejo de Estado analizaba la reforma que el Anteproyecto de 2012 preveía para el delito de administración desleal, si bien no lo hacía con la misma profundidad con la que lo habían hecho tanto el CGPJ como el CF.

Tras la reproducción del contenido de la EdM, lo primero que señalaba el Consejo de Estado en su dictamen es el error material cometido por el legislador cuando en el texto del Anteproyecto de 2012 se refería a la introducción de una Sección 1 bis al Capítulo VII del Título XIII del Libro II. Tal referencia era errónea pues el Capítulo VII no estaba dividido en Secciones, por lo que en realidad el legislador se refería al Capítulo VI.

Una vez señalado el contenido del art. 252 CP previsto en el Anteproyecto de 2012, el Consejo de Estado llegaba a la siguiente conclusión: el legislador previó, por una parte, un delito genérico de administración desleal, un delito de apropiación indebida -que básicamente coincidía con el art. 252 CP vigente en 2012-, y por último, un tipo residual.

Asimismo, tras describir las conductas del entonces vigente art. 252 CP y del art. 295 CP, el Consejo de Estado reproducía (de nuevo, pues ya lo habían hecho tanto el CGPJ como el CF) la problemática jurisprudencial que habían ocasionado las relaciones entre ambos tipos delictivos.

Señalaba el Consejo de Estado, al igual que el CF, que debería modificarse la expresión "facultades

para disponer" que preveía el proyectado art. 252 CP del Anteproyecto, por la expresión "facultades para administrar". Esto se justificaba en que la acción típica del proyectado art. 252 CP consistía en excederse las facultades de disponer, por lo que en realidad, se estaba limitando la acción típica a la realización de actos de enajenación, mientras que las conductas abusivas en el ejercicio de las facultades de administración pueden ser mucho más amplias que únicamente las de enajenación, por lo que dicho problema vendría resuelto mediante la sustitución de las fórmulas antes indicadas.

Respecto la regulación proyectada en el art. 252.3 CP del Anteproyecto, consistente en la imposición de la pena del art. 249 o 250 CP en su mitad superior cuando en el sujeto activo concurriere ánimo de lucro (propio o ajeno), el Consejo de Estado sorprendentemente no formulaba objeción alguna, más que señalar (de la misma forma que hicieron el CGPJ y el CF en sus respectivos Informes) que en la gran mayoría de ocasiones se aplicará este subtipo agravado. Dada la postura adoptada por el Consejo de Estado al indicado artículo, parece que el mismo no analizó profundamente las repercusiones de su aplicación, puesto que no solamente se trataría del supuesto de normal aplicación sino que, dada la redacción que el Anteproyecto de 2012 preveía para la apropiación indebida del art. 253 CP, donde incluía la fórmula "*salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código*", muchas conductas que bien pudieran ser calificadas de apropiación indebida finalmente

resultarían castigadas vía art. 252.3 CP, por la mayor penalidad del indicado precepto.

Por último, el Consejo de Estado hacía referencia al error gramatical que contenía el proyectado art. 253 CP, por cuanto éste se refería a “una cosa mueble” y posteriormente sobre ésta disponía la obligación de “entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”. El error reside pues en el género de los citados verbos, ya que los mismos deberían adaptarse al género femenino y singular.

III. DEL PROYECTO DE 2013 A LA LEY 1/2015: DESAPARICIÓN DEL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APARICIÓN DEL DELITO GENÉRICO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO AJENO

1.- Modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2013 y el texto definitivo

Pese a que como indica el título del presente apartado, las diferencias entre el Anteproyecto de 2012 y el Proyecto de 2013¹⁵⁷ son sustanciales¹⁵⁸, la primera de ellas la encontramos en la EdM del Proyecto de 2013.

¹⁵⁷ Vid. BOCG (Congreso de los diputados) de 4 de octubre de 2013: Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁵⁸ El art. 252 aparecía con el siguiente texto: «1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas

Respecto la nueva regulación del delito de administración desleal, ya en la EdM del Proyecto de 2013 comprobamos como el legislador optó por un discurso más amplio y extenso que el contenido en el Anteproyecto de 2012¹⁵⁹. Asimismo, como señala MARTÍNEZ-

penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. 3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.»

¹⁵⁹ Se expone a continuación el contenido de la EdM del Proyecto de 2013: "Se introduce, dentro del capítulo VI del título XIII, una nueva sección 1 bis «de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 CP contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o «distracción» de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, «cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio»; y administración desleal, «cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado», supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC),

por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

La reforma supera además la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado”.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en

BUJÁN PÉREZ¹⁶⁰, en la EdM del Proyecto de 2013 el legislador optó por suprimir la referencia al peligro como elemento integrante del perjuicio. Sin duda, afirma el autor, dicha supresión seguramente vino motivada por las críticas que Fiscalía General del Estado y Consejo General del Poder Judicial formularon en sus informes al Anteproyecto de 2012. Recordemos que la EdM del Anteproyecto de 2012 decía: *"el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión*

los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas".

¹⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal... de patrimonio ajeno, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 39.

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 incluyen, 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”.

Ya se ha señalado que el delito de administración desleal, tal y como estaba configurado en el Anteproyecto de 2012, no permitía esta interpretación del perjuicio patrimonial. En idéntico sentido se pronunciaron, de manera muy acertada y contundente, el

CF¹⁶¹ y el CGPJ¹⁶². Por tanto, resulta del todo acertada la eliminación de la referencia al peligro como elemento integrante del perjuicio.

De forma también acertada, el legislador optó por eliminar en el Proyecto de 2013 el art. 252.3, que disponía la aplicación de la pena en su mitad superior cuando existía en el sujeto activo ánimo de lucro.

Ya he apuntado mi total disconformidad ante la existencia de dicho subtipo agravado, toda vez que el mismo no obedecía a lógica alguna, pues en la práctica totalidad de conductas que pudieran ser constitutivas de administración desleal reside en el sujeto activo el

¹⁶¹ Al respecto, señalaba el CF en su Informe: "Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del CPA como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado.

¹⁶² Por su parte, el CGPJ señalaba: "Los párrafos transcritos enuncian unas directrices que no han sido trasladadas al texto articulado. Se dice que el perjuicio patrimonial se apreciará cuando se produzca una disminución efectiva del patrimonio, cuando a consecuencia de la gestión desleal no se produzca el incremento debido o, simplemente, cuando se cree una situación de peligro de pérdida. Sin embargo, nada de ello trasciende a la parte dispositiva del Anteproyecto, pues ninguno de los números del artículo 252 define, de manera auténtica, el perjuicio patrimonial. Otro tanto acontece con los supuestos de específicos que se dice quedan incluidos (venta no autorizada a cambio de un valor inferior al real, concesión no autorizada de créditos sin garantías, contratación de servicios que no se prestan, etc.), ya que ninguno de ellos aparece reflejado en el artículo 252".

ánimo de lucro, por lo que configurar un subtipo agravado cuando concurriese tal elemento subjetivo implicaría que, a efectos prácticos, la gran mayoría de conductas se castigarían a través de la aplicación del indicado subtipo. Además, se ha de tener en cuenta que el anterior art. 295 CP incluía el ánimo de lucro como elemento integrador del tipo subjetivo, por lo que, con mayor es razones, carece de toda lógica que ante la nueva regulación el legislador prescindiera de él en el tipo básico para posteriormente incluirlo como subtipo agravado. Por tanto, como se indicaba, dicha supresión se evidenciaba totalmente necesaria. Cuestión distinta es analizar si efectivamente era necesaria la eliminación del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, puesto que la desaparición de tal elemento supone una ampliación del marco punitivo del art. 252 CP. La cuestión será tratada a lo largo del presente trabajo.

En cuanto a la derogación del art. 295 CP, el Proyecto de 2013, al igual que en su momento el Anteproyecto de 2012, optó por la derogación del indicado artículo.

No obstante, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2013, fueron numerosas las enmiendas introducidas por los distintos grupos parlamentarios al texto del art. 252 propuesto en el indicado Proyecto¹⁶³.

¹⁶³ Por su relevancia, se destacan los siguientes números del Boletín Oficial de las Cortes Generales en los que aparecen las enmiendas de interés: BOCG del Congreso de los Diputados de 14 de diciembre de 2014, n° 66-2, BOCG del Congreso de los Diputados de 21 de enero de 2015, n° 66-3, BOCG del Congreso de los Diputados publicado el 22 de enero de 2015, n° 66-4, BOCG del Congreso de

Finalmente, el 26 de marzo de 2015 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El texto en cuestión resultó el 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 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".

Por tanto, y a modo de conclusión, durante la tramitación parlamentaria del inicial Proyecto de 2013, el delito de administración desleal del art. 252 CP sufrió las siguientes modificaciones¹⁶⁴:

los Diputados publicado el 2 de febrero de 2015, n° 66-5, BOCG del Senado publicado el 9 de marzo de 2015, n° 485, BOCG del Senado publicado el 23 de marzo de 2015, n° 493 y BOCG del Congreso de los Diputados publicado el 1 de abril de 2015, n° 66-7.

¹⁶⁴ Como ya se ha expuesto, también el apart. XV de la EdM sufrió modificaciones.

1- Se suprime el art. 252.2, referido al tipo de deslealtad/infidelidad, pasando el art. 252.3 a ocupar el art. 252.2 CP.

2- Se reduce la cuantía prevista para la aplicación del subtipo atenuando del art. 252.2 CP. Ésta pasa a ser de 400€, frente a los 1.000€ previstos inicialmente en el Proyecto de 2013 (y a pesar de que durante la tramitación parlamentaria se redujo inicialmente a 500€). Asimismo, se eliminan las referencias al valor del perjuicio patrimonial ocasionado y la situación económica de la víctima.

**SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL NUEVO
DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO
AJENO**

CAPÍTULO IV

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo acoge una cuestión de suma importancia para la delimitación típica del art. 252 CP: la definición del bien jurídico protegido por el mismo.

Como veremos a lo largo del capítulo, no resultará empresa fácil. Analizaremos históricamente la teoría del bien jurídico, partiendo desde sus planteamientos iniciales para poco a poco acercarnos a los posicionamientos doctrinales más actuales.

Comprobaremos como el bien jurídico es una figura de desarrollo sumamente complejo que, muestra de su complejidad, no ha alcanzado a fecha actual ni una definición del propio concepto ni un alcance definitivo.

Mas no solamente analizaremos la teoría del bien jurídico en sentido estricto, sino que del propio desarrollo de la misma aparecerán nuevas cuestiones a tratar; como la de cuál es el alcance del concepto de Derecho Penal Económico y si este debe tutelar unos bienes jurídicos propios del mismo y cuyos intereses sobrepasan la esfera de lo individual para adentrarse en la de lo colectivo.

Solo después de un análisis exhaustivo de tales cuestiones podremos llegar al objeto del presente capítulo, que no es otro que el de establecer el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal del art. 252 CP.

Esta cuestión será determinante para el posterior desarrollo del presente trabajo, pues será a partir del concepto de bien jurídico que otorguemos al art. 252 CP cuando podremos desarrollar, entre otras, el contenido y alcance típico de dicho artículo.

Sin más preámbulos, pasemos al desarrollo del capítulo en cuestión.

II. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: UNA APROXIMACIÓN A SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.- Primeros esbozos del concepto de bien jurídico: el período Ilustrado

Si debiéramos situar históricamente lo que -aun no formulándose como tal- pudiéramos llamar un "concepto bien jurídico protegido", deberíamos retrotraernos al período de la Ilustración. El pensamiento liberal de la Ilustración tenía en el contrato social la condición cedida al Estado para una pacífica y libre convivencia, por lo que éste hará uso de su intervencionismo punitivo solo en aquellos casos en que no exista otro medio menos agresivo. Es en este momento donde FEUERBACH realiza la primera aproximación a lo que posteriormente BIRNBAUM definió como bien jurídico. FEUERBACH, siguiendo la estela del

pensamiento ilustrado, considera que el delito es una lesión a un derecho subjetivo ajeno¹⁶⁵.

Para FEUERBACH, como iusnaturalista, el derecho natural prevalece frente al derecho positivo. Según el autor, el Estado debe únicamente garantizar y defender los derechos subjetivos de los individuos, y si éstos se extralimitan en el ejercicio de los mismos, lesionando con ello un derecho de otro individuo, ello supondría una actuación contraria al fin del Estado¹⁶⁶.

Como señala BUSTOS¹⁶⁷, FEUERBACH fue el primero en asentar la idea de bien jurídico, ya que, si bien no lo definió así, esta podía extraerse de su concepción de ilícito, puesto que, para él, un ilícito era una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal. De esta forma, FEUERBACH refiere el bien jurídico a un derecho subjetivo ajeno, por lo que no solamente dota de contenido material a la ley penal, sino que designa el objeto protegido.

En definitiva, según la tesis de FEUERBACH se requiere una lesión a un derecho subjetivo para que podamos hablar de delito, por lo que su teoría cumple una función limitadora, ya que limita la comisión del hecho punible a una violación de la libertad, que a su vez concluye en una lesión de un derecho subjetivo que

¹⁶⁵ FEUERBACH, A, V,. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 58.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.58.

¹⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. J,. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 71.

justifica la intervención estatal mediante el *Ius puniendi*¹⁶⁸.

2.- Del período Ilustrado a la Restauración. El Iusracionalismo de Birnbaum.

Es conocido como Restauración el período histórico que siguió a la Ilustración. Podemos afirmar que jurídicamente, la Restauración se encarna en las escuelas históricas del Derecho de Savigny y Puchta.

Como señala HORMAZÁBAL, para esta corriente el derecho es un producto histórico nacido del espíritu del pueblo, por lo que no cabe afirmar que sea un producto de la razón o que el derecho natural sea algo invariable y eterno a descubrirse por la razón, por lo que se opone el derecho positivo al derecho natural¹⁶⁹.

Es en este contexto cuando, por primera vez, BIRNBAUM nos habla de bienes -*Gutsverletzung*-¹⁷⁰. Para el autor, las conductas delictivas no lesionaban derechos subjetivos, tal y como sostenía FEUERBACH, sino que lesionan bienes, los cuales se sitúan en la naturaleza de las cosas, siendo anteriores y preexistentes al Derecho. Como señala el propio

¹⁶⁸ Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social... y Democrático de Derecho el objeto protegido por la norma penal*, Ed. ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1992, p. 17. Señala el autor que esta nueva corriente, en la que se limita el *Ius Puniendi* a la lesión de derechos subjetivos motivó, entre otras, la despenalización de muchas conductas, sobre todo aquellas referidas a delitos religiosos y contra la moral.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. BdF, Uruguay, 2004, p. 15.

BIRNBAUM "supongamos que perdemos algo o que somos despojados de una cosa que para nosotros es un bien al cual tenemos jurídicamente derecho, éste será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá ni disminuido ni sustraído"¹⁷¹. Con éste nuevo concepto se permitía incriminar conductas como las religiosas o morales, salvando así los obstáculos de la teoría de FEUERBACH y los límites al poder punitivo del Estado.

Sin embargo, como apunta HORMAZÁBAL, BIRNBAUM hace un viraje metodológico hacia el iusnaturalismo, ya que para este último, los bienes le han sido dados al hombre por la naturaleza o son precisamente el resultado de su revolución social y de la sociedad burguesa. Por ello, BIRNBAUM clasifica los delitos en naturales y sociales y también en colectivos o individuales, en función de si afectan a un bien de la colectividad o un bien individual¹⁷². Por tanto, tenemos que BIRNBAUM coloca al bien en la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas para desde allí volcarlo al concepto de delito, entendiendo este como toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano, los cuales han de ser garantizados a todos por el poder Estatal¹⁷³.

Si bien es cierto que la teoría formulada por BIRNBAUM no contiene ninguna definición del concepto de "bien" -motivo principal por el que se critica esta

¹⁷¹ Citado en HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 27.

¹⁷² *Ibid.*, p. 28.

¹⁷³ FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 15.

corriente-, podría decirse que éste se establece en relación con una persona que es titular de él, constituyendo una objetivación de lo que antes eran derechos subjetivos¹⁷⁴. Por ello, como señala AMELUNG¹⁷⁵, los bienes son objetos valorados y dados ya sea por la naturaleza o por la evolución social o burguesa, por lo que son objetos respecto los cuales uno estima que tienen un valor, por lo que valorar que objeto tiene la consideración de bien dependerá del sujeto valorante e importa una decisión de carácter político.

Sin suscitar en su momento ninguna repercusión para la ciencia penal, tuvo que esperarse hasta BINDING para retomar la idea del bien como objeto de protección y núcleo del injusto, expandiéndose esta categoría e incorporándola a la teoría general del delito.

3.- El positivismo jurídico: las teorías de Binding y Listz

El positivismo jurídico viene formulado como una respuesta a una situación de descrédito de la ciencia jurídica. Así, durante los primeros años del siglo XIX únicamente se consideraban como ciencias las naturales y las matemáticas, puesto que solo en ellas se era capaz de verificar un método experimental con posibilidad de comprobación. BERDUGO GÓMEZ DE LA

¹⁷⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 31.

¹⁷⁵ AMELUNG, K; *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*; citado en HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 31.

TORRE¹⁷⁶ señala que la ciencia jurídica no cumplía los requisitos estables de un objeto de verificación, por lo que no podía ser considerada como ciencia.

Asociado a COMPTE, el positivismo nace como movimiento filosófico cuyo objetivo es justificar las ciencias naturales. De esta forma, el positivismo pasa a convertirse en el método de las ciencias sociales -ya lo era de las naturales-, por lo que se pasa del método deductivo al inductivo, mientras que el objeto pasa de la idea a la materia. Se caracteriza por ser un pensamiento acrítico, exento de valoración, por lo que los fenómenos ya no son cuestionados, sino que son aceptados como realidades, por lo que se trata simplemente de explicarlos¹⁷⁷.

Del planteamiento anterior nacen dos corrientes en las que se divide el positivismo: la concepción formal normativa del bien jurídico de BINDING y la concepción naturalística-sociológica del bien jurídico, de LISTZ.

Para el positivismo jurídico, el fortalecimiento de la figura del Estado tiene una clara incidencia en el Derecho Penal, ya que el intervencionismo punitivo se expandirá a toda conducta que el Estado considere merecedora de pena¹⁷⁸. Es en este contexto socio-

¹⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Experiencia, Barcelona, 2004, p. 109.

¹⁷⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁸ Al respecto, señala HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, *op. cit.*, p. 38. Que Binding construyó todo un sistema armónico y coherente no solo hacia el interior del Derecho

político en el que BINDING retoma, treinta años después, la idea de bien jurídico elaborada por Birnbaum. Para BINDING, la esencia del Derecho Penal la conforman normas que son deducibles de la ley penal y conceptualmente anteriores a ellas, consistentes en un imperativo en orden a prohibir la realización de una conducta o bien realizarla¹⁷⁹. BINDING configura el delito como una lesión de un derecho subjetivo del estado. Sin embargo, lo concibe de forma tan amplia, que resulta necesario encontrar un elemento material que permita diferenciar el delito de las infracciones administrativas.

Es en esta búsqueda cuando BINDING, dirigiendo su atención hacia el fin de la norma, elabora el concepto de bien jurídico. Para el autor, lo que busca el legislador es la sustancia que la agresión perturbadora del derecho realza y atrae, encontrándose con ello el objeto de la inmediata necesidad de la pena, el cual se transforma en objeto de la norma y su lesión se acuñará como hecho punible¹⁸⁰. Perfilando su definición, para BINDING el bien jurídico representa todo lo que en sí mismo no es un derecho pero para el legislador es de valor como condición de la vida en comunidad, y teniendo en cuenta que éste debe procurar la protección de la misma, debe asegurarlo a través de sus normas en aras de evitar lesiones o puestas en peligro no

Penal, sino que también con la doctrina política que daba legitimación al modelo de estado Prusiano del último tercio del siglo XIX.

¹⁷⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 38.

¹⁸⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., pp. 40-41.

deseadas, por lo que el bien jurídico no es más que el objeto de lesión en que se concreta la lesión de derechos subjetivos¹⁸¹.

Para FERNÁNDEZ, lo esencial de la teoría de BINDING es que el delito es, antes que nada, una infracción del deber de obediencia, desde donde se fundamenta la visión del injusto como violación de un deber jurídico¹⁸².

Contraria a la tesis de BINDING es la tesis de LISTZ, para el que el bien jurídico es un bien de los hombres -y no un bien del Derecho como afirmaba Binding- reconocido y protegido por el Derecho. El bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico - concepto de Binding-, sino una creación de la vida, y como tal, un interés vital del individuo o la comunidad a la que la protección del derecho da la categoría de bien jurídico¹⁸³. En definitiva, para LISTZ el estado y la sociedad han de proteger los bienes jurídicos.

Bien jurídico y norma son para LISTZ los conceptos fundamentales del Derecho, ya que es al ordenamiento a quien le corresponde regular las esferas de acción de cada una de las voluntades, delimitando, exigiendo o denegando determinadas formas de relaciones y dando protección jurídica por las normas a los bienes jurídicos. De esta forma, el autor critica la teoría de

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 40-42.

¹⁸² FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸³ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, *op. cit.*, p. 48.

Binding, ya que éste ha hecho, al concepto de norma, eje de todo el sistema jurídico penal, sin prestar atención al bien jurídico, para el cual precisamente está llamada la norma a servir de protección.

A partir de este concepto, cuando debamos delimitar el sustrato material del bien jurídico, este se circunscribirá a objetos ideales o se vinculará a situaciones materiales, que es la línea de LISTZ, al articular su concepto de antijuricidad material entendida esta como dañosidad social¹⁸⁴.

4.- El neokantismo

La escuela Neokantiana aparece como una reacción a la certeza científica de las "leyes naturales" del pensamiento positivista, naciendo como una expresión de la filosofía pura -de KANT- dispuesta a desprenderse de la descomposición a la que la había sometido la "cientificidad"¹⁸⁵.

Sin embargo, para la teoría del bien jurídico, el neokantismo supuso la pérdida de todo contenido real y concreto para el concepto de bien jurídico. En tal sentido, distingue HORMAZÁBAL¹⁸⁶ dos direcciones que poco contribuyeron a darle contenido al concepto: la que reduce el bien jurídico a una función meramente

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito...*, op. cit., p. 23.

¹⁸⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 61.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 63.

teleológica; y la otra, que concibe el bien jurídico como un bien de la cultura.

Para la primera, representada por HONIG, el bien jurídico actúa como una fórmula sintética en la que el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales y como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares. Por tanto, como apunta HORMAZÁBAL, HONIG elimina del concepto de bien jurídico todo contenido real y concreto, al darle un carácter categorial, ya que éste considera que los objetos de protección no existen como tales, pues son solamente un producto de un pensamiento jurídico específico¹⁸⁷.

Para la segunda, representada por WOLF, el bien jurídico es todo bien de la cultura que, provisto de protección jurídica, está reconocido en este sentido por la idea estatal superior. Lo bienes jurídicos tienen un carácter prejurídico y solo son descubiertos por el derecho, no creados por él¹⁸⁸.

5.- La escuela de Kiel y su negación del bien jurídico

Para la Alemania Nacionalsocialista del Tercer Reich, el pueblo se erige como un ser con entidad propia, muy por encima de los individuos. El pueblo es el centro del pensamiento, por lo que todo individuo le

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 64.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 65.

debe fidelidad y no puede actuar contra los intereses de éste. De esta forma, el delito ya no se configura como una lesión a los intereses o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo debe al pueblo alemán¹⁸⁹. Moral y Derecho desaparecen, pues solamente el espíritu del pueblo estaba en condiciones de establecer lo que era correcto e incorrecto.

Para la ciencia penal supuso la eliminación de cualquier vinculación de esta con teorías iluministas individualistas, reformulando la teoría penal a través de la nueva concepción de Estado. De esta forma, para el nacionalsocialismo, el bien jurídico representaba un límite al ejercicio del *Ius puniendi*, algo incompatible con su concepto de Estado. La escuela de Kiel se muestra totalmente contraria al concepto de bien jurídico. Señala BUSTOS RAMÍREZ¹⁹⁰ a SCHAFFSTEIN como uno de los representantes más importantes de la escuela de Kiel, el cual sustituye el planteamiento del delito como un ataque a bienes jurídicos por el de una lesión del deber.

En definitiva, la escuela de Kiel significó el abandono de los principios liberales, contribuyendo a la severidad de la pena como instrumento de reforzamiento de la autoridad del Estado, todo basado en la defensa del pueblo como fin del Derecho Penal.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 69.

¹⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2005. p. 188.

III. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS CONTEMPORANEAS

1.- Una primera aproximación al concepto de bien jurídico

La tarea de definir el concepto de bien jurídico se revela compleja, máxime si tenemos en cuenta que, incluso a día de hoy, sigue siendo objeto de discusión el contenido de dicho concepto, así como su función en el seno de la ciencia penal.

Para la doctrina mayoritaria, entre los que se citan a ROXIN y MIR PUIG, el Derecho Penal está dirigido a la protección de bienes jurídicos¹⁹¹.

Para un sector minoritario, entre los que cabe destacar a JAKOBS, el Derecho Penal tiene como objetivo la protección de la vigencia de la norma, por lo que el hecho delictivo sería una desautorización de la norma por parte del autor, y la pena significaría que la pretensión del autor no es válida y la norma continua en vigor y sin cambios¹⁹². En similar sentido se presentan también autores como HIRSCH, que entiende el concepto bien jurídico como entidad preexistente a la labor del legislador, o STRATENWERTH, quien afirma que

¹⁹¹ Vid. MIR PUIG, S., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi", en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, p. 205; ROXIN, C., "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista de ciencia penal y criminología*, 15-01, 2013, pp. 3-4.

¹⁹² JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 44 y ss.

los tipos penales no se crean para proteger bienes jurídicos, sino por lo indeseable de la conducta en sí¹⁹³.

Señala HEFENDEHL que el bien jurídico sirve también como medida de evaluación del orden punitivo, y aun siendo fundamentación del Derecho Penal, deberá ser completado con otros parámetros limitadores como los demás principios rectores del Derecho Penal¹⁹⁴.

Para ROXIN, los bienes jurídicos serán tutelados a través de la norma que elabora el legislador, mas el legislador no podrá incriminar cualquier conducta con la que esté en desacuerdo, sino que la criminalización de una conducta debe obedecer a un fundamento superior que trascienda la voluntad legislativa¹⁹⁵¹⁹⁶. Los límites de las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del Derecho Penal. Apuesta por el modelo racionalista de la Ilustración, el contrato social. Para Roxin, los bienes jurídicos no son

¹⁹³ HIRSCH, H., y STRATTENWERTH, G., citados en ROXIN, C., "¿Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 445.

¹⁹⁴ HEFENDEHL, R., "De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico", en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 179.

¹⁹⁵ ROXIN, C., "¿Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁶ HEFENDEHL, R., "De largo aliento: el concepto de bien jurídico..", *op. cit.*, p.4 63. El autor se expresa en idéntico sentido que Roxin.

sustratos de naturaleza ideal (no podrían ser lesionados), sino entidades reales: la vida, la integridad física o el poder de disposición sobre valores materiales (propiedad). Los bienes jurídicos no han de tener realidad material -la disponibilidad de las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos materiales- pero sin embargo son parte de la realidad empírica. Los bienes jurídicos deben definirse como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.

Este concepto es contrario al llamado "concepto metodológico" de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no hay que entender otra cosa que la finalidad de la ley, la ratio legis. Se rechaza porque no va más allá del principio de interpretación teleológica.

HASSEMER, defensor del concepto de bien jurídico, defiende que la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse con un bien jurídico constituirá terror estatal, por lo que la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido¹⁹⁷.

¹⁹⁷ HASSEMER, W., citado en ROXIN, C., "¿Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, *op. cit.*, p. 446.

Como apunta HAFENDEHL¹⁹⁸, el reconocimiento del bien jurídico como base de su argumentación dota al sistema jurídico el instrumento que permite su adecuada interpretación, así el valor específico del bien jurídico consiste en que aporta el elemento necesario a todos los niveles relevantes de argumentación jurídico-penal, en su interpretación y como referente del principio de proporcionalidad¹⁹⁹; en su determinación y vinculación con otras ramas del derecho; en su desarrollo de la política criminal; y en el control por su adecuación de la Constitución.

La función teleológica de interpretación del alcance y la finalidad de protección del bien jurídico, es un importante elemento de interpretación, ya que constituye el objeto central del tipo²⁰⁰. Para JESCHECK²⁰¹, el bien jurídico debe ser considerado como parte de la Teoría General del Derecho, para

¹⁹⁸ HAFENDEHL, R., "De largo aliento: el concepto de bien jurídico...", *op. cit.*, p. 463.

¹⁹⁹ Vid. AMELUNG, K., "El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos" en HAFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 229. Para el autor, el bien jurídico sirve como base y referencia puesto que el juicio de valor constituyente de los bienes no se limita a la Parte Especial, sino que la valoración que realiza el legislador trasciende incluso la Parte General del Derecho Penal puesto que así podrán clasificarse los injustos así como las penas que conllevan, ya que si en el análisis únicamente se considera a la norma -la cual está vacía de contenido- deberían corresponderle a todos los delitos las mismas penas, pues en ese caso todo ilícito sería una vulneración de la norma.

²⁰⁰ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 352.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 227.

diferenciar en cuanto el aspecto material de los intereses que protege el ordenamiento jurídico de un Estado, es correcto hablar de bien jurídico penal.

De esta forma, como definen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN²⁰², el bien jurídico penal es, en definitiva, un límite al *Ius puniendi* del Estado que sirve como una propuesta programática de carácter político criminal cuya observancia exige al legislador que limite su actividad a la creación de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos, lo que implica que el bien jurídico se erige como un elemento de garantía ya que constituye un límite a la dimensión material de la norma penal, que de lege lata se traduce en la revisión constante del ordenamiento jurídico, y de lege ferenda en una barrera al ejercicio del *Ius puniendi* por parte del Estado.

Como apunta CALDERÓN TELLO²⁰³, en España la doctrina que legitima el Derecho Penal mediante la protección de bienes jurídicos es mayoritaria. En lo que la doctrina mayoritaria está de acuerdo es en tomar la idea de protección de bienes jurídicos como función prioritaria del Derecho Penal, para a partir de ahí, hacer posible el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Este derecho a imponer penas se encontraría legitimado sólo bajo la protección de bienes jurídicos.

²⁰² MUNOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 66 y ss.

²⁰³ CALDERÓN TELLO, L, F., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2017. Disponible en web: <https://eprints.ucm.es/43565/>

Esto sin embargo no suprime la discusión que se cierne alrededor de este concepto de la ciencia jurídico penal, a saber: que no existe un consenso definitivo sobre lo que se entiende por bien jurídico y que el mismo (el concepto de bien jurídico) se constituya en el único criterio material (¿?) que legitime la intervención punitiva.

MIR PUIG²⁰⁴ habla de bienes jurídicos como los intereses sociales que por su importancia merecen la protección del Derecho. Sin embargo, el autor habla de bien jurídico en un sentido político-criminal -de lege ferenda-, de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, y en sentido dogmático -de lege lata-, que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho Penal. Para MIR PUIG, no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, ni todo ataque a bienes jurídicos penalmente tutelados deben determinar la intervención del Derecho Penal, pues ambas cosas se opondrían a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal. El concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal. Por ello, los intereses meramente morales no pueden ser amparados por el derecho penal -lo que no significa que en algunos casos existan bienes jurídico-penales que protejan intereses morales-. El bien jurídico debe representar un concepto que delimite la frontera mínima de lo que puede ser objeto de protección penal. El Estado debe amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida

²⁰⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, Valencia, 2015, p. 130 y ss.

social, en la medida en que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Lo que determinará que estos bienes jurídicos sean bienes jurídico-penales es que estos últimos deberán tener una importancia fundamental. MIR PUIG²⁰⁵ define en tres las funciones del bien jurídico:

1.- Función sistemática: el Código Penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos por cada delito para su clasificación en el Libro II.

2.- Función de guía de la interpretación: una vez se determine el bien jurídico de un delito, la interpretación -teleológica- podrá excluir del tipo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien.

3.- Función de criterio de medición de la pena: la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho.

MARTÍNEZ-BUJÁN habla de la concepción procedimental del bien jurídico²⁰⁶. Para la concepción procedimental del bien jurídico, éste se erige en el primer momento del proceso de justificación de la intervención penal, por lo que es el primer requisito -ciertamente no suficiente- para la legitimidad del castigo penal. Aclara el autor que si bien es cierto

²⁰⁵ MIR PUIG, S., Derecho Penal..., *op. cit.*, p. 175.

²⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico..., pp. 153 y ss.

que la primera categoría del sistema penal viene representada por el tipo de acción, y que la antijuricidad material o desvalor del resultado constituye un elemento integrante del tipo de acción, el bien jurídico se concibe como una razón o conjunto de razones que permiten justificar la intervención del Derecho Penal, además de cumplir con una función interpretativa que cumple como institución dogmática en el seno de un concreto tipo de acción²⁰⁷. El bien jurídico entendido en sentido procedimental concuerda con la concepción sostenida por la jurisprudencia constitucional, ya que respeta los principios de intervención mínima de proporcionalidad.

Así, el bien jurídico aparece configurado en términos de justificación, como todo aquello cuya tutela legitima el castigo. Por ello, señala el autor que el bien jurídico no solamente incluye el objeto inmediatamente protegido -bien jurídico inmediato- sino también aquellos intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos, o en general, como ratio legis²⁰⁸.

Esta concepción procedimental del bien jurídico se aparta de todas las concepciones del mismo existente, pues resulta imposible delimitar un núcleo material o formal común en todas las conductas sancionadas por ley, por lo que el bien jurídico no es un objeto, puesto que no existe un núcleo común a todos los bienes jurídicos, ya que no resulta factible

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 153.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 154.

definir el bien jurídico como una clase de objetos en términos de concepto, material o formal²⁰⁹. Apunta MARTÍNEZ-BUJÁN²¹⁰ que para VIVES, el bien jurídico es entendido como una razón o conjunto de razones. Se trata de un entendimiento procedimental y no sustancial. Se trata de no aceptar solamente como bienes jurídicos aquellos que el legislador ha seleccionado (bienes jurídicos en términos de objeto) sino concebir el bien jurídico en términos de justificación, y, en concreto, como un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad, en virtud de la cual lo que se pretende es determinar las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena.

Por último, cabe destacar la diferenciación que realiza MARTÍNEZ-BUJÁN sobre los bienes jurídicos mediatos y los bienes jurídicos inmediatos -conocido como bien jurídico directamente tutelado-. El bien jurídico mediano se refiere a la finalidad objetiva de la norma, esto es, son los motivos o razones que llevan al legislador penal a criminalizar un comportamiento. Puede identificarse, o no, con el bien jurídico inmediato (técnicamente tutelado) pero el bien jurídico mediano se refiere a la finalidad última del legislador para crear la norma. Solamente el bien jurídico inmediato se incorpora al injusto o tipo de acción de la infracción delictiva, por lo que su vulneración -bien mediante lesión bien mediante puesta en peligro- se erige como un elemento implícito indispensable de la

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 155.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 156.

parte objetiva de cualquier tipo²¹¹. El bien jurídico mediato cumple, ante todo, una relevante función en el plano de la lesividad abstracta, esto es, en el seno del discurso sobre la legitimidad de la intervención penal -esta misión ha sido también conocida como función de límite y orientación del *ius puniendi*-. Más adelante, cuando hablemos de los delitos contra el orden socioeconómico, veremos la importancia de la diferenciación entre bien jurídico mediato e inmediato para abarcar la cuestión.

En un plano generalizado, señala HORMAZÁBAL²¹² que dos son básicamente las corrientes que tratan de explicar la teoría penal como protectora de bienes jurídicos: las teorías sociológicas y las teorías constitucionales. Para las primeras, el bien jurídico se determina con base en el referente de la realidad social ya que ésta constituye el sustrato en el que el ser humano desarrolla su personalidad. Para las segundas, la Constitución -o Ley Fundamental- es la base de sustentación del referente material del delito, por lo que todo el ordenamiento debe ajustarse a la Norma Suprema, quedando a ella vinculado el legislador.

Por tanto, para la primera el bien jurídico se corresponde con un objeto cambiante y que se adapta a la realidad social, por lo que su contenido no se condiciona a la Constitución. Sin embargo, para la segunda, el marco de referencia de los bienes jurídicos

²¹¹ *Ibid.*, p. 159-160.

²¹² HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, *op. cit.*, p. 81.

dignos de tutela por el Derecho Penal no puede exceder de las pautas constitucionales.

2.- Las teorías constitucionalistas

Como su propio nombre indica, estas teorías acuden al texto constitucional para establecer no solamente el contenido que deberá tutelar el Derecho Penal, sino también los límites a los que se enfrentará el legislador.

El bien jurídico debe fundamentarse desde la Constitución, puesto que solo de esta forma podrá asignársele una función limitadora del Derecho Penal y crítica del sistema, de manera que así se consigue, además de un postulado de política criminal, un límite constitucional al concepto²¹³. Dichos enfoques pueden ser estrictos o amplios. Para los primeros, existen obligaciones constitucionales de tutela penal, por lo que hay una clara identificación de los contenidos penalmente protegibles con los bienes de relevancia constitucional. En esta línea podemos situar, por ejemplo, a BRICOLA, a quien nos referiremos a continuación. Para los segundos, la remisión al texto constitucional es algo más laxa; en la constitución solamente se consagra el modelo de estado del cual se van a derivar el fin del derecho penal y los contenidos tutelables por el mismo, es decir, la constitución se interpreta como un marco de referencia jurídico-

²¹³ BÖSE, M., "Derechos fundamentales y Derecho Penal como "derecho coactivo", en en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 137.

político. En esta línea tiene encaje la posición de ROXIN²¹⁴.

En la doctrina italiana, BRICOLA afirmaba que un ilícito penal debía significar una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante cuya importancia se refleja de la determinación de la pena²¹⁵. Sin embargo, el autor no se limita únicamente a una lesión de un bien, llamémosle "constitucionalmente protegido", sino que entiende que el bien jurídico también puede alcanzar a aquellos que no tengan una previsión específica constitucional pero estén estrechamente ligados a un valor constitucional a través de una relación que se presupone necesaria, por lo que la lesión del primero será imprescindible e idónea para hacer peligrar al segundo²¹⁶. FINDACA, no obstante, consideraba que este tipo de nexo no siempre subsiste o es manifiesto, ni se puede establecer con certeza. Para el autor, se debe encontrar un principio constitucional que tenga relevancia directa sobre el ámbito penal, del que puedan deducirse no solamente los contenidos típicos del ilícito penal, sino también los límites de legitimidad de la intervención del

²¹⁴ Para quien como define HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, *op. cit.*, p.81, desde la idea de Estado de Derecho trata de fundamentar el carácter dispositivo de los bienes jurídicos. Para ROXIN, dado que todo poder estatal emana del pueblo, la actividad estatal no puede tener otro fin que el de asegurar las condiciones de vida en común de todos los ciudadanos, lo que realiza, conminando con pena, la violación de bienes jurídicos, entendidos estos como "condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común.

²¹⁵ BRICOLA, F., "Teoria general del reato", en *Noviss. Dig. It.*, T. XIX, Ed. Utet, Torino, 1973, pp. 8 y ss.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

legislador en el ámbito penal, por lo que sólo aquellos valores constitucionales que concretan los presupuestos esenciales de la convivencia son los que pueden tener rango de bien jurídico penal²¹⁷. Para ANGIONI, el hecho de que el bien jurídico se vincule a la constitución supone situarlo en el terreno del derecho positivo, por tanto, obligatorio²¹⁸.

En la doctrina española, GONZALEZ RUS mantiene una línea constitucionalista estricta del bien jurídico. Para el autor, el hecho de que el bien jurídico se halle vinculado a la Constitución se justifica, por un lado, porque la Constitución es la norma fundamental a la que se han de acomodar el resto de normas que conforman la totalidad del ordenamiento jurídico; y por otro, desde una perspectiva política, porque la Constitución -debido a su procedimiento de elaboración- se presupone como el instrumento más fiable al que acudir en búsqueda de los principios a los que debe responder un Derecho Penal que pretenda reflejar las características básicas de la comunidad en que ha de aplicarse²¹⁹. Para este autor, no caben bienes jurídicos incompatibles con la Constitución. Además, considera necesario hacer un catálogo de bienes jurídicos eventualmente protegibles por la constitución, los cuales serían: a) los directamente reconocidos a los ciudadanos; b) los recogidos en

²¹⁷ FINDACA, G., "Bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale", en *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, 1982, pp. 53-56.

²¹⁸ ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1983, p. 70 y ss.

²¹⁹ GONZÁLEZ RUS, J, J., *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Ed. Fundación Juan March, Madrid, 1983, p. 35.

convenciones internacionales; c) los tutelados en sí mismos sin referencia personal; d) los constitucionalmente "integrables, homologables o asimilables a los propiamente constitucionales"²²⁰.

También ÁLVAREZ GARCÍA se postula como seguidor de la tesis constitucionalista. Para el mismo, si el bien jurídico representa la forma de establecer un límite al Estado en cuanto al ejercicio del *Ius puniendi*, dicho límite no puede encontrarse en el propio ordenamiento producido por el legislador, sino que tal límite debe ser impuesto externamente al legislador, pero a la vez ha de tener el consecuente carácter normativo para no incurrir en errores en los que cayeron otros planteamientos²²¹. El bien jurídico protegido, según el autor, deberá reunir dos condiciones: riqueza de contenido y autoridad frente al legislador. Estas dos condiciones serán las que permitan por un lado designar qué bienes pueden llegar a gozar de la protección penal y, por otro, evitar que el límite al *ius puniendi* sea ilusorio, ya que si se deja en manos del legislador ordinario la determinación de qué es lo que se considera vital, el límite habrá dejado de existir²²².

Las tesis constitucionalistas no están exentas de crítica. Así, en primer lugar, se evidencia como una supeditación estricta del bien jurídico al contenido

²²⁰ GONZÁLEZ RUS, J, J., *Bien jurídico y Constitución...*, *op. cit.*, p. 38-40.

²²¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F, J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 11-12.

²²² *Ibid.*, p. 11-12.

constitucional puede suponer la desprotección de determinados bienes jurídicos que, ante el rápido avance de la sociedad, no se encuentren recogidos en la Constitución, máxime teniendo en cuenta las dificultades político-normativas que supone modificar el texto constitucional, por lo que podríamos encontrarnos ante un estancamiento en la criminalización de nuevas acciones socialmente lesivas.

De esta forma razona BUSTOS que la constitución no puede constituir un límite al descarte o creación de bienes que impliquen una profundización del estado social y democrático, ya que la constitución es el marco de referencia fundamental del sistema, pero no puede cerrar el mismo²²³. También MIR PUIG critica esta concepción al considerar que se confunden las distintas funciones que corresponden a los bienes jurídicos y a los derechos fundamentales, pues la función primordial de la constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder, por lo que el reconocimiento de bienes por la carta magna tiene por objeto fijarlos como límites a respetar principalmente por los poderes públicos²²⁴.

3.- Las teorías sociológicas

Si bien dentro de las denominadas teorías sociológicas existen diferentes planteamientos, como

²²³ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, p. 192.

²²⁴ MIR PUIG, S., *Estado, pena y delito*, Ed. BdF, Montevideo, 2006, p. 136.

nexo común podemos decir que estas entienden que los objetos de tutela del derecho penal no pueden ser suministrados por el propio derecho, sino que deben ser descritos por otras ciencias que estudien la vida social, pues es en ella donde realmente tienen aquellos su origen. El concepto de bien jurídico que proponen gira en torno a la conservación de un orden social y por tanto al concepto de "daño social". Veamos a continuación las diferentes construcciones existentes.

A) Teoría funcionalista extrema

Uno de sus exponentes es AMELUNG. El autor concibe al derecho penal como un instrumento para el aseguramiento de las condiciones de la vida humana en común, por lo que su objeto serán las conductas que contraríen una norma prevista para asegurar la subsistencia de la sociedad. Se mantiene así un concepto de bien jurídico condicionado por lo "socialmente dañoso", entrando en dicha categoría "*los acontecimientos disfuncionales, los fenómenos sociales que impiden o dificultan al sistema social la superación de los problemas que obstaculizan su progreso*"²²⁵. En tal sentido, lo que es dañino socialmente queda determinado por la disfuncionalidad social de la acción²²⁶. Se excluye la idea de bien jurídico como objeto externo y se centra en las condiciones generales de funcionamiento de la sociedad como objeto de protección. Por ello, en la tesis de

²²⁵ AMELUNG, K., citado en HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Bien jurídico y Estado Social..., *op. cit.*, p. 110.

²²⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Bien jurídico y Estado Social..., *op. cit.*, p. 110.

AMELUNG el bien jurídico se constituye desde una conexión valorativa con el sistema social y con los posibles efectos disfuncionales de la dañosidad del comportamiento para el sistema, por lo que no caben los bienes jurídicos de carácter individual²²⁷. En definitiva, la idea del autor es que el Derecho Penal debe contribuir al mantenimiento del sistema como concreta condición de la vida en comunidad.

Otro de los exponentes de la teoría funcionalista extrema es JAKOBS -quizá incluso el mayor exponente-. JAKOBS elabora la denominada teoría de la vigencia penal de la norma como función prioritaria del Derecho Penal. JAKOBS abandona directamente el concepto de bien jurídico, pues para él el Derecho Penal cumple la función de garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. La pena no repara bienes jurídicos, sino que confirma la identidad de la norma²²⁸²²⁹²³⁰. Para JAKOBS, como el Derecho Penal no

²²⁷ AMELUNG, K., "El concepto de bien jurídico...", *op. cit.*, p. 230 y ss.

²²⁸ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 11 y ss.

²²⁹ Cfr. GABRIEL CALISE, S., "Sociedad, norma y persona: observaciones sobre la teoría de Gunter Jakobs, desde la teoría de Niklas Luhmann", en *Revista electrónica del Instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número especial, V, 2011, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41032.pdf>

²³⁰ Define ROXIN, C., "El concepto de bien jurídico...", *op. cit.*, pp.3-4, la concepción de JAKOBS: "Jakobs y sus discípulos sostienen la opinión de que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho Penal no es "la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el

protege bienes jurídicos sino que lo que fundamenta la punición del delito es la protección de la vigencia de la norma, la pena implica la restauración de aquella²³¹. JAKOBS importa del pensamiento de LUHMANN la idea de las expectativas como elementos estructurales del sistema y de esta manera considera que "el delito es esencialmente defraudación de expectativas -no lesión de bienes- y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, en términos jurídicos, la vigencia de la norma"²³². Según esta teoría, existe una desvinculación del Derecho penal respecto de la función de protección de bienes jurídicos, que ocurre como consecuencia de la distinción entre bien jurídico y bien jurídico penal, este último lo constituiría el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales o la vigencia efectiva de las normas en que esas expectativas se fundan²³³. De lo anterior se evidencia que en el trasfondo de la discusión lo que existe es una diferenciación entre la norma de determinación y la

hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia... Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma. En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia de la norma). "El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación".

²³¹ JAKOBS, G., ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M. (Coords.): El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho, Ed. Grijley, Lima, 2000, pp. 43-60.

²³² *Ibid.*, pp. 57 y ss.

²³³ PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ., «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS», en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., Eds. Civitas, Madrid, 1997, pp. 4-5.

norma de sanción. Esta última sería la única propiamente jurídico-penal, mientras que la norma de determinación es una que provendría de los restantes ordenamientos jurídicos, por lo que las normas jurídicas de las otras ramas del derecho sí protegerían bienes jurídicos.

Huelga decir que la doctrina de JAKOBS ha sido criticada por gran parte de la doctrina. En España, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que *"la adopción de una perspectiva exclusivamente funcionalista para caracterizar el bien jurídico conduce a anular la eficacia limitadora de la noción de bien jurídico, ya que por esta vía la protección de valores puramente morales o de simples estrategias políticas puede ser considerada "funcional" en una determinada sociedad y, en todo caso, tal perspectiva encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social, olvidando al individuo"*²³⁴. Sigue el autor insistiendo en que la concepción de JAKOBS genera una confusión entre Derecho y Moral, ya que se renuncia al concepto de bien jurídico como delimitador de ambos. Si la suma de todos los bienes jurídicos no forma el orden social, sino solamente un sector de éste, y que solamente el interés público en la conservación de un bien lo convierte en bien jurídico, todas las normas deberán entonces presuponer una dañosidad social que no objetiviza, ya que queda supeditada a las diferentes concepciones de lo bueno, esto es, la moralidad²³⁵.

²³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa....., *op. cit.*, p. 155.

²³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa....., *op. cit.*, p. 158.

También ROXIN concluye que "el propio Jakobs, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado *expressis verbis* de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente. Ahora subraya que la confirmación de la norma, si se pretende que tenga un efecto "director de la conducta", ha de estar "sustentada cognitivamente" y explica esta afirmación abstracta mediante el ejemplo de que nadie "se tranquilizará... al pasar de noche por el parque municipal pensando que no está permitido que se le robe o incluso se le mate, por el contrario, partirá -si es que va al parque- también de que es muy probable que no se le trate de ese modo." Esto, sin embargo, significa que el Derecho penal, para poder dirigir la conducta, persigue el fin de evitar lesiones reales de los bienes jurídicos. Con ello, cabrá archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos"²³⁶.

B) La Teoría personalista de HASSEMER

Para HASSEMER²³⁷, bien jurídico protegido se identifica con bien socialmente reconocido. El objeto del bien jurídico protegido son los intereses humanos tangibles: la vida, la salud, el honor, la propiedad, etc. Los bienes jurídicamente protegidos se elaboran en base a la experiencia social y, sobre todo, en base a

²³⁶ HASSEMER, W., citado ROXIN, C., "El concepto de bien jurídico...", *op. cit.*, p. 4.

²³⁷ Vid. Más profundamente HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Bien jurídico y Estado Social..., *op. cit.*, pp. 114 y ss.

la amenaza y frecuencia de lesión²³⁸. Para HASSEMER el Estado nunca se legitimará si no es en función de la persona, ya que implementando este concepto personalista se limitará el *ius puniendi* del estado. El autor, en consonancia con lo anterior, es especialmente crítico con los llamados bienes jurídicos supraindividuales, cuya construcción considera que amenaza el concepto de bien jurídico y modifica el Derecho Penal orientado a la prevención de una manera específica, si no se hace en el sentido ahora expuesto y que él desarrolla: con la funcionalidad de los bienes partiendo siempre de la persona. Por tanto, los bienes jurídicos colectivos deberán funcionalizarse a partir de la persona, en el sentido de que la protección de las instituciones solo puede llegar hasta el punto que sea condición de la posibilidad de protección de la persona. Por tanto, un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona, ya que solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre²³⁹.

4.- Posición personal respecto el concepto de bien jurídico

Una vez expuestas las anteriores teorías, procede adoptar un concepto de bien jurídico, si bien dicha

²³⁸ HASSEMER, W., citado en CERVINI, R., "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada", en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, n°3, 2008, pp. 42 y ss.

²³⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social...*, op. cit., p. 116-118.

empresa no resulta en absoluto sencilla, pues como hemos podido comprobar a lo largo de las anteriores páginas, no resultará tarea fácil concretar el alcance del bien jurídico -si es que se consigue-.

El bien jurídico debe entenderse tanto desde una perspectiva social como desde una perspectiva individual, pues en definitiva, el bien jurídico estará formado por las condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en dicho sistema social.

El bien jurídico debe, por tanto, proteger única y exclusivamente aquellos intereses que se consideren más importantes y determinantes para el funcionamiento del sistema social y el desarrollo del individuo en el mismo. Debe actuar como un límite del *ius puniendi*. En definitiva, siguiendo a ROXIN, el Derecho Penal deberá proteger aquellos bienes jurídicos indispensables, además de impedir la comisión de delitos, más debe ser capaz de sintetizar las exigencias de un Estado social de Derecho²⁴⁰. Por ello, necesitaremos que el bien jurídico no se configure como un objeto estable e inalterable, al contrario, el concepto de bien jurídico deberá ser mutante y adaptarse a la realidad social del momento, máxime teniendo en cuenta la expansión que ha ido sufriendo el Derecho Penal en los últimos años, siempre y cuando se traten de proteger solamente aquellas condiciones básicas y elementales para el desarrollo y la participación de los individuos en el sistema.

²⁴⁰ ROXIN, C., "¿Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, *op. cit.*, p. 443.

La asunción de este concepto del derecho penal implica, de facto, distanciarnos de las tesis funcionalistas fundadas en la vigencia de la norma, pues éstas apuestan por el vaciamiento completo de la figura del bien jurídico. En tal sentido, la adopción de las tesis funcionalistas conllevaría de facto dejar al libre albedrío del legislador los intereses que deben ser tutelados penalmente, pues únicamente interesará en tal sentido la reafirmación de la vigencia de la norma y no que, precisamente con esta, lo que se trate de proteger sea solamente aquellas condiciones básicas y elementales para el desarrollo y la participación de los individuos en el sistema.

También se descartan las tesis constitucionalistas, no solamente por el hecho de que, como acabo de exponer, teniendo en cuenta la velocidad a la que avanza la sociedad podamos encontrarnos con intereses dignos de protección que no encuentren reflejo en la Constitución; sino que, además, ésta solamente aporta criterios negativos de identificación de contenidos dignos de tutela penal, de manera que no pueden incriminarse conductas que sean expresión de derechos o principios garantizados por la Constitución.

Por ello, se adopta en el presente trabajo un concepto de bien jurídico que no solamente actúe como límite al ejercicio del *ius puniendi*, sino que además vaya dirigido a la protección de aquellas condiciones básicas y elementales para el desarrollo y la participación de los individuos en el sistema. Todo ello mediante el correcto uso de las técnicas de tipificación y sin necesidad de recurrir a técnicas

vagas de contenido y que precisamente motiven una vaga conceptualización del bien jurídico en cuestión.

Además, como a continuación comprobaremos, no solamente se admitirá la existencia de bienes jurídicos de carácter individual, que son los tratados hasta ahora, sino que también se admitirá la existencia de bienes jurídicos de carácter colectivo, exponiendo en las siguientes páginas no solamente el contenido y alcance de los mismos, sino también las relaciones que a los mismos vinculan.

IV. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1.- ¿Qué es el Derecho Penal Económico? A propósito de una definición estricta y una definición amplia del mismo concepto

En primer lugar, me parece acertado compartir la matización de MARTÍNEZ-BUJÁN cuando afirma que, con independencia de que hablemos de "Derecho Penal Económico", "Derecho Penal Socioeconómico", "Derecho Penal de la Economía", o cualquier otra definición, la doctrina no habla de un Derecho Penal "diferente", sino de una calificación específica fijada sobre la peculiar naturaleza del objeto que éste tutela²⁴¹. De igual forma, el Derecho Penal Económico es regido por los mismos principios jurídico-penales que el Derecho Penal

²⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa....., *op. cit.*, p. 77.

común, compartiendo con este sus instituciones dogmáticas²⁴².

Señala MUÑOZ CONDE que el Derecho Penal Económico es producto de la preocupación que suscitó entre las dos guerras mundiales el incremento de la actividad legislativa y reglamentaria en el campo económico, producto de la intervención del Estado en áreas que hasta entonces habían sido desarrolladas entre particulares²⁴³. No obstante, el mismo autor cita ya a SUTHERLAND, quien en los años treinta ya hablaba de los denominados *white collar crimes* para describir aquellos supuestos en los que por su pertenencia a un determinado grupo económico, el autor se valía de su posición, poder o relaciones para cometer el ilícito²⁴⁴²⁴⁵.

De esta forma aparece el que hoy conocemos como Derecho Penal Económico. TIEDEMANN apunta una primera

²⁴² *Ibid.*, p. 77.

²⁴³ MUÑOZ CONDE, F., "Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, p. 265.

²⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F., "Delincuencia económica...", *op. cit.*, p. 266.

²⁴⁵ Vid. NIETO MARTÍN, A., "Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa", en Nieto Martín, A., Lascuráin Sánczh, J. A., Dopico Gómez-Aller, J., De la Mata Barranco, N. J.,: *Derecho Penal económico y de la empresa*, E. Dykinson, Madrid, p. 41. El autor habla de Sutherland desde una perspectiva más criminológica, señala como hasta la fecha no se ha conseguido determinar ningún indicador que nos permita, por ejemplo, establecer perfiles de delincuentes económicos y establecer a partir de los mismos patrones de riesgo. Tan sólo en los últimos años, la teoría de las carreras criminales ha puesto de manifiesto algún aporte relevante. Según esta teoría una forma de predecir la criminalidad individual es estudiar la carrera delictiva de muchos infractores con el fin de identificar los patrones que predicen la criminalidad en cada una de sus fases.

aproximación a dicho concepto cuando dice que "se obtiene una aproximación de estos puntos de vista -en referencia a los postulados de la criminalística alemana y estadounidense-, más o menos criminológicos, a conceptos de la dogmática jurídico-penal, cuando, como ya se indicó, se exige en la criminología y en la criminalística que el delito económico pueda ser adecuado, por sus efectos, para turbar o poner en peligro, por sobre intereses individuales, la vida económica y el orden a que esta corresponde"²⁴⁶.

Ab initio, el Derecho Penal Económico expande los límites del derecho penal clásico en cuanto a la protección de intereses y bienes jurídicos, en el sentido de, como señala TIEDEMANN, ampliar su esfera de protección a bienes jurídicos supraindividuales -sin perjuicio de depurar más adelante esta definición- que en este caso el autor sitúa en la esfera económica.

Así, continúa TIEDEMANN señalando que el Derecho Penal Económico -más concretamente el autor habla de "delito económico"- comprende las transgresiones en el campo del Derecho Administrativo Económico -refiriéndose a la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía-, las transgresiones de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos de la vida económica -que trascienden los intereses jurídicos individuales- y, por último, los delitos clásicos cuando estos se dirigen contra patrimonios

²⁴⁶ TIEDEMANN, K., "El concepto de Derecho Económico, Derecho Penal Económico y de delito económico", en *Revista Chilena de Derecho*, n°1, vol. 10, 1983, p. 60.

supraindividuales o cuando estos delitos constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica²⁴⁷.

En España, NIETO MARTÍN define (a mi juicio, de una forma muy sintética y acertada) el Derecho Penal Económico como el conjunto de normas jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional, lo que comprende la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios²⁴⁸.

Por tanto, podemos indiciariamente afirmar que el objeto de protección del Derecho Penal Económico lo constituiría el orden económico, si bien, en aras de perfilar más el concepto en cuestión, la doctrina se ha ocupado de elaborar, de un lado, una definición estricta del concepto; y de otro, una definición amplia del mismo.

El Derecho Penal Económico pretende, por tanto, dar respuesta al rápido avance de nuestra sociedad, lo que no deja de suponer una expansión del Derecho Penal -si partimos de una concepción clásica del mismo-. Ello viene provocado, entre otras, por una expansión económica que implica a su vez la transformación de las estructuras socioeconómicas, lo cual ha generado numerosos problemas a la ciencia penal, pues las

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 61-62.

²⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., "El Derecho Penal Económico español", en *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, p.1, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf>

estructuras dogmáticas clásicas no podían, en muchos casos, ser proyectadas respecto estos nuevos delitos económicos, ya que, entre otras, también aparecían nuevos bienes jurídicos que tutelar²⁴⁹, como se ha puesto de manifiesto anteriormente²⁵⁰.

No obstante lo anterior, también existe una idea radicalmente opuesta a la de la expansión del derecho penal -que aboca a la creación del Derecho Penal Económico-, que consiste en concebir un Derecho Penal mínimo, y que propugna una reducción del ámbito de lo delictivo. Resumidamente, esta idea pretende proteger solamente los denominados bienes clásicos, articulados sobre la base de la protección de los derechos básicos del individuo; y de otro lado, respetar a ultranza las reglas de imputación y los principios político-criminales de garantía característicos del derecho penal clásico²⁵¹.

Es aquí donde muy especialmente ha contribuido la "Escuela de Frankfurt" que precisamente critica la "expansión" del Derecho Penal, advirtiendo del riesgo de que vayamos hacia un Derecho Penal puramente funcionalista²⁵². Esta escuela concibe el bien jurídico-penal de forma personal, por lo que los bienes

²⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa....., *op. cit.*, p. 81.

²⁵⁰ Más profundamente en SILVA SÁNCHEZ, J, M., "Teoría del delito y Derecho Penal Económico-empresarial", en SILVA SÁNCHEZ, J.S; MIRÓ LLINARES, F. (DIRS): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 33-37.

²⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 80.

²⁵² *Ibid.*, p. 81.

jurídicos supraindividuales únicamente deberán ser protegidos en cuanto a su concepción como puros intereses mediatos o instrumentales al servicio del individuo²⁵³.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en HASSEMER. Para este, el derecho penal moderno se manifiesta en la P.E de la legislación penal a través del incremento de los marcos penales o la creación de nuevos delitos. De esta forma, HASSEMER añade a los sectores mencionados el de la economía, en relación a la cual señala los tres instrumentos técnicos más representativos de este nuevo derecho penal:

1- Orientación institucional en la protección de bienes jurídicos, tutelando bienes "universales" y no individuales.

2- Este Derecho Penal Económico se caracteriza por recurrir a los tipos penales de peligro abstracto, lo que supone una ampliación su ámbito de aplicación, toda vez que bastará solamente con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no será verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado.

3- Como consecuencia de operar con bienes jurídicos "universales" y con tipos de peligro abstracto, se crean delitos sin víctimas, o a lo

²⁵³ *Ibid.*, p. 82.

sumo, con víctimas difuminadas en los que no se exige daño²⁵⁴.

No obstante, como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN, la Escuela de Frankfurt -y especialmente HASSEMER- no propugnan una descriminalización total de las conductas que quedarían fuera del "derecho penal clásico" -como podrían ser aquellas que estamos tratando, cuyo bien jurídico protegería el orden económico- sino que en todo caso tales conductas deberían ser castigadas en otros sectores del ordenamiento jurídico (civil, mercantil, administrativo, etc)²⁵⁵²⁵⁶.

En España, podríamos situar a SILVA a la cabeza de las tesis del "Big Crunch" o del discurso de resistencia a la modernización del Derecho Penal²⁵⁷ -si bien el autor se distancia de la tesis sostenida por la Escuela de Frankfurt-.

²⁵⁴ HASSEMER, W., citado en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, p. 82.

²⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, p. 83. Señala el autor que HASSEMER habla de un "derecho penal nuclear", por lo que estas nuevas conductas, juntos con sus bienes jurídicos, deberían ser reguladas a través de un llamado "Derecho de intervención", situado a medio camino entre un derecho penal y un Derecho de contravenciones o infracciones del orden, entre el Derecho Público y el Derecho Civil, y se caracterizaría por contener garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho Penal, teniendo como contrapartida sanciones de menos entidad que este último.

²⁵⁶ Un análisis más extenso sobre las teorías de la expansión del Derecho Penal, así como las teorías contrarias a dicha expansión puede verse en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 85-97.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 85.

Según el autor, esta expansión del derecho penal en las sociedades postindustriales se caracteriza por la creación de nuevos tipos penales o agravación de los ya existentes, creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía²⁵⁸²⁵⁹. SILVA propugna la creación de modelo dual de sistema penal, para el que se posean reglas de imputación y principios de garantía diferentes para cada uno de los dos niveles. En el primer nivel se encontrarían los ilícitos con pena privativa de libertad; en el segundo, ilícitos vinculados al resto de penas que prevé la legislación penal -multas, inhabilitaciones, etc-. Ello supondría que para el primer bloque se mantendrían las reglas de imputación y político-criminales "clásicas", mientras que para el segundo se admitiría una flexibilización controlada de dichas reglas y garantías²⁶⁰.

1.1.- Definición estricta

Ante una primera aproximación al concepto de Derecho Penal Económico como la esbozada en líneas anteriores, debemos ahora perfilar algo más el alcance

²⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M; La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, Ed. Edisofer, Madrid, 2011.

²⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 89; SILVA SÁNCHEZ, J.M; La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, Ed. Edisofer, Madrid, 2011.

de dicho concepto. No existe discusión alguna en cuanto a que la doctrina distingue entre un concepto estricto y un concepto amplio de delitos económicos, si bien en cuanto al concepto amplio no reine precisamente acuerdo respecto su alcance²⁶¹.

Podemos remontarnos a 1949 para encontrar una definición estricta -probablemente la más estricta- de Derecho Penal Económico -o delitos económicos-. Esta definición, atribuida a SCHMIDT, aparece en la ley para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía, dictada en la República Federal de Alemania, según la cual una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico²⁶².

MARTÍNEZ-BUJÁN define el concepto estricto como aquél en el que se integran las infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, esto es, por las infracciones que se identifican con el derecho penal administrativo económico -un concepto germano-. Esta categoría sería la que conformaría el Derecho Penal Económico.

Otra definición es la ofrecida por BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, para los que el concepto estricto de Derecho Penal Económico se refiere al concepto de

²⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, p. 99.

²⁶² SCHMIDT, E., citado en CERVINI, R., "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada", en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, n°3, 2008, p. 19.

normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendiéndose como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía²⁶³. Esta definición se asemeja a la propuesta también en su día por OTTO, según la cual son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico²⁶⁴.

Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER define los delitos económicos como aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, por lo que tales comportamientos ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico²⁶⁵.

1.2.- Definición amplia

Por su propia naturaleza, la definición amplia de Derecho Penal Económico -o delitos económicos- no encuentra en la doctrina el consenso que sí podemos,

²⁶³ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ed. Ceura, Madrid, 2001, p. 13.

²⁶⁴ OTTO, H., citado en CERVINI, R., "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada", en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, n°3, 2008, p. 19.

²⁶⁵ BACIGALUPO, E., citado en CERVINI, R., "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada", en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, n°3, 2008, p. 19.

más o menos, encontrar en su definición estricta. En tal sentido, puede entenderse por delitos económicos aquellos que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico, los cuales, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente patrimonial individual, tratándose de intereses generales de contenido económico o de intereses de amplios sectores o grupos de personas²⁶⁶.

El problema surge cuando trata de perfilarse con más precisión el concepto amplio de delitos económicos.

Así, MARTINEZ-BUJÁN refiere la idea de incluir como delitos económicos aquellas infracciones que, aun afectando primordialmente a bienes jurídicos individuales, comportan un abuso de medidas e instrumentos del tráfico económico moderno²⁶⁷.

BAJO FERNÁNDEZ no solamente formuló la definición estricta apuntada anteriormente, sino que también formuló una concepción amplia, según la cual el Derecho

²⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, p. 100.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 100. Cita el autor la concepción de BOTTKÉ, para quien el Derecho Penal Económico en sentido amplio abarcaría la comisión de delitos pertenecientes a la órbita del Derecho Penal "clásico", en tanto en cuanto se ejecuten en el ámbito de la empresa o de los negocios. Según esta concepción, no habría problemas de legitimidad a la hora de criminalizar comportamientos, dado que se articularía sobre la vulneración de bienes jurídicos "clásicos", como el patrimonio o la seguridad en el tráfico jurídico. Sensu contrario, una concepción estricta del Derecho Penal Económico implicaría aquellos delitos orientados a la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador penal por la Constitución.

Penal Económico lo constituirían el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios²⁶⁸. En base al postulado de BAJO FERNÁNDEZ, se trata de salvaguardar la actividad económica en el marco de la economía de mercado, por lo que el orden económico aparece como un bien jurídico mediato o de segundo orden de cada una de las figuras concretas, detrás de bienes jurídicos inmediatamente tutelados²⁶⁹.

A tenor de lo que antecede, hemos podido comprobar cómo, con independencia de la definición de Derecho Penal Económico que se adopte, el mismo está orientado a la protección del orden socioeconómico. Por ello, a continuación, se antoja necesario pasar a analizar los criterios que legitiman la protección de dicho orden socioeconómico para, a su vez, valorar la legitimación en cuanto a la protección de los bienes jurídicos colectivos, que como sutilmente se ha perfilado anteriormente, precisamente nacen con ocasión del denominado orden socioeconómico.

²⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ed. Ceura, Madrid, 2001, p. 14.

²⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, p. 102. Tal importancia confiere el autor a la obra de BAJO, que señala como esta influyó notablemente en la estructuración de los delitos económicos en el primero Proyecto español de Código Penal del nuevo régimen democrático, el PLOCP de 1980, cuya mayor novedad era la creación de una nueva agrupación delictiva que englobó bajo la rúbrica "delitos contra el orden socio-económico -posteriormente "delitos socioeconómicos"- y que integraba todo un título de la Parte Especial del proyecto -el Título VIII-.

2.- Intervención penal en el ámbito socioeconómico.
Criterios de legitimación

2.1.- Delitos socioeconómicos y bien jurídico protegido

De todo lo expuesto hasta ahora, la cuestión más importante que aparece respecto el concepto de Derecho Penal Económico es la referida a la protección de bienes jurídicos supraindividuales/colectivos -en adelante diferenciaremos ambos conceptos-. La nota característica del Derecho Penal Económico es, en definitiva, que junto a la protección de bienes jurídicos individuales, aparece la protección de bienes jurídicos supraindividuales²⁷⁰. En algunas ocasiones veremos como determinados delitos de los que podemos considerar incluidos en los delitos socioeconómicos protegerán solamente un bien jurídico individual - aunque con proyección mediata respecto uno supraindividual-, y en otras ocasiones veremos delitos que protegerán inmediatamente un bien jurídico supraindividual -aunque también con proyección mediata respecto un interés más genérico-²⁷¹.

²⁷⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Delincuencia económica...", *op. cit.*, p. 267, para quien el orden económico en sentido estricto u orden público económico se debe distinguir claramente del orden socioeconómico. El primero, viene vinculado exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía, refiriéndose a la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía y a la tutela de los intereses patrimoniales individuales. El segundo trasciende su esfera de protección, fundamentalmente a los intereses colectivos supraindividuales.

²⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 102.

Sin embargo, y precisamente a razón de lo que se acaba de exponer, el Derecho Penal Económico constituye uno de los sectores de la P.E en que se observa la dificultad de concretar y determinar adecuadamente el bien jurídico protegido, ya que según la práctica unánimidad de la doctrina, el orden socioeconómico no es el objeto jurídico de protección en ninguno de los delitos, sino que es el objeto o bien jurídico mediato, o si se quiere la finalidad de la norma, pero no el objeto inmediato y directo. Así, el orden socioeconómico no se protege en su integridad en ninguno de estos delitos, por lo que hay que concretar qué parcela es la que se protege en cada uno y si es sólo ese interés o también otro de naturaleza individual²⁷².

Por tanto, dedicaremos las siguientes paginas a analizar el concepto de bien jurídico supraindividual o colectivo a los efectos de determinar la función que el mismo cumple respecto la protección de los delitos socioeconómicos.

2.2.- La protección de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos: aproximación de las distintas posturas doctrinales

Cuando uno se adentra en la figura de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos se encuentra que, en su tratamiento doctrinal, aparecen varias

²⁷² VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal...: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016, p. 71.

formulaciones respecto un "mismo concepto". De esta forma, uno puede encontrarse referencias a bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, universales o difusos. A partir de ahora, utilizaremos el concepto de bien jurídico colectivo, al considerar que, como se expondrá a lo largo de las siguientes páginas, es el concepto que más acierta en cuanto al contenido material del mismo.

Por bienes jurídicos colectivos, a grandes rasgos, debemos entender aquellos que sirven a los intereses de muchas personas, de la generalidad²⁷³. Son bienes de titularidad compartida por toda la sociedad, indisponibles, cuya nota característica es la indivisibilidad, a diferencia de los bienes jurídicos individuales²⁷⁴.

En la doctrina alemana, MAURACH habla de "bienes jurídicos de la colectividad", los cuales son constituidos, de un lado, por los valores supraestatales de la sociedad, entre los que destacan el orden interno y externo, el sentimiento de piedad, la humanidad, la integridad de la familia, la honestidad, el deber de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico y la seguridad ante el peligro colectivo. De otro lado, están constituidos por los

²⁷³ *Ibid.*, p. 90.

²⁷⁴ FRANCÉS LECUMBERRI, P., *Tratamiento penal del falseamiento de cuentas y otros documentos en las sociedades (art. 290 del Código Penal)*. Tesis Doctoral, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2014, disponible en: <https://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/29283/09%20Tesis%20doctoral%20Paz%20Franc%3%A9s%20Lecumberri.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

valores personificados en el Estado, entre los que cabe contar la integridad del Estado, el poder estatal en sus distintas manifestaciones, la administración de justicia y la honestidad en el ejercicio de las funciones²⁷⁵. Sin embargo, como apunta VERA²⁷⁶, esta distinción de los bienes jurídicos colectivos en función de la titularidad debe ser rechazada, pues en sí, todo atentado y/o ataque contra bienes jurídicos colectivos constituye, de facto, un atentado y un ataque contra la sociedad, y sólo en relación a las funciones sociales que los bienes jurídicos colectivos desempeñan en la sociedad puede realizarse una clasificación de los mismos. SCHÜNEMANN²⁷⁷, en un ejercicio de depuración del concepto de bien jurídico colectivo, habla de eliminar lo que él llama bienes jurídicos "aparentes", que son aquellos sin entidad propia y que según la mayoría de la doctrina alemana tutelan los delitos de abuso de seguro (265 StGB) y estafa de crédito (265 b StGB). Respecto esta tesis, MAYO CALDERÓN apunta que en estos delitos únicamente se está protegiendo el patrimonio de forma anticipada, pero no se da la nota característica que determina la necesidad de tutelar un bien jurídico colectivo: la de fomentar la participación de los individuos en el sistema²⁷⁸.

²⁷⁵ MAURACH, R., citado en VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 91.

²⁷⁶ *Ibid.*, p.92.

²⁷⁷ SCHÜNEMANN, B., citado en MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 en el Código Penal Español y propuesta de lege ferenda, Ed. Comares, Granada, 2005, p.38.

²⁷⁸ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del

Para ALEXY, los bienes jurídicos colectivos deberán superar tres condiciones para su delimitación y concreción: a) la no exclusión en el uso; b) la no rivalidad en el consumo; y, c) la cualidad de no distributividad²⁷⁹. Un bien jurídico colectivo no excluirá del uso de ese bien a ninguna persona ni implicará -ese uso y disfrute- ningún perjuicio o imposibilidad para el efectivo disfrute de ese bien por otra persona. Un bien jurídico podrá ser calificado con el adjetivo de colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividirse en partes.

VERA considera, junto con GRECO, una cuarta condición, de la que cita como partidario a ROXIN, quien exige no legitimar *"un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual"*, si se concreta la afectación de un bien jurídico individual no existe bien jurídico colectivo inmediatamente protegido²⁸⁰.

VERA señala que el problema no es la legitimidad de la protección de los intereses colectivos, sino de

art. 295 en el Código Penal Español y propuesta de lege ferenda, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 38.

²⁷⁹ ALEXY, R., citado en VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 92.

²⁸⁰ *Ibid.*, p.92. Sin embargo, la autora señala que ello no implica que de manera secundaria o mediata no se vulnere un bien jurídico colectivo. En este sentido, este carácter se deduce de la cualidad de indivisibilidad, es decir, que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales.

seleccionar correctamente aquellos que deben ser efectivamente protegidos²⁸¹. La cuestión se centra en dos planos diferenciados: de un lado, la cuestión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos; y de otro lado, la cuestión de la selección del concreto bien jurídico colectivo.

La protección de los intereses colectivos viene avalada por las finalidades de un Estado social y democrático de Derecho, pues sólo cuando se articula la protección de los bienes jurídicos colectivos es posible la de los bienes jurídicos individuales, ya que el pleno ejercicio del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la propiedad, a la protección del patrimonio, resulta imposible si no se conecta con el criterio de la dignidad humana, la cual incluye que se garantice y se provea de manera progresiva y sustentable de condiciones normativas reales para la realización de estos derechos, estas condiciones normativas reales son los bienes jurídicos colectivos²⁸².

En la doctrina española, señala MAYO CALDERÓN²⁸³ como existen dos posturas en relación a la legitimación de los bienes jurídicos colectivos. Ambas aceptan reconocer como bienes jurídicos colectivos aquellos que ya lo eran por el Estado Liberal: la fe pública, la Administración Pública, la Administración de Justicia o

²⁸¹ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 98.

²⁸² *Ibid.*, p. 98.

²⁸³ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo..., *op. cit.*, p. 44.

la seguridad del estado. La diferencia es que una corriente dota a los bienes jurídicos colectivos de auténtico contenido formal, dotándolos de carácter autónomo, mientras que la otra simplemente, y pese a utilizar el término de bien jurídico colectivo, niega su existencia, puesto que lo realmente protegido para esta corriente son los bienes jurídicos individuales²⁸⁴.

En el primer grupo se sitúa BUSTOS RAMÍREZ. Para el mismo, lo bienes jurídicos colectivos, aun teniendo carácter complementario respecto los individuales, no implica que se hayan de poner en relación con los últimos para proteger aquellos delitos cuyo bien jurídico tenga el carácter de colectivo²⁸⁵.

Sin perjuicio de una clasificación más extensa y depurada, el autor clasifica los bienes jurídicos de control, que se refieren a la organización del aparato estatal; los bienes jurídicos institucionales, que se refieren a las determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; y los bienes jurídicos colectivos, que se refieren a la satisfacción de las necesidades de carácter social y económico y que se relacionan con la participación de todos en el proceso económico-social²⁸⁶.

²⁸⁴ *Ibid*, p. 44.

²⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, *op. cit.*, p.198. También viene citado en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, P. 45.

²⁸⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., citado en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, p. 45.

CORCOY BIDASOLO otorga entidad propia a los llamados bienes supraindividuales, toda vez que al considerar que los mismos pueden ser lesionados, ya los distingue de los bienes jurídicos individuales. Los bienes jurídicos supraindividuales no solamente protegen a colectividades que por su propia condición y naturaleza puedan considerarse más débiles, sino que también sirven a las personas para proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y nivel de riesgo de las distintas actividades de la sociedad en las que una persona se ve envuelta²⁸⁷.

Cita también MAYO CALDERÓN a SOTO NAVARRO, para quien el bien jurídico colectivo solamente es aquél que no es divisible en un bien jurídico individual. Éste se refiere a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y el sistema social, como la Administración de Justicia, la Administración Pública, la Seguridad Social, el orden socio-económico o el medio ambiente²⁸⁸.

Precisamente MAYO CALDERÓN se incluye en esta primera categoría. Para la autora, partiendo de la idea Ilustrada del contrato social, los bienes jurídicos colectivos surgen por la necesidad de proteger bienes que son fundamentales para la existencia del sistema - que no son otros que los bienes jurídicos individuales-

²⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.218 a 225. También citada en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, op. cit., p. 45.

²⁸⁸ SOTO NAVARRO, S., citada en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, op. cit., p. 48.

frente a los peligros que los caracterizan, todo ello con el fin de que el sistema no supere al individuo²⁸⁹.

Los bienes jurídicos colectivos desempeñan, además de la función de complementar a los individuales en cuanto a su protección, una función diferenciada del contenido de estos: promocionar o favorecer la participación de los individuos en el sistema, lo que conlleva el desarrollo de este²⁹⁰. De hecho, los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos no pueden ser considerados delitos de peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales a cuya protección sirve el bien jurídico colectivo²⁹¹.

Los bienes jurídicos colectivos, al igual que los individuales, surgen por la puesta en común de los intereses de los individuos que suscriben el contrato social. De esta forma, el bien jurídico colectivo, para MAYO CALDERÓN, surge cuando el ordenamiento jurídico protege un valor compartido por los miembros de la sociedad y caracterizado por ser la síntesis de una pluralidad de intereses²⁹². Por esa razón, mientras que en los bienes jurídicos individuales se protege en este caso a la *persona* de los ataques de otras personas, en los bienes jurídicos colectivos se protege al *ciudadano* de los ataques -indirectos o mediatos- que otras personas llevan a cabo en el ejercicio de una actividad

²⁸⁹ Vid. extensamente MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 77.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 78.

²⁹² *Ibid.*, p. 78.

útil para el sistema social, esto es, en el ejercicio de su participación en el sistema social²⁹³.

En definitiva, para la autora la función del bien jurídico colectivo es la de favorecer y proteger la participación del individuo en la sociedad en condiciones de libertad e igualdad, siendo el Estado - como una suerte de garante del contrato social- quien debe proteger estos bienes jurídicos colectivos, pues así se permitirá al ciudadano que participe en los procesos sociales con la seguridad de que los bienes jurídicos de los que es portador se encuentran protegidos²⁹⁴.

Por último, MAYO CALDERÓN distingue cuatro categorías de bienes jurídicos colectivos: estatales, institucionales, estructurales e internacionales.

Los estatales vendrían configurados como aquellos necesarios para la permanencia del sistema en la medida de que, sin el Estado, el sistema basado en el contrato social no puede sostenerse²⁹⁵. Los institucionales son aquellos referidos a instituciones básicas para el

²⁹³ *Ibid.*, p. 79.

²⁹⁴ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, p. 81.

²⁹⁵ *Ibid*, p. 97. La autora señala como bienes jurídicos colectivos estatales los protegidos en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP), los delitos de rebelión (arts. 472 a 478 CP), los delitos contra la corona (arts. 485 a 491 CP), los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes (arts. 492 a 505 CP), el delito de ultraje a España (art. 543 CP), los delitos contra el orden público (arts. 544 a 580 CP) y los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (arts. 581 a 604).

funcionamiento del sistema, esto es, "el correcto funcionamiento de la Administración Pública", el "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia" o la "fe pública"²⁹⁶. Los estructurales se refieren a estructuras básicas o necesarias para el funcionamiento del sistema, económico o social, y en ellos podemos encontrar "el correcto funcionamiento del mercado de valores", "la libertad de competencia", "la transparencia contable de las sociedades mercantiles", "la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico" o aquellos referidos a la seguridad como manifestación del estado de orden de circunstancias - seguridad en el consumo, seguridad en el tráfico, seguridad en el trabajo, seguridad colectiva, etc.-²⁹⁷. Por último, los internacionales, entendidos como aquellos cuya protección compete a todos los Estados e individuos del mundo, pues su existencia trasciende a un sistema social determinado²⁹⁸.

En el segundo grupo se situaría MARTÍNEZ-BUJÁN, quien distingue dentro de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos dos categorías: de un lado, los bienes jurídicos sociales generales, caracterizados por pertenecer a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social; y, de otro lado, los llamados "difusos", que a diferencia de

²⁹⁶ *Ibid*, p. 97.

²⁹⁷ *Ibid*, pp. 98-99.

²⁹⁸ *Ibid*, p. 100-101. Estos serían el medio ambiente, la conservación de la flora y la fauna, las condiciones de supervivencia de la vida humana, el patrimonio histórico.

los anteriores, no son intereses que afectan a la totalidad de las personas²⁹⁹.

El autor, citando a SGUBBI como precursor de dicho concepto entre la doctrina italiana, y a TORIO en la española, significa que el concepto se refiere a intereses sectoriales, pertenecientes a grupos extraordinariamente amplios de sujetos pero carente de radio ilimitado de expansión, y que se distingue de los derechos subjetivos clásicos reconocidos por el Derecho Civil³⁰⁰.

MARTÍNEZ-BUJÁN carga contra aquellos que, considerando como bienes de naturaleza individual a los intereses sectoriales difusos, rechazan la agrupación de los intereses sociales generales e intereses sectoriales difusos dentro del grupo común de los bienes jurídicos supraindividuales³⁰¹. El argumento ofrecido por el mismo radica en que los contrarios a su tesis mezclan dos planos que deben ser diferenciados, ya que, una cosa es aceptar que los delitos contra

²⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 166.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 167. En España también MIR habla de intereses difusos, haciendo referencia a los mismos como intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, etc. Sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que los bienes jurídicos relativos al medio ambiente y a la salud pública no son reconducibles a la categoría de intereses jurídicos difusos, sino que se trata de auténticos intereses sociales generales, puesto que son intereses compartidos por la generalidad de los miembros del cuerpo social.

³⁰¹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 165. Para el autor, una de las características de los bienes jurídicos colectivos es que podrán ser disfrutados por todos y cada uno de los miembros de la sociedad, por lo que no podrá ser relacionado, en todo o en parte, a un único sector de la misma.

intereses sectoriales o difusos se hallen dirigidos en última instancia a preservar bienes jurídicos de naturaleza individual, y otra cuestión distinta es que la titularidad de dicho bien jurídico se atribuya a un solo individuo, lo que no sucede en tales delitos, puesto que la titularidad pertenece a una colectividad o pluralidad difusa e indeterminada de personas, lo que implica afirmar que el peligro para los bienes individuales de esa colectividad difusa de personas comporta al propio tiempo la lesión -como abstracción conceptual- de un bien colectivo institucionalizado³⁰². El hecho de que el bien jurídico difuso se refiera en última instancia a un bien jurídico individual, no significa que deba ser reconducido a los delitos contra el patrimonio de las personas, pues el injusto típico exige conceptualmente una pluralidad indeterminada de personas, tiene una técnica de tipificación diferente y, en el plano de la política-criminal, presenta una dimensión distinta, vinculada a un bien jurídico mediato del orden socioeconómico³⁰³.

A su vez, el autor distingue entre delitos económicos que inmediatamente tutelan un bien individual y mediatamente un bien colectivo -categoría que ya ha sido definida en párrafos anteriores-, delitos económicos orientados a la tutela de un bien supraindividual institucionalizado con referente patrimonial individual y delitos económicos orientados a la tutela de un bien supraindividual general

³⁰² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 166.

³⁰³ *Ibid*, p. 168.

institucionalizado sin referente individual³⁰⁴. Dentro de esta última categoría, MARTÍNEZ-BUJÁN incluye tanto los delitos que tutelan bienes jurídicos inmateriales o espiritualizados no individualizables, para cuya tutela propone la técnica de tipificación consistente en construir la figura delictiva sobre la base de un bien intermedio "representante" o con función representativa, que será el inmediatamente lesionado; como los delitos que tutelan bienes jurídicos supraindividuales que pueden ser lesionados directamente³⁰⁵.

Por su parte, MAYO CALDERÓN, y solo en relación a estos últimos, atribuye a la categoría de bien jurídico colectivo un sentido material, otorgándole una entidad propia independiente de los bienes jurídicos individuales a cuya protección sirve el bien jurídico colectivo³⁰⁶.

MATA MARTÍN también es situado por MAYO CALDERÓN en esta corriente. El autor utiliza el término bien jurídico colectivo en sentido formal cuando se refiere a bienes jurídicos intermedios o de referente individual, que vinculan simultáneamente la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos de

³⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 173 y ss. El autor realiza un extensísimo análisis de dichas categorías que se entiende no resulta procedente desarrollar en el presente capítulo, toda vez que lo que aquí se pretende es plasmar un resumen de las diferentes posiciones doctrinales.

³⁰⁵ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo..., *op. cit.*, p. 51.

³⁰⁶ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo..., *op. cit.*, p. 51.

naturaleza homogénea o situados en una misma línea de ataque³⁰⁷. Para MATA MARTÍN, existe una relación medial entre el bien colectivo y el bien individual, ya que la lesión o puesta en peligro del bien colectivo es medio previo y necesario para la lesión o puesta en peligro del bien individual³⁰⁸. En definitiva, se trata de considerar que el bien suprapersonal posee un sentido anticipatorio de protección del bien individual, aunque precisamente por esta misma razón, el objeto de protección siempre guardará una mayor proximidad con el bien colectivo que con el bien individual. MATA MARTÍN habla de delitos de lesión-peligro: lesión para el bien jurídico colectivo y peligro para el individual, aunque a su vez, distingue otros en sentido contrario, como son los delitos de peligro para el bien jurídico colectivo y lesión para el bien jurídico individual³⁰⁹. Aquí precisamente incluye el autor los delitos societarios.

Por último, TERRADILLOS BASOCO³¹⁰ afirma que no se puede hablar de bienes jurídicos colectivos sin que en estos se identifiquen bienes jurídicos individuales. Si bien el autor acepta que en determinadas ocasiones los bienes colectivos trascienden la mera acumulación de los individuales, y por tanto llegan a conformar una entidad distinta y superior, en pocas ocasiones se

³⁰⁷ MATA MARTÍN, R., citado en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, op. cit., p. 56.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 56.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 56.

³¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., citado en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, op. cit., p. 59.

podrá, por su propia abstracción, considerar a estos como un bien jurídico en sentido estricto.

Hasta ahora se han expuesto aquellas posturas que, de una forma u otra, se muestran partidarias de la figura del bien jurídico colectivo. Sin embargo, a sensu contrario, también las hay que niegan o, cuanto menos, cuestionan la legitimidad de dicha figura.

MIR PUIG los critica desde la perspectiva del principio de intervención mínima del derecho penal.

Para MIR PUIG, los bienes jurídicos colectivos pretenden proteger intereses aún no asumidos suficientemente por la sociedad, lo que a su vez, genera una expansión del derecho penal que se contrapone al programa de despenalización progresiva que en otras materias se propugna en nombre del principio de intervención mínima³¹¹. Para el autor, esta expansión del derecho penal conlleva convertir al mismo en un mero instrumento sancionador de normas no penales, alejando al mismo de su núcleo más histórico.

Por ellos, se reclama una mayor autonomía del derecho penal en la definición de sus normas primarias, sin que éste intervenga simplemente para conseguir un efecto disuasorio respecto conductas no suficientemente internalizadas por la conducta social³¹².

³¹¹ MIR PUIG, S., Estado, pena y delito, op, cit, p. 79.

³¹² *Ibid.*, p. 80.

Especialmente crítica también es la ya citada Escuela de Frankfurt. Para esta, el uso del Derecho como medio de protección de sectores generales, como puede ser el orden socioeconómico, la salud pública o el medio ambiente, entre otros, basándose en ese adecuado funcionamiento como fundamentación de la criminalización en los referidos ámbitos, supone un abuso del Derecho por la manipulación política de los principios jurídico-penales. HASSEMER -en una posición a la que se adhiere MUÑOZ CONDE-, de acuerdo con su teoría personalista del bien jurídico, considera que los bienes jurídicos colectivos solo son objeto de tutela en cuanto se corresponden a los intereses del individuo, y, por tanto, sirven a los intereses del hombre en cuanto a su desarrollo individual, siendo que los bienes jurídicos se funcionalizan desde la persona, ya que condensan los presupuestos que ésta necesita para su autorrealización personal³¹³.

Una vez desarrollado el concepto de los bienes jurídicos colectivos -con independencia de que se comparta o no su existencia-, la doctrina se plantea cual es la forma en que estos deben ser protegidos, lo que a su vez significa plantearse como serán configurados los delitos que los tutelen: como delitos de lesión, de peligro concreto o de peligro abstracto.

Por la doctrina mayoritaria se ha acogido el criterio, en los últimos años, de que los tipos que tutelan los bienes jurídicos colectivos son tipos de peligro abstracto para determinados bienes jurídicos

³¹³ HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 108.

individuales. SOTO NAVARRO se muestra crítica con esta opinión, ya que para la autora se pasa por alto que, en los bienes jurídicos colectivos, el criterio tradicional de determinación de unidades lesionables, según el cual el individuo es el portador del bien jurídico, no es aplicable. Señala SOTO NAVARRO que tal concepción, en lugar de motivar la profundización en nuevos criterios para realizar tal determinación, ha conducido a una inaceptable asunción de la imposibilidad de lesión de estos bienes jurídicos colectivos y la construcción de peligro como los únicos o los más idóneos para recoger la esencia de las conductas atentatorias contra ellos³¹⁴.

El problema pasa por interpretar estos bienes jurídicos -colectivos- como entes ideales, carentes de materialidad, y, por lo mismo, no susceptibles de lesión o, al menos, no por acciones individuales³¹⁵. Así, para la autora no deja de sorprender el correlato que se establece entre bienes jurídicos individuales-objetos materiales y bienes jurídicos colectivos-objetos ideales, a no ser que el concepto de materialidad varíe de significado según el ámbito de protección en que nos movamos. De esta forma, la autora considera que tanto la materialidad como el concepto de lesión debe entenderse en un sentido sociológico, y no naturalístico, por lo que la única cualidad necesaria *ab initio* para que un bien entre en el catálogo de

³¹⁴ SOTO NAVARRO, S., La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 307.

³¹⁵ SOTO NAVARRO, S., "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, 2005, p. 903.

bienes jurídicos protegidos será su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos³¹⁶. Por todo ello, concluye SOTO NAVARRO mostrándose contraria a la descalificación de los bienes jurídicos colectivos como objetos ideales, salvo que, la materialidad exigible en los bienes jurídicos colectivos sea una más estricta, referida tan sólo a fenómenos del mundo natural³¹⁷.

Frente a la posición de SOTO NAVARRO expuesta ut supra, algunos autores, -entre ellos HEFENDEHL³¹⁸- partiendo de la premisa de la falta de causalidad lesiva real entre acción típica y bien jurídico colectivo, encuentran un equivalente en el concurso de multitud de actuaciones individuales, llamado "pensamiento de la acumulación"³¹⁹. Se precisa de esta equivalencia ya que, afirmada la condición de objeto del mundo real sometido a las leyes físicas del bien jurídico, éste ha de sufrir una modificación consecuencia de la conducta humana. Para esta teoría, si no se sancionan penalmente determinadas conductas que pudieran considerarse en sí inocuas para el bien jurídico, habría que contar con una realización masiva

³¹⁶ *Ibid.*, p. 904.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 904.

³¹⁸ HEFENDEHL, R., "Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", en *Anales de Derecho*, nº 19, 2001, p. 156.

³¹⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 131 y ss.

de las mismas que sí podría perturbar gravemente las funciones que desarrollan los bienes colectivos³²⁰.

Para MAYO CALDERÓN -en consonancia con la posición de SOTO NAVARRO aunque con distinta conceptualización- lo que ocurre es que la imposibilidad de constatar lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos colectivos es el motivo por el que estos sectores doctrinales no los dotan ni de autonomía ni de sustantividad propia, ya que éstos, en definitiva, lo que hacen es negar la existencia del bien jurídico colectivo, al no atribuirle ningún tipo de contenido propio y autónomo³²¹.

La autora considera que la afección al bien jurídico colectivo puede configurarse como de lesión, peligro concreto o peligro abstracto; eso sí, siempre respetando el principio de intervención mínima. Para MAYO CALDERÓN, el tipo penal debe ponerse en relación con el bien jurídico colectivo y no con los bienes individuales cuya protección sirve el bien jurídico colectivo, puesto que los bienes jurídicos individuales simplemente forman parte de la ratio legis de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, pero ni forman parte de la estructura jurídica ni del concepto de los bienes jurídicos colectivos³²².

³²⁰ HEFENDEHL, R., "El bien jurídico como eje material de la norma", en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 194-195.

³²¹ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, p. 105.

³²² MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, p. 106.

Por tanto, la posición de MAYO CALDERÓN consiste en dotar de entidad propia al bien jurídico colectivo, sin hacerlo dependiente, en ningún estado, del bien jurídico individual. Solo de esta forma podrá construirse dogmáticamente un tipo que proteja el bien jurídico colectivo sin necesidad de hacerlo dependiente del bien jurídico individual, y configurarlo en su caso como de lesión, peligro concreto o abstracto. Ello, sin embargo, no quiere decir que el legislador no pueda, en un mismo tipo, proteger un bien jurídico individual y un bien jurídico colectivo³²³. Sin embargo, si se quiere configurar un tipo de lesión o peligro concreto para el bien jurídico colectivo, éste debe dotarse de autonomía propia.

Al igual que SOTO NAVARRO, MAYO CALDERÓN considera que para configurar un tipo penal de lesión o peligro concreto para el bien jurídico colectivo debe atribuirse a éste un contenido material. Al respecto, la autora se aparta de la doctrina que concibe el objeto material del delito y el resultado empírico como elementos esenciales de la construcción dogmática, ya que sin ellos no será posible identificar la afección al bien jurídico³²⁴. Para la autora, no siempre será posible identificar un objeto empírico cuya lesión o peligro concreto identifique la lesión o el peligro concreto del bien jurídico, por lo que la función del

³²³ *Ibid.*, p. 107. De hecho, la autora, sobre la base de este argumento, concibe el tipo regulado en el extinto 295 CP. Esto es, lo configura como pluriofensivo, que por un lado afecta al patrimonio social -este sería el bien jurídico colectivo- y por el otro al patrimonio de los socios o terceros -que sería el bien jurídico individual-.

³²⁴ *Ibid.*, p. 110.

objeto material como sustrato necesario del bien jurídico no es asumida totalmente por la autora³²⁵. Para esta, cierto es que resulta impropio decir que hay una lesión o peligro concreto del bien jurídico en aquellos casos en que empíricamente no pueda verificarse, sin embargo, ello precisamente obliga a delimitar los grados de afección del bien jurídico atendiendo a criterios puramente valorativos, ya que desde esta perspectiva podrá decirse que cada acción contraria al valor social que representa este bien jurídico, lo afecta³²⁶. Por ello, se distingue entre bienes jurídicos con objeto material y bienes jurídicos sin un objeto material, en función de si empíricamente puede verificarse la afección³²⁷.

Respecto los delitos que se configuran como delitos de peligro abstracto, la mera realización de la acción peligrosa da lugar a la afección del bien jurídico. Para MAYO CALDERÓN, los delitos de peligro abstracto representan el grado de afección de menor gravedad -el de mayor afección sería la "lesión", seguido del "peligro concreto"- de los bienes jurídicos cuya afección se identifica a través de un objeto material o empírico³²⁸. Por esta razón, el Derecho Penal solamente deberá intervenir en los supuestos que así lo determine el principio de intervención mínima, por lo que en muchos casos no deberá intervenir el Derecho

³²⁵ *Ibid.*, p. 110.

³²⁶ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, p. 111.

³²⁷ Vid. Más extensamente en MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op. cit.*, pp. 101-125.

³²⁸ *Ibid*, *op. cit.*, p. 117.

Penal, sino otros sectores del Ordenamiento jurídico, que se encargarán de la tutela del correspondiente bien jurídico³²⁹. Por ello, tanto si la configuración de peligro abstracto afecta a los bienes jurídicos individuales, como a los colectivos, la intervención del Derecho Penal solamente estará justificada para tutelar los bienes jurídicos más importantes -en el caso de los colectivos, la autora señala "el medio ambiente" a modo de ejemplo-, ya que en la fase de afección de peligro abstracto, será suficiente con la intervención de otros sectores del ordenamiento³³⁰.

2.3.- Conclusiones

Como conclusión al presente epígrafe, diré que se acepta aquí el concepto de bien jurídico colectivo material e "independiente".

Esto significa que para mí, no resulta necesaria la existencia de una vinculación entre bien jurídico colectivo y bien jurídico individual, como han señalado varios autores y así se ha expuesto con anterioridad. Entre otras cosas, porque la nota característica de los bienes jurídicos colectivos es que, a diferencia de los individuales, estos son indivisibles, ya que son titularidad compartida de toda la sociedad.

³²⁹ *Ibid, op. cit., p. 121.*

³³⁰ *Ibid., op. cit., p. 124.* En tal sentido, la autora ejemplifica dicho argumento en relación con el art. 295 del CP, en el sentido de que la afectación al bien jurídico "patrimonio" se concibe como de lesión, mientras que el bien jurídico "permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico", será protegido en la fase de peligro abstracto por el Derecho mercantil y el Derecho Administrativo.

Por ello, se rechazan categorías que ya han sido expuestas en el presente trabajo, como los bienes jurídicos sectoriales de la que hablaba MARTÍNEZ-BUJÁN -al que en próximas líneas matizaremos-.

Por tanto, la característica de indivisibilidad se antoja absolutamente necesaria para hablar de bienes jurídicos colectivos. En el momento que un bien jurídico pueda ser dividido, no podremos hablar de él como un bien jurídico colectivo.

Se aceptan también las tesis sostenidas por SOTO NAVARRO y MAYO CALDERÓN, en cuanto a que el bien jurídico colectivo siempre tendrá un contenido material, y no meramente formal, aunque ello implique recurrir a diferentes técnicas de interpretación, no solamente la empírica.

En tal sentido, reconozco la dificultad que presentan estos bienes, más no debe obviarse que el propio concepto de bien jurídico ya genera en sí dificultades interpretativas, pues a lo largo del presente capítulo hemos visto que no solamente no existe unanimidad en cuanto a su existencia o no, sino que a día de hoy aún no se ha llegado a consenso alguno sobre su contenido ni alcance.

Por ello, considero acertadas las tesis de las autoras en el sentido de concebir que el ataque al bien jurídico colectivo podrá realizarse mediante conductas típicas de lesión, peligro concreto o abstracto. Así,

de la misma forma que MAYO CALDERÓN³³¹, considero que, dotando de contenido material al bien jurídico colectivo, éste podrá ser lesionado sin necesidad alguna de hacer referencia al peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales. Sin embargo, el bien jurídico colectivo deberá ser susceptible de ser lesionado. Es decir, como señala SOTO NAVARRO "por un lado, debe tratarse de una lesión efectiva, esto es, verificable en el propio sistema social (de lo contrario se burlaría el principio de lesividad); por otro, ha de ser imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos (a fin de respetar el principio de responsabilidad personal) por lo que la autora rechaza la lesión acumulativa (o mediante acumulación de plurales conductas individuales) de bienes jurídicos. Por lo demás, la lesión ha de servir de referente preciso para configurar la puesta en peligro del bien jurídico, como segunda modalidad de afectación, pues, según la concepción que aquí se sigue, el peligro no es un concepto autónomo, sino un estadio previo a la lesión"³³².

No obstante, el recurso a la técnica del peligro como modalidad de tipificación exigirá sumo respeto al principio de intervención mínima, lo que significa que solamente aquellos bienes jurídicos colectivos que se consideren más importantes para el conjunto de la sociedad podrán ser tutelados mediante la fórmula del peligro.

³³¹ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo..., *op. cit.*, p. 105.

³³² SOTO NAVARRO, S., La protección penal de los bienes colectivos..., *op. cit.*, p. 283.

Precisamente este respeto hacia el principio de intervención mínima, así como el de seguridad jurídica supone, en mi opinión, que los bienes jurídicos colectivos deberán reconocerse de forma expresa y clara. Ello significa que conceptos vagos y ambiguos no podrán ser considerados bienes jurídicos colectivos y, por ende, restarán fuera de protección del Derecho Penal, sin perjuicio de que puedan ser protegidos a través de otros sectores del ordenamiento Jurídico. Por ello, se adelanta ya en estas conclusiones que conceptos como el orden socioeconómico, la economía nacional o el tráfico económico en la sociedad, no serán considerados bienes jurídicos colectivos.

Los bienes jurídicos colectivos deberán, además, promover o facilitar la participación de los individuos en el sistema³³³, pues todo bien jurídico, con independencia de su naturaleza, ha de mantener una referencia última al individuo, por cuanto éste es el destinatario último de la protección jurídico-penal³³⁴, por lo que esta referencia última al individuo será el presupuesto legitimador del bien jurídico colectivo.

No debe pensarse que este planteamiento se identifica con el de los bienes jurídicos intermedios o de referente individual, ya que, entre otras, no dota de contenido material al bien jurídico colectivo. Aquí se consideran autónomos los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos colectivos, lo

³³³ *Ibid.*, p. 77.

³³⁴ SOTO NAVARRO, S., La protección penal de los bienes colectivos..., *op. cit.*, p. 232.

cual no implica la consideración de que el colectivo se justificará por su utilidad para la persona, es decir, en un sentido funcional para la persona.

Es por ello por lo que aquí se discrepa de la posición dual o diferenciadora de MARTÍNEZ-BUJÁN³³⁵, para quien solamente el bien jurídico inmediatamente protegido se incorpora al tipo de injusto en el sentido de su vulneración por parte de la acción del sujeto activo que afecta al bien jurídico protegido por el tipo. Sin embargo, apunta el autor que el bien jurídico mediato, aunque no está incorporado al tipo, tendrá funciones tan importantes como la "interpretativa", en el plano de la legitimidad de la intervención penal, la sistemática y la de medición o determinación de la pena.

De esta forma, el autor vacía de contenido formal el concepto, pues lo que pretende es evitar la verificación de su afectación y lo que en cambio se hace es asumir como algo automático una vez comprobada la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se tutela de forma inmediata. El bien jurídico mediato no se pone en relación con el principio de lesividad, por lo que se trata, en definitiva, de esconder la necesidad de comprobar la lesividad de una conducta para el bien jurídico, lo cual termina por distorsionar el auténtico significado y funciones de este concepto.

³³⁵ Vid. Más extensamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

En el presente trabajo se considera, por tanto, que el recurso a la técnica de protección mediata de bienes jurídicos colectivos cuando exista una afectación inmediata a un bien jurídico individual resulta totalmente innecesaria. Entre otras, porque realmente se está desvirtuando, en mi opinión, el concepto de bien jurídico colectivo.

En primer lugar, porque al mismo se le priva de contenido material para darle, de alguna forma, un contenido "ideal". Y, en segundo lugar, y más importante, por cuanto la protección mediata únicamente implica la "ratio legis" del legislador, lo que a efectos prácticos resulta del todo innecesaria para la configuración típica, pues no solamente no será incluida en la misma, sino que además no deberá ser lesionada para que hablemos de un comportamiento típico.

Lo que pretendo decir con esto, es que, si concebimos el bien jurídico como aquellas condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en el sistema social, sean individuales o colectivas, el Derecho Penal solamente deberá proteger aquellas que consideremos más importantes, y serán estas las que tengan un reflejo en la descripción típica. Que el legislador en su función haya valorado otras circunstancias u otros intereses para finalmente proteger mediante la norma unos intereses delimitados - sean individuales o colectivos- resulta a mi juicio del todo indiferente, pues solamente interesará el verdadero interés protegido en la norma, que tendrá la

consideración de bien jurídico colectivo. El resto, no. Se trata, a mi forma de entender, de una cuestión que podría traducirse como "rizar el rizo" para tratar de justificar una categoría que, finalmente, por esta propia justificación, acaba perdiendo todo su contenido.

De esta forma, puedo compartir esta tesis, pues como he evidenciado en las presentes conclusiones, me inclino más por tratar de justificar la creación de tipos de lesión, peligro concreto o abstracto que protejan bienes jurídicos colectivos independientes de los individuales, que construir conceptos como el de bien jurídico mediato que, en definitiva, lo que hacen es vaciar de contenido formal/material el concepto de bien jurídico colectivo, además de tener nula incidencia a efectos prácticos.

3.- ¿El orden socioeconómico como bien jurídico protegido?

Como se ha ido esbozando a lo largo de los anteriores epígrafes, tanto en la discusión sobre el alcance del concepto de Derecho Penal Económico como en la discusión sobre los bienes jurídicos individuales, el concepto de orden económico o socioeconómico³³⁶ ha salido a la palestra, en ambos casos en el sentido de si se trataba de un concepto que debe ser tutelado por el Derecho Penal Económico, lo que de afirmarse, implicaría a su vez que en determinados supuestos, el

³³⁶ En adelante me referiré solamente a orden económico, toda vez que por más que pocos autores los diferencien, el significado del concepto es el mismo.

orden económico pueda ser considerado el bien jurídico protegido por el delito.

En este trabajo, como ya se ha adelantado anteriormente, no se dota al orden económico de la categoría de bien jurídico, ni individual, ni colectivo. Así, ya he expuesto que me oponía a las teorías de aquellos autores que hablaban de bienes jurídicos mediatos respecto bienes jurídicos inmediatos. Pues bien, estas teorías son precisamente las que sitúan al orden económico como bien jurídico mediato en algunos de los delitos ubicados en el Título XIII del Código Penal, bajo la rúbrica "de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico". MARTÍNEZ-BUJÁN, para dar respuesta al interrogante sobre la conceptualización del orden económico como bien jurídico tutelado, diferencia las dos categorías de delitos económicos: amplia y estricta³³⁷.

Respecto la amplia, el autor considera que el orden socioeconómico nunca podrá constituir un bien jurídico directamente tutelado, en el sentido de que su vulneración se halle incorporada implícitamente a cada tipo de injusto de la infracción correspondiente, con sus respectivas consecuencias dogmáticas³³⁸. No obstante, el orden económico sí podrá ser catalogado como bien jurídico mediato genérico, por lo que estará integrado en la ratio legis. Es precisamente la proyección mediata sobre el orden económico uno de los

³³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 171 y ss.

³³⁸ *Ibid.*, p. 171.

criterios básicos de identificación de la categoría de los delitos económicos en sentido amplio³³⁹.

Sobre la estricta, el autor señala como a priori pudiera pensarse que el orden económico parece como bien jurídico directamente protegido. Sin embargo, dicha afirmación deberá ir acompañada de ciertas matizaciones. Así, tomando de ejemplo a BAJO FERNÁNDEZ y SUÁREZ GONZÁLEZ, el autor matiza como éstos, que en sentido estricto consideran el orden económico como el bien jurídico protegido en algunas figuras, rápidamente aclaran que dicha consideración sólo resulta sostenible en la medida en que se matice que dicho orden económico, entendido como regulación jurídica, se concreta en un interés del Estado, diferente en cada delito en particular³⁴⁰.

A modo de conclusión, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que en los delitos contra el orden económico en sentido estricto debe diferenciarse también un bien jurídico mediato, que tendrá la categoría de bien colectivo general inmaterial o institucionalizado, y un bien jurídico inmediato -también de naturaleza colectiva general-, que es el interés directamente tutelado en sentido técnico³⁴¹.

³³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, p. 171.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 172.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 173.

Parecida a la anterior es la posición de MATA y MARTÍN³⁴² -en el sentido de entender el orden económico en su concepción amplia como bien jurídico mediato-.

Para éste, se entenderán por bienes jurídicos mediatos o intermedios o de referente individual los intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares. Y precisamente para que se verifique el ataque al supraindividual, la norma penal ha sido configurada por el legislador de tal manera que se requiera tan sólo la vulneración del bien jurídico mediato. Existe entre estos y aquellos una relación de complementariedad en la protección que el ordenamiento jurídico otorga a ambos bienes. La caracterización como bien jurídico mediato depende de la regulación concreta.

BAJO FERNÁNDEZ y SUAREZ GONZÁLEZ³⁴³ consideran que el orden económico en su sentido amplio nunca será un bien jurídico protegido. Sin embargo, respecto el orden económico en sentido estricto, sí que lo consideran un bien jurídico en sentido técnico, siempre que se entienda de forma adecuada, esto es, que el orden económico entendido como regulación jurídica no suele aparecer como bien jurídico, concretándose más bien en un interés del Estado susceptible de concreción en cada

³⁴² MATA y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 71 y ss.

³⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, M., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Derecho Penal Económico. Concepto, contenido y cuestiones comunes", en Bajo Fernández, M., Pérez Manzano, M., Suárez González, C., (Aut.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1993, p. 565.

figura delictiva particular. A modo de ejemplo, señalan los autores las leyes que castigan los delitos monetarios. Estas tratan de proteger el orden económico, es decir, la regulación jurídica del intervencionismo estatal en las transacciones con el exterior, pero este objeto de protección puede concretarse en el interés de la Administración Pública en el control de los medios de pago internacionales. Señalan los autores: *"En los delitos monetarios, por otra parte, la confusión entre el orden económico, su regulación jurídica, y el interés, es bastante acusada, ya que la prueba de la lesión del interés estriba en la infracción de la regulación jurídica del control de cambios. En otros casos no se produce esta confusión, sino un mayor distanciamiento. Tal es el caso de los delitos relativos a alteraciones de precios en donde el bien jurídico se concreta en el interés de la Administración en el logro de una política concreta de precios, bien la que atiende al principio de la libre competencia, bien la que atiende al principio de control de precios, o del delito fiscal en el que el bien jurídico es el Erario Público/ En conclusión, sólo el orden económico en sentido estricto aparece como bien jurídico protegido de manera directa, es decir en sentido técnico, si bien esta concreción halla la plasmación en un determinado interés de la Administración"*.

También RUANO MOCHALES se muestra partidaria de incluir el orden económico como bien jurídico protegido dentro de los delitos societarios. No obstante la autora realice su trabajo respecto el art. 290 del CP, los argumentos son perfectamente válidos para lo que se

discute en el presente epígrafe. RUANO MOCHALES concibe el orden socio-económico como un conglomerado de intereses que globalmente supera de forma significativa los intereses privados estrictamente patrimoniales, por lo que será en este ámbito en el cual se desarrollarán las conductas típicas relativas a los delitos societarios, lo cual explica que el orden socio-económico requiera de una protección específica, pues en el mismo se mezclan intereses diversos que pueden calificarse como de naturaleza pública y privada³⁴⁴.

Para la autora, los delitos societarios deberán ser calificados como bienes supraindividuales o difusos -en el que incluye el art. 290-, ya que lo relevante es que en los mismos el bien jurídico no se limita a la protección de intereses privados patrimoniales, sino que la protección trasciende a intereses comunes que nacen en el seno de un ámbito en el que existe un orden socio-económico y que justifican la intervención penal³⁴⁵. En definitiva, la postura de RUANO MOCHALES se justifica en sus propias palabras: *"El carácter supraindividual del bien jurídico protegido por el tipo del art. 290 CP es claro si se tiene en cuenta que a través del mismo no solo se protege el ámbito interno societario, que podría considerarse un reducto privado al que se contraerían los potenciales perjuicios*

³⁴⁴ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores y auditores en la manipulación de las cuentas anuales. Posición de garante y responsabilidad penal. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, p. 263. Disponible en web: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/672090/ruano_mochales_teresa.pdf?sequence=1

³⁴⁵ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores..., *op. cit.*, p. 264.

ocasionados a la sociedad y socios, sino que también se extiende al ámbito externo en el que se encuentran terceros que entran en relación con la sociedad cuando esta opera en el tráfico y que pueden sufrir potenciales perjuicios por parte de la misma. Se puede razonar así la importancia de tener en cuenta que el orden socioeconómico nace en el seno de cada pequeña sociedad y se extiende al conjunto de todas las sociedades que vienen a conformar el mercado”³⁴⁶.

Expuestas las diferentes posturas, procede pronunciarse respecto la asumida en el presente trabajo. En tal sentido, me muestro contrario a aceptar el orden económico, tanto en su sentido amplio, como en su sentido estricto, como un bien jurídico protegido.

En primer lugar, porque por más que la doctrina haya realizado encomiables esfuerzos en definir el concepto de orden económico, el mismo sigue siendo, en mi opinión, demasiado vago y amplio, como así se ha expuesto³⁴⁷. De esta forma, intentar concebir el orden

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 265.

³⁴⁷ Vid. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos...*, *op. cit.*, p. 256 y ss. En tal sentido, razona la autora: “Por lo que se refiere a los delitos contra el orden socio-económico, hay un meridiano consenso en que alteran las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico establecido, en cuanto ámbito nuclear de la convivencia en sociedad. No obstante, se da la paradoja de que siendo este tipo de delincuencia objeto de especial atención por las ciencias empírico-sociales y disponiéndose de información relevante para identificar la dañosidad social de las conductas dignas de incriminación, sin embargo, a nivel legislativo y dogmático-penal reina aún una gran imprecisión en los intentos por definir el bien jurídico. Sí se coincide en señalar la necesidad de concreción del bien jurídico por sectores o subsistema integrantes del llamado orden socioeconómico, pues un concepto tan genérico como este [...] sólo sirve como criterio de agrupación sistemática de una serie de

económico como un bien jurídico protegido supondría que dicho concepto no respetaría el principio de legalidad, en cuanto a taxatividad típica se refiere. Máxime, si se tiene en cuenta que en este trabajo concibo la existencia de bienes jurídicos colectivos, si bien para dicha existencia los mismos deberán estar suficientemente concretados, muy especialmente cuando se recurre a la técnica del peligro abstracto para su determinación, pues esta será la única forma en que se respete el principio de legalidad y, en última instancia, el principio de intervención mínima. El hecho de que el ordenamiento jurídico proteja determinados bienes jurídicos en el ámbito económico, no implica que exista una afectación o protección del orden económico tal que motive su consideración como bien jurídico protegido. Por ello, como ya se ha expuesto, no resulta ni tan siquiera necesario elucubrar conceptos y teorías para de una forma u otra incluir el orden económico como bien jurídico, de forma mediata o inmediata.

En tal sentido, resulta obvio que el legislador ha pretendido, de una forma u otra, proteger el orden económico, más el hecho de que la voluntad del legislador sea ésta, no significa que dicho orden deba tener la consideración de bien jurídico. Será *ratio legis* e interés subyacente que inspira la política

conductas delictivas cuyo común denominador es el ámbito de la vida social en que se produce. Es ineludible, por ello, una ardua tarea de identificación de las instituciones e instrumentos básicos (unidades funcionales) sobre los que se estructura la economía social de mercado, para nuclear en torno a cada uno de ellos concretos bienes jurídicos a proteger penalmente frente a los ataques más gravemente obstaculicen sus respectivas funciones en el sistema económico”.

criminal, pero en ningún caso tendrá la consideración de bien jurídico, por lo que no integrará el valor del resultado del delito.

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 252 CP³⁴⁸

1.- El patrimonio como bien jurídico protegido

A diferencia de su predecesor, lo primero que debemos resaltar es que el delito de administración desleal del art. 252 CP ha sido configurado como un delito contra el patrimonio, de ahí su inclusión en el Título XIII. Esto, como veremos, tendrá su incidencia en el interés objeto de tutela en el indicado artículo.

En este caso, el hecho de haber sido configurado el art. 252 CP como un delito patrimonial -además de otras razones- implica, a mi juicio, que tanto el objeto de protección como el bien jurídico protegido recae sobre el patrimonio. De la propia descripción típica se evidencia como se protegen los intereses de quien -o quienes- han confiado la administración de su patrimonio a otro -u otros-.

De hecho, el legislador ya prevé en el Preámbulo XV de la Ley 1/2015, de 30 de marzo que el nuevo delito *"se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo cualquier persona"*. Igualmente añade *"su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde*

³⁴⁸ Para el análisis del bien jurídico protegido en el art. 295 CP Vid. Supra. Cap. II. II. 1.

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 solo una sociedad. Razones pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se trata de proteger un patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad”.

Por tanto, vemos como el legislador apunta inequívocamente al patrimonio como bien jurídico protegido, sea individual, societario o colectivo. En mi opinión, la terminología empleada no resulta del todo acertada. En este sentido, hubiera sido más acertado, a mi juicio -y aun reconociendo la escasa trascendencia que tendría la cuestión habida cuenta que solamente hablamos del Preámbulo legislativo-, utilizar el término “o cualquier otro patrimonio de carácter colectivo”, ya que de esta forma se podrían evitar interrogantes sobre si el legislador, fuera de patrimonios individuales o que formen parte de estructuras societarias, ha decidido proteger otros patrimonios de carácter colectivos, como podría ser una herencia yacente, por ejemplo.

Considero que este, a través de las palabras expuestas anteriormente, y del análisis en su conjunto del Preámbulo, pretende acabar con, llamémosles “viejos fantasmas del pasado”, en el sentido de definir inequívocamente el patrimonio como bien jurídico protegido en el art. 252 CP, ya que como hemos podido comprobar anteriormente, no era en absoluto pacífica la cuestión del bien jurídico protegido en el extinto art.

295 CP. Por ello, el legislador ha pretendido, en mi opinión, zanjarse el asunto refiriéndose al patrimonio individual y de la sociedad, de manera que cabe entender que solamente se protege el patrimonio de la sociedad, y no el de aquellos sujetos que la integran, como algunas tesis sostenían para el extinto art. 295 CP.

Así, el bien jurídico protegido por el art. 252 CP es el patrimonio del sujeto pasivo, de quien el administrador tendrá un deber de proteger y custodiar dicho patrimonio. Puede advertirse por tanto que sigo la tesis adoptada de forma casi unánime por la doctrina³⁴⁹.

Señala VERA RIVERA que el patrimonio como bien jurídico protegido constituye una opción que se fundamenta en la ubicación sistemática del delito, la finalidad objetiva del mismo y, sobre todo, de su tenor literal³⁵⁰. En cuanto a la ubicación sistemática, considera notable la autora que el delito de

³⁴⁹ Entre otros, GALLEGO SOLER, J.I., "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., (dirs.); Vera Sánchez, J.S., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO1/2015 y LO2/2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 881, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal... de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 76, GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", op. cit., pp. 759-776; RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito de administración desleal", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 530, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 CP*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, p. 75 y ss.

³⁵⁰ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 282.

administración desleal se ubique ahora en el Título XIII, dedicado a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, al cual se ha añadido una nueva Sección 2ª a su Capítulo VI, que bajo la rúbrica "de la administración desleal" solo cuenta con el art. 252 CP. Además, el delito ha sido ubicado entre la estafa -al cual se remite a efectos penológicos- y la apropiación indebida, ubicada ahora bajo la Sección 2ª Bis, que contiene el art. 253 y 254³⁵¹.

Por tanto, el delito de administración desleal del art. 252 CP protege, en mi opinión, el patrimonio de cualquier persona (o personas), física o jurídica, que ha sido confiado a alguien para que cuidadosamente lo administre y vele por su protección.

Ahora bien, dada la redacción típica del art. 252 CP, subyace una cuestión que ya se planteó con el extinto art. 295: ¿Cuando el artículo 252 CP se produce en el seno de estructuras societarias, protege éste solamente el patrimonio social o también se protege el patrimonio de quienes integran la sociedad?

2.- El concepto patrimonio en el ámbito de las sociedades mercantiles

Como apuntaba, la cuestión más problemática que se plantea en torno al bien jurídico protegido en el art. 252 CP es, en mi opinión, la que se plantea si en el seno de estructuras societarias solamente se protege el patrimonio social o, por el contrario, también se

³⁵¹ *Ibid.*, p. 283.

protege el patrimonio de aquellos que conforman la sociedad en cuestión.

El art. 252 CP se sirve solamente del concepto "patrimonio ajeno", sin especificar la individualidad o colectividad de dicho patrimonio. Ello supone que, si trasladamos el concepto "patrimonio ajeno" al ámbito societario, a priori deberemos entender que nos referimos al patrimonio de la sociedad -o sus bienes sociales-. Sin embargo, una vez aceptado este planteamiento, surgen las dudas sobre si esta protección debe hacerse extensiva a los socios o aquellos terceros que se relacionan con la sociedad.

El art. 252 CP supone, en mi opinión, una inversión de tornas respecto el art. 295 CP.

El art. 295 CP recogía, en su descripción típica, los sujetos pasivos del delito de administración desleal -socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administraren-, por lo que no había dudas de que el extinto art. 295 CP protegía estos sujetos, siendo que la duda residía en si, además de estos sujetos, se protegía el patrimonio social. Sin embargo, el art. 252 CP elimina toda referencia a los sujetos pasivos antes enumerados, refiriéndose únicamente al patrimonio ajeno, sin especificar titularidad de este. Ello, sumado a la *ratio legis* nos llevan a identificar el patrimonio social como objeto de protección, por lo que invirtiendo las tornas respecto su antecesor, por ahora debemos plantearnos si, además, también se protege el patrimonio de aquellos que conforman la sociedad. No

obstante lo expuesto, también debe indicarse que la deficiente redacción del anterior art. 295 CP motivó que las discusiones en torno al bien jurídico protegido por el mismo sean incluso a día de hoy objeto de discusión. Con ello quiero decir que, si el anterior artículo 295 CP hubiera tenido una redacción más precisa y acertada, quizá hoy nos serviría de referente para interpretar cual es el interés protegido por el art. 252 CP en el seno de las estructuras societarias.

En sintonía con lo expuesto, y como apunta VERA RIVERA, cuando la conducta típica tenga lugar en el seno de una sociedad mercantil, *"podría surgir la tentación de asimilar que como el patrimonio de la sociedad a su vez integra el patrimonio de los socios, lo que se protege entonces es el patrimonio de los socios y no el de la sociedad o el patrimonio de los socios a través de la protección del patrimonio social"*³⁵².

Para resolver la cuestión antecedente, considero oportuno servirme de ciertas disposiciones de la legislación mercantil, concretamente al TRLSC³⁵³. Si acudimos al art. 227 del TRLSC, nos encontramos que este regula el deber de lealtad del administrador respecto la sociedad. Concretamente, dispone el artículo:

³⁵² VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., op. cit., p. 317.

³⁵³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Si nos fijamos, dicho artículo habla de "interés de la sociedad" así como "patrimonio social" o "devolver a la sociedad". Por tanto, en todo momento se sitúa a la sociedad como objeto de protección, especialmente en su esfera patrimonial. De esta forma, si trasladamos el contenido de la legislación mercantil a la definición del injusto prevista en el art. 252 CP, podemos considerar que el interés de protección recae sobre el patrimonio social y no sobre el de aquellos que integran la sociedad³⁵⁴.

De hecho, como acertadamente apunta VERA RIVERA, de concebir el patrimonio de los socios como objeto de protección por el art. 252 CP, y no el patrimonio social, se estaría excluyendo a la sociedad como objeto de protección penal, lo que resultaría absurdo teniendo en cuenta la proyección económica del delito, así como la *ratio legis* del mismo. Además, también aparecería un problema importante de prueba, puesto que resultaría mucho más complejo acreditar el perjuicio generado

³⁵⁴ En idéntico sentido a VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 317.

respecto de los socios que respecto la sociedad, lo que convertir en prácticamente inútil el tipo penal de administración desleal en estos supuestos³⁵⁵.

Cierto es que los socios suponen la figura más importante, a la par que necesaria, de la sociedad mercantil, puesto que, sin ellos, entre otras, no sería posible la constitución de la misma. De hecho, será su participación -bien sea a través de acciones o participaciones sociales- la que precisamente le otorga la condición de socio y, por ende, una serie de derechos que vendrán recogidos en el TRLSC o directamente en los estatutos sociales de la misma. Sin embargo, debe recordarse aquí que, por ejemplo, los socios no responden personalmente de las deudas sociales, sino que lo hará la sociedad³⁵⁶.

El problema, en mi opinión, surge porque el patrimonio de los socios sufrirá inevitablemente un perjuicio en el momento en que lo sufra el patrimonio social. Es decir, existirá una relación indirecta entre uno y otro, o como dirían algunos autores, mediata.

Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando como consecuencia de algún acto que pueda ser calificado acorde al art. 252 CP, el patrimonio social resulte perjudicado. En tal caso, el patrimonio de los socios también se verá indirectamente perjudicado, pues no solamente afectará a los dividendos que estos puedan

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 318.

³⁵⁶ Arts. 2,3 y 4 TRLSC. Se exceptúa la Sociedad Comanditaria por acciones, en la que al menos uno de los socios responderá por las deudas de la sociedad.

obtener a final de año, sino que además también puede afectar al valor de sus participaciones sociales o acciones, por cuanto el valor de estas se vea disminuido al no resultar atractivo a posibles inversores. Este mismo supuesto se acrecienta si se piensa en una sociedad que cotiza en bolsa, pues la volatilidad del mercado bursátil podría suponer un serio perjuicio al valor de las acciones.

Lo mismo ocurre si pensamos en terceros con vinculación a la sociedad, normalmente económica, refiriéndonos en la práctica a los acreedores. Estos ostentan un crédito frente a la sociedad, de forma que si como consecuencia de una conducta desleal del administrador, en algún momento deciden ejecutarlo, será la sociedad quien responda de dicho crédito, y no los socios de la misma. Así, comprobamos como, de nuevo, el patrimonio de los socios se ve indirectamente afectado como consecuencia del perjuicio ocasionado al patrimonio social. También puede ocurrir que los acreedores intenten ejecutar el cobro de su crédito y por razones de cualquier índole no puedan ejecutarlo. Obvio que tendrán un perjuicio en su patrimonio, pero este será ocasionado indirectamente y como consecuencia del perjuicio ocasionado al patrimonio social.

Hasta ahora se ha planteado en todo momento el concepto "socio" de forma individual, pero pensemos por un momento que dicha condición la ostenta una o un conjunto de sociedades. Imaginemos una sociedad -A- que es titular de acciones/participaciones sociales de otra sociedad -B-. Como consecuencia de una conducta desleal, el patrimonio de la sociedad B se ve

disminuido. El hecho de que, a día de hoy, las personas jurídicas sean ficciones legales que incluso responden penalmente, hace contrario a la propia lógica del instituto de la personalidad jurídica el hecho de que el patrimonio protegido no sea de esa persona y sí el de los socios en este caso. En atención al ejemplo expuesto, a esa conclusión se llega si advertimos que las personas jurídicas pueden estar participadas por otras personas jurídicas, lo que nos conduciría, como ocurre en el ejemplo, a la aporía de que el bien mediato no sería tal bien mediato, sino que hablaríamos de un bien mediato del bien mediato y así sucesivamente.

En definitiva, y a modo de conclusión, cuando el delito de administración desleal se produzca en el ámbito societario, el patrimonio protegido será el patrimonio social, y no el de los socios o terceros. Ello no quiere decir que, como se ha evidenciado, de forma indirecta o, mediata, se vea afectado el patrimonio de los socios o de terceros vinculados a la sociedad. Sin embargo, como he expuesto en el presente trabajo, no comparto ni la existencia ni la necesidad dogmática de concebir una figura como el bien mediato o bien intermedio, por lo que ni siquiera diré que el patrimonio de los socios o de terceros podría concebirse como un bien mediato o intermedio. Lo que debemos hacer es diferenciar patrimonio social de patrimonio de los socios o terceros y, sobre todo, aceptar que el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal en el ámbito societario es, única y exclusivamente, el patrimonio social.

3.- ¿Protege el art. 252 CP un bien jurídico de carácter colectivo?

La respuesta a la pregunta que da título al presente epígrafe no resulta novedosa en cuanto al bien jurídico protegido en el delito de administración desleal. De hecho, ésta puede intuirse de la posición que se ha venido adoptando a lo largo del presente trabajo. De esta forma, la respuesta es: no.

La dimensión colectiva del bien jurídico protegido en el delito de administración desleal ya ha sido expuesta³⁵⁷. De esta forma, hemos podido comprobar como algunos autores, junto con el patrimonio -social, de los sujetos pasivos, o de ambos- advertían en el art. 295 la protección de un bien jurídico de carácter colectivo, supraindividual o metaindividual -denominado así en función del autor, aunque todos se refieran a lo mismo-. Sin embargo, como en su momento se ha advertido, estas posiciones eran minoritarias³⁵⁸.

Ahora, debemos plantearnos de nuevo si, atendida la novedosa redacción del art. 252 CP, éste protege un interés de carácter colectivo.

Huelga decir que solamente podremos plantearnos la proyección colectiva del bien jurídico protegido en el art. 252 CP cuando este se produzca en el seno de estructuras societarias.

Como he adelantado, prudentemente me atrevo a afirmar que el delito recogido en el art. 252 del CP

³⁵⁷ Vid. Cap. II. II. 1.

³⁵⁸ Se han citado a MAYO CALDERÓN, QUINTERO y GONZÁLEZ.

únicamente protege un bien de carácter individual: el patrimonio. Aun produciéndose este delito en el seno de estructuras societarias, sigo considerando que solamente se protege el patrimonio, en este caso el patrimonio social de la empresa. Por tanto, descarto la posibilidad de concebir la afección de un bien jurídico de carácter colectivo en el delito de administración desleal.

Incluso encontrando interesantes y excelentemente motivadas las tesis que justificaban la protección de un interés colectivo en el extinto art. 295 CP -muy especialmente la de MAYO CALDERÓN³⁵⁹-, discrepo de las mismas.

Mi discrepancia, en definitiva, tiene un denominador común: el grado de afección del bien jurídico. En mi opinión, es indiferente que hablemos de una afección hacia el orden económico -o socioeconómico, de economía nacional o como quiera llamársele-, de una afección a unos intereses supraindividuales o metaindividuales, o de una afección hacia *"la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico"*. Ya he expuesto en el presente trabajo que comparto la existencia de bienes jurídicos de carácter colectivo, ahora bien, la protección de estos debe venir avalada por la existencia de unos presupuestos habilitantes, entre otros, la absoluta necesidad de protección de los mismos.

³⁵⁹ Vid. MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo...*, *op, cit.*

Dicho esto, en ninguno de los ejemplos anteriormente descritos evidencio una verdadera afectación de lo que presuntamente se debería proteger. O ejemplificado de una forma más mundana: ¿Que un administrador cometa un acto de gestión desleal, que a su vez suponga un perjuicio para el patrimonio social, provoca de alguna manera una afectación a un concepto tan indeterminado como el orden económico? ¿Provoca alguna afectación a la economía nacional? ¿Provoca que yo, como ciudadano, tenga una desconfianza en el "tráfico jurídico-económico?

En mi opinión, la respuesta es rotundamente negativa. Siguiendo con el ejemplo, y aceptando el medio ambiente como el bien jurídico colectivo por antonomasia: ¿tiene a nivel colectivo/social el mismo desvalor una conducta que atente contra el medio ambiente que una conducta consistente en que un administrador venda a su amigo, deslealmente y de común acuerdo, productos a un precio muy inferior de mercado? Creo que el ejemplo expuesto, a pesar de su simplicidad, explica perfectamente lo que se pretende decir en este punto.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que la mayoría de sociedades constituidas en nuestro país no cotizan en bolsa, y además, dentro de este grupo la gran mayoría son sociedades limitadas, las llamadas "pequeñas empresas", por lo que todavía más si cabe cuesta ver la afección que los actos de gestión desleal que en la misma pudieran producirse serían generadores de una afectación a un hipotético orden económico u otro interés supraindividual.

Quizá la posición que adopto puede catalogarse de radical, sin embargo, como he defendido, mi concepción de los bienes jurídicos de carácter colectivo pasa por el de respetar, por encima de todo, tanto el principio de legalidad -en su acepción de taxatividad- como el principio de intervención mínima. A mayor abundamiento, no comparto la necesidad de elucubrar un concepto como el de bien jurídico mediato o intermedio para justificar de alguna manera la *ratio legis* del legislador, pues si bien pudiera tener sus intereses a efectos de política criminal -que resulta igualmente discutible-, como ya he puesto de manifiesto, a efectos prácticos de aplicación del Derecho Penal considero que carece de toda relevancia. Por tanto, ni siquiera concibo aquí una protección mediata de un interés colectivo.

Además, se ha de tener en cuenta que, a diferencia de su homólogo anterior, el actual art. 252 CP protege tanto los patrimonios individuales como los patrimonios sociales o colectivos. Este motivo justifica aún más si cabe la posición que defiendo, ya que concebir la protección inmediata -o incluso mediata- de un bien jurídico colectivo en el art. 252 CP supone que, cuando el ataque se produzca hacia un patrimonio individual, deberemos verificar que el bien jurídico afectado es también individual; sin embargo, cuando el ataque al bien jurídico se produzca en el seno de una sociedad, deberemos verificar que no solamente se ha atacado un bien jurídico individual -en este caso el patrimonio social- sino también un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual -en este caso el orden económico, la permanencia de la

sociedad en el tráfico jurídico-económico, o bien jurídico colectivo que decida adoptarse-.

Por tanto, y a razón de lo expuesto, el delito de administración desleal del art. 252 CP únicamente protege el patrimonio, sea individual, social o colectivo. No se protege ningún otro interés que no sea este, y mucho menos un interés de carácter colectivo. Además, aceptar la tesis de protección de un interés colectivo sería considerar la administración desleal un delito de carácter pluriofensivo, siendo que en todas las conductas, aunque se atacase un patrimonio individual, se debería igualmente lesionar el bien jurídico colectivo, por lo que o bien resultarían impunes la práctica totalidad de conductas que lesionasen un patrimonio individual, o bien deberíamos reinventar la dogmática al punto de justificar delitos que en unas ocasiones lesionasen bienes jurídicos individuales y en otras también pudieran lesionar bienes jurídicos colectivos.

CAPÍTULO V

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: ¿DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER O DELITO DE DOMINIO?

I.- INTRODUCCIÓN

Dada la compleja redacción del art. 252 CP, en el que podemos incardinar desde conductas realizadas en el seno de una administración entre particulares, hasta administraciones llevadas a cabo en el ámbito societario, con independencia de la forma o dificultad de la estructura societaria en cuestión, resulta una cuestión de suma importancia la de discernir a continuación si nos encontramos ante un delito de dominio, o, por el contrario, nos encontramos ante un delito de infracción de deber.

Como se verá, la cuestión no resulta sencilla, y mucho menos, exenta de controversia. Sin embargo, asumo que se trata de una cuestión de vital importancia, ya que adoptar una u otra concepción supondrá dar sentido a la estructura típica contenida en el art. 252 CP, así como dibujar las líneas en cuanto a autoría y participación. De esta forma, se analizarán las diferentes posiciones sobre la teoría principal y dominante de los delitos de dominio en contraposición a la teoría minoritaria de los delitos de infracción de deber, pues será el estudio de estas categorías las que nos permitirán teorizar sobre el alcance de la prohibición que prevé el art. 252 CP, lo que a su vez nos permitirá establecer unos parámetros para así realizar una correcta interpretación del tipo y, en

consecuencia, atribuir responsabilidad penal a los sujetos intervinientes en el delito de administración desleal del art. 252 CP.

Sin mayores preámbulos, paso a analizar ambas categorías.

II.- LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE DOMINIO

Como señala QUINTERO OLIVARES³⁶⁰, en los delitos de dominio *"es autor quien consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, dirigiendo su acción a la realización de un fin"*. Si acudimos al inicio de esta categoría, podemos encontrarla -si bien no se trata formalmente de la teoría del dominio del hecho- incluso en el S. XIX, pues como apunta BACIGALUPO SAGGESE³⁶¹, podemos encontrar ciertas similitudes con la *"teoría del sobrepeso"* de HEGLER, basada en la significación del autor. De igual forma sitúa ROXIN en HEGLER las características del concepto de dominio, si bien remonta su contenido a la teoría de la participación, de las que pudieron extraerse las

³⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 614.

³⁶¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 22. A modo de ejemplo, la autora señala que resulta obvio que tiene más peso quien apuñala a otro que el que presta el arma para que se produzca el delito. No obstante, y pese a citar el antecedente de HEGLER, la autora afirma que fue la teoría finalista quién reformuló los puntos de vista de la dogmática alemana de los años treinta con su pretensión de fundamento ontológico.

características de la teoría del dominio del hecho³⁶². Sin embargo, ambos autores citados anteriormente convienen en atribuir -entre otros- a WELZEL, el punto de partida de la teoría del dominio del hecho, ya que este vinculaba el dominio del hecho con la doctrina de la acción final³⁶³. Para WELZEL, debe exigirse que el autor tenga una voluntad incondicionada de realización, ya que la concepción de autor, para este, viene sustentada en tres presupuestos: de índole subjetiva, objetiva y referidos al dominio final del hecho. De hecho, WELZEL criticaba la teoría subjetiva de KOHLRAUSCH y LANGE, ya que estos no distinguían entre la autoría de un delito doloso y de un delito imprudente³⁶⁴. No obstante, BACIGALUPO SAGGESE³⁶⁵ afirma que el criterio del dominio del hecho, se manifestó

³⁶² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 83.

³⁶³ *Ibid.*, p. 85.

³⁶⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación, op. cit.*, p. 22. Señala la autora que para KOHLRAUSCH y LANGE, tanto el dominio del hecho, como la voluntad subjetiva del autor, resultaban inadecuados para caracterizar al turo, al basarse la responsabilidad, precisamente, en no haber dominado el hecho por la decisión imprudente de actuar, sin dirigir la acción al resultado, por lo que no existía dolo ni voluntad del autor en el sentido de la teoría subjetiva. De igual forma, expone la autora como la teoría finalista fue la encargada de modificar la morfología de la teoría de la autoría y la participación, siendo que en los delitos imprudentes, la característica objetiva de la autoría es la de infringir un deber de cuidado exigido, mientras que en el delito doloso, la característica reside en la dirección de la causalidad al resultado, existiendo por tanto un dominio objetivo del hecho.

³⁶⁵ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación, op. cit.*, p. 22

insuficiente para explicar la autoría en diferentes ámbitos:

1) Delitos imprudentes: siguiendo la posición de WELZEL expuesta anteriormente, para la autora la imprudencia no se agotaba en la falta de dolo, sino que era necesario también la infracción de un deber de cuidado (pensemos que hasta ese momento, la infracción del deber de cuidado era elemento integrador de la culpabilidad). Por ello, en los delitos imprudentes se hizo necesario restringir la autoría al nivel de la tipicidad, en ese momento determinada por la sola causación del resultado, por lo que se recurrió a la infracción del deber de cuidado objetivo, tomado directamente del § 276 BGB -CC alemán-. Lo anterior suponía que, según esta teoría, únicamente resultaban punibles los autores, pues eran los que habían infringido el deber de cuidado. Refiere la autora que, en realidad, la impunidad del que no infringe ningún deber de cuidado no solamente era consecuencia de la teoría causal tradicional, sino también de la finalista, pues mientras que para la primera se excluía la culpabilidad, en la teoría finalista se excluía la tipicidad, por lo que la diferencia entre una y otra reside en el fundamento de la impunidad. Finalmente, resume la autora que era necesario reconocer la inadecuación del criterio del dominio del hecho respecto los delitos imprudentes, puesto que incluir la infracción del deber de cuidado a los delitos imprudentes acompañado de una concepción restrictiva de la autoría en estos delitos, supone, como se indicaba anteriormente, reconocer su inadecuación.

2) Delitos de omisión: respecto los delitos de omisión, podría decirse que sucede lo mismo que en los delitos imprudentes, ya que el autor actúa sin dirigir la causalidad, ergo, sin dominar el hecho. Analiza la autora para llegar a dicha conclusión el planteamiento de KAUFMANN³⁶⁶, para el que la noción de dolo, basado en la teoría de la voluntad, no era apropiada para los delitos omisivos, ya que el dolo, identificado como finalidad, suponía la existencia de un elemento de dirección del suceso, mientras que en los delitos omisivos lo que se castigaba era precisamente el no haber intervenido de forma necesaria dirigiendo el suceso para evitar la lesión del bien jurídico, por lo que el omitente en ningún caso obra voluntariamente dirigiendo la causalidad del resultado. Por ello, si el dolo resultaba necesario para configurar el dominio del hecho, en los delitos de omisión no podía aceptarse el dominio del hecho como criterio de autoría, sino la infracción de un deber surgido de una posición de garante.

3) Delitos especiales propios: la autora critica la aplicación de la teoría del dominio del hecho en los delitos especiales propios. Parte de la teoría de WELZEL, que define el dominio del hecho como un elemento general de la autoría, pero que reconoce insuficiente este dominio para los delitos especiales, por lo que debe necesariamente reconocer la existencia de otros de elementos especiales de la autoría,

³⁶⁶ KAUFMANN, A., *Strafrecht*, 7^a ed., 1975, p. 460, citado en BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 22

diferentes al dominio del hecho general. Estos deberes especiales de autoría se identifican como elementos subjetivos especiales -propósitos especiales o intenciones- y como elementos objetivos especiales -referidos a la especial posición del autor respecto el deber-. Esto ocasionaba problemas cuando la ejecución material del hecho típico no la llevaba a cabo el sujeto objetivamente especial, sino un tercero. Sirva de ejemplo el funcionario que se sirve de un tercero no funcionario para realizar un delito de malversación de caudales públicos, por ejemplo. Solamente resultaría punible el hecho típico si de alguna manera participa el funcionario. Según WELZEL "esto constituye el fundamento del dominio no cualificado en la realización del delito especial (dominio social del hecho) y, de esa forma, su autoría"³⁶⁷. MAURACH³⁶⁸, adoptando la teoría de WELZEL, habla de un dominio normativo del hecho, no de un dominio psicológico del hecho. Para BACIGALUPO SAGGESE, en definitiva, cuando se habla de dominio normativo del hecho se está hablando de una infracción de un deber específico del autor, poniendo de relieve que por tanto, un concepto ontológico de acción no puede explicar la autoría en todos los tipos penales.

Sin embargo, para las conclusiones que pretende el presente capítulo, debemos analizar detenidamente el concepto de delito de dominio y el concepto de delito de infracción de deber, pues de su resultado dependerá

³⁶⁷ WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 100, citado en BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 22

³⁶⁸ MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, AT, 4ª ed., 1961, p. 636, citado en BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 28

la concepción del delito de administración desleal del art. 252 CP en un sentido u otro, siendo que tal concepción resulta determinante a la hora de establecer el alcance típico de la conducta del citado delito.

Dado que el desarrollo de la teoría del dominio del hecho, como señala RUANO MOCHALES³⁶⁹, corresponde a ROXIN, pasando a ser comúnmente aceptada y ocupando la doctrina mayoritaria alemana e incluso española, siendo de igual forma paulatinamente aceptada por la jurisprudencia alemana, empezaremos por analizar la fundamentación de ROXIN sobre los delitos de dominio.

1.- Los delitos de dominio según ROXIN

Roxin parte de la premisa de que el autor es la clave del suceso en forma de acción. Desde esta perspectiva, Roxin se plantea si el concepto de dominio del hecho debe ser entendido como un concepto indeterminado, fijado o abierto.

Respecto el primero, ROXIN concluye que resulta insatisfactorio tanto metodológica como dogmáticamente, ya que debería fijarse en cada caso a tenor de las circunstancias globales concurrentes, provocando serios problemas de seguridad jurídica³⁷⁰. Respecto la segunda, esto es, sobre un concepto fijado, el dominio del hecho se definiría por referirse a elementos individuales determinados, los cuales se captarían a través de un

³⁶⁹ RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes*, *op. cit.*, p. 206.

³⁷⁰ ROXIN, C., *Autoría y dominio*, *op. cit.*, p. 133 y ss.

acto de subsunción objetivamente verificable. Con la ayuda de estos elementos individuales determinados, sería posible resolver, mediante un procedimiento deductivo, todos los supuestos. Sin embargo, de igual forma acaba rechazando ROXIN esta posibilidad, examinando argumentos contrarios de orden metodológico, histórico-dogmático y propios derivados de la esencia de la autoría, para finalizar concluyendo que un concepto fijado de dominio no puede conducir a una adecuada delimitación de las formas de participación³⁷¹. Por último, se pronuncia ROXIN sobre un concepto abierto de dominio del hecho, decantándose por este último ya que el mismo permite adaptarse a los cambiantes fenómenos vitales, así como admite una regulación general que se adapte a los casos concretos³⁷².

Una vez superado el anterior análisis, ROXIN analiza las consecuencias sobre las diferentes formas de participación del sujeto activo en el desarrollo de la acción típica. Parte el autor de la diferenciación cuando el sujeto activo realiza de propia mano el hecho típico, esto es, cuando tiene el dominio del hecho; cuando el sujeto no realiza la acción típica pero sí que domina la voluntad de quién la realiza -dominio de la voluntad-; y por último, cuando el sujeto ni realiza la acción típica ni domina la voluntad de quién la

³⁷¹ *Ibid.*, p. 139 y ss.

³⁷² *Ibid.*, p. 143 y ss. En este punto se ha preferido resumir el planteamiento de ROXIN, toda vez que el desarrollo solamente de las cuestiones tratadas supondría prácticamente centrar el presente trabajo en la obra magna del autor.

realiza, pero sí participa -dominio funcional del hecho-.

Sobre la primera, esto es, el dominio de la acción, ROXIN, en propias palabras, concluye que "quién, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho"³⁷³. El autor no se detiene ahí, sino que también analiza supuestos en los que el sujeto realiza la acción típica pero, sin embargo, se encuentra coaccionado. En este caso, también considera ROXIN que quien realiza la acción típica, aún constreñido por coacción resulta igualmente autor ya que posee el pleno dominio del hecho³⁷⁴. Señala el autor que considerar lo contrario supondría forzar el contenido material del concepto de dominio, además de no dar cuenta de la autoría mediata, de la coherencia sistemática, de las causas de exclusión de la culpabilidad y de la problemática de la accesoriedad³⁷⁵. Cuestión diferente es quien ha realizado solamente alguno de los elementos del tipo. En este supuesto, quien realiza un elemento del tipo no tiene por qué ser autor, lo que resulta diferente a quién ejecutivamente ha realizado la acción³⁷⁶.

³⁷³ ROXIN, C., *Autoría y dominio*, *op. cit.*, p. 150 y ss.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 149

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 158.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 162.

Respecto la segunda, el dominio de la voluntad, el autor lo identifica con la autoría mediata, la cual indica que puede ejercerse por coacción, a través de la utilización de un agente no libre, utilizando a quien sufre un error o a través de estructuras de poder organizadas. Sobre quién se sirve de coacción para que sea otro el que ejecute la acción, entiende ROXIN que resultará ser autor mediato siempre que el sujeto actuante resulte exonerado de responsabilidad penal³⁷⁷. También resultará autor mediato aquel que se sirva de un estado de necesidad coactivo³⁷⁸. Cuando existe una situación de error, debe atenderse a la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el autor³⁷⁹.

Por último, habla ROXIN del dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder. Para este, son autores mediatos aquellos que, formando parte de una estructura organizativa, imparten órdenes sirviéndose de sus competencias, para la realización del hecho delictivo, con independencia de lo que hagan de propia voluntad o siguiendo órdenes superiores. Sin embargo, para el autor, no se pueden resolver a través de la teoría del dominio del hecho aquellos supuestos de instrumento doloso no cualificado, ya que el ejecutor directo forma libremente su voluntad, por lo que no hay forma alguna de dominio de la voluntad³⁸⁰.

³⁷⁷ ROXIN, C., *Autoría y dominio*, *op. cit.*, p. 165 y ss.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 171 y ss.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 192 y ss.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 267 y ss.

2.- Los delitos de dominio según JAKOBS

JAKOBS fundamenta su teoría sobre los delitos de dominio en lo que denomina actos de organización³⁸¹, en el sentido de establecer en el interviniente una relación negativa con la víctima, ya que aquel que tiene en su haber un ámbito organizativo, debe protegerlo para que en el mismo no se dañen los bienes jurídicos que este protege. Para JAKOBS, el dominio del hecho se corresponde con el acto de organización.

Cuando hablamos de autoría, para JAKOBS es autor quien directamente ejecuta el hecho, reuniendo las condiciones objetivas y subjetivas de autor respecto la realización del tipo³⁸². En cuanto a la coautoría, JAKOBS considera que esta se produce cuando varios intervinientes, actuando dolosamente, deciden de común acuerdo y con distribución de aportaciones singulares, la realización del hecho. Considera que la intervención debe realizarse a título de autor³⁸³. En este sentido, resulta indiferente que desaparezca la intencionalidad de un interviniente antes de que se lleve a cabo la ejecución del hecho, pues si este conserva su eficacia, sigue considerándose coautoría.

Respecto la autoría mediata, esta se caracteriza por un autor mediato, que es el que tiene un dominio superior de la decisión, que se sirve de otras personas

³⁸¹ JAKOBS, G., "Derecho Penal. Parte General...", *op. cit.*, pp. 730 y ss.

³⁸² *Ibid.*, p. 730.

³⁸³ *Ibid.*, p. 744-746.

para la realización de la acción. Para el autor, la superioridad del dominio de la decisión deberá determinarse normativamente³⁸⁴. Sin embargo, si al autor le faltan los elementos de la autoría, será solamente partícipe. Debe conocer las circunstancias el comportamiento responsable del instrumento, o dicho de otra forma, debe conocer las circunstancias que lo convierten en autor³⁸⁵.

III. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En primer lugar, y a modo aclaratorio, debemos avanzar que no pueden identificarse como sinónimos los llamados delitos especiales y los delitos de infracción de deber. Cuando hablamos de delitos especiales, hablamos de delitos que solamente pueden ser cometidos por un determinado círculo de personas, por expresa mención en el tipo y porque el sujeto en cuestión posee una posición particularizada del rol general de ciudadano, pero ese rol no genera un deber especial surgido de una institución, sino que simplemente se refiere a la posición que la propia descripción típica otorga al sujeto activo. Sin embargo, y a diferencia de

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 765. Indica el autor que la delimitación normativa deberá realizarse según su efecto sobre la imputación al ejecutor, y puede dividirse entre varias personas que uniendo sus fuerzas empleen para sí un instrumento.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 786-787. En propias palabras del autor: "El marco penal del comportamiento en autoría mediata es el mismo que se aplica a la autoría de propia mano o a la coautoría. Sin embargo, el derecho positivo comprende como autoría mediata algunos supuestos en que se aprovecha un instrumento que actúa sin dolo, supuestos que en realidad constituyen participación en un hecho no doloso. En tanto que en estos casos de participación comprendidos dentro de la autoría mediata se trata de complicidad, hay que reducir el marco penal."

lo anterior, cuando en el sujeto activo concurre además de una posición específica, un rol de carácter especial -que a lo largo de las siguientes páginas se definirá- que genera unos deberes especiales, es cuando hablamos de delitos de infracción de deber, cuyo origen precisamente radica en el especial deber que ostenta el sujeto activo, deberes que no concurren en los delitos especiales³⁸⁶. Si bien, sí que puede considerarse a los delitos especiales como precursores de los delitos de infracción de deber. De hecho, podemos adelantar que dicha categoría nace, entre otros motivos, por los problemas de punibilidad en cuanto a la participación que se producen en tal categoría³⁸⁷.

³⁸⁶ BERRUEZO, R., *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Ed. BdF, Buenos Aires, 2009, p. 371.

³⁸⁷ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 47. Analiza la autora la problemática respecto la punibilidad del partícipe en los delitos especiales, atendiendo principalmente a la participación de un sujeto no cualificado en un delito especial propio. Se parte de la hipótesis sobre si el extraneus, que ha actuado como inductor, cómplice o cooperador necesario, debe responder por el mismo delito que el autor, en éste caso el intraneus, teniendo en cuenta que el extraneus no reúne las características especiales o personales exigidas en la descripción típica del delito en cuestión; o por el contrario, debe responder por un delito distinto, deber responder por un delito que sea menos punible o directamente su conducta no debe ser punible. En tal sentido. Razona la autora que a priori, la participación del partícipe solo podría ser punible si también él es sujeto del deber, por ello, en los delitos especiales propios el no cualificado no podría ser ni autor ni partícipe. Se citan, como doctrina que viene aceptando la inadmisibilidad de esta doble impunidad y que se niega a reconocer la autoría mediata del sujeto cualificado que utiliza un instrumento doloso no cualificado, a RODRÍGUEZ MOURULLO, QUINTERO OLIVARES Y FERRÉ OLIVÉ. El primero limita la autoría mediata a hechos típicos que no requieran ni cualidades personales ni elementos subjetivos especiales. Los otros dos, afirma la autora, sostienen que si la acción del instrumento doloso que realiza el hecho principal es atípica, resultará entonces necesario introducir las oportunas modificaciones en la Parte Especial del derecho penal, no debiéndose forzar conceptos para hallar soluciones. Por tanto, se

Una vez realizada la breve diferenciación anterior, pasemos ahora a analizar la teoría de los delitos de infracción de deber.

1.- La teoría de los delitos de infracción de deber según ROXIN

Podemos señalar a ROXIN como el autor de los denominados delitos de infracción de deber -si bien como señala RESTÓN³⁸⁸, ROXIN viene inspirado por WLEZEL, para quien, como ROXIN, tanto en delitos especiales propios, como impropios, se produce la transgresión de un deber general y común a todos los ciudadanos y otro deber especial que solamente recae sobre ciertos sujetos, siendo la transgresión de este deber un mayor desvalor del injusto- los cuales trató por primera vez en su obra, ya citada anteriormente, *Tatesrchaft und Tatherrschaft*, en 1963. Allí, como señalaba BACIGALUPO SAGGESE, construye ROXIN la categoría de los delitos de infracción de deber, caracterizados estos porque el tipo penal requiere la infracción de un deber extrapenal que resulta el elemento básico de la autoría, de manera que este permite caracterizar la figura central del suceso, siendo que el dominio del hecho no será decisivo para configurar la autoría, y, por tanto, la accesoriedad de la acción dependerá del dolo de quien realiza la acción³⁸⁹. ROXIN aprecia la

sirven del principio de legalidad para oponerse a la sanción del titular del deber infringido como autor mediato.

³⁸⁸ RESTÓN, M.I., Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de la autoría?, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2014, p.15.

³⁸⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S., Autoría y participación, *op. cit.*, p. 54.

existencia de determinados delitos en los que respecto el autor recae un deber específico de comportarse adecuadamente, por lo que precisamente la esencia de estos delitos es la de que el sujeto sobre el que recae dicho deber no lo contravenga, o no evite el resultado típico. Es esta estructura la que fundamenta la estructura del delito, en el que lo importante es la contravención del deber exigido, y no la configuración externa de la figura del autor³⁹⁰. Sitúa, pues, la infracción del deber extrapenal como figura central del suceso, siendo indiferente que el sujeto "obligado" por dicho deber extrapenal haya tenido o no el dominio del hecho. El indicado deber extrapenal lo sitúa ROXIN en otras ramas del derecho, y los define como deberes antepuestos en el plano lógico de la norma. A modo de ejemplo, cita los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los deberes de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y lealtad³⁹¹. Se sitúa por tanto el garante de este deber en una especial relación con el contenido del injusto diferente a la de los partícipes en el delito, los cuales no vienen obligados por tal deber.

Hablando de los delitos de dominio, el propio ROXIN manifiesta *"en los supuestos examinados hasta ahora -refiriéndose al capítulo sobre los delitos de dominio- eran dificultades simplemente aparentes las que obstaculizaban el despliegue de la idea del dominio*

³⁹⁰ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 218.

³⁹¹ ROXIN, C., Autoría y dominio, *op. cit.*, p. 385.

del hecho. Sin embargo, hay preceptos penales que excluyen su aplicación”³⁹²³⁹³. Se comprueba pues, que la teoría del dominio del hecho encontraba límites en los delitos especiales, en los que dicha teoría no era aparentemente suficiente para establecer criterios de autoría. En definitiva, como señala BACIGALUPO SAGGESE, los tipos penales en los que la autoría y participación no se distinguen por la existencia de posiciones de deberes especiales, sino por el dominio del hecho, son delitos de dominio, puesto que para los delitos de infracción de deber, el dominio del hecho resulta irrelevantes para fundamentar la autoría, ya que es suficiente con la infracción del deber, sin ser necesario el dominio del hecho³⁹⁴. En definitiva, en los delitos de dominio el elemento clave reside en el comportamiento externo, perdiendo su significación la posición que ocupe el sujeto activo, si bien, el fundamento de la punición, para ambos, reside en la

³⁹² ROXIN, C., *Autoría y dominio, op. cit.*, p. 383.

³⁹³ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación, op. cit.*, p. 55, ofrece un ejemplo aplicado al Derecho Penal español muy clarificador. “Aquel que a través de coacción obliga a un funcionario a exigir una suma de dinero para realizar una acción u omisión en el ejercicio de su cargo que sería constitutiva de delito, tiene el dominio del hecho configurador del cohecho previsto en el art. 419 CP -refiriéndose a la previsión vigente en 2007- pues habrá dominado mediante coacción la voluntad del funcionario; no obstante no puede ser considerado autor, porque el art. 419 sólo puede ser ejecutado por un funcionario, es decir, por una persona que tiene el deber de ajustar su comportamiento a determinados deberes legales. Es claro que existe una de las formas de dominio del hecho que ROXIN sistematizó en su obra: el dominio de la voluntad del otro. Sin embargo, también es incuestionable que el dominio del hecho en este caso no es determinante de la autoría”.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 57.

lesión del bien jurídico³⁹⁵, que corresponderá al legislador la decisión de estructurar un tipo en uno u otro sentido³⁹⁶.

Como venía diciendo, en los delitos de infracción de deber las formas de autoría y participación reciben diferente tratamiento.

En el terreno de la coautoría, ya no podremos centrarnos en el dominio del hecho, puesto que este planteamiento resulta ineficiente toda vez que es posible que el sujeto que ostenta el deber especial puede no haberlo dominado. Por tanto, cuando hablamos de coautoría en los delitos de infracción de deber, se antoja necesario que sean varios los que conjuntamente quebranten el deber especial, y no que varios sujetos conjuntamente colaboren en la fase ejecutiva del dominio del hecho³⁹⁷. ROXIN³⁹⁸ otorga una estructura

³⁹⁵ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 221.

³⁹⁶ RESTÓN, M.I., Los delitos de infracción de deber, *op. cit.*, p. 25.

³⁹⁷ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 222.

³⁹⁸ ROXIN, C., *Autoría y dominio*, *op. cit.*, p. 387. Debemos plasmar aquí el propio ejemplo que usa ROXIN, ya que dicho ejemplo se basa precisamente en un supuesto de administración desleal. Dicho ejemplo se refiere a dos administradores conjuntos de un patrimonio en el que ambos deciden embolsarse de caudales a su cargo. En la ejecución delictiva, solamente uno lleva a cabo la transacción, mientras que el otro solamente participa en la fase preparatoria o para favorecer el plan. En este caso, no se produce una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho, si no que el partícipe de la fase preparatoria o favorecedor del plan, también viene obligado por el deber de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos, produciendo un perjuicio a aquel cuyos intereses debía velar. Es precisamente el quebranto de este deber, el que lo sitúa en el centro de la

diferente a la coautoría, limitándola exclusivamente a los casos en que los partícipes de la acción típica, mediante una contribución al hecho delictiva, vengan todos obligados por el deber especial. Ello implica incluso que, lo que en los delitos de dominio podría ser una mera cooperación, en los delitos de infracción de deber puede llegar a considerarse coautoría, siempre que, como he dicho, los sujetos intervinientes vengan obligados por el deber especial³⁹⁹. Lo mismo ocurre cuando hablamos de casos que vienen confiados a varias personas a la vez. En estos casos, ROXIN concibe que el favorecimiento o la prestación de ayuda tienen eficacia fundamentadora de autoría, a diferencia de los delitos de dominio, en los que hablaríamos de una complicidad⁴⁰⁰.

Respecto de la autoría mediata, la solución que plantea ROXIN es la misma que respecto la coautoría⁴⁰¹. De hecho, plantea de nuevo el ejemplo de la administración desleal. Así, para ROXIN, el administrador que está en América y que se sirve de un extraneus para que saque este el capital administrado hacia el extranjero, podría en todo caso ser inductor de las falsificaciones y engaños necesarias para realizar la transacción patrimonial. Sin embargo, al venir obligado el administrador por el deber de lealtad

realización del hecho, con independencia de que no haya tenido el dominio material del hecho. Se trata de concebir que el sentido de la acción viene producido por la vulneración del vínculo de lealtad.

³⁹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación, op. cit.*, p. 61.

⁴⁰⁰ ROXIN, C., *Autoría y dominio, op. cit.*, p.389.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 392.

jurídico-civil, será necesariamente autor del delito, pues aun no teniendo el dominio del hecho, la infracción de ese deber lo sitúa en el centro del suceso de la acción, concretamente, como autor mediato⁴⁰². Por tanto, en los delitos de infracción de deber, para la autoría mediata, no se requiere el dominio del hecho en sí, sino solamente que el sujeto al deber especial deje en manos de otro no sujeto por dicho deber la ejecución del acción, de ahí que, a diferencia de los delitos de dominio, autoría y autoría mediata en los delitos de infracción de deber se distingan básicamente porque en el primer caso, varios sujetos obligados por el deber especial cooperen para alcanzar el resultado, mientras que en la autoría mediata, se habla de intraneus y extraneus, esto es, obligados por el deber y no obligados por el deber⁴⁰³. La solución anterior permite abordar a ROXIN también el problema del instrumento doloso no cualificado, ya que, en los casos en los que el autor no tiene el dominio del hecho, pero omite impedir que un tercero produzca el resultado típico, también será considerado autor mediato el omitente vinculado por el deber especial.

Especialidades presenta también la figura de la inducción, ya que si dicha inducción fuera ejercida por el no sujeto al deber especial, no hablaríamos de

⁴⁰² BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 62. Sirviéndose del ejemplo de ROXIN, la autora considera que respecto el extraneus podría considerársele como cooperador necesario del delito.

⁴⁰³ ROXIN, C., *Autoría y dominio*, op. cit., p. 392.

autor, sino de inductor, aunque el mismo tenga el dominio del hecho⁴⁰⁴.

En cuanto a los delitos de omisión, muy sucintamente nos referiremos a la concepción de ROXIN sobre los mismos. Afirma ROXIN que tras delimitar la autoría y participación, subyace la siguiente conclusión: en todos los casos se trata de infracción de deber⁴⁰⁵. Para el autor, no todo el que omita debe ser considerado autor, sino solamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado típico. Para ROXIN, todos los delitos sometidos al concepto general de autor, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber, por lo que, si se trata de un hacer, o de un omitir, estarán sujetos a una delimitación distinta de las formas de participación⁴⁰⁶. Como señala RUANO MOCHALES, "la infracción del deber es el criterio que determina la autoría tanto en el caso de las conductas activas de algunos delitos como en las omisivas de los sujetos obligados por un deber extrapenal"⁴⁰⁷. ROXIN distingue las conductas omisivas en cuanto a tipos positivizados, en los que es indiferente el comportamiento del autor, pues lo determinante es la lesión de un deber específico, da igual que sea por acción u omisión; y en tipos muy determinados, que a pesar de dicha determinación típica, pueden subsumirse tanto acciones como omisiones. Como señala RUANO

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 396.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 496.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁰⁷ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 225.

MOCHALES, "mediante una omisión no podría ser dominado nada. Se trataría de tipos en los que no hay un deber especial (lesiones), pero que pueden ser cometidos por omisión. Se trata de delitos "impropios del dominio del hecho" (ejemplo del policía que no impide unas lesiones, es una omisión y no hay dominio, pero se formula como un delito del dominio del hecho). El criterio debería ser el del dominio del hecho, pero al ser una omisión y no un comportamiento activo no cabe aplicar el mismo"⁴⁰⁸.

La nota más importante a efectos del presente trabajo sobre la concepción de ROXIN en cuanto a los delitos de omisión como delitos de infracción de deber es que, para el autor, en los delitos de infracción de deber las acciones son equivalentes a las omisiones, ya que el fundamento reside en la posición de garante que ocupa el sujeto.

2.- La teoría de los delitos de infracción de deber según Jakobs

Previo a analizarse la concepción de JAKOBS sobre los delitos de infracción de deber, debemos destacar que JAKOBS propone un sistema de teoría del delito que parte del sistema normativo del Derecho Penal, diferenciando dos subsistemas dogmáticos⁴⁰⁹:

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 225.

⁴⁰⁹ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 948-949.

A) delitos de responsabilidad por la propia organización, que surgen como contrapartida a la libertad de organización y son consecuencia del principio *neminem laedere*. Estos producen los llamados deberes negativos, que consisten en no producir daños a otros.

B) delitos de responsabilidad por incumplimiento de los propios deberes especiales. Estos, también llamados delitos de responsabilidad institucional, surgen de los deberes que vinculan al sujeto activo con la institución social. Para JAKOBS, institución es una forma de relación duradera y jurídicamente reconocida, que no es disponible para las personas y que, por el contrario, es constitutiva de ellas. JAKOBS define estos deberes como deberes positivos, y los sitúa en las relaciones con el Estado, en las relaciones paterno-filiales, en el matrimonio o en el principio de confianza.

Por tanto, para JAKOBS, son los de esta última categoría aquellos que el autor considera propios de infracción de deber. En estos, existe una relación definida positivamente por medio del estatus del autor respecto el bien, que exige un "plus de protección" que va más allá del *neminem laedere*, propio de los delitos de organización a los que me refería anteriormente y que se dirigen a prácticamente todos. Como apunta RUANO MOCHALES, debemos acudir al status del sujeto interviniente respecto el bien jurídico para poder realizar la atribución del hecho delictivo, siendo indiferente el dominio del hecho, ya que todo obligado

que quebrante el deber, será autor⁴¹⁰. El estatus es asumido libremente por el ciudadano, que asumirá obligatoriamente el rol específicamente determinado por la organización social -padre, tutor, funcionario-. Este estatus se encuentra reglamentado a través de instituciones reguladas como tal, las cuales tienen un contenido positivo desde el momento en que importan el mandato de edificar conjuntamente un mundo en común. En este caso, no se distingue entre acción y omisión, ya que por un lado, si el sujeto no cumple con el deber del que resulta garante, será autor por omisión, mientras que, si mediante acción infringe el deber institucional, será autor⁴¹¹.

Es interesante y necesario, por lo que posteriormente desarrollaremos, indicar en este punto que JAKOBS enumera taxativamente una serie de relaciones de las que se originan un deber especial, y por tanto, configuran una institución. Así, JAKOBS habla del vínculo paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad básica y la sujeción a la ley de la función pública como principio básico y recto del Estado de Derecho⁴¹².

⁴¹⁰ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 235.

⁴¹¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., Autoría y participación, *op. cit.*, p. 83.

⁴¹² RESTÓN, M.I., Los delitos de infracción de deber, *op. cit.*, p. 42.

Esta concepción de JAKOBS puede generar serias dudas respecto del principio de legalidad, ya que, según el autor, cualquier delito de los que podríamos considerar como de dominio, pasaría a ser un delito de infracción de deber si se lesiona la institución, en el sentido del que habla JAKOBS. No obstante, como señala RUANO MOCHALES⁴¹³, JAKOBS establece reglas de delimitación entre deberes positivos y negativos. Un criterio es el del riesgo permitido, según el cual, en palabras de la autora, *"nadie tiene el deber de configurar su organización de tal manera que otros resulten protegidos también de los peligros que en la vida cotidiana son prácticamente ineludibles"*. Otro criterio es el de competencia de la víctima, en virtud del cual, *"la víctima podría tener que responder por su parte de un peligro y el autor resultar exonerado de la suya"*.

Como señala BACIGALUPO SAGGESE, para JAKOBS, a diferencia de ROXIN, no es la estructura típica la que decide si un delito es o no de infracción de deber, ya que al ser estos producto de una responsabilidad institucional, aquellos delitos comunes que requieran un especial cualificación del sujeto activo se

⁴¹³ RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores*, op. cit., p. 236. Respecto el criterio del riesgo permitido, la autora pone como ejemplo el del jefe de policía que manda a otro policía a comprar comida y resulta herido en la tienda por un ladrón. Respecto del segundo, el de competencia de la víctima, habla la autora del ejemplo del propietario de un coche deportivo al que otro que le acompaña le pide que se lo deje conducir. Tienen un accidente y se mata el conductor.

convertirán, de facto, en delitos de infracción de deber⁴¹⁴.

Muy interesante resultan las conclusiones a las que llega RUANO MOCHALES⁴¹⁵ sobre las relaciones entre autoría y participación según la tesis de JAKOBS. Así, la autora refiere lo siguiente:

1) El deber positivo presupone una vinculación institucional directa siempre en concepto de autor.

2) No existe la coautoría en el marco de los deberes positivos, ya que el obligado ostenta un deber personalísimo respecto del bien jurídico protegido, por lo que resulta indiferente el grado de intervención.

3) En cuanto a la omisión, Jakobs continúa la línea de Roxin, y entiende que en los delitos de infracción de deber, acción y omisión suponen ambos la lesión del bien jurídico sobre el que el obligado tiene un especial deber de protección, por lo que siempre se dará autoría. Afirma JAKOBS⁴¹⁶: "*Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de*

⁴¹⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación, op. cit.*, p. 82. Ejemplo de lo indicado es el homicidio del padre sobre el hijo o la inversa. En este caso, la participación de cualquiera en el delito vendrá concebida como autoría, entendida ampliamente, ya que ambos se encuentran sujetos a una institución de la relación de pares-hijos, por lo que con independencia de su grado de participación, siempre serán autores, con independencia que hayan tenido, o no, el dominio del hecho.

⁴¹⁵ RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores, op. cit.*, p. 237.

⁴¹⁶ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 267.

responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional”

Por tanto, dado que JAKOBS centra los delitos de infracción de deber en aquellos que vienen vinculados sujeto-institución, debemos comprobar el alcance la institución de la que habla JAKOBS.

El mismo, se refiere a estos no solamente como aquellos para los que el legislador ha previsto expresamente una posición de garante del sujeto -a diferencia de ROXIN, el cual no amplía el abanico de tal forma, sino que se refiere a aquellos en los que el sujeto vulnera un deber extrapenal que su propia posición le confiere- sino que además, habla incluso de delitos comunes previstos por el legislador pero que, dada la vinculación del sujeto con la institución, deben considerarse de infracción de deber. Ello, como decía anteriormente, supone serios problemas en cuanto al respeto al principio de legalidad, sobre todo cuando hablemos de autoría y participación. Sin embargo, como señala RUANO MOCHALES⁴¹⁷, existe también una limitación de los delitos de infracción de deber respecto la posición de ROXIN, ya que para JAKOBS, delitos especiales y delitos de infracción de deber no son intercambiables, puesto que en los primeros lo importante es el dominio del hecho, delimitando el círculo de autores a tenor de aquellos que han dañado

⁴¹⁷ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, pp. 238-239.

el bien jurídico; por lo que es el comportamiento dañino del bien jurídico lo relevante a efectos de delimitación, en los que no existe un deber especial institucional⁴¹⁸. Por el contrario, los segundos se refieren a la preexistencia de una institución, siendo indiferente la forma comisiva. También existen diferencias en cuanto a la intervención de un sujeto no cualificado en el delito de infracción de deber según JAKOBS.

Así, mientras que para ROXIN es la estructura del tipo la que fundamenta si estamos ante un delito de infracción de deber o de dominio, para JAKOBS, no es la estructura del tipo, sino el origen institucional del deber del sujeto activo que lesiona la norma⁴¹⁹. Para éste, dicha intervención se construye como autoría inmediata -la relación del sujeto con el bien es inmediata, no necesita de una organización-, y no mediata como hace ROXIN, ya que, citando a RUANO MOCHALES, "el obligado (*intraneus*), aunque su aportación sea insignificante (o por omisión), es autor (porque siempre es plenamente competente)". Considera el autor que "al margen de los delitos consistentes en la infracción de un deber y al margen de la falta de dominio del hecho en el cualificado, no cabe fundamentar ninguna responsabilidad penal"⁴²⁰.

⁴¹⁸ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 86.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 85.

⁴²⁰ RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores*, op. cit., p. 239.

Sin embargo, como señala BACIGALUPO SAGGESE, dado que el sistema de la teoría de JAKOBS no es totalmente claro, han aparecido algunas soluciones al problema de los partícipes no cualificados en un delito especial. Así, citando a LESCH, sostiene la autora que el extraneus que participe en el delito del que infringe el deber, aunque haya tenido el dominio del hecho, deberá responder como partícipe⁴²¹.

IV.- LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA: LA TESIS DE SÁNCHEZ-VERA

La categoría de los delitos de infracción de deber no ha sido especialmente bien acogida en nuestra doctrina, pudiendo afirmar que la misma cuenta con más detractores que partidarios.

Entre aquellos que podemos considerar a favor de dicha categorización se encuentra SÁNCHEZ-VERA⁴²² -no sin mencionar la clara influencia germánica en los postulados de dicho autor-. SÁNCHEZ-VERA analiza la construcción de ROXIN, sobre todo en cuanto a los delitos de omisión como delitos de infracción de deber. En este sentido, SÁNCHEZ-VERA no comulga con el planteamiento de ROXIN, ya que para este, recordemos que no toda omisión punible requerirá de un deber especial, sino que en ocasiones, las omisiones tienen su origen en las expectativas asociadas a todo

⁴²¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación*, op. cit., p. 86.

⁴²² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, 2002, Madrid.

ciudadano, por el hecho de serlo⁴²³. Crítico con este planteamiento, SÁNCHEZ-VERA establece tres tipos de deberes que sitúan al omitente en la misma posición que el sujeto que ejecuta la acción, esto es, en los que se equipara acción-omisión:

1) Deber genérico de no dañar. A dicho deber le otorga el autor el carácter de institución negativa, situando su origen en el Derecho Romano como institución del *neminem laede*. En definitiva, se trata de no quebrantar esta expectativa de no dañar que recae sobre cada persona y que se configura como institución negativa, sea mediante acción, sea mediante omisión. Por tanto, en estos casos, este quebranto no da lugar a un delito de infracción de deber, sino de dominio⁴²⁴.

2) Deber de fomento de un bien jurídico. A este deber le otorga la caracterización de institución positiva. Se trata en definitiva de instituciones que obligan jurídicamente a la edificación de un mundo en común, para ayuda y respeto del bien jurídico. Así, esta institución obliga que aquellos que se encuentren en ella, tengan una obligación de mantener una ayuda preparada⁴²⁵.

3) Deber típico genérico. Sirviéndose del delito de omisión del deber de socorro del art. 195 del Código Penal, concluye que en estos casos estamos ante deberes

⁴²³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *Delito de infracción de deber*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

⁴²⁴ *Ibid.*, pp. 83 y ss.

⁴²⁵ *Ibid.*, pp. 93 y ss.

de obligación genérica, ya que no obligan solamente a aquel que tiene un determinado rol.

SÁNCHEZ-VERA parte del análisis de institución negativa/institución positiva como elemento diferenciador entre delitos de infracción de deber o delitos de dominio⁴²⁶. Así, afirma el autor que incluso delitos que han sido previstos como de institución negativa, pueden considerarse de institución positiva pues, en palabras de RUANO MOCHALES⁴²⁷: *"es irrelevante que la norma haya sido formulada de una u otra forma, son intercambiables. Esta posibilidad de suplantar los tipos codificados explica también el porqué del principio "prohibitivo" neminem laede se desprenden deberes de acción, que no son, por tanto, deberes especiales, pues la institución negativa "no dañar" no se encuentra en relación de contradicción con las instituciones positivas de edificar un mundo en común para ayuda de un bien jurídico"*.

Para el autor, el obligado positivamente responderá como autor, a pesar de el delito cometido no haya sido previsto por el legislador específicamente como de infracción de deber, pero que, por quebranto de la institución positiva, deberá ser considerado como tal. Sin embargo, el autor entiende que no resultan aplicables las figuras de la coautoría, autoría mediata, inducción o cooperación cuando son varios los sujetos obligados positivamente quienes incumplen su

⁴²⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *Delito de infracción de deber*, op. cit., pp. 121 y ss.

⁴²⁷ RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores*, op. cit., p. 245.

deber, ya que siempre serán autores. Respecto de la participación del extraneus en la conducta del obligado positivamente, afirma que su conducta será punible⁴²⁸.

Respecto la autoría mediata, también se derivan especialidades⁴²⁹. El autor divide estas especialidades en tres grupos:

1) Obligado especial que utiliza a un extraneus para realizar el hecho: responderá como autor inmediato, de la misma forma que si hubiese omitido impedir la realización del hecho.

2) Obligado especial que utiliza a un tercero que conoce la situación, pero no tiene la cualificación especial: autor directo.

3) Obligado especial que no impide los hechos de un tercero sobre el que tiene una responsabilidad, derivada de institución positiva: será autor de un delito de infracción de deber.

IV.- CRÍTICAS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Como advertíamos, los delitos de infracción de deber son una figura controvertida que no ha contado con una gran acogida en la doctrina española, siendo más bien criticada que aceptada. A continuación,

⁴²⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., Delito de infracción de deber, *op. cit.*, p. 719.

⁴²⁹ *Ibid.*, p.206 y ss.

brevemente, resumiremos los postulados de algunos autores críticos con la teoría de los delitos de infracción de deber.

Comenzando por el último de los autores analizados, esto es, SÁNCHEZ-VERA, encontramos que su tesis ha sido también criticada en la doctrina española. Así, RUANO MOCHALES⁴³⁰ señala como autor crítico con la posición de SANCHEZ-VERA a ROBLES PLANAS, para el que los deberes positivos de los que habla SÁNCHEZ-VERA tienen su origen en la moral, por tanto, deben rechazarse como fundamento de la responsabilidad penal. También se critica por el autor el hecho de que la presencia de un interviniente cualificado en un delito, a pesar de que haya sido cometido por un extraneus, le haga responder no por la organización, sino por cuestionar la institución. Tampoco comparte el autor el hecho de que al extraneus que participe en el hecho no se le castigue como autor, si igualmente lesiona la institución.

Otro autor crítico con la tesis de SÁNCHEZ-VERA es MUÑOZ CONDE. La crítica de MUÑOZ CONDE se centra en la forma de autoría propuesta por SÁNCHEZ VERA. Para MUÑOZ CONDE, el hecho de que se considera autor a aquél obligado especial que lesiona directamente el bien jurídico o que no impide que éste sea dañado por terceros, supone el riesgo de no diferenciar entre responsabilidad civil y penal, por lo que se podría caer en una responsabilidad penal puramente objetiva,

⁴³⁰ RUANO MOCHALES, T., La incidencia de los deberes de los administradores, *op. cit.*, p. 247.

ignorando las reglas de autoría, inducción y complicidad establecidas en el resto de delitos⁴³¹.

GIMBERNAT ORDEIG también critica los delitos de infracción de deber desde la perspectiva del principio de legalidad, ya que precisamente este supone la necesidad de que los delitos se realicen cumpliendo también otros actos requeridos por el tipo. Para el autor, dicho principio prohíbe que las acciones de inducción, cooperación necesaria y complicidad sean castigadas como autoría si el propio Código Penal no lo indica expresamente⁴³².

QUINTERO OLIVARES también critica los delitos de infracción de deber desde la teoría del delito como lesión de un bien jurídico, por lo que aun considerando la infracción del deber como elemento del tipo, ella misma no constituiría la lesión del bien jurídico, que en este caso, es esencial. Para el autor, los delitos de infracción de deber se apartan de la idea fundamental del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos, por lo que los delitos de infracción de deber suponen una regresión del pensamiento moderno⁴³³.

⁴³¹ MUÑOZ CONDE, F. "Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal Económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia empresarial?", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 259, citado en RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores*, op. cit., p. 248.

⁴³² GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, p. 298.

⁴³³ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2004, p. 424.

BOLEA BARDÓN realiza una interesante crítica a los delitos de infracción de deber, sosteniendo que es desaconsejable sustituir el dominio del hecho por la infracción del deber extrapenal como criterio general para afirmar las relaciones de autoría entre los delitos especiales⁴³⁴. La conducta del sujeto activo, que se encuentra bajo un deber especial. Debe concretarse en una conducta que lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido, por lo que sin dicha conducta, no podrá realizarse el tipo⁴³⁵.

VI.- CONCLUSIONES: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO UNA POSICIÓN MIXTA ENTRE LOS DELITOS DE DOMINIO Y LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

Una vez expuestas las principales corrientes anteriores, procede concluir ahora si el delito de administración desleal debe considerarse como un delito de infracción de deber o, por el contrario, como un delito de dominio.

En primer lugar, debo indicar que en este trabajo no se comparte la posición de JAKOBS ni la de SÁNCHEZ-VERA sobre los delitos de infracción de deber. Como hemos podido comprobar, ambos autores configuran una teoría dualista basada en deberes negativos y deberes positivos -si bien SÁNCHEZ-VERA va más allá de la posición de JAKOBS-.

⁴³⁴ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 438.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 439.

El motivo por el que no comparto las indicadas tesis es porque considero que el concepto de INSTITUCIÓN sobre el que configura JAKOBS -y posteriormente SÁNCHEZ-VERA, aun con sus particularidades- los deberes positivos no resulta aplicable al delito de administración desleal del art. 252 del CP, entre otros motivos porque, como se ha expuesto, JAKOBS enumera en su tesis las figuras constitutivas de su concepto de institución, siendo que entre las mismas no se encuentran las relaciones entre administrador y el titular del patrimonio administrado. Por esa razón, a las relaciones entre administrador y patrimonio administrado no se le otorga en el presente trabajo la categoría de INSTITUCIÓN, entendida esta en el sentido que JAKOBS da a la misma.

Por otra parte, nos encontramos con la posición que adopta ROXIN respecto los delitos de infracción de deber, esto es, aquellos respecto de los que recae un deber negativo, definido este como un quebranto de una norma extrapenal que se encuentra en otras ramas del derecho, y definidos como deberes antepuestos en el plano lógico de la norma. Por tanto, el sujeto se encuentra vinculado a la norma extrapenal, la cual lo posiciona en una especial posición respecto del bien jurídico protegido, siendo que el quebranto de dicha norma extrapenal será la que provoque la comisión del tipo en cuestión. Con esta tesis, ROXIN, como ya se ha expuesto, pretende dar respuesta a las dudas que pueden surgir en estos tipos de delitos respecto las formas de autoría y participación cuando el sujeto en cuestión no domina el hecho que da lugar a la lesión del bien

jurídico. Concretamente, a las participaciones en la acción típica del extraneus.

A priori, podría resultar una tesis plausible en cuanto a considerar el delito de administración desleal del art. 252 del CP como un delito de infracción de deber, toda vez que, dada la configuración típica del mismo, resulta obvio que el administrador ostenta una serie de deberes respecto del patrimonio administrado que se traducen en un deber especial de protección sobre el mismo en aras a evitar que se produzca un resultado lesivo sobre el citado patrimonio. Sin embargo, el tener que acudir a normas de diferentes ordenamientos para configurar ese especial deber del administrador podría generar ciertas dudas en cuanto al cumplimiento del principio de legalidad, no solamente respecto la redacción típica, sino sobre las consecuencias de tal consideración en cuanto a autoría y participación. Sobre ambas cuestiones, se pronuncia RUANO MOCHALES⁴³⁶, la cual afirma: "en los delitos de

⁴³⁶ RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores*, op. cit., p. 252. Más extensamente, señala la autora:

"En el seno del sistema jurídico de un país las diferentes disciplinas jurídicas no se pueden considerar como ramas normativas que constituyen comportamientos estancos, sino muy al contrario, debe existir una armonía y una integración coherente con independencia de su naturaleza. Este es precisamente el objetivo de los delitos de infracción de deber con sometimiento al principio de legalidad. Se realiza, por tanto, un doble ejercicio en la configuración de la rama penal, ya que primero se delimita el deber conforme a la norma civil/mercantil, a la que me he referido anteriormente, y, posteriormente, se constituye el tipo de acuerdo con los dictados de la norma penal. Se entiende así la necesidad y relevancia de identificar correctamente el deber extrapenal, que debe identificarse primeramente de forma correcta como base del trabajo del jurista, por necesidad de determinar el bien jurídico objeto de protección y la estructura del tipo. Lo

infracción de deber el sometimiento al principio de legalidad se hace efectivo con todo rigor, por cuanto la ley penal determina los contornos de la conducta típica de forma taxativa, al tiempo que de forma coordinada y coherente con el resto del ordenamiento jurídico entendido de forma global, al proteger deberes contemplados en normas extrapenales, que el legislador ha considerado especialmente sensibles". De hecho, la autora, en su trabajo, no solamente aboga por la categoría de los delitos de infracción de deber, sino que considera que el delito de falseamiento de cuentas anuales del art. 290 del CP es un delito de infracción de deber.

A la misma conclusión llega VERA RIVERA⁴³⁷, quien considera el delito de administración desleal del art. 252 CP como un delito de infracción de deber. VERA RIVERA⁴³⁸ entiende que la fundamentación sobre si un delito lo es de dominio, o lo es de infracción de deber, reside en la fundamentación del injusto, por lo que si el sujeto se encuentra vinculado con el deber

que supone que no solo se respeta el principio de legalidad, sino que mayormente, se garantiza el principio de intervención mínima que rige en toda su extensión en el campo penal y que obliga a aplicar la norma penal de forma subsidiaria frente a la normativa de otros órdenes. Por ello, se debe comprender que la identificación o clasificación de la naturaleza de este tipo de delitos se asienta en la propia estructura con la que han sido configurados por el legislador sin desconocer principio fundamental alguno y tiene una serie de implicaciones en materia de autoría y participación que ni desdibuja los contornos de la norma penal, ni los extiende al campo de la norma extrapenal".

⁴³⁷ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal...: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 221.

jurídico por un derecho positivo estaremos ante un delito de infracción de deber, mientras que si lo está en un sentido negativo, estaremos ante un delito de dominio. Para la autora, *"la existencia de delitos de infracción de deber y de delitos de dominio, en teoría, en nada entorpece la cuestión sobre la clasificación de los tipos en función de las concretas cualificaciones especiales que el tipo requiere en unos casos y en otros no"*. Vemos pues como la autora adopta la posición de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA. Para VERA RIVERA, el administrador tiene un deber positivo que se traduce en el cuidado del patrimonio administrado y que el administrador cumple en el marco de las competencias que al mismo se le asignan. Sin embargo, este deber positivo viene configurado por normas de otro ordenamiento. En el caso del art. 252 CP, VERA RIVERA, lo identifica con el deber genérico de lealtad que el administrador debe procurar respecto del titular del patrimonio administrado⁴³⁹.

Para VERA RIVERA, el deber de protección respecto del bien jurídico existe con anterioridad al dominio, y es este deber de protección el que configura la esencia de la tipicidad⁴⁴⁰.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 229. Con carácter más genérico, la autora se refiere a normas civiles o socio-mercantiles como aquellas de las que surge el deber del administrador.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 221. En este punto confronta la autora las tesis doctrinales que abogan por la consideración de la administración desleal como un delito de dominio. Para la autora, en los delitos de infracción de deber, da igual que se tenga el dominio del hecho sobre el resultado ya que lo importante es la infracción del deber de protección que se tiene.

En este sentido, confronta la autora la tesis de SCHUNEMANN, para el que el art. 266 StGB es un delito de dominio, ya que para el autor, los elementos de la administración desleal son, de una banda, el dominio sobre el patrimonio ajeno, y de otra, el ejercicio no permitido del poder jurídico del administrador en contra del titular del patrimonio, siendo que únicamente se diferencian en el modo en que se ejercita el dominio: en el caso del abuso hay negocio jurídico, mientras que en la deslealtad no, pero siempre existe dominio del autor sobre el resultado. Para SCHUNEMANN, el error de la dogmática sobre la interpretación del art. 266 StGB consiste en que se consideró que la característica del tipo de deslealtad consistía en la infracción de los deberes de lealtad en la relación interna, mientras que en el tipo de abuso la infracción se halla en la relación externa. Frente a dicha tesis, VERA RIVERA argumenta que en la administración desleal siempre existe un quebranto del deber especial de protección del patrimonio por parte del administrador, por lo que resulta indiferente que hablemos de una lesión al patrimonio desde el ámbito de las relaciones externas o internas, ya que el núcleo de la tipicidad es la infracción de deber, siendo que el resto de elementos típicos dependerán de dicha consideración, puesto que el abuso constituye una forma en la que se expresa o manifiesta la infracción del deber⁴⁴¹.

Como indicaba, para la autora, el administrador quebranta un deber positivo que viene configurado en otro sector del ordenamiento jurídico, del que resulta

⁴⁴¹ *Ibid.*, pp. 222-224.

en este caso dependiente la ley penal. Así, este deber surge de las relaciones jurídicas que originan la entrega y recepción de facultades de administración respecto el patrimonio ajeno. En palabras de la autora: *"el tipo penal del art. 252 CP, determina que esta relación jurídica puede proceder de la ley, puede ser encomendada por alguna autoridad o también pueden ser asumidas mediante un negocio jurídico. Aquí, lo importante no es realizar un estudio particularizado de cada una de estas opciones jurídicas que hacen surgir la relación jurídica entre el administrador y el titular del patrimonio administrado, sino destacar que precisamente, en el ámbito de esta relación jurídica, se otorgan facultades de administración o gestión del patrimonio ajeno y junto a esas facultades, derivan también unos concretos deberes y obligaciones, respecto del titular del patrimonio"*⁴⁴². En este sentido, discrepo con la exposición de VERA RIVERA, pues considero que sí resulta necesario en todo caso establecer cuáles son los deberes que se derivan de cada una de las opciones jurídicas de las que emana la relación administrador-patrimonio administrado para en todo caso establecer los límites de separación entre ilícito penal-ilícito civil y poder así garantizar el respeto hacia el principio de intervención mínima del derecho penal o, incluso, el principio de legalidad.

También para BARJA DE QUIROGA el delito de administración desleal del art. 252 del CP es un delito de infracción de deber. Para el autor, este deber se

⁴⁴² VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 229.

configura sobre el deber de diligencia y el deber de lealtad que corresponden a todo administrador, siendo que dichas infracciones se pueden realizar tanto por acción como por omisión, al situar al administrador en una posición de garante⁴⁴³. El mismo autor sostiene que en el tipo del art. 252 del CP se incluyen dos modalidades típicas, la del abuso y la de la infidelidad. En este sentido, afirma que no será necesario que la infracción del deber que incumbe al administrador -respecto ambas modalidades típicas- tenga la consideración de grave, por lo que no resulta necesario adjetivar la infracción, sino que basta con que se infrinja el deber.

También discrepo del planteamiento de BARJA DE QUIROGA. Considero que aceptar la tesis propuesta por el mismo podría vulnerar el principio de intervención mínima penal. Así, si aceptáramos la tesis del autor, nos encontraríamos con que prácticamente cualquier comportamiento desleal por parte del administrador sería incardinable en el art. 252 CP, descartando de esta forma la aplicación de las sanciones que el propio TRLSC prevé para los indicados comportamientos.

Entiendo que no podemos partir de esta idea, sino que se debe perfilar concretamente la línea divisoria entre lo que sería un ilícito civil de un ilícito penal, ocupándose esta última solamente de aquellos casos en los que se comprobase que ciertamente ha

⁴⁴³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Aranzadi, 2015, Navarra, p. 184.

existido una conducta reprochable desde el punto de vista penal, por tener la misma un especial desvalor que la hicieran merecedora de reproche penal. Por ello, no es aceptada la tesis del autor en este trabajo.

Contrarios a las tesis expuestas hasta ahora se muestran PASTOR MUÑOZ y COCA VILA. Para los autores, el delito de administración desleal del art. 252 CP no es un delito de infracción de deber. Los autores sitúan al administrador en una posición de garantía, de la que se deriva un deber de velar por el patrimonio administrado, mas este deber no tiene su origen en una norma de otro ordenamiento. Según los autores, la calificación del delito de administración desleal como un delito de infracción de deber no logra explicar la dimensión patrimonial del mismo. Además, carece de criterios para deslindar deberes jurídico-penales de los deberes jurídico-privados y, sobre todo, no sitúa el origen de la posición del administrador en un carácter organizativo. Para los autores, los deberes jurídico-penales del administrador estarían definidos por la concreta posición de garantía asumida por el mismo respecto del patrimonio administrado⁴⁴⁴. La construcción que realizan se asienta, por tanto, en los deberes que se derivan de la posición de garantía jurídico-penal. En este sentido, afirman, la posición de garantía no puede venir definida simplemente por los deberes jurídico-privados que configuran la posición del administrador en función del origen de su posición.

⁴⁴⁴ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., "El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites", en *La Ley Penal*, nº 128, 2017, p. 3.

Ejemplo de lo anterior supone que, para el administrador de una sociedad, su posición de garantía no vendrá definida por los deberes que a este le son impuestos por la norma mercantil, en este caso el TRLSC, sino solamente por aquellos que administrador-titular del patrimonio administrado hayan decidido incluir en su relación. En estos casos, puede ocurrir que administrador y titular del patrimonio administrado hayan decidido distanciarse de los deberes jurídicos privados a tenor de su propia autonomía o, incluso, que en los casos de simulación contractual, los deberes del administrador no se deriven de los que ambos partícipes del negocio hayan establecido, sino que el deber del administrador se defina por el compromiso material que el mismo haya asumido, y no por los deberes plasmados en el negocio jurídico⁴⁴⁵. En tal sentido, afirman los autores: *"sólo cuando autor y víctima no definan los deberes del administrador, se ha de entender que éste asume el deber de diligencia de la legislación jurídica privada aplicable: deber de diligencia general del art. 1104 CC; subsidiariamente, diligencia del buen padre de familia (1104.2 CC); en las relaciones jurídico-mercantiles, el estándar del cuidado del negocio como propio para el contrato de comisión (art. 255. 2 CCo), la exigencia general de la buena fe, la lealtad y diligencia de un ordenado empresario (arts. 9.1 y 9.2 letra «a» Ley de Contrato de Agencia); en el Derecho de*

⁴⁴⁵ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., "El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites", en *La Ley Penal*, nº 128, 2017, p. 3.

sociedades, la diligencia del ordenado empresario y el representante leal (arts. 225 y 226 TRLSC)''⁴⁴⁶.

Lo anterior supone que el delito de administración desleal no castiga los meros actos de deslealtad del administrador, sino solamente aquellos que efectivamente resultan idóneos para causar un perjuicio al patrimonio administrado, por lo que deberemos analizar si con carácter *ex ante*, el acto concreto del administrador supone un riesgo suficiente para generar un perjuicio al patrimonio administrado⁴⁴⁷.

Sentados los anteriores posicionamientos, procede ahora indicar cual es la tesis que se postula en el presente trabajo.

Desde mi perspectiva, el delito de administración desleal recogido en el art. 252 del CP contiene elementos propios de los delitos de dominio y de los delitos de infracción de deber. Por esa razón, se opta por una teoría minoritaria que ha sido defendida, entre otros, por SILVA SÁNCHEZ y MARTÍNEZ-BUJÁN, y que podríamos calificar como teoría mixta, puesto que en definitiva define una categoría intermedia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁴⁷*Ibid.*, p. 4. Ejemplifican los autores el argumento expuesto refiriéndose a la infracción de deberes de información o de rendición de cuentas (art. 1720 CC), la infracción de deberes de comunicación en situación de conflicto de intereses (art. 229 LSC) o, en general, con toda infracción del deber de diligencia del buen padre de familia o del buen comerciante.

Esta teoría es defendida por SILVA SÁNCHEZ⁴⁴⁸ respecto el delito de defraudación tributaria del art. 305, al igual que MARTÍNEZ-BUJÁN⁴⁴⁹. En este sentido, ambos autores consideran que el delito de defraudación tributaria contiene tanto elementos propios de los delitos de infracción de deber como de los delitos de dominio. Así, dicho delito no solamente contiene un deber extrapenal -cuyo origen se encuentra en la legislación tributaria- para el sujeto activo, situándolo por tanto en una posición especial, sino que además requiere que se oculten presupuestos generadores del hecho imponible así como un perjuicio a la administración pública. Por tanto, tenemos un deber extrapenal que se encuentra en la legislación tributaria y, además, unos elementos de dominio cuales son la ocultación de los presupuestos y el perjuicio a la administración pública. Comprobamos como, en el caso expuesto, la fundamentación del injusto no viene provocada únicamente por la infracción del deber extrapenal, sino que además de esta, se requiere un acto de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico protegido.

Como se comprueba en estos tipos de delitos especiales, los criterios de imputación objetiva no vienen configurados única y exclusivamente respecto la infracción de un deber especial vinculante para el

⁴⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pp. 65-74.

⁴⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa... Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 306-307.

sujeto activo, sino que la autoría vendrá determinada por la ejecución de la conducta típica.

MARÍNEZ BUJÁN⁴⁵⁰ considera el delito de administración desleal del art. 252 del CP como un delito mixto, incluyendo en dicha categoría también a los delitos de los arts. 279 párrafo 1º, 282 bis, 289, 305, 307 y 316 del CP, al entender que además de ser un delito especial propio, se fundamenta en la infracción de deber. En este sentido afirma el autor que dicha concepción tendrá consecuencias notables en materia de autoría y participación.

No dudo en el presente trabajo en afirmar que el administrador al que le ha sido encomendada la administración de un patrimonio tiene un deber especial de protección del mismo en aras a evitar la causación de un perjuicio para éste. Por tanto, desde esta perspectiva, el administrador ocupa una posición de garante respecto el bien jurídico protegido por el delito. Sin embargo, entender que la mera vulneración de este deber patrimonial ya daría lugar a la comisión del delito de administración desleal me parece insuficiente, pues como indicaba más arriba, no solamente se generarían serias dudas sobre el respeto del precepto hacia el principio de legalidad e intervención mínima, sino que, además, el elenco de conductas que podrían ser constitutivas de administración desleal se ampliaría considerablemente,

⁴⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 103-104.

abarcando un ámbito punitivo desmesurado, según mi parecer. Por lo tanto, el delito de administración desleal no puede venir configurado única y exclusivamente por la infracción del deber. Así, comparto la tesis expuesta por PASTOR MUÑOZ y COCA VILA en cuanto a la configuración del deber extrapenal que vincula la posición del administrador, en el sentido de que el mismo se configurará por lo que ambas partes convengan o, en su defecto, y solamente a modo de referencia y en ningún caso a modo delimitador, los deberes previstos en la legislación mercantil-civil para los administradores.

Sin embargo, y a tenor de lo que venimos comentando, cuando el legislador modificó la redacción típica del antiguo 295 CP y configuró la nueva redacción típica del art. 252 CP, erróneamente -en mi opinión- eliminó las conductas de abuso y disposición fraudulenta de los bienes que se preveían en el extinto 295 CP para regular, de forma amplia, genérica, e imprecisa, la conducta típica del art. 252 CP. Así, el art. 252 CP articula la conducta típica mediante la infracción, con exceso, por parte del administrador, de las facultades que le han sido otorgadas. Ello supone que, en primer lugar, el término exceso nos indica que el legislador ha establecido que las conductas de administración desleal requerirán un especial desvalor del injusto, que justificaría la aplicación del *ius puniendi*, de manera que no todas las conductas que vulneren el deber especial de protección del patrimonio que vincula al administrador serán constitutivas de administración desleal, sino solamente aquellas que se realicen mediante exceso en sus facultades. Por ello,

el legislador exige que se quebrante el deber de protección sobre el patrimonio, que dicho quebranto se realice mediante un exceso en las facultades del administrador y que, además, ocasione un perjuicio al patrimonio administrado.

En definitiva, se trata de que el administrador tendrá el dominio del ejercicio no permitido de sus facultades, lo cual realizará mediante exceso, siendo a su vez que el mismo tendrá el dominio respecto del perjuicio que se ocasione sobre el patrimonio.

Por tanto, el exceso en dichas facultades será el que genere el dominio del hecho, lo que se a su vez comportará la infracción del deber de protección del patrimonio, generándose con ello la infracción del deber por parte del administrador. De ello deducimos que el legislador exige, para la comisión del delito, diferentes exigencias típicas que no se refieren exclusivamente a la infracción de un deber. Es decir, la vulneración del deber de protección patrimonial es una condición necesaria del tipo, sin embargo, no es condición suficiente para la realización típica⁴⁵¹, ya que en este caso será el exceso, y con posterioridad el perjuicio, quien definitivamente conformen en su plenitud la acción típica del art. 252 CP. Este planteamiento es acogido por ROSO CAÑADILLAS, quien aceptando la existencia de delitos mixtos, considera que existen delitos cuyo injusto reside en la infracción de un deber, pero el tipo expresa el modo y

⁴⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal*, op. cit., p. 71.

la forma de realizar esa conducta, esto es, la infracción del deber, restringiendo la forma de infringirlo a través de la necesidad de dominar el hecho⁴⁵².

No podemos obviar que, en todo caso, cualquier conducta realizada mediante un exceso en las facultades del administrador supone, de facto, una vulneración del deber de protección patrimonial, por lo que, en este supuesto, incluso podríamos considerar la indicada infracción como un medio vehicular para la posterior conducta del administrador que se realizará mediante el exceso en las facultades conferidas.

Esta es la tesis que adopto en el presente trabajo y que, aun a sabiendas que en la actualidad es una posición minoritaria, pudiendo incluso afirmar que a fecha de redacción del presente trabajo solamente ha sido defendida por MARTÍNEZ-BUJÁN, en referencia al delito de administración desleal, consideramos que no solamente se adecua perfectamente a la redacción típica del art. 252 del CP, sino que, a su vez, permite un mejor tratamiento de las cuestiones relativas a autoría y participación delictiva.

⁴⁵² ROSO CAÑADILLAS, R., "Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio", en *InDret penal*, Barcelona, 2019, p. 22.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DEL TIPO

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo se centra en el estudio de la tipicidad objetiva que presenta el nuevo delito de administración desleal previsto en el art. 252 CP.

Como se ha descrito en los anteriores capítulos, el nuevo delito de administración desleal presenta una descripción típica cuanto menos novedosa, ya que como se desarrollará a lo largo de las siguientes páginas, a diferencia de su antecesor -que describía la acción como una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o la contracción de obligaciones a cargo de esta-, la nueva descripción prevista en el art. 252 CP no incluye las modalidades de acción, sino que se limita a tipificar el exceso en el ejercicio de las facultades de administrar.

Esta redacción, como veremos, plantea serias dudas respecto a la taxatividad del precepto, no solo porque a buen seguro recaerá sobre la jurisprudencia el desarrollo del alcance del tipo, sino porque como analizaremos, nada obsta a integrar en el nuevo precepto el tipo de infidelidad que incluyó tanto el Anteproyecto de 2012 como el Proyecto de 2013 y que, sin explicación alguna, desapareció del texto definitivo incluido en la LO 1/2015. Asimismo, se estudiará la posibilidad de incluir los comportamientos omisivos en el nuevo precepto.

También analizaremos detenidamente la figura del sujeto activo del delito, ya que el nuevo precepto omite delimitar su radio de acción al administrador de hecho o de derecho -como recogía el antiguo 295 CP-, para dirigirse ahora a aquél que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno, proviniendo estas de la ley, de la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico. Se comprobará como resulta imprescindible un pormenorizado análisis no solamente de las fuentes de las que emana la capacidad para administrar, sino también del contenido de las mismas, ya que serán estas quienes determinen el sujeto activo del delito, y, por tanto, el objeto de punibilidad.

Comprobaremos asimismo los problemas que pueden surgir atendiendo a la naturaleza de la administración, ya que, en función de la fuente de origen de dicha encomienda, nos encontraremos con supuestos de administración colegiada, o incluso con personas jurídicas que actúan como tales.

También analizaremos conjuntamente la figura del sujeto pasivo, representada por el titular del patrimonio; el bien jurídico protegido, representado por el patrimonio; y por último, el resultado del delito, confeccionado sobre la causación de un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado.

A diferencia de su antecesor -que exigía que el perjuicio fuera económicamente evaluable- el actual art. 252 CP abandona esta concepción para exigir únicamente la causación de un perjuicio al mismo, omitiendo que este deba ser económicamente evaluable.

De esta forma, veremos como el legislador ha optado por ampliar notoriamente la esfera de afectación al resultado del delito, reflexionando sobre la inclusión, o no, en el resultado, de aquellos supuestos en que se producen meras puestas en riesgo del patrimonio administrado.

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO OBJETIVO

1.- Acción típica: ¿Abuso o infidelidad?

La acción típica del delito de administración desleal del art. 252 CP consiste en la infracción de las facultades que una persona tiene para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en su ejercicio, siempre que tales funciones provengan de la ley, vengán encomendadas por la autoridad o sean asumidas mediante un negocio jurídico.

Como se puede comprobar, el legislador español no ha previsto una modalidad de acción concreta, sino que ha optado por prever una modalidad genérica de la que deberemos definir su radio de acción.

Podemos comprender la voluntad del legislador observando las diferentes redacciones dadas al art. 252 CP durante la tramitación parlamentaria de lo que finalmente fue la LO 1/2015⁴⁵³. De hecho, ello nos ayudará a definir las concretas conductas que darán lugar a la acción típica.

⁴⁵³ Vid. Cap. III.

Como se ha expuesto ya en páginas anteriores, el legislador español optó por seguir casi de forma literal el modelo alemán previsto en el § 266 StGB, incluyendo por tanto el tipo de deslealtad/infidelidad.

Así, el modelo alemán incluye en un mismo apartado dos conductas diferenciadas: el denominado tipo de abuso "Missbrauchstatbestand", cuya conducta consiste en abusar de las facultades para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro, facultades que deberán provenir de la ley, de encargo de la autoridad o negocio jurídico; y el denominado tipo de infidelidad "Treuebruchtatbestand", que castiga a quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos, derivados estos de la ley, de encargo de la autoridad, de negocio jurídico o de una relación de confianza con el sujeto pasivo. Para ambos preceptos se requiere un perjuicio a los intereses patrimoniales que se deben salvaguardar. Por tanto, vemos como la transcripción española prácticamente acoge en su totalidad la alemana.

Esta previsión se mantuvo de igual forma en el Proyecto de 2013 -en este variaron ciertos elementos de la conducta típica que referiremos más adelante-. Sin embargo, en el texto definitivo aprobado por la LO 1/2015 desapareció el ordinal segundo, por lo que a priori, desaparece el tipo de deslealtad/infidelidad que se preveía anteriormente al texto definitivo para restar únicamente una modalidad de acción muy parecida al abuso que contiene el § 266 StGB⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 78.

Sin embargo, y más allá de que el legislador optara por eliminar la modalidad de deslealtad/infidelidad del texto definitivo, la forma genérica con la que el legislador ha descrito la conducta típica plantea serias dudas sobre si en esta puede acogerse, además del tipo de abuso, el tipo de deslealtad/infidelidad.

Sobre esta cuestión, que sin género de dudas se configura como la más importante a los efectos de determinar el alcance del nuevo tipo del art. 252 CP, ya se habían pronunciado diversos autores con anterioridad a su eliminación por la LO 1/2015, esto es, cuando el propio texto la incluía como modalidad típica.

Fue el CF⁴⁵⁵ de los primeros en advertir que, incluso cuando el art. 252 del Anteproyecto de 2012, así como del Proyecto de 2013, diferenciaban en el ordinal primero lo que podría asemejarse a una conducta de abuso, y en el ordinal segundo una conducta constitutiva de deslealtad/infidelidad; en realidad, el abuso requiere la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial, por lo que es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad. Afirmaba el CF que el primer ordinal se refería a lo que la jurisprudencia había venido describiendo como exceso extensivo, y en el segundo ordinal se refería al exceso intensivo, ambas conductas ya definidas en apartados anteriores y que hasta la modificación del art. 252 habían servido

⁴⁵⁵ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *op.cit.*, p. 227.

para diferenciar la apropiación indebida de la administración desleal.

Sin embargo, siguiendo la comparativa con el modelo alemán, se expone que el legislador alemán unificó la denominada teoría del abuso con la denominada teoría del deber de fidelidad, ya que para la doctrina mayoritaria alemana, así como para la jurisprudencia, unificar ambas teorías supone evitar un desbordamiento típico del § 266 StGB, siendo finalmente que la acción consiste en una disposición o una creación de obligaciones jurídicamente eficaces, más allá de la relación establecida, lo que supone una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre sujeto pasivo y sujeto activo, por lo que el tipo de abuso que prevé el precepto alemán no deja de ser un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, ya que el primero requiere la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial.

Al respecto, concluía el CF que la mejor opción, en aras a conseguir una visión unitaria del delito de administración desleal, era la de refundir ambos apartados en uno solo. También interesó el CF la sustitución de los verbos típicos, interesando la sustitución de las *facultades para disponer* que se preveían en el art. 252 del Anteproyecto, por las *facultades para administrar*, al entender que el abuso de las facultades no se produce solamente mediante la realización de actos de enajenación, sino también mediante la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido una posición jurídica.

Una vez aprobado el texto definitivo y desaparecido el tipo de infidelidad que preveía el art. 252.2 del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de 2013, las críticas a la inclusión del segundo en el primero (esto es, a la inclusión de la modalidad de infidelidad en la modalidad de abuso) han continuado produciéndose. Dichas críticas se han articulado respecto el hecho de que el tipo de abuso definitivamente previsto en el art. 252 CP se aparta ligeramente del tipo de abuso alemán, cuyas conductas consisten en la disposición abusiva de los bienes administrados o en la contracción abusiva de obligaciones, las cuales resultan prácticamente idénticas a las modalidades de acción que preveía el extinto art. 295 del Código Penal.

A mayor abundamiento, debemos señalar de nuevo que el Anteproyecto de 2012 hacía referencia a "las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno", por lo que todo hacía pensar que el ámbito de delimitación típica se centraría en las disposiciones abusivas y en la contracción abusiva de obligaciones, esto es, manteniendo las modalidades de acción del antiguo 295 CP pero trasladando su ámbito de aplicación al patrimonio ajeno, y no solamente societario. Sin embargo, esta descripción típica fue modificada en el Proyecto de 2013, muy seguramente por las críticas al respecto formuladas tanto por el CF como por el Consejo de Estado, quien en su Dictamen sobre el Anteproyecto de 27 de junio de 2013 sugirió al legislador reconsiderar el uso de los verbos que describen la acción típica, ya que consideraba más adecuado sustituir la expresión "excederse en las facultades para disponer", por la expresión "excederse en las

facultades para administrar”, ya que se consideraba que el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplio⁴⁵⁶.

Así, producida la anterior modificación, podemos deducir que la *voluntas legislatoris* es la de incluir en el art. 252 CP no solamente las conductas consideradas tradicionalmente como abusivas, sino también aquellas que pudieran ser propias de una modalidad típica de deslealtad/infidelidad.

Así lo interpreta GILI PASCUAL⁴⁵⁷ cuando expone que con esta modificación se produce en realidad un ensanchamiento de las conductas típicas que se pueden incluir en el art. 252 CP, puesto que según el autor, lo que se infringen son deberes, mientras que de lo que se abusa es de las facultades, poniendo como ejemplos la desatención de los deberes de velar por los

⁴⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013

⁴⁵⁷ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica, op. cit., p. 774. También señala el autor la influencia de esta concepción en otras figuras, citando a modo de ejemplo: la comisión de ilícitos (penales o no) capaces de acarrear consecuencias patrimoniales en el representado, la revelación de secretos, el uso no dispositivo para fines personales de los recursos de la empresa, la vulneración de obligaciones de no competencia contraídas por el administrador, o incluso en comportamientos omisivos, como la no evitación de lesiones al patrimonio, la omisión de los deberes de vigilancia por parte de quienes ostenten facultades de organización y control dentro de una persona jurídica, el no ejercicio de acciones administrativas o judiciales de las que se derive pérdida de derechos económicos para el administrado o el desaprovechamiento de posibilidades ciertas de incrementar el patrimonio.

intereses del administrado -supuesto del art. 1899 del CC-, o en el ámbito societario, de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor de los intereses de la sociedad -art. 227 TRTRLSC).

En este sentido, resulta interesante la reflexión que realiza GALLEGO SOLER⁴⁵⁸ -sobre un ámbito determinado, que en este caso se refiere a la administración de una sociedad de capital-. El autor nos habla de los deberes genéricos de lealtad y obligaciones que se derivan del propio cargo (art. 225, 227 y 228 TRLSC) para concluir que a los efectos de la determinación de la conducta típica lo importante no es tanto las facultades que se tenían para realizar la conducta típica, sino el modo en el que estas se han ejercitado, siendo que la esencia de la deslealtad radica en la vulneración de los deberes descritos anteriormente, y no tanto en la vulneración de las facultades de gestión. Por lo que, si bien no se indica expresamente, entendemos que para el autor sí que debe incluirse en la modalidad comisiva del art. 252 CP las conductas propias de la deslealtad/infidelidad.

Contrario a esta tesis se muestra BACIGALUPO ZAPATER⁴⁵⁹. Para el autor, el hecho de haber eliminado el legislador en el último momento el tipo de deslealtad/infidelidad, supone una inequívoca voluntad

⁴⁵⁸ Un análisis en mayor profundidad se puede encontrar en GALLEGO SOLER, J.I., "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", *op. cit.*, pp. 881-883.

⁴⁵⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8637, 3 de Noviembre de 2015, p. 3-4.

por parte del mismo de no incluir en la conducta típica los deberes emanados de una especial relación de confianza. Así, puntualiza el autor que el deber de obrar con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad -que define el art. 227-, no constituye una cláusula general que permita derivar deberes distintos de los que especifican los arts. 228 y 229 TRLSC. Consecuentemente, el delito de administración desleal solo se refiere a la infracción de los deberes que la nueva redacción de esas disposiciones puntualiza. Se trata de un problema interpretativo de gran trascendencia, pues está relacionado con la concreción del nuevo tipo penal de la administración desleal.

Contrario a la tesis de BACIGALUPO ZAPATER se muestra BARJA DE QUIROGA⁴⁶⁰, para el que indudablemente existen dos tipos diferenciados en el mismo precepto: el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Para BARJA DE QUIROGA, el administrador que no desempeña su cargo con *"la lealtad de un fiel representante o que ejercita sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas"*, actúa fuera de los límites de lo autorizado por la ley (arts. 227 y 228 TRLSC), por lo que a su vez actúan excediéndose de los límites de las facultades en el sentido prohibido por el art. 252 CP.

⁴⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., La reforma de los delitos económicos, *op. cit*, p. 170.

MARTÍNEZ-BUJÁN⁴⁶¹, sin embargo, aunque de forma reticente, considera que con la actual regulación del art. 252 CP pueden castigarse meras conductas de falta de lealtad o de probidad en el administrador. Para el autor, dado que el legislador finalmente mantuvo inalterada la figura del apartado 1 del art. 252 del Proyecto de 2013, en la que recordemos, se castiga la infracción, con exceso, de las facultades de administración, no existe impedimento para incluir en el art. 252 CP aquellas conductas más propias de un deber de lealtad/fidelidad.

De hecho, el autor propone *de lege ferenda* optar por una caracterización del delito de administración desleal más cercana a la que preveía el antiguo art. 295 CP, definiendo la modalidad de acción como disponer de bienes -el autor también añadiría "usarlos"- y contraer obligaciones. A estas modalidades el autor añadiría otras, sobre todo para prever determinadas conductas omisivas capaces de generar un perjuicio al patrimonio administrado.

RAMOS RUBIO⁴⁶² critica la deficiente redacción que previó el Proyecto de 2013 para el art. 252, al considerar que se había descrito con inadmisibles vaguedades la conducta punible, puesto que lo que realmente pretendía castigar el legislador era la infracción de los deberes y obligaciones propios de

⁴⁶¹ En MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 79-80 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", *op. cit.*, pp. 525-526.

⁴⁶² RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, p. 535.

aquel que ostente las facultades para administrar el patrimonio, y no de cualquier forma, sino excediéndose en las mismas. De esta forma, plantea el autor la problemática que surgirá en la futura interpretación del art. 252 CP por parte de los tribunales, puesto que si bien es cierto que frecuentemente los tribunales se refieren a las EdM de las leyes de reforma del Código Penal, o las del propio Código Penal, como elementos hermenéuticos de los correspondientes tipos penales, no acepta el autor que la descripción contenida en la EdM del Proyecto de 2013 constituya una interpretación auténtica del tipo de administración desleal.

Finalmente, el autor opta como opción más conveniente la de sancionar expresamente las principales conductas constitutivas de abuso, tanto por acción como por omisión, diferenciando en el primer grupo la extralimitación en las facultades de disposición del patrimonio administrado o la contracción de obligación a cargo de éste, así como la utilización indebida de los bienes y recursos del patrimonio que se administra; y en el segundo grupo, tanto el consciente desprecio de las posibilidades razonablemente seguras de incrementar el patrimonio administrado o el desvío a tercero de dicha oportunidad, como la omisión consciente de la conducta razonablemente posible y necesaria para evitar una lesión al patrimonio administrado.

De hecho, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁴⁶³ se plantean por qué el legislador, al definir la conducta típica,

⁴⁶³ PATOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., El delito de administración desleal, *op. cit.*, p. 121.

no habla de "infracción del deber de velar", en lugar de "infracción de facultades" mediante el exceso en su ejercicio. En opinión de los autores, la tipificación de la infracción de facultades obedece a la voluntad del legislador de acotar la conducta penalmente relevante a las conductas que suponen ejercicios de la función de administrador, para dejar fuera las actuaciones fácticas que el administrador pueda llevar a cabo utilizando la accesibilidad fáctica al patrimonio vinculada a su posición. La infracción de facultades se refiere al ejercicio de las mismas, de manera que restan fuera del art. 252 CP aquellos riesgos de perjuicio para el patrimonio administrado generados por conductas distintas a la utilización del poder de administración conferido al autor, por lo que el administrador infringe el deber de velar por los intereses patrimoniales administrados. Concluyen los autores indicando 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 frente a terceros, sino que también abarca los actos de administración que puedan considerarse nulos, si estos generan efectos perjudiciales, o los actos celebrados en el ejercicio de las facultades pero excediendo sus límites.

Si bien el estudio se realizó sobre el Anteproyecto de 2012, y por tanto, cuando el art. 252 diferenciaba las dos modalidades de comisión, resultan interesantes las ideas apuntadas en su momento por

NIETO MARTÍN⁴⁶⁴. Tras elaborar una propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación del art. 252 CP, el autor apunta una serie de ideas interesantes. De hecho, cuando habla del tipo de infidelidad, afirma que esta se considera para la doctrina mayoritaria la esencia del delito de administración desleal, mientras que el abuso supondría una mera concreción.

NIETO MARTÍN afirma que la función del tipo de infidelidad radica en la protección del patrimonio de los daños que puedan tener lugar en la esfera interna de la relación y en sancionar comportamientos consistentes en no hacer uso de las facultades de disponer o obligar, es decir, comportamientos omisivos. De hecho, el autor, en su propuesta de configuración típica, opta por recoger los supuestos de infidelidad más frecuentes en la práctica para prescindir así de una idea de tipificación genérica del tipo de infidelidad.

Y es que, para mí, la inclusión de la modalidad de infidelidad en el art. 252 CP pasa por el estudio del alcance de *las facultades para administrar* a que se refiere el art. 252 CP. Como ya se ha indicado anteriormente, en el Anteproyecto de 2012 el legislador, en la configuración típica del art. 252, hacía referencia a las *facultades para disponer*. Sin embargo, en el Proyecto de 2013 este término se sustituye por *facultades para administrar*. En un primer momento, ya podemos comprobar como la amplitud del

⁴⁶⁴ NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", *op. cit.*, pp. 798 y ss.

término "administrar" supone la atribución de un mayor número de deberes y facultades que las que supone el término "disponer". De hecho, si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y buscamos el término "administrar", podemos comprobar como entre otras definiciones, el mismo se refiere a ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes. Esto es, dentro de la acción de administrar ya se incluye la de disponer, pero no a la inversa. Por tanto, ya en un primer momento advertimos como el legislador -quizá inconsciente de la magnitud de tal modificación- optó por un término que permite introducir conductas propias de una infidelidad/deslealtad, y no solamente aquellas constitutivas de un abuso.

Mas no solamente debe tenerse en cuenta lo anterior, sino que, aludiendo de nuevo al término "administrar", debemos preguntarnos qué significa administrar un patrimonio.

Administrar supone un acto de asunción de una esfera patrimonial determinada para gestionar rigiéndose por el interés del titular del patrimonio que se administra. En suma, el administrador asume el compromiso de velar por el patrimonio administrado, por lo que el mismo asume una posición de garantía⁴⁶⁵. Por

⁴⁶⁵ Muy interesante al respecto la reflexión de PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 109 y ss. En este punto los autores hablan de la posición de garantía jurídico-penal y su deslinde de los deberes jurídico-privados del administrador. Para estos, el tipo de administración desleal no es una norma penal prevista para castigar la infracción de deberes jurídico-privados, sino para sancionar al sujeto que infringe los deberes propios de una posición de garantía jurídico-

lo tanto, el art. 252 CP viene regido por un deber de velar por los intereses patrimoniales, siendo que una conducta contraria a este deber, que suponga una afección a estos intereses, cometida mediante exceso por parte del administrador, con dominio del hecho, y, además, en última instancia cause un perjuicio al patrimonio administrado, será la conducta punible. Se trata en definitiva de una posición mixta, inclusiva de elementos de los delitos de infracción de deber⁴⁶⁶⁴⁶⁷ y

penal. Así, para estos, en muchas ocasiones autor y víctima definen su relación interna incorporando un negocio jurídico tal como viene definido por la legislación de derecho privado, de manera que los deberes jurídico-privados propios del negocio jurídico forman parte de la posición de garantía jurídico-penal, Lo mismo ocurre con las posiciones de garantía institucionales, en las que la ley deja poco o ningún margen a la configuración o redefinición de los contenidos de la posición de garantía. En definitiva, el art. 252 CP no es un tipo penal en blanco que tipifica la infracción de deberes jurídicos extrapenales, sino que su punibilidad se fundamenta en un injusto propio, en la infracción de los deberes propios de la posición de garantía jurídico-penal asumida por el autor.

⁴⁶⁶ Así lo consideran, entre otros autores, PASTOR MUÑOZ, COCA VILA y VERA RIVERA, autores ya citados en anteriores líneas.

⁴⁶⁷ Si bien el estudio se realizó sobre el antiguo art. 295 del Código Penal, resulta muy interesante citar a MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 264 y ss. Para la autora, el antiguo art. 295 no era un delito de infracción de deber, sino un delito de dominio social. La misma basa su tesis en que el fundamento de la administración desleal es el abuso, por lo que se trata de un delito de dominio, siendo que la infracción del deber solamente sería el vehículo comisivo. Ciertamente es que la autora para construir su teoría parte del rechazo a la categoría de los deberes de infracción, entendiendo que esta es rechazable como forma general de explicar los delitos. También en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito societario de administración desleal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 64 a 65, el autor considera el antiguo 295 como un delito de dominio, sin embargo, las razones de éste varían sustancialmente de las de MAYO CALDERÓN, ya que el autor entiende que el antiguo 295 se identificaba con el tipo de abuso alemán, el

elementos de los delitos de dominio, ya que en definitiva, lo que resulta punible es la infracción del deber de protección de patrimonio, porque el sujeto activo que abusa se excede, pero es que para ser sujeto activo debe ostentarse la posición de administrador, por lo tanto, este abusa o se excede en el ejercicio de sus competencias como tal.

El art. 252 CP genera un deber de protección patrimonial, siendo que el núcleo del mismo se encuentra en las relaciones normativas previas que existen entre administrador y titular del patrimonio administrado.

En definitiva, tal y como señala VERA RIVERA⁴⁶⁸, son estas relaciones normativas previas las que tienen como fundamento genérico el deber de lealtad que el administrador debe procurar respecto del titular del patrimonio administrado.

1.1.- Concreción de los deberes y facultades del administrador como límites a las facultades para administrar

Por tanto, según he apuntado ya, el delito del art. 252 CP es un delito, a nuestro criterio, mixto. Sin embargo, la propia descripción típica del art. 252 se construye en base a las *facultades para administrar*,

cual es un delito de dominio, y no por el contrario con el tipo de infidelidad, que sí que era un delito de infracción de deber.

⁴⁶⁸ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal...: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016, p. 229.

las cuales deberán *infringirse excediéndose en el ejercicio de las mismas*. Lo anterior supone que la infracción de un deber sólo será típica cuando se cometa a través de la infracción de una facultad, es decir, solamente la infracción de un deber que se pueda subsumir en el ejercicio de una facultad será típica⁴⁶⁹.

Así, recordemos que según el art. 252 CP, el origen de las facultades para administrar debe provenir de la ley, deben ser encomendadas por la autoridad, o asumidas mediante un negocio jurídico. Todos los títulos generarán una serie de deberes y facultades diferentes. Sin embargo, y más allá de los títulos enunciados, considero que el legislador no ha abandonado aún la concepción del delito de administración desleal como delito societario, en el sentido de que si bien es cierto que como anteriormente indicaba, siguiendo la línea de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, deberemos distinguir entre la posición de garantía que ocupa el sujeto activo como garante jurídico-penal del patrimonio, de los deberes jurídico-privados que al sujeto activo vinculan con el titular del patrimonio y cuya protección radicará en otros órdenes jurisdiccionales, todo apunta a que en aras de definir, y sobre todo, de poder limitar el alcance punitivo del art. 252, debemos tomar como marco de referencia las facultades, obligaciones y deberes que ostenta el administrador en el ámbito de las personas jurídicas, dado que será en este ámbito en el que

⁴⁶⁹ SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal", *op. cit.*, p. 6.

encontraremos una mayor depuración sobre los límites de las facultades para administrar a las que se refiere el art. 252.

En este sentido, VERA RIVERA⁴⁷⁰ considera que el deber de lealtad que el administrador tiene respecto del patrimonio administrado se observa con mucha mayor claridad en los supuestos del órgano de administración, ya que éste viene obligado conforme el TRLSC a cumplir con el deber de lealtad. De similar planteamiento parte SEGRELLES⁴⁷¹, para el que las facultades de administración tienen dos límites: el deber de lealtad y el deber de diligencia. Analicemos a continuación el contenido de ambos.

1.1.1.- DEBER DE LEALTAD

El mismo viene recogido en el art. 227 de la TRLSC, el cual nos indica, en su apartado primero:

"Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".

Como podemos comprobar, la amplitud del precepto resulta a todas luces contraria al principio de taxatividad penal, generando serios problemas de incardinación en el art. 252 CP. Sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto del art. 228 del TRLSC,

⁴⁷⁰ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., op. cit., p. 230.

⁴⁷¹ SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal", op. cit., p. 6.

pues este, a efectos de tipicidad, sí puede servir de referencia para "acotar" el alcance típico, ya que este se refiere a las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Así, el artículo 228 del TRLSC nos indica:

"En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) *Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.*"

Al respecto del contenido del apartado a) del precepto, *no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas*, indica SEGRELLES⁴⁷² que combinando este precepto con el art. 252, existe una infracción de las facultades de administración cuando, excediéndose el administrador en el ejercicio de las mismas, estas se ejercitan con fines distintos a aquellos para los que fueron concedidas. A modo de ejemplo, se refiere el autor a quien vende bienes de la sociedad a un precio objetivamente bajo e inadecuado a las condiciones del mercado y de la empresa. Para el autor, el administrador está infringiendo la confianza en él depositada y el deber de lealtad que le corresponde, excediéndose así en el ejercicio de sus facultades, al ejercitarlas para fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. En base a este planteamiento, razona el autor que también puede construirse la conducta omisiva del tipo -aunque el autor considera que no cabe la conducta omisiva en el art. 252 CP-.

⁴⁷² SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal", *op. cit.*, p. 7.

Es interesante como SEGRELLES no incluye el resto de los supuestos recogidos en el art. 228 del TRLSC⁴⁷³, ya que para el mismo, estos deberes no son facultades, y ello porque según las propias palabras del autor, "en la dialéctica deber-facultad cuando el deber deja margen de decisión -discrecionalidad- la facultad correlativa existe, pero cuando el deber no deja margen de decisión para actuar de una manera u otra, la facultad deja de existir, pierde su contenido sustantivo"⁴⁷⁴.

De igual forma, VERA RIVERA⁴⁷⁵ considera que la descripción del art. 227 del TRLSC es una prescripción que coincide con lo que el legislador ha pensado para la administración desleal, considerando que esta

⁴⁷³ Tales supuestos son: guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera, abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto, desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros, y por último, adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

⁴⁷⁴ SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal", *op. cit.*, p. 7.

⁴⁷⁵ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 230-235. Si bien, más profundamente, la autora señala que la diligencia y la lealtad se convierten en los rasgos esenciales del patrón de conducta de un administrador, en el marco de la ley. Habla también de un límite inferior, donde sitúa el principio de buena fe como norma o conducta que exige actuar de una forma determinada y no de otra al administrador. Y de un límite superior, donde sitúa el deber general de diligencia, cuyo cumplimiento desdobra en dos deberes: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

prescripción se puede extrapolar respecto de cualquier administrador de cualquier patrimonio.

Una muy interesante reflexión es la elaborada por PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁴⁷⁶. Para los autores, el elemento determinante para definir el alcance del tipo previsto en el art. 252 CP radica en el deber de lealtad del administrador. Si la infracción del indicado deber resulta idónea para producir un perjuicio en el patrimonio administrado, entonces la conducta resulta típica. Ello es así porque el legislador, en la configuración típica del art. 252, alude a las facultades para administrar, y no por el contrario a las facultades específicas de disponer o contraer obligaciones, como sí hacía en el antiguo art. 295 CP, por lo tanto, el precepto finalmente aprobado parece mostrarnos la voluntad del legislador, traducida en abandonar la idea de configurar el art. 252 como únicamente un tipo de abuso, ya que sustituyendo las facultades para disponer que preveía el Anteproyecto de 2012 por las facultades para administrar que ya introdujo en el Proyecto de 2013, no cabe duda que el legislador pretendía ampliar el abanico punitivo del art. 252, ya que en el término facultades para administrar no se recogen única y exclusivamente aquellas dirigidas a la disposiciones de bienes o la contracción de obligaciones, sino que el ámbito de actuación es mucho más amplio, ya que en el mismo se

⁴⁷⁶ PATOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, op. cit., pp. 119 y ss.

incluyen todas las tomas de decisiones que realiza el administrador sobre el patrimonio administrado, entre las que se pueden incluir no solamente aquellas que podríamos considerar activas -como sería la disposición de bienes o la contracción de obligaciones-, sino también aquellas que podríamos considerar pasivas -no ejercitar acciones que generan un perjuicio al patrimonio administrado-.

1.1.2.- DEBER DE DILIGENCIA

De igual forma que ocurre con el deber de diligencia, el deber de lealtad perfila la esfera del injusto punible en el delito de administración desleal.

Recogido en el art. 225 de la TRTRLSC, reza:

"1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones."

El apartado primero define en esencia la diligencia que se espera del administrador de un patrimonio, que se puede trasladar del ámbito societario al ámbito de cualquier otro patrimonio, ya que como indicaba en líneas anteriores, cuando dichas facultades provengan de la autoridad o de cualquier otro negocio jurídico, deberemos distinguir entre los deberes jurídico-penales y los deberes jurídico-privados, ya que serán los primeros los que encontrarán punibilidad en el ámbito del delito del art. 252 CP. Y en este sentido, resulta muy interesante la reflexión de SEGRELLES⁴⁷⁷, ya que, para el mismo, resulta necesaria una combinación de los números 2 y 3 del art. 225 de la TRTRLSC para establecer un criterio de imputación objetiva, al establecer el número 2 del art. 225 de la TRLSC la posición de garante que ocupa el administrador, y el art. 3 de la TRLSC el deber-derecho de información. Así, razona el autor que cuando el administrador toma una decisión, y actúa en consecuencia de la información necesaria con la que ha contado, nos encontraremos ante una conducta atípica, incluso habiéndose producido un perjuicio patrimonial.

En cuanto a los límites a las facultades para administrar, VERA RIVERA⁴⁷⁸ configura otra categoría, que en mi opinión podría interpretarse como una mezcla de las anteriores y que la misma denomina *deber de protección patrimonial*. Para VERA RIVERA, el *deber de protección patrimonial* se articula como un deber

⁴⁷⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal", *op. cit.*, p. 8.

⁴⁷⁸ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 235-239.

positivo de ayuda y fomento del bien jurídico, cuyo origen radica en un deber de lealtad previsto en la normativa extrapenal. Este deber no solamente incluye el deber genérico de no causar daños sobre el patrimonio que se administra, sino que se debe actuar de modo que se ayude y fomente el bien jurídico encomendado, que en este caso es el patrimonio. Tal planteamiento se justifica porque en los delitos de infracción de deber, su fundamento reside en la protección de unas concretas instituciones, protección que se realiza mediante deberes positivos que la doctrina suele llamar de ayuda o fomento respecto del bien jurídico. Para la autora, en el delito de administración desleal, estos deberes positivos a los que se aludía se denominan deberes de protección patrimonial, y su fin es el de garantizar que las relaciones entre los titulares de los patrimonios y los administradores se realicen dentro de los límites normativos establecidos previamente.

1.2.- La discrecionalidad en la gestión del patrimonio como límite en la aplicación del art. 252 CP

Otra categoría que aparece necesaria para la configuración típica del delito de administración desleal se refiere al grado de autonomía/discrecionalidad de la que dispone el administrador.

Configurado el delito de administración desleal como un delito mixto, resta abordar el margen de autonomía que dispone el administrador en su actuación regida por el deber de velar por el patrimonio

administrado. De hecho, se trata de una cuestión que ya ha abordado la doctrina y la jurisprudencia alemana, las cuales han coincidido en restringir el círculo de sujetos activos idóneos sobre la base de la autonomía en la gestión, determinando que existe una facultad auténticamente autónoma cuando el sujeto encargado de velar por el patrimonio podía obrar de otro modo⁴⁷⁹.

Recordemos que cuando anteriormente hemos abordado la definición del término *administrar* ofrecida por la RAE, este ha sido definido como "*ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes*". Es decir, el término *administrar*, según su definición etimológica, requiere de un cierto margen de discrecionalidad en su gestión, de que el autor pueda encontrarse ante varias alternativas de decisión.

Sin embargo, lo que debemos determinar en este caso es el grado de discrecionalidad/autonomía del que debe gozar el administrador para considerar su conducta subsumible en el art. 252 CP, en otro tipo penal o, por el contrario, atípica.

En este sentido, coincido con la opinión de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁴⁸⁰, quienes apuestan por un

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁸⁰ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 115. En mayor profundidad puede leerse como los autores analizan las posiciones en la doctrina y la jurisprudencia alemana respecto el grado de autonomía del que debe disponer el administrador. En este sentido realizan una comparativa entre la figura de la autonomía "mínima" y la autonomía "amplia".

grado amplio de autonomía en la gestión del patrimonio, ya que en el delito de administración desleal, el titular del patrimonio desplaza al administrador su esfera patrimonial, desatendiéndose por tanto de dicho patrimonio, que deberá ser gestionado y controlado por el administrador, quien deberá hacerlo velando por los intereses del titular, es decir, se produce una cesión del poder de decisión a favor del administrador. Así, se especifica que cuando el autor solamente dispone de una autonomía mínima consistente únicamente en poder actuar de otro modo, no se puede hablar de una cesión del poder de decisión a favor del administrador, puesto que el titular del patrimonio no se ha retirado, en todo o en parte, de su esfera patrimonial, por lo que tampoco se puede decir que el titular del patrimonio ha desplazado la gestión de su patrimonio al administrador.

Y es que, además, la tesis expuesta ut supra debe ponerse en relación con la nueva figura de la apropiación indebida del art. 253 CP.

En tal sentido, simplemente adelantaremos, para que se entienda el presente argumento, que en el presente trabajo se considera el grado de autonomía en la gestión del patrimonio como uno de los elementos diferenciadores del delito de apropiación indebida del art. 253 CP con la administración desleal del art. 252 CP. Por ello, en aquellos casos en los que el administrador no disponga de un margen de autonomía amplio, sino que únicamente deba obedecer a un mandato

determinado, existiendo una obligación concreta de darle un destino específicamente determinado al bien objeto administrado, y no lo haga, generándose un beneficio para él o para un tercero, nos encontraremos ante un delito de apropiación indebida, ya que precisamente ese margen de autonomía mínima del que hablaba antes es el que nos permitirá, entre otros elementos, y no en todos los supuestos, incardinar la conducta en el art. 253 CP⁴⁸¹.

De hecho, NIETO MARTÍN⁴⁸² encuentra la esencia del deber de salvaguarda propia de la administración desleal en *"tener capacidad para disponer u obligar jurídicamente al patrimonio ajeno, pero siempre que además el autor tenga un margen de discrecionalidad relevante"*. Para el mismo, cuando no existe este margen de discrecionalidad, existirá un delito de apropiación indebida. Idéntica opinión defiende MARTÍNEZ-BUJÁN⁴⁸³.

1.3.- *Interpretación del concepto jurídico-penal del exceso en el delito de administración desleal: ¿Exceso intensivo o extensivo?*

⁴⁸¹ Así lo define también GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica", *op. cit.*, p. 766-768, cuando el autor afirma que la administración desleal se estructura sobre los deberes de velar por los intereses ajenos, ante varias posibilidades de actuación, mientras que la apropiación indebida, se estructura sobre la infracción de un concreto deber de entrega o devolución, sin alternativas de decisión.

⁴⁸² NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", *op. cit.*, p. 791 y 797.

⁴⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 88.

Hasta aquí hemos podido comprobar como el ámbito punitivo del art. 252 CP pasa por la determinación de las facultades que los administradores han asumido. Sin embargo, debemos recordar que el art. 252 CP habla de *excederse* en las facultades de administración. El verbo típico usado por el legislador no resulta baladí, ya que en ese caso deberemos preguntarnos si en la conducta típica del art. 252 CP se castigará el "exceso intensivo", el "exceso extensivo" o incluso ambos.

Recordemos brevemente que por "exceso intensivo" se considera la extralimitación que realiza de sus funciones el administrador, pero siempre dentro del marco de las funciones que el mismo tiene asumidas, mientras que por "exceso extensivo" se considera la extralimitación por parte del administrador actuando fuera de las funciones que el mismo tiene asumidas.

Señala JUAN SANJOSÉ⁴⁸⁴ que en un inicio, y amparándose en el texto de la EdM del Proyecto de 2013, el legislador optaba por castigar en la administración desleal el "exceso extensivo". Así, el texto decía de lo siguiente:

"Quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador, o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, y perjudica de este modo al patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal".

⁴⁸⁴ JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito...*, op. cit., p. 137.

Sin embargo, y dada la definitiva redacción del texto del art. 252 CP, para el autor, parece ser que lo que castiga el legislador es el exceso intensivo, ya que la conducta típica exige un exceso en las facultades asumidas, no en la realización de otras facultades que no se le hayan otorgado al administrador.

No obstante lo anterior, resalta el mismo autor que jurisprudencialmente nuestro TS -ya con anterioridad a la introducción del art. 252 CP, y sobre la base de estudio del art. 295 CP- ya aceptó la inclusión en el extinto art. 295 CP de los comportamientos de exceso tanto intensivos como extensivos. Como ya se ha expuesto en anteriores capítulos⁴⁸⁵, el TS optó en un principio por distinguir las figuras de administración desleal del art. 295 CP de la figura de la apropiación indebida por distracción del art. 252 CP sobre la base del tipo de exceso cometido en cada caso. De esta forma, en un inicio el Alto Tribunal entendió que cuando un administrador actuaba ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes conferidos al mismo, estaríamos ante un exceso extensivo, por lo que la conducta debiera incardinarse en la apropiación indebida en su modalidad de distracción, mientras que si los actos ilícitos cometidos por el administrador se producían en el seno de las propias funciones atribuidas al mismo, este exceso era intensivo, por lo que estaríamos ante una administración desleal del art. 295 CP.

⁴⁸⁵ Vid. Cap. II. III.

Sin embargo, esta teoría fue superada, siendo que los últimos pronunciamientos del TS con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva administración desleal del art. 252 CP -salvo en contadas ocasiones- optaron por establecer otro criterio diferenciador basado en la intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. Así, aquellas conductas que comprendían actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, eran consideradas conductas de administración desleal del art. 295 del Código Penal; mientras que los actos del art. 252 CP se caracterizaban por presentar un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo. Es decir, en el antiguo art. 252 CP existía *animus rem sibi habendi*, mientras que en el art. 295 no existía este elemento subjetivo.⁴⁸⁶

Sin embargo, podemos comprobar como en la jurisprudencia menor -ya que la novedad del precepto, por una cuestión temporal, hace difícil aún que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el nuevo delito de administración desleal- no es unánime sobre si el art. 252 CP recoge los excesos intensivos, extensivos, o ambos.

A favor de la tesis de recoger ambas modalidades se encuentra la SAP de Tenerife 72/2016, de 1 de marzo, tendente a considerar que el art. 252 CP incluye no

⁴⁸⁶ Véase al respecto la STS 517/2013 de 17 de junio (RJ 2013\6428)

solamente los excesos intensivos, sino también los extensivos, incluidas las distracciones dinerarias que anteriormente se venían sancionando vía art. 252 CP. Reproducimos aquí a modo de ejemplo el indicado pronunciamiento, en un caso en el que un administrador de una sociedad distrajo fondos de la misma por cuantía de 522.301,02 €. La AP de Tenerife se pronuncia en el siguiente sentido:

"En definitiva, el Sr. Ángel Daniel en la ejecución de los distintos actos que han sido referidos, realizó de modo directo actos calificables de administración desleal o fraudulenta, entendida ésta, siguiendo a la STS nº 655/2015 de 4 de noviembre (RJ 2015, 5181) , como la "gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance", siendo esencial que el perjuicio patrimonial del administrado se produzca como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función, esto es, como consecuencia de una gestión en la que aquél ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status y que "la expresión «distraer dinero» debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno".

Por el contrario, la SAP de Madrid 390/2017 de 17 de mayo, entiende que el art. 252 CP recoge los excesos extensivos. Así, afirma el indicado pronunciamiento:

"Los elementos que integran el citado tipo penal, siguiendo a la doctrina, son los siguientes: a) una acción consistente en la infracción, por exceso, de un deber especial de lealtad, b) realizada por un autor, que debe ocupar la posición de administrador, es decir, haber tenido facultades para administrar un patrimonio ajeno (proveniente de la ley, de una disposición de la autoridad o de un acto jurídico celebrado entre las partes), y c) que produce un daño patrimonial como resultado (BACIGALUPO ZAPATER), siendo cuestión discutida si dentro del verbo "infringir" que utiliza el artículo 252.1 del Código Penal se incluyen sólo las conductas de "abuso" (MARTINEZ BUJAN) o también las de "infidelidad" (MOLINA FERNANDEZ), pareciendo limitar el nuevo artículo 252 CP el delito de administración desleal al "exceso extensivo" , con infracción de facultades (CASTRO MORENO). En cuanto al "exceso" (intensivo o extensivo), el nuevo artículo 252 parece limitar el delito de administración desleal al exceso "extensivo". Se trata de un delito de resultado en cuanto que exige la producción de un perjuicio patrimonial, siendo éste el que determine el momento consumativo del tipo (MOLINA FERNANDEZ), si bien se precisa que "no basta con una relación causa-efecto, entre la acción del sujeto activo y el perjuicio causado, sino que únicamente se procederá a la imputación del resultado al sujeto, cuando es éste el que ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido que se ha traducido en un resultado" (FEIJOO SANCHEZ). En cuanto al aspecto subjetivo, se castiga sólo cuando se comete con dolo, no admitiendo la incriminación en la forma imprudente (MESTRE DELGADO). La jurisprudencia más reciente, confrontando el

anterior delito de administración desleal societaria con el nuevo artículo 252 CP indica que "del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, por el contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de un sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contratación de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable. Con independencia del alcance que finalmente se atribuya a por vía de aplicación interpretativa, a cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 252, lo cierto es que era subsumible en el artículo 295" (STS 1527/2015, de 15 de marzo)".

Sin embargo, mi posición es la de considerar que el actual art. 252 CP recoge tanto los supuestos de exceso intensivo como los supuestos de exceso extensivo. De hecho, MOLINA FERNÁNDEZ⁴⁸⁷ parte de idéntico planteamiento y propone una reflexión muy interesante al respecto. Para el autor, si consideramos que solo se incluye en el art. 252 CP un exceso intensivo, en el caso en el que el administrador celebre un negocio jurídico con un tercero dentro de sus facultades, se dará una doble consecuencia:

⁴⁸⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre: penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Núm. 11288.

a) el negocio jurídico será válido y la eventual aparición de un delito de administración desleal no desplegará efectos respecto terceros; pero

b) precisamente por el resultado, podrá afirmarse que el administrador se excedió en el ejercicio de las facultades de administración conferidas y, por tanto, causó un perjuicio patrimonial derivado de aquella primera consecuencia: la validez del negocio jurídico celebrado.

El problema reside en que si consideramos que el art. 252 CP solamente recoge los excesos extensivos, aquellos excesos intensivos que no se castigaran ex. art. 253 CP, quedarían impunes, por no poder incluirlos en el art. 252 CP.

REMÓN PEÑALVER⁴⁸⁸ también opta por la inclusión de ambos excesos en el art. 252 CP. Para este, no solo debieran penalizarse los comportamientos contrarios a las autorizaciones concedidas, sino que el tipo se extenderá también a las conductas de administración de patrimonio ajeno que resulten desleales y perjudiciales al administrado, aun cuando estas se produzcan al margen de las autorizaciones concedidas.

Mi planteamiento al respecto pasa por la inclusión tanto de los excesos intensivos como de los excesos extensivos en el delito del art. 252 CP. La

⁴⁸⁸ REMÓN PEÑALVER, E., "Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley1/2015 de 30 de marzo", *Ponencias Apropiación indebida, estafa y defraudaciones, regulación actual y perspectivas de futuro*, Ministerio Fiscal Formación Continua, 29 de septiembre de 2015.

conducta típica del art. 252 CP ya no se circunscribe exclusivamente a la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad ni a la contracción de obligaciones a cargo de esta. De este modo, el alcance típico debe reinterpretarse para dar cabida en el mismo a otro tipo de conductas que supongan un exceso en las facultades de administración que generen un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, dicho exceso se producirá tanto si el administrador actúa deslealmente en el seno de las facultades que tiene asumidas como si lo hace fuera de las mismas. En definitiva, se trata más de una cuestión de naturaleza teórica que no práctica, puesto que el reproche penal es, a mi juicio, absolutamente idéntico, puesto que la deslealtad del administrador para con el patrimonio administrado ostenta idéntica gravedad si se realiza mediante el exceso en las funciones asumidas como en el exceso mediante conductas fuera de las funciones asumidas⁴⁸⁹.

De hecho, para justificar este planteamiento, podemos servirnos de otro argumento, consistente en realizar una comparativa con el precepto alemán. Así, a los efectos de determinar el alcance del término *excediéndose*, no podemos tomar como referencia el § 266 StGB alemán, puesto que de entender que nuestro

⁴⁸⁹ Esta posición es también defendida por CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida y administración desleal", *op. cit.*, p. 205; GALLEGU SOLER, J.I. y HORTAL IBARRA, J.C.: "Actividad económica y delitos patrimoniales", en Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (dirs.): Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2016, p. 279.

precepto toma como referencia la modalidad de abuso, deberíamos entonces considerar que nuestro art. 252 CP es exclusivamente un delito de dominio, más el precepto español no diferencia -como si ha diferenciado a lo largo del tiempo la jurisprudencia alemana- entre estas dos modalidades típicas, sino que nuestra regulación refunda en un único artículo, sin diferenciar, ambas modalidades, esto es, la de abuso y la de infidelidad/deslealtad, por lo que siendo que el abuso no deja de ser un subcaso de la infidelidad, lo que significa que incluso este se comete vulnerando los deberes de lealtad y fidelidad, por lo que el exceso se traduce, a su vez, en una vulneración de los deberes de lealtad y fidelidad, ya sea disponiendo de los bienes, contrayendo obligaciones, o realizando cualquier otra conducta indebida del administrador con quebranto de sus deberes de lealtad y fidelidad.

Al respecto, señala VERA RIVERA⁴⁹⁰ que si bien la administración desleal supone un abuso sobre una posición de dominio sobre el bien jurídico que debe protegerse, lo cierto es que este abuso se produce porque previamente ha existido una transferencia de esa posición jurídica sobre el bien jurídico al autor, esto es, el administrador, pero este abuso está en función del deber que previamente se ha adquirido. Por ello, el tipo se realiza cuando el autor quebranta precisamente ese deber previamente adquirido.

⁴⁹⁰ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 324-325.

Por tanto, el exceso que prevé el art. 252 CP está en la infracción de estos deberes, se produzca la infracción *ad-intra* o *ad extra*⁴⁹¹. De hecho, así lo entiende también BARJA DE QUIROGA⁴⁹², para quien el art. 252 CP recoge tanto el tipo de abuso como el de infidelidad, siendo que en el tipo de abuso la infracción aparecerá cuando el autor haya traspasado los límites de su autorización obrando más allá de aquello para lo que se le autorizó, mientras que en el tipo de infidelidad la infracción también se presentará cuando autor quebrante el deber de velar por el patrimonio ajeno. Y es que, retomando nuevamente el argumento referido a las distinciones entre apropiación indebida-administración desleal, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, actualmente resultará incluso indiferente que el objeto de la acción punible recaiga sobre el dinero. Nos encontraremos ante un supuesto de apropiación indebida cuando exista un mandato concreto de actuación o una concreta obligación de entrega o devolución. Mientras que, si existe un margen de discrecionalidad en la actuación, existiendo diferentes alternativas, nos hallaremos ante un supuesto de administración desleal.

Al respecto, y de forma ilustrativa, tomo como referencia el ejemplo puesto por NIETO MARTÍN⁴⁹³. Afirma dicho autor: si A entrega 6.000€ a B para que compre al

⁴⁹¹ GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", *op. cit.*, p. 768.

⁴⁹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, *op. cit.*, p. 184-185.

⁴⁹³ NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", *op. cit.*, p. 791.

día siguiente acciones de la empresa X, y B decide pagar con ello una deuda incumpliendo su obligación, existirá apropiación indebida. Si dicha cantidad se le entrega para que la invierta en bolsa de la manera que estime conveniente, y A decide comprar acciones de una empresa en la que tiene intereses, que no es nada rentable, estará cometiendo administración desleal. Debemos complementar el ejemplo anterior añadiendo que en todo caso deberá verificarse el perjuicio ocasionado al patrimonio administrado.

Por tanto, vemos como incluso cuando el objeto de la acción recaiga sobre dinero, deberemos atender al margen de discrecionalidad del autor para incardinar una conducta en uno u otro tipo. De hecho, esta es la línea que se ha seguido en la SAP de Tenerife 72/2016, de 1 de marzo, citada con anterioridad.

En definitiva, y por las razones expuestas, considero que en el actual art. 252 CP podrán incluirse aquellos comportamientos que supongan tanto un exceso intensivo como un exceso extensivo, verificando siempre que no nos hallemos ante una concreta y determinada obligación de actuación, sino que deberá existir cierto margen de discrecionalidad para poder incardinar así el comportamiento en el art. 252 CP y no en el art. 253 del Código Penal.

2.- Sujeto activo: el facultado para administrar

Una vez más, la vigente redacción típica del art. 252 CP puede generar problemas en cuanto a la delimitación de los sujetos activos del delito. A

diferencia de su antecesor, el art. 252 CP no prevé expresamente en su redactado los sujetos a los que se refiere, sino que se sirve de una fórmula abierta referida a "los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno". Veremos cómo esta fórmula, que a priori pudiera resultar problemática por su escasa taxatividad, supone a nuestro juicio un acierto por parte del legislador, pues como a continuación expondremos, permitirá obviar la denominación del cargo para centrarse en lo exclusivamente relevante a efectos típicos: si el sujeto activo en cuestión administraba o no el patrimonio.

2.1.- El deber de velar por los intereses del patrimonio administrado como nota común a la administración

Como apuntaba anteriormente, el art. 252 CP se diferencia de su antecesor -en lo que a sujeto activo se refiere- en que la descripción típica no indica quien es el sujeto activo del delito. Recordemos que el extinto art. 295 del CP señalaba a "los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación..." como sujetos activos del delito. Por tanto, la fórmula empleada por el legislador no generaba dudas respecto quienes podían ser considerados sujetos activos del delito.

Por el contrario, el mismo decidió servirse de una fórmula, digamos abierta, para definir al sujeto activo en el nuevo delito de administración desleal. De esta forma, el art. 252 CP se refiere a "los que

teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico...". Es decir, no solamente no describe la posición del autor - administrador de derecho, hecho o socio- sino que, además, enumera las fuentes originarias de la posición del sujeto activo. Por tanto, a priori, la nueva redacción típica podría suponer una expansión de los sujetos abarcables por el art. 252 CP, puesto que no vienen limitados a unas determinadas figuras concretas. Sin embargo, considero que la fórmula utilizada por el legislador resulta acertada, no solamente por el hecho de que en algunos casos muy concretos permitirá castigar figuras que anteriormente podían ser de dudoso castigo, sino que, además, dicha fórmula se conjuga en mayor consonancia con la naturaleza y el sentido propio de lo que deber ser la administración de un patrimonio.

En atención a la redacción típica del art. 252 del CP, observamos que el sujeto activo del delito debe reunir dos condiciones: ostentar facultades de administración de un patrimonio ajeno y, además, que estas emanen de la ley, hayan sido encomendadas por la autoridad pública o asumidas mediante un negocio jurídico.

En el presente trabajo⁴⁹⁴ se ha concebido el delito del art. 252 CP como un delito especial propio, en el que, además, he adoptado una posición mixta para definirlo. En tal sentido, encontramos que el mismo cuenta con elementos propios de los delitos de

⁴⁹⁴ Vid. Cap. VI y VII. 1.2.1.

infracción de deber y de los delitos de dominio. En lo que aquí interesa, he sostenido la existencia de una posición de garante por parte del administrador respecto el patrimonio administrado. Esta posición viene motivada por la existencia de un deber extrapenal, que será definido por el administrador y el titular del patrimonio administrado o, en su defecto, tomando como referencia los deberes impuestos por la legislación mercantil-civil a los administradores. Este último supuesto será el más común, puesto que con carácter general, administrador y titular del patrimonio administrado no definirán el alcance de dicho deber extrapenal, por lo que será lo más lógico acudir al estándar generalizado que podamos encontrar en la legislación privada, más concretamente, en la ya citada TRLSC.

Lo anterior supone que el sujeto activo del delito de administración desleal del art. 252 CP será aquél que ostente la posición de garantía, que no es otro que el obligado a velar por los intereses del patrimonio administrado. Así, COCA VILA concibe igualmente el sujeto activo como aquel sobre el que recae el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, matizando, no obstante, que dicho deber no es un deber extrapenal, sino que es un deber penal, puesto que no nace de la ostentación formal de facultades sobre el patrimonio administrado, sino de la posición de garantía jurídico-penal⁴⁹⁵. Igualmente para MARTÍNEZ-BUJÁN, la nota definitoria básica del sujeto activo

⁴⁹⁵ COCA VILA, I. "Administración desleal", en Ayala Gómez, I, y Ortiz de Urbina, I. (Coords.), *Memento práctico Francis Lefebvre: penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 442.

debe venir integrada por el deber de cuidado patrimonial⁴⁹⁶.

No obstante lo anterior, no será suficiente que el administrador venga obligado a velar por los intereses del patrimonio administrado, sino que será también necesario que el mismo goce de un margen de discrecionalidad para gestionarlo, pues solo desde esa perspectiva podrá concebirse su administración. Así lo he señalado ya y así lo señala también MARTÍNEZ-BUJÁN, para quién lo único importante en el sujeto activo es la facultad de disponer autónomamente -o con margen de discrecionalidad- de los bienes pertenecientes a aquel patrimonio ajeno que tenía obligación de cuidar, siendo indiferente e innecesario una categorización específica de los sujetos: gestores, administradores, etc⁴⁹⁷. Igualmente coincide COCA VILA, quien señala que puede ser sujeto activo cualquier cargo al que le hayan sido asignadas facultades de administración, en el sentido de gestión autónoma del patrimonio ajeno⁴⁹⁸. Por su parte, VERA RIVERA señala que la nota definitoria de la administración desleal es el deber de cuidado patrimonial que incumbe a una persona a la que, en concreto, le ha sido encomendada la facultad jurídica de decisión autónoma de administrar un patrimonio, gozando de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión del mismo, y en relación al cual -al margen de discrecionalidad-, puede producir un ataque al

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 88-89.

⁴⁹⁸ COCA VILA, I. "Administración desleal...", *op. cit.*, p. 446.

patrimonio administrado⁴⁹⁹. La autora apunta que es indiferente la fuente de la que nace la capacidad de gestionar o administrar el patrimonio, pues lo determinante será la existencia de un margen de discrecionalidad relevante en la administración del patrimonio ajeno, sea total o parcial⁵⁰⁰. Por tanto, en este sentido, resultará indiferente la denominación que reciba el sujeto activo, sea gestor, administrador, representante, etc., pues bastará para considerarlo autor que este cumpla con los requisitos ya definidos.

Como decía anteriormente, no será suficiente con que el sujeto activo ostente facultades de administración, sino que el propio redactado típico exige que estas provengan de la ley, emanen de la autoridad o tengan su origen en un negocio jurídico.

Sin embargo, a pesar de lo dispuesto en el tipo, considero innecesaria la enumeración de las fuentes que originan la administración, pues lo determinante a efectos de autoría será que el sujeto activo ostente facultades de administración. De hecho, una interpretación estricta del precepto imposibilitaría castigar las administraciones de hecho, puesto que, estrictamente hablando, estaríamos ante una administración fáctica, no jurídica, por lo que no encontraría ésta origen en ninguna de las fuentes

⁴⁹⁹ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 442.

⁵⁰⁰ JUAN SANJOSÉ, R.J., La nueva configuración del delito..., *op. cit.*, p. 64.

descritas en el art. 252 CP⁵⁰¹. Por el contrario, apunta VERA RIVERA que la descripción de las fuentes puede tener también un efecto positivo, como es el de dejar fuera del ámbito típico del art. 252 CP las meras relaciones de confianza⁵⁰².

En relación a la primera de las fuentes descritas en el tipo penal, la ley, podemos destacar como destinatarios de la norma penal, por un lado, los padres y tutores. Estos, de conformidad a lo establecido en los arts. 154.2^a, 164 y ss., 216, 261 y ss. del CC, son quienes deben administrar el patrimonio de los hijos y pupilos respectivamente. De otra banda, los administradores sociales se encontrarán sometidos a los deberes y obligaciones que les vienen impuestos por la TRLSC⁵⁰³⁵⁰⁴.

En lo referido a las administraciones que vienen encomendadas por la autoridad, podemos destacar al administrador judicial -arts. 630 y ss., de la LEC-, al depositario judicial -art. 626 LEC-, la administración concursal -arts. 27 y ss., de la Ley Concursal- etc. En la mayoría de casos, como describe VERA RIVERA⁵⁰⁵, los

⁵⁰¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Administración Desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.", en González Cussac, J.L.(coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 376-377.

⁵⁰² VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal.....*, op. cit., p. 443.

⁵⁰³ *Ibid*, p. 444.

⁵⁰⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico...", op. cit., p. 377.

⁵⁰⁵ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal.....*, op. cit., p. 444.

administradores deberán cumplir, por orden de la autoridad, el encargo de gestionar los bienes para cumplir con una determinada obligación, generalmente reconducible a la satisfacción de deudas u obligaciones que quedaron pendientes. No obstante, como han señalado algunos autores⁵⁰⁶, la mención a esta fuente concreta puede traer problemas en alguna ocasión, en los que habrá que distinguir si estamos ante un patrimonio público o no, pues en tal caso estaríamos ante un delito de malversación del art. 435. 3 del CP.

Por su parte, los negocios jurídicos serán una fuente muy común de administración. Así, a través de esta nos encontremos ante formas comunes de administración, como son la administración de fincas, de una comunidad de vecinos, el mandato, depósito, comisión, representación, alta dirección, apoderados, etc. Afirma VERA RIVERA que será en este ámbito donde deberán incluirse aquellos encargos de gestión en los que, en atención a otras relaciones jurídicas, se otorgan determinadas facultades de gestión sobre el patrimonio ajeno, o sobre determinadas porciones del mismo⁵⁰⁷. Sin embargo, nuevamente en este caso podríamos tener problemas si aplicáramos una interpretación estricta del precepto. Estamos hablando de aquellos casos en los que el negocio jurídico no es válido.

⁵⁰⁶ En este sentido se pronuncian RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, p. 533; GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", *op. cit.*, p. 775. Este último autor sostiene que en tal caso, el conflicto deberá resolverse en aplicación de las reglas de especialidad o alternatividad.

⁵⁰⁷ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 444.

¿Puede en ese caso el administrador del patrimonio ser autor? Debería analizarse cada caso concreto para saber, sobre todo, el motivo de la nulidad del negocio, puesto que la nulidad supondría que el administrador no contaba con facultades para administrar -aun creyendo él cosa contraria-. Por tanto, habría que ver si su conducta podría incardinarse en otro tipo penal. Para GALLEGO SOLER⁵⁰⁸, sin esas facultades legítimas para administrar un patrimonio ajeno no puede existir administración desleal, siendo de aplicación el art. 253 -si existiera un título que funde una originaria tenencia lícita de los bienes ajenos- o en su caso el art. 254 -si no existiera-.

No obstante, y como ya se ha indicado anteriormente, considero innecesaria la descripción de las fuentes de la facultad de administración, puesto que lo determinante es, a mi juicio, que quien tenga facultades para disponer, con independencia de su origen, se exceda en las mismas ocasionando un perjuicio al patrimonio administrado. Aún con la descripción de las fuentes de la facultad de administración que se prevé en el art. 252 CP, advertimos que en cada caso concreto deberá analizarse si ciertamente el administrador tenía o no facultades para administrar. Su plasmación en la descripción típica únicamente puede generar problemas de tipicidad, como ya se ha apuntado. En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN, señalando que el precepto español copia

⁵⁰⁸ GALLEGO SOLER, J.I., "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", *op. cit.*, p. 869.

literalmente al alemán, considerando que la mención a las fuentes del deber -utiliza este término el autor- no era imprescindible, porque bastaría con plasmar genéricamente el requisito del abuso de las facultades jurídicas de disposición que posea el sujeto, siendo indiferente cuál sea la fuente concreta de la que nace la capacidad jurídica de disposición⁵⁰⁹. Prácticamente idéntico es el planteamiento de FARALDO CABANA, quien considera prescindibles la enumeración de las fuentes de la facultad de administrar, las cuales no aportan nada al ámbito típico, siendo preferible centrar la atención en el ejercicio abusivo y desleal de esas facultades, con independencia de su origen⁵¹⁰. Por su parte, CASTRO MORENO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ⁵¹¹ consideran igualmente que lo relevante a efectos típicos es poseer la facultad jurídica de disponer u obligar válidamente frente a terceros, lo que afecta al ámbito externo de las facultades de administración. Por eso, para ellos, resulta prescindible la enumeración de las fuentes de la facultad de administración, entendiendo que nada aportan al ámbito típico, pues lo relevante es poseer las facultades y abusar⁵¹² de ellas, con independencia del origen de la fuente. También señalan los autores -aún con relación al Anteproyecto- los problemas

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 87.

⁵¹⁰ FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, *op. cit.*, p. 419.

⁵¹¹ CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida", *op. cit.*, p. 767.

⁵¹² CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida", *op. cit.*, p. 767. Debe aclararse aquí que los autores utilizan el término "abusar" puesto que era el término previsto en el art. 252.1 del Anteproyecto, cuerpo legal sobre el que versa el estudio.

concursoales que pueden ocasionarse con la malversación impropia del art. 435.3 CP y el delito impropio de negociaciones prohibidas del art. 440 CP.

Por tanto, la enumeración de las fuentes de la facultad de administración supone un desacierto, puesto que lo determinante es que el sujeto activo ocupe la posición de garante respecto el patrimonio administrado, lo cual lo dotará de facultades para administrar el patrimonio, siendo indiferente la fuente que lo sitúe en dicha posición de garantía, pues será en cada caso concreto en el que deberemos verificar que ciertamente el sujeto activo ocupada una posición de garantía. La enumeración de las fuentes de la facultad de administración no solamente genera problemas concursoales -p. ej. en relación a la malversación⁵¹³- sino que, como ya se ha apuntado, *ab initio* nos hace plantearnos si en el actual art. 252 CP tiene cabida la administración de hecho.

2.2.- Administradores de Derecho y Hecho

Ya hemos advertido en el epígrafe anterior que la condición para ostentar la posición de sujeto activo en el delito de administración desleal pasa por ostentar facultades para administrar el patrimonio ajeno. El hecho de que hayan desaparecido de la descripción típica las menciones al administrador de hecho o de derecho -como preveía el art. 295 CP- así como la exigencia típica de que las facultades para administrar un patrimonio ajeno provengan de la ley, hayan sido

⁵¹³ Vid. Infra. Cap. X. II.

encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, plantea, como ya se ha puesto de manifiesto, una serie de problemas a los efectos de determinar los sujetos activos. El principal -y más importante- pasa por discernir si el administrador de hecho podrá ser sujeto activo del delito de administración desleal, toda vez que su posición no viene precisamente otorgada por ninguna de las fuentes descritas en el art. 252 CP. Esto supone cuestionarse si dicha figura puede ser punible a la luz de la redacción típica del art. 252 CP o solamente el administrador formal -de derecho- puede ser sujeto activo del delito. Pasemos a analizar ambas figuras.

2.2.1.- ADMINISTRADOR DE DERECHO

Como señala JUAN SANJOSÉ, la figura del administrador de derecho ha sido largamente estudiada por la jurisprudencia y la doctrina, llegando al consenso de que dicha figura tiene un claro contenido formal en su estructura⁵¹⁴.

Por la doctrina, FARALDO CABANA apunta que la expresión "administrador de derecho" encierra un término normativo jurídico que debe ser interpretado a la luz de la legislación mercantil⁵¹⁵. HERRERA GUERRERO señala que el término "administrador de derecho" debe interpretarse desde el derecho mercantil, el cual define a quienes considera administradores según el

⁵¹⁴ JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito...*, op. cit., p. 77.

⁵¹⁵ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, op. cit, p. 53.

tipo de sociedad de la que se trate⁵¹⁶. Por tanto, como destaca JUAN SANJOSÉ⁵¹⁷, para HERRERA GUERRERO la expresión "administrador de derecho" comprende a todos los que forman parte de órganos societarios, entre los que se deberán incluir aquellos que han recibido facultades delegadas, así como aquellos que sustituyen para todos los efectos a los administradores en situaciones determinadas.

Por la jurisprudencia, baste citar, por todas, la STS 714/2014 de 12 de noviembre (RJ 2014\6331), la cual se refiere al administrador de derecho como aquellos que *"...se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil"*.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, entenderemos administrador de derecho a todo aquel que haya adquirido formal y legalmente dicha condición, ostentando de esta forma facultades para actuar sobre el patrimonio ajeno.

Sin embargo, como se ha razonado supra, la formalidad anterior no será suficiente para otorgar a un sujeto la condición de administrador en lo que a efectos penales se refiere. En este sentido, coincido

⁵¹⁶ HERRERA GUERRERO, M., "El sujeto activo en el delito de administración desleal", *Diario La Ley*, N° 7460, 2010, p. 4.

⁵¹⁷ JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito...*, op. cit., p. 78.

con la opinión de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, para quienes la simple atribución de facultades de administración no será suficiente, puesto que, junto con estas, será necesaria además un acto de asunción de la posición de garantía por parte del sujeto. Además, esta posición de garantía se caracterizará por otorgar al administrador un margen de autonomía -o discrecionalidad- relevante en la gestión del patrimonio. Estas notas deberán acompañar al acto formal de asunción de las funciones de administrador, puesto que si no lo acompañan, dicho administrador no podrá ser tenido por sujeto activo del delito previsto en el art. 252 CP⁵¹⁸. Por ello, la asunción de facultades para administrar constituirá solamente un indicio en cuanto a autoría.

A pesar de lo anterior, ello no implica que aun así, en el ámbito societario, deban depurarse algunas cuestiones para evitar problemas en materia de autoría. A dichas cuestiones nos referiremos en el siguiente epígrafe.

2.2.2.- ADMINISTRADOR DE HECHO

Más problemática que la anterior supone la figura del administrador de hecho en cuanto a posible autor del delito de administración desleal. Ya he apuntado las cuestiones por las cuales se plantean dudas sobre la capacidad del administrador de hecho de ser sujeto

⁵¹⁸ Respecto el grado de autonomía que debe tener el administrador, Vid. Cap. VII. 1.1.3.

activo del delito, por lo que no nos detendremos nuevamente a repetirlas.

Una sucinta definición de administrador de hecho sería la de aquel que formalmente no dispone de capacidad para administrar, pero sí lo hace de forma material, adoptando decisiones de administración y gestión del patrimonio ajeno.

Largo y prolijo se han pronunciado tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto la figura del administrador de hecho. Citando nuevamente la STS 714/2014 de 12 de noviembre (RJ 2014\6331), la misma describe al administrador de hecho como *"la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizados por otra persona que figure como o su administrador. La STS. 59/2007 de 26.1 (RJ 2007\1586) , insiste en que en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección"*.

En relación a la doctrina, refiere MARTÍNEZ-BUJÁN que la opinión mayoritaria ha venido aceptando el concepto de administrador de hecho en un sentido material o fáctico, atento a los fines del derecho penal, interpretándolo como aquella persona que administra bienes ajenos, concibiendo el verbo

administrar, como "ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes"⁵¹⁹.

Para VERA RIVERA, el administrador de hecho es aquel que ostenta un título negativo u omisivo respecto el encargo de gestionar y administrar un patrimonio ajeno; frente al administrador de derecho, que, por el contrario, ostenta un título positivo, basado en el nombramiento formal para administrar o gestionar un patrimonio⁵²⁰.

FARALDO CABANA⁵²¹ se decanta por una interpretación amplia del concepto de administrador de hecho, una interpretación desde la esfera penal, dejando de lado aquella interpretación más estricta proveniente de la doctrina mercantil, para la que serán administradores de hecho aquellos cuyo nombramiento es nulo o no ha sido debidamente inscrito en el Registro Mercantil, siempre que estos mantengan una apariencia formal de continuar con sus facultades de administrador. Por ello, para la autora, la configuración de la figura del administrador de hecho desde la esfera penal debe contar con dos datos:

- 1) Que en la propia doctrina mercantil existen discrepancias acerca de la extensión del concepto de administración fáctica, pues de un lado tendremos aquellos para los que la

⁵¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 89.

⁵²⁰ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 445.

⁵²¹ FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, *op. cit.*, p. 54.

administración de hecho se reduce a los casos de defectos formales del nombramiento, cese y revocación con ejercicio de las funciones de administración; y de otro, aquellos casos que pueden ser tratados sin más como una administración de derecho, aún con cautelas dirigidas a la protección de terceros.

2) Que el Derecho Penal goza de autonomía respecto el Derecho Mercantil, por lo que las nociones técnicas provenientes de este orden pueden experimentar cambios una vez se introducen en el ámbito del Derecho Penal. De esta forma, no solamente deberá interpretarse la figura a la luz de las reglas de interpretación y de los fines propios del Derecho Penal, sino que la noción de administrador de hecho debe ser amplia, que no atienda tanto a la relación formal entre el administrador y la sociedad cuando a la relación material fáctica entre el sujeto activo y el bien jurídico.

Así, deberemos optar por una interpretación amplia del término, la cual está en sintonía con la que había sido aceptada por la jurisprudencia en relación al extinto art. 295 CP.

De esta forma, VERA RIVERA concibe al administrador de hecho como posible sujeto activo del delito de administración desleal. Para la autora, el fundamento genérico de la relación entre administrador y titular del patrimonio administrado está en la confianza que el segundo tiene respecto del primero,

por lo que, aun cuando una persona carezca de título jurídico alguno que autorice la administración, se debe entender igualmente que el mismo actúa en todo caso con facultades para administrar un patrimonio, tal como exige el art. 252 CP⁵²². La ley ha querido, aun no existiendo actos positivos que exterioricen la entrega material y formal de la relación jurídica, proteger los intereses involucrados en la relación jurídica, en este caso, los intereses patrimoniales; por lo que aun cuando alguien actúe frente a terceros sin haber asumido formalmente la condición de facultado para administrar, pero no consta reparo alguno del titular del patrimonio, se entenderá que ostenta facultades de administración⁵²³. La equivalencia funcional entre administrador de hecho y de derecho viene corroborado, además, por las prescripciones constantes en los arts. 1888 y ss., del CC, 236.3 del TRLSC y, por lo que establece el art. 31 CP. Toda esta argumentación justifican los supuestos de administración de hecho, puesto que lo importante está en la infracción del deber de custodia patrimonial que debe al titular del patrimonio administrado el administrador, sea este de hecho o de derecho. Se trata, en definitiva, de un ejercicio material de las funciones de administrador como consecuencia de la entrega-recepción de las facultades por parte del titular del patrimonio administrado.

⁵²² VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 446.

⁵²³ *Ibid.*, p. 447-448.

PASTOR MUÑOZ y COCA VILA conciben igualmente al administrador de hecho como sujeto activo del art. 252 CP, puesto que para estos, sujeto activo del art. 252 CP puede ser cualquiera que asuma la gestión del patrimonio ajeno, junto a la posición de garantía que lleva aparejada, no siendo imprescindible un nombramiento formal como administrador, sino que bastará con la asunción material de la posición de garantía, pudiendo ser también sujetos activos cargos intermedios, si estos han asumido dicha posición⁵²⁴.

También RAMOS RUBIO considera al administrador de hecho como sujeto activo del delito, pues aunque su administración no provenga de negocio jurídico, ello no implica que no pueda considerarse autor, puesto que las facultades para administrar patrimonios ajenos sin título alguno está recogidas en el art. 1888 CC y en el art. 31 CP. No obstante, la posibilidad de considerar al administrador de hecho como sujeto activo del delito a través de la aplicación del art. 31 del CP ha sido descartada por otros autores. Así, FARALDO CABANA sostiene -refiriéndose al Informe del CF de 20 de diciembre de 2012- que el art. 31 CP se refiere a la extensión de la responsabilidad penal al administrador de hecho "cuando concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona cuyo nombre o representación obre", por lo que

⁵²⁴ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 113.

solamente será aplicable este precepto, al administrador de hecho de una persona jurídica que desempeñe el cargo de administrador de otra persona jurídica. Para COCA VILA, al art. 252 CP le son aplicables las reglas generales de intervención sin necesidad de acudir al art. 31 CP para imputar el delito al sujeto que actúa en nombre de otro, pues el art. 31 sirve para imputar un delito especial propio a aquel sujeto que no ostenta cualidades necesarias para ser autor idóneo del delito -deber de lealtad específico- pero no desempeña papel alguno en los delitos de posición⁵²⁵.

También GALLEGO SOLER⁵²⁶ considera al administrador de hecho como sujeto activo del delito de administración desleal, si bien el mismo se refiere a los deberes de actuación que la legislación mercantil impone también al administrador de hecho, por lo que entendemos que el autor sitúa a la ley como fuente de la facultad de administración del administrador de hecho.

En este punto, coincidimos con el autor. Si bien es cierto que, como ya he expresado, considero que la nota característica del sujeto activo del delito de administración desleal es la posición de garante que este ocupa -junto con los requisitos que ello comporta- y que lo sitúa con capacidad especial de dañar el bien jurídico protegido, con independencia de que dicha

⁵²⁵ COCA VILA, I. "Administración desleal...", *op. cit.*, p. 446.

⁵²⁶ GALLEGO SOLER, J.I., "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", *op. cit.*, p. 869.

posición provenga de una de las fuentes enumeradas en la descripción típica, no es menos cierto que habrá quienes rechacen la indicada tesis sobre la premisa de que la administración que no provenga de una de las fuentes enumeradas en el tipo no será típica.

Esta tesis puede ser rechazada, pues existen argumentos para conectar la administración de hecho con las fuentes enumeradas en el art. 252 CP.

Así, como bien afirma GALLEGO SOLER, cuando estemos ante una administración de hecho en el seno de una sociedad, podremos afirmar que la misma tiene su origen en la ley. El art. 236.3 del TRLSC dispone:

"3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad".

A su vez, el propio art. 236.1 TRLSC dispone:

"1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al

desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”.

Esto significa no solamente que los administradores de hecho responderán de los daños causados en el ejercicio de su cargo, sino que también ellos deben respetar los deberes inherentes al desempeño de su cargo, lo que significa que también estos vendrán obligados por los deberes de fidelidad y de lealtad que entre otros conforman el deber de salvaguardar el patrimonio que ostenta el sujeto activo del delito del art. 252 CP. Por tanto, a tenor de esta tesis, las facultades para administrar un patrimonio ajeno por parte del administrador de hecho pueden provenir de la ley. Sin embargo, esto haría que, *sensu contrario* a lo que ya he expuesto anteriormente, aceptáramos una interpretación estricta del concepto de administrador de hecho, más propia del derecho mercantil que del derecho penal.

Así, otros autores como BARJA DE QUIROGA⁵²⁷ consideran que la fuente de la facultad de administrar del administrador de hecho no proviene de la ley, sino del negocio jurídico. Para el autor, el negocio jurídico es una declaración de voluntad que se celebra por palabra o por escrito y produce efectos en el orden jurídico, por lo que si el administrador ha aceptado de palabra o por escrito administrar un patrimonio ajeno, entonces el mismo tendrá facultades de administración en virtud de un negocio jurídico válido. El

⁵²⁷ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, pp. 197-198.

administrador de hecho puede haber recibido las facultades para administrar mediante un negocio jurídico, pero esto no exige una plasmación de la voluntad de una determinada forma. Por tanto, la exigencia típica de que el administrador haya recibido sus facultades para administrar un patrimonio ajeno mediante un negocio jurídico, no es óbice para la figura del administrador de hecho, puesto que éste puede recibir sus facultades mediante cualquier acuerdo de voluntades, lo que dará lugar en su caso a un negocio jurídico típico o atípico.

Ambas tesis nos parecen válidas para colmar las exigencias del art. 252 del CP en cuanto a las fuentes de la facultad de administración. Por tanto, en atención a lo expuesto, siempre podremos justificar que la fuente que otorga facultades de administración al administrador provendrá de la ley o de un negocio jurídico.

2.3.- El sujeto activo en las estructuras societarias

Dada la amplitud con la que el art. 252 CP se refiere al sujeto activo, así como al hecho de haber desaparecido de la descripción típica la referencia expresa a estos, debemos nuevamente plantearnos quien será el sujeto activo cuando nos encontremos en el seno de una estructura societaria, en el que en muchas ocasiones nos encontraremos ante órganos colegiados. Estos extremos complican de nuevo la determinación concreta de quién será, en su caso, sujeto activo del delito y, sobre todo, el grado de responsabilidad y participación del mismo. Por esa razón trataremos

brevemente de perfilar la figura del sujeto activo cuando se ejerza una administración conjunta, lo que ocurrirá habitualmente en el ámbito societario.

En primer lugar, debemos señalar que nada obsta para que, aun habiendo sido el delito de administración desleal desplazado de los delitos societarios a los delitos contra el patrimonio, podamos continuar sirviéndonos del concepto de sociedad que prevé el art. 297 CP. Si bien es cierto que el indicado artículo se refiere a los delitos del mismo capítulo, considero que el componente mercantil que pueda tener el delito genérico de administración desleal no debe verse privado del meritado concepto, solamente por el hecho de no radicar en idéntico capítulo del CP.

En la inmensa mayoría de ocasiones, como ya advertía, nos encontraremos con una sociedad de carácter mercantil. Por eso, nuevamente deberemos acudir al TRLSC para determinar, en función del tipo de sociedad mercantil ante el que estemos, el grado y la forma de participación de su/sus administrador/es.

El TRLSC prevé, con carácter preferencial, tres tipos de sociedades: La Sociedad Anónima, la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Comanditaria por Acciones. Con carácter secundario, también prevé la sociedad unipersonal, la sociedad de nueva empresa, la anónima europea y la anónima cotizada. En todas ellas, tal y como recoge el art. 210 del TRLSC, cabe la posibilidad de que nos encontremos ante administraciones que se ejercen por una única persona, por más de una persona que actúen de forma solidaria o

conjunta -mancomunada-, o a un consejo de administración. En estos supuestos, el mayor problema residirá en la forma en que deberá individualizarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes. A tales efectos, de igual forma que anteriormente configuraba la figura del administrador de hecho desde una perspectiva penal, y no mercantil, deberemos conformar el grado de participación y la responsabilidad de las administraciones ejercidas por más de una persona en idéntico sentido, desde una perspectiva penal. Lo contrario implicaría, por ejemplo, que en aplicación del art. 237 TRLSC, todos los miembros del órgano de administración podrían ser penalmente responsables⁵²⁸. Así, como señala HERRERA GUERRERO, no podemos aplicar de forma automática la autoría a las decisiones adoptadas por un órgano colegiado, sino que deberemos individualizar la responsabilidad penal en función del aporte de cada miembro del órgano colegiado, si éste lo ha hecho en grado de autor, inductor, cooperador necesario, cómplice o, incluso, absolver a quienes a tenor de las circunstancias no merezcan reproche penal⁵²⁹. En definitiva, se trata de que cuando sean varios los sujetos encargados de la administración, y se produzca un hecho que, prima facie, pudiera ser constitutivo de administración desleal, deberemos analizar no solamente

⁵²⁸ Concretamente el artículo dispone: "Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél".

⁵²⁹ HERRERA GUERRERO, M., "El sujeto activo en el delito de administración desleal", *op. cit.*, p. 6.

el grado de intervención de cada uno, sino también la forma en que estaba configurada la administración. Por ello, como apunta JUAN SANOJSE, ante una pluralidad de sujetos, deberemos verificar tanto el comportamiento como la situación de cada uno de ellos para con el patrimonio⁵³⁰.

Por su parte, CARDONA TORRES⁵³¹ afirma que cuando estamos ante administraciones solidarias, puede ocurrir que solamente aquél que ha cometido el acto desleal pueda resultar culpable del mismo, pues si éste tenía competencias autónomas en relación al resto de administradores, no deberán responder los demás por el acto autónomo llevado a cabo por el mismo, siempre que estos puedan acreditar el desconocimiento del acto en cuestión. Cuestión diferente es cuando estemos ante administraciones mancomunadas, puesto que todos los administradores deben adoptar las decisiones de común acuerdo, por lo que difícilmente podrán argumentar el desconocimiento del acto concreto de gestión.

Prácticamente lo mismo señala el autor respecto los actos ejecutados por el consejo de administración - art. 210 TRLSC-, a excepción del caso en que la administración se haya llevado a cabo únicamente por el consejero delegado nombrado por el propio consejo de administración con facultades ejecutivas -art. 249 TRLSC-.

⁵³⁰ JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito...*, *op. cit.*, p. 121.

⁵³¹ CARDONA TORRES, J., "El delito societario de administración desleal (supresión del art. 295 del Código Penal), en *Diario La Ley*, N° 8534, 7 de mayo de 2015, p. 5.

COCA VILA⁵³² apunta que en el caso de órganos colegiados, la comisión del delito de administración desleal suele ocurrir mediante la adopción de un acuerdo. Diferenciando los meros acuerdos preparatorios -impunes- de los acuerdos perjudiciales para el patrimonio social, afirma el autor que en el caso de estos últimos habrá -nuevamente- que valorar la contribución de cada socio al acuerdo. Así, desde la perspectiva penal, lo relevante será el significado material del comportamiento del miembro del órgano colegiado, no así la validez mercantil del acuerdo. En tal sentido, para el autor serán responsables penales quienes voten favorablemente al acuerdo o decisión delictiva -con independencia que su voto sea superfluo para el resultado-, quien favorece informalmente al acuerdo -responderá por inducción, cooperación necesaria o complicidad- aún cuando formalmente vote en contra, quienes apoyen la adopción de un acuerdo lesivo y éste no llega a ser adoptado -en grado de tentativa punible-. Por el contrario, no responderán quienes simplemente contribuyan a formar quorum o participen en las deliberaciones del órgano sin fomentar de modo alguno la adopción del acuerdo delictivo⁵³³.

En mi opinión, carece de sentido analizar individualmente las figuras que pueden concurrir en un ámbito societario -socios, apoderados, pactos de sindicación, etc.- puesto que, como ya he sostenido a

⁵³² COCA VILA, I. "Administración desleal...", *op. cit.*, p. 447.

⁵³³ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, *op. cit.*, pp. 443-448.

lo largo del presente capítulo, lo decisivo a efectos de determinación del sujeto activo será que el mismo cuente con facultades para administrar el patrimonio y, por tanto, ocupe una posición de garante, con posibilidad de lesionar desde esta esfera el bien jurídico protegido por el delito. Desde esta perspectiva, será indiferente la calificación o la forma en que se configure esta administración, pues simplemente se tratará de verificar el alcance de las facultades para administrar para, una vez podamos definir estas, calibrar el grado de responsabilidad del autor en función a su forma de participación.

Así, aquel administrador solidario con competencias autónomas de su colega, no deberá responder por los actos llevados a cabo por el mismo, puesto que respecto dichos actos, no tenía facultades para administrar. Sin embargo, sí deberemos analizar el grado y la forma de participación en aquellos casos en los que estemos ante órganos colegiados en los que se precisen intervenciones de cada uno de los miembros, en la forma que sea, para la adopción del acto que posteriormente podrá devenir desleal.

3.- Sujeto pasivo: el titular del patrimonio

A diferencia del sujeto activo, quien como ya se ha señalado anteriormente, deberá reunir una serie de condiciones que permitan situarlo en la indicada posición, la determinación del sujeto pasivo pasará simplemente por determinar quién es el titular del patrimonio administrado.

El bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio, por lo que el sujeto pasivo será aquel que ostente la titularidad de este. Así, refiere VERA RIVERA que en función de la relación jurídica previa entre administrador y el titular del patrimonio administrado, se determinará la persona concreta susceptible de ser sujeto pasivo (y activo) del delito del art. 252 CP⁵³⁴. También CARDONA TORRES⁵³⁵ considera englobado en el nuevo art. 252 CP cualquier persona jurídica o física perjudicada en su patrimonio por la administración desleal sufrida.

Pocos problemas se plantearán cuando nos encontremos ante un patrimonio titularidad de persona física, más allá de algunas situaciones de masas patrimoniales sin titular, como la herencia yacente que señala RAMOS RUBIO, para cuyo tratamiento refiere el autor que deberá acudir a determinadas ficciones (arts. 6.4º y 5º y 7.5 y 6 LEC)⁵³⁶.

No ocurre lo mismo en el ámbito de la persona jurídica.

⁵³⁴ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 432.

⁵³⁵ CARDONA TORRES, J., "El delito societario de administración desleal (supresión del art. 295 del Código Penal)", en *Diario La Ley*, N° 8534, 7 de mayo de 2015, p. 8. Y en el mismo sentido NUÑEZ CASTAÑO, E., "Los delitos patrimoniales de defraudación", en Galán Muñoz, A., Nuñez Castaño, E., (Aut.): *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 83.

⁵³⁶ RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, p. 533

Recordemos que el extinto art. 295 CP recogía en su descripción típica los sujetos pasivos del delito: los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. Ello supuso un intenso debate doctrinal respecto quien constituía el sujeto pasivo en el delito del art. 295 CP. Ciertos autores consideraban sujetos pasivos del art. 295 CP a los propiamente descritos por el mismo, mientras que otros consideraban que el sujeto pasivo era la sociedad. Incluso había quienes consideraban que la sociedad podía incluirse entre "los titulares de los bienes, valores o capital administrado"⁵³⁷. En cualquier caso, y a la luz de la configuración típica del art. 252 CP, en el presente trabajo se sostiene que el titular del patrimonio será la sociedad. Ello es así porque en el plano de las personas jurídicas, ya he expuesto que el bien jurídico protegido será el patrimonio social, por lo que no queda otra opción que entender la sociedad como sujeto pasivo del delito de administración desleal del art. 252 CP⁵³⁸. Así, en el ámbito del Derecho de sociedades, refiere VERA RIVERA que resultan fundamentales los arts. 225 y ss. del TRLSC, en el que se establece el marco de deberes y obligaciones que regirán la relación jurídica entre el órgano de administración y la sociedad, persona jurídica titular del patrimonio administrado. En estos casos, ante un comportamiento de administración desleal, el único sujeto pasivo de la infracción será

⁵³⁷ Las diferentes tesis doctrinales al respecto se desarrollan con mayor profundidad en el Cap. IX del presente trabajo.

⁵³⁸ Vid. Cap. V.

la sociedad individualmente considerada⁵³⁹. Continúa la autora razonando que en este ámbito, los administradores e interventores judiciales, de conformidad a lo establecido en los arts. 630 y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se presentan como específicos de esta fuente del deber, que, dicho sea de paso, se rigen por las disposiciones mercantiles de conformidad al art. 632 de la referida ley, por lo que en estos casos, el sujeto titular o los sujetos titulares de la pretensión que genera la administración judicial o administrativa de los bienes, se constituye en el sujeto pasivo en caso de que se produzca un comportamiento de administración desleal⁵⁴⁰.

No obstante, cuando afirmo que el sujeto pasivo del delito podrá ser la sociedad, me refiero a la sociedad con personalidad jurídica, esto es, aquella que dispone de patrimonio social diferente al de los socios. Sin embargo, existirán algunos casos en los que la sociedad no esté debidamente constituida y carezca de personalidad jurídica, por lo que cabrá preguntarse si, en tales supuestos, igualmente la sociedad podrá ser sujeto pasivo del delito o, por el contrario, al no contar la misma propiamente con patrimonio social, serán los socios que han aportado el patrimonio los sujetos pasivos del delito.

⁵³⁹ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 433.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 433.

Un supuesto dudoso podría ser el de la sociedad en formación. Al efecto, el art. 37 de la TRLSC dispone:

"1. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere.

2. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

3. Salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos".

En este caso, habida cuenta que el propio artículo habla "del patrimonio que tuviere" - en referencia a la sociedad-, todo parece indicar que el sujeto pasivo continuará siendo la sociedad, eso sí, con el patrimonio que tuviere. Sin embargo, fijémonos en que el numeral 1º habla de "los -actos- realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción". Así, teniendo en cuenta que el delito de

administración desleal requiere que el administrador se exceda en las facultades que le han sido asignadas, supuesto diferente al previsto en el art. 37 TRLSC, considero que dicha conducta no tendría encaje en el art. 37 TRLSC, por lo que no estaría obligada la sociedad a responder con el patrimonio que tuviere y, por tanto, no sería ésta el sujeto pasivo del delito de administración desleal.

No obstante, y habida cuenta que serán pocas y escasas las situaciones en las que nos podremos encontrar con un delito de administración desleal cometido en el seno de una sociedad de carácter irregular y/o que no se encuentre debidamente inscrita, debiendo estar al caso concreto para analizar si efectivamente la sociedad dispone de un patrimonio social propio -lo que la situará como sujeto pasivo del delito- o, por el contrario, no dispone de dicho patrimonio, debiéndose determinar en ese caso quien se erigirá como sujeto pasivo del delito en cuestión⁵⁴¹.

En conclusión, cuando el delito de administración desleal se proyecte respecto un patrimonio de titularidad individual, el sujeto pasivo será precisamente el titular de ese patrimonio, que se determinará o bien por las fuentes de las que provenga la administración o bien de la propia relación que establezcan administrador-titular del patrimonio

⁵⁴¹ Al respecto de las sociedades irregulares, RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, p. 533, señala que, al igual que en el caso de masas patrimoniales sin titular, deberemos acudir a determinadas ficciones (arts. 6.4º y 5º y 7.5 y 6 LEC).

administrado, con las escasas excepciones de situaciones especiales como ya se ha señalado. Cuando se proyecte respecto una persona jurídica, el sujeto pasivo será la sociedad, siempre que esta se encuentre debidamente constituida. En casos como los expuestos en líneas anteriores, en los que hemos hablado de sociedades carentes de personalidad jurídica bien por su carácter irregular, bien porque no están debidamente constituidas, sin perjuicio de un exhaustivo examen de las circunstancias concomitantes, la sociedad no será el sujeto pasivo del delito, sino que habremos de estar al tipo de sociedad ante el que nos encontramos y, sobre todo, a los grados de participación que concurren en la misma, ya se trate de personas físicas o jurídicas.

4.- El perjuicio como resultado material del delito

Durante el presente trabajo hemos visto como el delito de administración desleal se configura como un delito de resultado. De igual forma, hemos visto como el bien jurídico protegido en el delito es el patrimonio⁵⁴². Ello evidencia, por tanto, que como la propia descripción típica del art. 252 CP indica, la infracción excesiva del administrador en sus facultades para administrar requerirá de la causación de un perjuicio al patrimonio administrado.

Sin embargo, y como desarrollaremos a lo largo de las siguientes líneas, la discusión principal en cuanto al resultado del delito deberá centrarse en el alcance

⁵⁴² Vid. Cap. IV.V.

del perjuicio que se ocasiona al patrimonio administrado.

Por ello, será del todo imprescindible, en primer lugar, adoptar un concepto de patrimonio, pues *prima facie* deberemos saber qué es aquello que entendemos por patrimonio para, posteriormente, valorar si puede o no ser lesionado y, por tanto, si será, o no, típico el resultado.

Será necesario, a su vez, redefinir tanto el concepto de patrimonio como el concepto de perjuicio en el delito de administración desleal, pues el actual art. 252 abandona, a diferencia de su predecesor, el art. 295, un concepto de perjuicio "económicamente evaluable". La fórmula empleada por el legislador en el articulado anterior generó diversidad de opiniones entre la doctrina, siendo mayoritarias aquellas que sostenían un concepto de patrimonio económico o jurídico-económico -mixto-, estrechando la tipicidad del precepto a un criterio que guardase relación con el principio de saldo⁵⁴³. Esta fórmula, como indicaba, desaparece con el actual art. 252 CP. Por ello, deberemos nuevamente analizar, en primer lugar, el concepto de patrimonio, para posteriormente analizar el alcance del perjuicio al mismo, pues, como señalan PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁵⁴⁴ "el concepto de perjuicio es la otra cara de la moneda del concepto de patrimonio,

⁵⁴³ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 290.

⁵⁴⁴ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 140-141.

pues la concepción de patrimonio que se sostenga condiciona sustancialmente el concepto de perjuicio...".

4.1.- La definición del concepto de patrimonio como antecedente previo a la definición del perjuicio: las teorías sobre el concepto de patrimonio

Como venía señalando anteriormente, para poder establecer el concepto de perjuicio patrimonial asume vital importancia la concepción de patrimonio por la que optemos, pues de esta dependerá el alcance del perjuicio patrimonial.

Históricamente, el desarrollo jurídico-penal del concepto de patrimonio ha estado ligado a la dogmática del delito de estafa⁵⁴⁵. Señala BARJA DE QUIROGA⁵⁴⁶ que el patrimonio debe considerarse en su conjunto, pues cuando se dice que en la administración desleal el objeto de protección es el patrimonio, se está utilizando el término en el mismo sentido que en la estafa.

En este sentido, a lo largo de los años se han ido desarrollando distintas teorías sobre el concepto de patrimonio. En el presente trabajo dividiremos estas teorías en cuatro⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ PASTOR MUÑOZ, N., "La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal", en *InDret*, 4/2016, p. 8.

⁵⁴⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, op. cit., p. 72.

⁵⁴⁷ La gran mayoría de la doctrina suele dividir las teorías en cuatro grupos, si bien algunos autores como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, op. cit., p. 72, las dividen en tres grupos: la concepción jurídica, la concepción

4.1.1.- *La teoría jurídica*

Para la teoría jurídica, el interés protegido por el tipo de estafa es "el derecho patrimonial" o "derecho subjetivo patrimonial"⁵⁴⁸. El patrimonio se entiende como una suma de derechos del titular y no como el resultado de la realización de un "balance" del estado del patrimonio tras el acto de disposición instrumentalizado de la víctima⁵⁴⁹. Como señala BARJA DE QUIROGA⁵⁵⁰, para la teoría jurídica el patrimonio se integra por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona. En tal sentido, lo determinante será comprobar si la persona tiene derecho sobre la cosa y no, por el contrario, el valor económico de la cosa.

Así, el perjuicio se entenderá materializado cuando desaparezca un derecho, sin importar la trascendencia económica, pues lo importante es tan sólo la relación jurídica establecida entre la persona y la

económica y la concepción mixta o jurídico-económica. Señala el autor que a estas habrá de añadirse la concepción personal del patrimonio. En tal sentido, no entendemos por qué el autor no refiere que hay cuatro teorías si a las tres que concibe acaba añadiendo la concepción personal.

⁵⁴⁸ PASTOR MUÑOZ, N., "La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal", en *InDret*, 4/2016, p. 8.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁵⁰ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, op. cit., p. 72. El autor cita a su vez a VALLE MUÑIZ, que habla de "la servilleta donde el autor plasma el verso". Según el autor, las cosas con valor sentimental o de afección, forman parte del patrimonio. Según esta concepción, la lesión o el daño a algún bien carente de valor económico puede considerarse igualmente perjuicio patrimonial.

cosa, la protección de la relación jurídica que vincula a la persona con el bien⁵⁵¹.

La teoría jurídica tiene como principal representante a Binding, quien la configura como la suma de todos los derechos y obligaciones patrimoniales de un sujeto de Derecho. Sin embargo, como apunta SHLACK, el concepto adoptado por Binding es una consecuencia natural de su teoría de las normas y de sus representaciones sobre el derecho penal como un derecho sancionador accesorio respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico, correspondiéndole reafirmar a través de la sanción los preceptos previamente establecidos por otras ramas del Derecho⁵⁵². Binding comprende el patrimonio como un inventario de todos los elementos que lo integran y no como una unidad de valor, por lo que no estará permitido realizar una abstracción de los derechos patrimoniales individualmente considerados⁵⁵³. Resulta muy importante, porque posteriormente abordaremos el tema, el hecho de que la teoría jurídica considere que los negocios cuyo objeto o causa es ilícita deberán ser excluidos del patrimonio, puesto que en ellos no puede apreciarse un derecho subjetivo amparado por las prescripciones del derecho civil.

⁵⁵¹ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 291.

⁵⁵² SCHLACK MUÑOZ, A., "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, n°2, 2008, p. 263.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 263.

Respecto el concepto de perjuicio en la teoría jurídica, señala SCHLACK⁵⁵⁴ que según BINDING el perjuicio debe serlo en un sentido jurídico, referido a la lesión de derechos subjetivos, de modo que no puede el derecho penal admitir perjuicio patrimonial alguno donde el derecho civil lo niega. El concepto jurídico podrá coincidir con el concepto económico de perjuicio, si bien ello no es necesario. Hablamos pues de un concepto formal de perjuicio, que se materializará mediante la pérdida de un derecho patrimonial subjetivo o su modificación de forma contraria a las previsiones permitidas por el ordenamiento. A resultas de lo anterior, será indiferente si la pérdida o modificación del derecho subjetivo tiene o no una significación económica, ya que el perjuicio se concibe en términos exclusivamente formales como desaparición de un derecho con independencia de la trascendencia económica, en la medida en que lo importante es tan sólo la relación jurídica establecida entre la persona y la cosa, la protección de la relación jurídica que vincula a la persona con el bien⁵⁵⁵.

Afirma SCHLACK⁵⁵⁶ que para la teoría jurídica no podrá considerarse perjuicio patrimonial los supuestos de puesta en peligro del patrimonio, sea un peligro concreto o abstracto. La razón es que según BINDING, la puesta en peligro del patrimonio deja intacta la

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 265.

⁵⁵⁵ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal.....*, *op. cit.*, p. 292-293.

⁵⁵⁶ SCHLACK MUÑOZ, A., "El concepto de patrimonio...", *op. cit.*, p. 269.

situación jurídica, por lo cual no implica un perjuicio.

Entre las críticas a la teoría jurídica del patrimonio, señalo a HUERTA TOCILDO⁵⁵⁷, quien considera que es un concepto muy restringido, ya que en el tráfico jurídico intervienen bienes de gran valor económico que pueden no estar jurídicamente concretados y cuya no protección supondría una laguna inadmisibles. BAJO⁵⁵⁸ apunta que esta concepción excluye las expectativas de derecho, como por ejemplo la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil. También critican ambos autores que como no resulta imprescindible que el bien tenga valor económico, será el sujeto pasivo el que decida si existe o no perjuicio sobre ese bien⁵⁵⁹. En prácticamente idéntico sentido se pronuncia VERA RIVERA⁵⁶⁰, para quien la teoría jurídica resultaba ser excesivamente formal y de poca trascendencia real, ello en base a la inutilidad del concepto; si lesión patrimonial es la lesión de derechos subjetivos, no era necesario la valoración de la misma en dinero, por lo que podría suponer pérdida patrimonial cuando el objeto de la acción sea uno sin valor económico, lo que suponía la dificultad de valorar adecuadamente y con facilidad la gravedad de las infracciones

⁵⁵⁷ HUERTA TOCILDO, S., citado en BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, op. cit., p. 73.

⁵⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., citado en BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, op. cit., p. 73.

⁵⁵⁹ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, op. cit., p. 73.

⁵⁶⁰ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal.....*, op. cit., p. 292-293.

patrimoniales. Por su parte, apunta PASTOR que "no sin motivo se le objetó a BINDING que, con su definición del patrimonio en términos jurídico-formales, convertía a la estafa en un delito contra la propiedad, pues su visión impedía determinar el perjuicio mediante la realización de un balance económico tras el acto de disposición, siendo el criterio decisivo el de si el titular había obtenido, a cambio de la entrega de su derecho, lo que se correspondía con su pretensión jurídica en la relación con el autor"⁵⁶¹.

Para finalizar con esta teoría, resulta interesante citar la STS 44/2003 de 28 de marzo (RJ 2003\2690), que señala la problemática que puede plantear la teoría jurídica:

"Por último, y como muy bien apunta el Ministerio Fiscal, al negarse el perjuicio se está incurriendo en un evidente sofisma, manejando un concepto de patrimonio no económico, sino jurídico, lo que llevaría a afirmar que nunca hay perjuicio ni delito de apropiación indebida porque siempre surgiría una acción para reclamar el importe de lo apropiado, con lo que la salida del dinero del patrimonio se vería compensada por el ingreso en el mismo de la acción civil que nacería para reclamar ese importe. Baste aquí apuntar que el pago de la deuda preexistente fue puramente ficticio como demuestra la falsedad del recibo. La deuda sigue existiendo y con esos pagos sólo se habría

⁵⁶¹ PASTOR MUÑOZ, N., "La construcción del perjuicio...", op. cit., p. 8.

procedido a la «apariencia» de su abono, pero no se habría abonado realmente. Por tanto, existe perjuicio económico y delito de apropiación indebida”.

4.1.2.- La teoría económica

La teoría económica surge como respuesta a la tesis planteada por la teoría jurídica. Señala SCHLACK⁵⁶² que para autores como Dreher y Tröndle, el patrimonio representa la suma de los bienes con valor dinerario de una persona, mientras que para Krey, por su parte, se concibe el patrimonio como la totalidad de los bienes pertenecientes a una persona, sin que sea relevante el que dichos bienes le pertenezcan conforme a derecho o tengan reconocimiento jurídico. En este sentido, en Alemania se abandona el *Additionsbegriff* de BINDING (patrimonio como suma de derechos y deberes) para adoptar el *Wertsummenbegriff* (fruto de un balance del valor global del patrimonio)⁵⁶³. Para la teoría económica, el patrimonio estará integrado por el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables, todas las posiciones de significación económica y únicamente aquellas, por lo que formarán parte del patrimonio la totalidad de bienes valorables en dinero de una persona, sin “funcionalizarse” en relación a su naturaleza jurídica o a su positivización mediante norma⁵⁶⁴. Según VIVES, la teoría económica

⁵⁶² SCHLACK MUÑOZ, A., “El concepto de patrimonio...”, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁶³ PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción del perjuicio...”, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶⁴ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 292-293.

atiende al poder fáctico del sujeto y al valor económico de los bienes o situaciones, de ahí que el patrimonio se integre solamente por bienes con valor económico, no por derechos⁵⁶⁵. De esta forma desaparece la subjetivación del concepto de patrimonio, pues al requerirse que el bien sea cuantificable económicamente, se objetiva la existencia o no de perjuicio⁵⁶⁶.

Al contrario que la teoría jurídica, donde no tienen cabida aquellos negocios cuyo origen o causa sea ilícita, para la teoría económica formarán parte del patrimonio todo bien dotado de valor económico independientemente de su origen en un derecho o de que sea posible su reconocimiento jurídico; pues como señalan VIVES y ONECA, se pueden incluir las expectativas ilícitas, así como posesiones patrimoniales ilegítimas⁵⁶⁷, además de admitir la posibilidad de compensación del daño patrimonial y del lucro cesante a través de medidas económico-objetivas⁵⁶⁸.

Como apunta SCHLACK⁵⁶⁹, la teoría económica recoge también, como integrante del patrimonio, las

⁵⁶⁵ VIVES ANTÓN, T., citado en BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶⁶ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶⁷ VIVES ANTON, T; y ANTÓN ONECA, J., citados en BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶⁸ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal.....*, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁶⁹ SCHLACK MUÑOZ, A., "El concepto de patrimonio...", *op. cit.*, p. 272.

expectativas, aun cuando no se encuentren contenidas bajo la forma de un derecho subjetivo, si bien se advierte en todos los autores que adhieren a la teoría económica un esfuerzo por establecer algunas distinciones en cuanto a la extensión de la protección que debe otorgársele a las expectativas, rechazándose las expectativas generales e indeterminadas y las meras esperanzas como parte integrante del patrimonio.

En cuanto a la causación del perjuicio, la teoría económica destaca por el conocido "principio de saldo", lo que significa que el perjuicio se afirma por la constatación de la disminución del saldo contable relativa al patrimonio considerado este en su conjunto.

El patrimonio deberá ser entendido como una unidad de valor, verificando si existe una diferencia negativa entre el valor del patrimonio antes y después de la disposición patrimonio -hablamos de la estafa-. En este sentido, la estafa no protege el patrimonio ante la pérdida de uno o más de sus elementos particulares en cuanto tales, como es el caso de la teoría jurídica, sino frente a la disminución del valor económico del patrimonio como un todo⁵⁷⁰.

La teoría económica pone asimismo especial énfasis en observar el principio de compensación, en lo que al ámbito de los negocios bilaterales se refiere. Bajo este punto de vista, la pérdida de un elemento patrimonial conduce a un perjuicio solo cuando no

⁵⁷⁰ SCHLACK MUÑOZ, A., "El concepto de patrimonio...", *op. cit.*, p. 274.

resulte compensada por la entrada en el patrimonio de una posición de valor económico equivalente⁵⁷¹.

4.1.3.- La teoría mixta

Nacida de la necesidad de conciliar la teoría jurídica con la teoría económica, para la teoría mixta el patrimonio estará integrado por bienes valorables económicamente pero, al tiempo, se establecerán restricciones de carácter jurídico, siendo necesario que la posesión de dichos bienes revista apariencia jurídica⁵⁷², no siendo contrarios al ordenamiento jurídico. Sólo podrán ser objetos patrimoniales aquellas relaciones establecidas por el ordenamiento jurídico susceptibles de ser consideradas objeto de una transacción económica⁵⁷³. El sujeto patrimonial será entonces aquel que ostente el poder de disposición sobre los bienes, que consistirá en el ejercicio de un derecho respecto de un bien. Por tanto, como afirma VERA RIVERA⁵⁷⁴, la teoría mixta limita la protección a los bienes que sean susceptibles de ser económicamente evaluables -teoría jurídica- y, restringe la protección a aquellos bienes que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica -teoría económica-.

En lo que respecta al contenido del patrimonio, afirma VERA RIVERA que el patrimonio en su totalidad no

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 274.

⁵⁷² BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁵⁷³ VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal.....*, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 296.

constituye el objeto del derecho subjetivo, sino cada uno de los elementos patrimoniales que lo componen⁵⁷⁵. De esta forma, tendremos de un lado el activo, donde se incluirán los bienes y derechos que ostenta la persona, y el pasivo, donde se incluirán las deudas u obligaciones que debe cumplir, debiéndose integrar en el activo o en el pasivo, según corresponda, las cosas, bienes, derechos u obligaciones futuras⁵⁷⁶.

En opinión de VERA RIVERA "se entiende que no haya prosperado en el ámbito del Derecho Penal de manera exclusiva, ni el concepto jurídico ni el concepto económico de patrimonio, porque constituyen fundamentaciones parciales que dejan de lado la verdadera naturaleza y funciones del patrimonio. Es correcto, por tanto, afirmar que el patrimonio constituye la totalidad de los bienes económicamente transables que pertenecen a una persona, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico, que revistan una apariencia jurídica de no contrariedad con el ordenamiento jurídico".

En cuanto al momento de constatar el elemento del perjuicio patrimonial, afirma SCHLACK que las tesis mixtas atienden a la consideración económica del patrimonio como una suma de valor y no como una mera acumulación de sus elementos integrantes, por lo que resultará aplicable el principio de compensación, negándose consecuentemente el perjuicio patrimonial toda vez que, por ingresar un elemento de valor al

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 300.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 300.

menos igual a la disposición patrimonial realizada, el saldo total del patrimonio no se vea menoscabado⁵⁷⁷.

Si bien es cierto que en la jurisprudencia se ha optado, a la hora de interpretar el concepto de patrimonio en el extinto art. 295 CP, y con carácter alterno, por conceptos económicos o mixtos de patrimonio -jurídico en mucha menor medida-, la teoría mixta ha sido la de mayor calado en el seno del Tribunal Supremo. Así, a modo de ejemplo, se cita la STS 91/2010 de 1 de febrero (RJ 2010\3278):

"Hemos dicho en , que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783) , «el juicio sobre el daño

⁵⁷⁷ SCHLACK MUÑOZ, A., "El concepto de patrimonio...", *op. cit.*, p. 285.

debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1897) , refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida”.

4.1.4.- La teoría personal o funcionalista

Para la teoría personal o funcionalista, el concepto de patrimonio vendrá determinado por las finalidades económicas que el sujeto pretende otorgar a los bienes. De esta forma, como apunta BARJA DE QUIROGA, la protección total de la personalidad sólo puede conseguirse mediante la protección, no del valor monetario, sino del valor de uso de las cosas⁵⁷⁸. La lesión no se produce en los bienes, sino en la persona titular de los mismos y, por ello, los fines del sujeto son esenciales y deben ser considerados en la determinación del daño. De ahí que lo determinante sea la frustración del fin, ya que al definir el patrimonio como medio para la realización de los fines personales de la víctima, lo determinante de si hay o no perjuicio lo constituye la estructura de fines de ésta, y no la valoración (externa) de mercado –en ese sentido, la atribución de sentido perjudicial al acto de disposición no depende del valor del objeto sobre el que recae la disposición, sino de si dicha modificación

⁵⁷⁸ BARJA DE QUIROGA, J., La reforma de los delitos económicos..., *op. cit.*, pp. 75-76.

es beneficiosa o perjudicial según la estructura de fines del titular del patrimonio⁵⁷⁹.

Para VERA RIVERA, el concepto de patrimonio según la teoría personal o funcional no es propiamente la suma de bienes, sino que su fundamento se encuentra en la relación de dominio de una persona respecto de determinados bienes⁵⁸⁰. La función del patrimonio tendría como fundamento el desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad.

El criterio funcional o personal de patrimonio ha sido igualmente acogido por nuestra jurisprudencia. Por su excelente síntesis jurisprudencial se cita la STS 166/2013 de 16 de marzo (RJ 2013\2943):

"A estos efectos, la jurisprudencia ha aceptado una idea de patrimonio que supera los límites del concepto jurídico o económico del mismo para tener en cuenta también la finalidad patrimonial del titular en relación con la operación analizada. En la STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783) (Caso de la colza), se argumentaba que "... en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en

⁵⁷⁹ PASTOR MUÑOZ, N., "La construcción del perjuicio...", *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸⁰ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, p. 296. Al respecto, la autora ejemplifica el argumento de la siguiente manera: con la sustracción de un objeto ajeno, no se lesiona la propiedad, derecho que respecto del concreto bien sustraído se sigue conservando, sino las facultades o poderes de disposición que sobre el objeto se ostenta y que dan contenido al (ejercicio del) derecho.

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. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa, la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial". Criterio que ha sido seguido en la STS nº 195/1996 (RJ 1996, 1954) , en la que se decía que " El moderno concepto del patrimonio estructurado desde una perspectiva objetiva, individual, permite estimar en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular ", y del mismo modo en la STS nº 91/2010 (RJ 2010, 3278) , en la que se recoge que "... lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada ".

Cuestión distinta es que, a efectos de la indemnización pertinente, los compradores hayan preferido mantener la propiedad de lo adquirido, aceptando implícitamente los riesgos de una eventual actuación administrativa, frente a una cuestionable expectativa de recuperar el dinero entregado, sin que

se haya obtenido una indemnización por otros perjuicios que la sentencia entiende no suficientemente justificados”.

Expuestas las anteriores tesis, en las siguientes páginas desarrollaré los motivos por los cuales considero que el concepto de patrimonio protegido en el artículo 252 CP es el mixto, sin perjuicio de que bajo determinados requisitos, puedan igualmente protegerse intereses personales o funcionailstas.

4.2.- El alcance del perjuicio patrimonial en el art. 252 CP

Al principio del presente epígrafe decía que el perjuicio era la otra cara de la moneda del patrimonio, por lo que deberemos configurar este último para definir a su vez el primero.

Como he puesto ya de manifiesto, el actual art. 252 CP abandona la fórmula del perjuicio “económicamente evaluable” de su antecesor, el art. 295 CP. El abandono de dicha formulación tiene, a nuestro juicio, una trascendencia de suma importancia a la hora de aceptar tanto un concepto de patrimonio como el alcance del perjuicio que se causa al patrimonio administrado. A este punto volveremos en las siguientes líneas.

Para determinar el alcance del perjuicio -y por ende la configuración del patrimonio- debemos

necesariamente referirnos, de nuevo, a la tramitación parlamentaria que desembocó en la LO 1/2015⁵⁸¹.

La EdM del Anteproyecto de 2012 preveía, en cuanto al perjuicio patrimonial que *"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 incluyen, 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"*.

En primer lugar, podemos observar como el legislador pretendía superar el concepto de perjuicio "económicamente evaluable" del anterior art. 295 CP. De esta forma, consideraba no solamente perjudicial la disminución del patrimonio, sino también su no incremento. Asimismo, también entendía la puesta en

⁵⁸¹ En mayor profundidad Vid. Cap. III y IV del presente trabajo.

peligro del patrimonio como una causa de perjuicio. Ello suponía, *prima facie*, una considerable ampliación del concepto de perjuicio respecto los límites fijados en el extinto art. 295 CP.

El primero en mostrarse crítico con la decisión del legislador fue el CF en su Informe al Anteproyecto⁵⁸². Para dicho órgano, el alcance del perjuicio expuesto en la EdM no casaba con el texto dado al artículo 252 CP tal y como venía redactado en su momento, sino que se trataba de una interpretación del perjuicio surgida en los tribunales alemanes, duramente criticada por sectores cualificados de la doctrina alemana y que, a diferencia de lo que ocurre en España, surgía de la necesidad de una previsión expresa en el tipo para poder castigar la tentativa -en Alemania-. Dado que dicha previsión expresa no existe en el § 266 alemán, por lo que no cabe la tentativa de administración desleal, el perjuicio se ha ido interpretando de forma expansiva de tal suerte que, a pesar de estar previsto como un tipo de resultado, tal interpretación expansiva supone acercar el § 266 alemán a un tipo de peligro concreto⁵⁸³. El propio Consejo sugería al legislador distinguir entre aquellos supuestos en que un negocio de riesgo devenía en un resultado lesivo, de aquellos supuestos en que se considera menoscabado el patrimonio por el simple hecho de poner en peligro el patrimonio. De ahí que

⁵⁸² FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 8 de enero de 2013.

⁵⁸³ JUAN SANJOSÉ, R.J., La nueva configuración del delito..., *op. cit.*, p. 140.

recomendase al legislador atender a un criterio objetivo-individual de daño conforme al cual se considerase dañoso el acto que, aun no produciendo una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las adquiridas, comprometiese la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obligase a reducciones en las prestaciones a que estaba vinculada.

Posteriormente, la EdM del Proyecto de 2013 siguió mínimamente la crítica del CF, toda vez que eliminó en su texto la referencia al perjuicio. Sin embargo, continuó con un concepto excesivamente amplio de perjuicio en el que, de nuevo, incluía los fines personales, pues el mismo afirmaba que *"lo importante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a los que el mismo está orientado"*. Por tanto, el legislador pretendía, para el art. 252 CP, un concepto de patrimonio que no solamente fuera económico, sino que también atendiese a los fines personales, por lo que no solamente se causaba un perjuicio al mismo cuando se produjese una reducción o falta de incremento del mismo, sino también cuando el sujeto activo actuaba sin autorización o de forma contraria a los intereses administrados, frustrando el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los titulares de tales bienes o del patrimonio⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ La EdM señala extensos ejemplos de causación de perjuicio. En cuanto a la reducción o falta de incremento del mismo, señala como ejemplo el administrador que sin autorización o de forma contraria al interés administrado, deja prescribir los créditos. En cuanto a la frustración del fin perseguido, señala la adquisición de bienes

Por tanto, el legislador reafirmaba, una vez más, un concepto de patrimonio que, además de tener un sentido económico, atendiese también a la frustración del fin perseguido, entendiéndose por tanto una concepción personal del patrimonio. De ahí, que el perjuicio alcanzase no solamente las reducciones patrimoniales o su falta de incremento -esta última igualmente introducida novedosamente-, sino también aquellas actuaciones que pudieran frustrar los fines para los que el administrador había asumido sus facultades.

Finalmente, el texto definitivo aprobado por la LO 1/2015 eliminó el texto que hacía referencia al perjuicio, por lo que a diferencia del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de 2013, nada dice el legislador en cuanto a la interpretación que debe hacerse del perjuicio -y por ende, a la concepción del patrimonio-, así como tampoco de por qué ha sido directamente suprimido el texto anterior. Lo único que sí confirmó el texto de la LO 1/2015 es que definitivamente se abandonaba el concepto de "perjuicio económicamente evaluable".

JUAN SANJOSÉ plantea la idea de si debemos admitir solamente un concepto de patrimonio estrictamente económico o, por el contrario, y a pesar de que el legislador nada diga al respecto, debemos

que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; los préstamos no autorizados a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal o la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado.

optar por ampliar el concepto de patrimonio adoptando en tal sentido un concepto personal del mismo en el que tenga cabida, por lo tanto, las acciones que frustren el fin perseguido por el administrado a la hora de ceder su ámbito de dominio sobre el patrimonio a favor del agente administrador⁵⁸⁵.

MARTÍNEZ-BUJÁN sostiene rotundamente que el art. 252 CP acoge un concepto económico de patrimonio, concebido según el criterio de saldo global, aunque la EdM del Proyecto de 2013 dijese que el concepto de patrimonio debía atender a los fines personales a los que el mismo estaba orientado, y a pesar de que *lege ferenda* tal concepto personal o funcional pudiese ser más adecuado⁵⁸⁶. Critica el autor el hecho de que tal concepto amplio de perjuicio no se deduce del texto normativo, ya que finalmente el texto solamente hace referencia a un "perjuicio al patrimonio administrado". Además, a mayor abundamiento, alude el autor al tipo atenuado previsto en el art. 252.2, que prevé el delito leve de administración desleal, señalando que al establecer este la cuantía de 400 euros para el tipo atenuado, debemos atender a un criterio económico de patrimonio, pues es el propio legislador el que cuantifica económicamente el perjuicio para diferencias entre tipo básico y tipo atenuado⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito...*, op. cit., p. 141.

⁵⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 17. No obstante, el autor habla solamente de concepto económico, por lo que entendemos que no concibe un concepto económico-jurídico de patrimonio.

⁵⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", op. cit., p. 540.

La cuestión planteada por el autor me resulta muy interesante, ya que el hecho de que el tipo atenuado fije económicamente la cantidad para, precisamente, diferenciarlo de su tipo básico, implica, de facto, que el patrimonio debe ser entendido bajo un concepto económico, cuantificable. Ello supone, a priori, continuar con la estela seguida por su antecesor, en el sentido de considerar el patrimonio desde la teoría económica o desde la teoría mixta -pues no hay problema en admitir ambas- ya que el hecho de que el tipo se refiera únicamente al "perjuicio al patrimonio administrado", que el tipo atenuado fije la cuantía en 400 euros, y que el legislador nada diga sobre el concepto de patrimonio adoptado -cosa que sí hacía en el Anteproyecto de 2012 y 2013-, permite suponer que el concepto de patrimonio protegido en el art. 252 CP es un concepto económico o también mixto.

Si bien es cierto que no podemos asumir la *voluntas legislatoris* como elemento interpretativo del alcance del perjuicio, toda vez que como ya se ha expuesto, la definición de este fue totalmente eliminada del texto definitivo, sí puede servirnos para hacernos una idea de cuál era el alcance del perjuicio que se pretendía -igual que nos servirá, sensu contrario, el hecho de que el legislador lo omitiera del texto definitivo-. Es en este punto donde, a mi juicio, aparece una reflexión no advertida por la doctrina -al menos hasta donde ha podido advertir quien redacta estas líneas- y que serviría como argumento para descartar que el perjuicio previsto por el art.

252 CP incluya la frustración del fin perseguido -o un concepto funcional/personal del patrimonio-.

Ya se ha expuesto repetidamente el contenido de los textos relativos al Anteproyecto de 2012 así como al Proyecto de 2013, en los que se incluía la frustración del fin perseguido como acto de perjuicio. La redacción típica incluida en ambos textos incluía dos tipos de administración desleal: en el ordinal 1 se incluía el denominado tipo de abuso, mientras que el ordinal 2 se incluía el llamado tipo de infidelidad -que finalmente desaparece del texto definitivo-. Lo importante de lo señalado hasta ahora radica en el hecho de que en el denominado tipo de abuso, el legislador se refería a la causación de un perjuicio "al patrimonio administrado", mientras que en el tipo de infidelidad, el legislador se refería a la causación de un perjuicio a "aquel cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar". Esta distinción nos resulta de suma importancia. Recordemos, que en el concepto personal de patrimonio la lesión no se produce sobre los bienes, sino respecto la persona titular de los mismos⁵⁸⁸. Si tenemos en cuenta la literalidad de la afirmación -decimos literalidad porque más adelante matizaremos este concepto-, nos encontramos con que el tipo de abuso previsto tanto en el Anteproyecto de 2012 como en el Proyecto de 2013 acogía un concepto económico -o mixto- de patrimonio, mientras que el tipo de infidelidad previsto tanto en Anteproyecto de 2012 como en el Proyecto de 2013 permitía acoger un concepto

⁵⁸⁸ BARJA DE QUIROGA, J., La reforma de los delitos económicos..., *op. cit.*, pp. 75-76.

personal de patrimonio, pues el mismo se refería a la causación de un perjuicio a "aquel cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar".

Como decía, es cierto que no podemos tomar la voluntad del legislador como parámetro interpretativo a la hora de señalar el alcance del perjuicio en la administración desleal, por las razones ya expuestas, pero si la misma es analizada en la forma en que se acaba de hacer, llegamos a la conclusión de que el art. 252 CP no permite acoger -al menos en sentido estricto- un concepto personal de patrimonio, pues el tipo exige que se cause un "perjuicio al patrimonio administrado" y no, por el contrario, al titular del patrimonio administrado -como sí preveía el art. 295 CP así como el tipo de infidelidad previsto en el Anteproyecto de 2012 y el Proyecto de 2013-⁵⁸⁹.

Continuando con el argumento sostenido por MARTÍNEZ-BUJÁN, el hecho de que el art. 252.2 del Código Penal prevea el tipo atenuado y fije una cuantía de 400 euros para diferenciar el tipo atenuado del tipo ordinario, nos hace pensar que finalmente el legislador quiso evitar la polémica suscitada durante la tramitación parlamentaria para, de nuevo, adoptar un concepto económico de patrimonio. Bien podría decirse que el hecho de que se prevea el tipo atenuado

⁵⁸⁹ BOCG (Congreso de los Diputados) de 15 de enero de 2007: Proyecto de Ley Orgánica 121/000119, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el cual se refería al perjuicio ocasionado a sujetos concretos, señalando el mismo que podía ocasionarse "a su principal si se tratare de persona física o a los socios si se tratare de una sociedad o bien, en éste último caso, a los depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare".

fijándose una cuantía determinada tiene como única función la de establecer un criterio diferenciador entre los delitos y los delitos leves a través de la cuantía, puesto que dicho límite se establece en numerosos otros preceptos, o incluso que dicha cuantía se fija a los efectos de diferenciar la gravedad del ilícito, mas el hecho de que el legislador no haya realizado ninguna referencia el perjuicio en el texto de 2015, así como el hecho de que tampoco la descripción típica del precepto incluya expresiones claramente identificativas de un concepto amplio de patrimonio, nos hacen a priori suponer que la jurisprudencia finalmente se decantará por adoptar un concepto económico -o mixto- de patrimonio, en contraposición al concepto amplio del que venimos hablando y que se integraría también, entre otras, por la frustración del fin perseguido.

Entiendo que RAMOS⁵⁹⁰ prevé para el art. 252 CP un concepto económico de patrimonio, pues el mismo, a la hora de hablar del texto del preámbulo y, sobre todo, de los ejemplos que se exponen en el mismo, considera que en atención a ello lo más razonable será distinguir aquellos supuestos de creación de un riesgo objetivo determinante de un perjuicio con una eficacia potencial medible, cuya incidencia patrimonial deberá evaluarse acudiendo a determinados parámetros económicos comúnmente aceptados - como ratio de solvencia o capacidad de hacer frente al pago de deudas en un momento dado- de aquellos otros en que el riesgo no

⁵⁹⁰ RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, p. 537.

haya llegado a concretarse en ningún perjuicio objetivo ni pueda equipararse al mismo.

Por su parte, GILI se muestra cauteloso ante la posibilidad de que finalmente se acoja un concepto personal de patrimonio, dado que esto provocará una clara ampliación del tipo. Además, muy acertadamente señala que el acogimiento de un concepto personal o funcional del perjuicio puede producir una simplificación de la estructura típica de la administración desleal, pues en este caso se fundirán en uno solo dos de sus criterios, la infracción del deber de salvaguarda patrimonial y el perjuicio, en la medida en que el perjuicio puede estimarse concurrente siempre que se disponga del patrimonio de forma contraria a deber, lo que generará que la tipicidad de la administración desleal se vea notablemente ampliada⁵⁹¹. También se refiere el autor a la consideración del peligro como perjuicio, que auspiciaría una concepción como la expuesta, y que implicaría situar en el ámbito del derecho penal cualquier decisión empresarial que rebase la *business judgment rule* -art. 226 TRLSC-⁵⁹².

De nuevo, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que sería idóneo que el legislador hubiera optado, tal y como ya puso de manifiesto el Informe del CF, un criterio individual-objetivo de daño, mediante el cual se considerase también dañoso el acto que, aunque no

⁵⁹¹ GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica", *op. cit.*, p. 777.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 777.

produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartidas las cosas adquiridas, se comprometiese la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obligase a reducciones en las prestaciones a las que esta estuviera vinculada, aunque ello provocaría un notable ensanchamiento en la esfera de aplicación del delito, pues el resultado se producirá con independencia de la causación de un efectivo perjuicio patrimonial económicamente evaluable⁵⁹³.

Por su parte, VERA RIVERA⁵⁹⁴ acoge para el art. 252 CP un concepto mixto de patrimonio. Para la autora, el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio está en la necesidad de salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables que pertenecen a una persona, siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico o que al menos, revistan una apariencia jurídica de no contrariedad con el ordenamiento jurídico, de acuerdo con la postura mixta o jurídico-económica de patrimonio. En tal sentido, VERA RIVERA niega que el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio sea la de garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica, ya que este se encuentra en tal grado de abstracción que imposibilita un adecuado entendimiento de lo que sucede. La garantía de la libertad de disposición económica requiere de una

⁵⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente...", *op. cit.*, p. 542

⁵⁹⁴ VERA RIVERA, M.C., El delito de administración desleal....., *op. cit.*, pp. 306-310.

cierta determinación, la cual se expresa en los fundamentos que la teoría económica jurídica del patrimonio ha establecido: salvaguardar la integridad de los bienes económicamente transables siempre que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que, el legislador penal ha querido salvaguardar el poder de disposición o lo que es lo mismo, la garantía de la libertad personal de disposición económica, mediante la protección de los bienes económicamente transables que integran el patrimonio y que se encuentren protegidos por el derecho. Por tanto, el sujeto patrimonial será entonces aquel que ostente el poder de disposición sobre los bienes, y que consistirá en el ejercicio de un derecho respecto de un bien o un conjunto de bienes. La posición acogida por la autora, como la misma señala, limita la protección a los bienes que sean susceptibles de ser económicamente evaluables -teoría jurídica- y restringe la protección a aquellos bienes que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica -teoría económica-. En los casos en los que se precise observar las necesidades y finalidades del titular del patrimonio respecto del bien, se deberá incorporar al análisis típico esta cuestión.

PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁵⁹⁵ parten de un concepto jurídico-económico de patrimonio, si bien los autores señalan que éste deberá ser matizado. En primer lugar, para los autores no forman parte del patrimonio solamente los bienes y derechos del titular, sino

⁵⁹⁵ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 154.

también las expectativas que se apoyan en un derecho subjetivo patrimonial así como las expectativas de ganancia inmediatas con derecho de exclusión -por ejemplo, la expectativa que surge en virtud de la oferta-. En segundo lugar, cuando los bienes se introducen en el seno de un negocio ilícito, desaparece su reconocimiento jurídico, por lo que dichos bienes no formarán parte del patrimonio. En tercer lugar, en los casos de administración desleal, puede tener relevancia una dimensión personal del patrimonio en la medida en que ésta haya sido introducida de forma inequívoca en la configuración de la relación interna autor-víctima; si ello es así, la frustración del fin definido por el titular del patrimonio puede ser constitutiva de perjuicio típicamente relevante.

Los autores analizan la fórmula mediante la cual se deberá determinar el perjuicio. Frente a la generalizada afirmación de que la determinación del perjuicio se ha de llevar a cabo mediante la comparación del patrimonio antes y después del acto en cuestión, ciertos autores modifican este planteamiento. Señalan los autores a KINDHAUSER⁵⁹⁶, quien propone la determinación del perjuicio comparando la situación real del patrimonio tras la acción -u omisión- del autor, con la situación en que tal patrimonio debería encontrarse en caso de que el autor hubiera actuado conforme a deber. Por tanto, se propone una comparación entre la situación real del patrimonio tras la conducta del autor y la situación hipotética en que éste se

⁵⁹⁶ KINDHAUSER, U., citado en PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 155.

habría encontrado en caso de que el autor hubiera actuado conforme a deber. Así, KINDHAUSER introduce en la determinación del perjuicio los parámetros de valoración provenientes de la relación interna autor-víctima, pues, al considerar criterio de referencia "la situación en que debería encontrarse el patrimonio en caso de actuación conforme a deber" del autor, deja fuera del perjuicio disminuciones patrimoniales permitidas por la relación interna autor-víctima. Si bien consideran los autores la fórmula propuesta por KINDHAUSER más idónea para determinar el alcance del perjuicio, no yerran los autores en afirmar que lo importante no es la fórmula que se utilice para ello, sino determinar con carácter ex ante el concepto de patrimonio que se adopta, pues es desde este punto de partida desde donde podremos conocer el alcance que posteriormente podrá tener el perjuicio, pues aquellos sujetos que dejen fuera del patrimonio las expectativas de ganancia, deberán negar el carácter perjudicial de la conducta del administrador que no realiza dichas expectativas⁵⁹⁷.

Preocupa a los autores la determinación de la situación patrimonial anterior y posterior a la conducta del sujeto. Decimos que preocupa, porque los autores conciben un concepto de patrimonio que incluya las expectativas fundadas en un derecho subjetivo patrimonial o reforzadas por un derecho de exclusión, que rechace las pretensiones ilícitas basadas igualmente en un negocio ilícito, y que, eventualmente, puedan considerarse los factores personas, los cuales

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 155.

deberán haber sido debidamente introducidos de forma vinculante en la relación entre autor y víctima⁵⁹⁸. Lo anterior supone una imposibilidad de definir en abstracto los elementos que se incluyen en el patrimonio de la víctima, toda vez que la relevancia de las expectativas solamente podrá determinarse a la luz de la concreta relación autor-víctima⁵⁹⁹.

Expuestas las anteriores ideas presentadas por los autores citados, debo indicar que en el presente trabajo sostengo un concepto mixto de patrimonio que, solamente atenderá a los fines personales -o de frustración del fin- cuando estos hayan sido previamente definidos en la relación interna autor-víctima y, además, el perjuicio que ocasione resulte económicamente evaluable⁶⁰⁰.

Si bien es cierto que el concepto de patrimonio que se sostiene aquí es simplemente el concepto que considero más oportuno a la hora de fijar el alcance del perjuicio patrimonial previsto en el art. 252 CP,

⁵⁹⁸ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 156.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 156. Apuntan los autores que en una tutela civil carecen de relevancia las expectativas de enriquecimiento, no así en una administración societaria, donde según los arts. 225 y ss y 230 LSC, sí tendrían relevancia estas expectativas.

⁶⁰⁰ En nuestro concepto mixto de patrimonio no incluimos las pretensiones ilícitas basadas en un negocio ilícito. En tal sentido, acogemos la tesis de PASTOR MUÑOZ Y COCA VILA, los cuales exigen como presupuesto del patrimonio el "reconocimiento jurídico" del potencial de acción (*Handlungspotenzial*) que implica el patrimonio, como hizo en su momento PAWLIK, admitiendo que quien invierte dinero en un negocio ilícito extrae dicho dinero de la esfera de su patrimonio y, con ello, no puede esperar protección alguna.

ello no significa que esté en desacuerdo con que, jurisprudencialmente, se acoja un criterio mixto y que, por tanto, pueda atender al principio de saldo, como mayoritariamente se interpretaba el perjuicio en art. 295 CP. Esta reflexión se justifica en el sentido de que, como ya se ha expuesto en líneas anteriores, el hecho de que el legislador haya omitido en el texto definitivo de 2015 toda referencia al alcance del perjuicio, sin que exponga cual es la *voluntas legislatoris* a los efectos de poder interpretar el tipo en tal sentido, nos hace concluir que, dada precisamente la redacción típica, de la que no se concluyen ninguno de los ejemplos que el mismo exponía tanto en el Anteproyecto de 2012 como en el Proyecto de 2013, el legislador optara finalmente por la continuidad de un concepto económico de perjuicio. A lo anterior debemos sumarle el criterio económico de distinción entre el tipo ordinario y el tipo atenuado previsto en el art. 252 CP, que obliga *ab initio* a cuantificar económicamente el perjuicio para así incardinarlo en uno u otro artículo. De igual forma, incluso para aquellos autores que sostienen que a pesar de que nada se diga en la EdM del texto de 2015, sí que podemos servirnos de la voluntad del legislador para interpretar el alcance del perjuicio, podríamos discutir si este concepto es aplicable al tipo de abuso previsto en el art. 252.1 CP, que prevé un perjuicio al patrimonio administrado, y no al titular del patrimonio en sí, cosa que sí preveía el tipo de deslealtad incluido en el art. 252.2 del Anteproyecto de 2012 así como el del Proyecto de 2013.

Por estas razones, considero -aunque discrepe, como a continuación se expondrá- razonable que la jurisprudencia finalmente opte por acoger un concepto de patrimonio mixto, cuyo perjuicio alcance a aquellos actos que generan un perjuicio económicamente evaluable, tal y como ya se acogía para el extinto 295 CP.

Ahora bien, decía que por mi parte se considera más acertado acoger un concepto de patrimonio mixto que incluya los fines personales -o de frustración del fin- cuando estos se encuentren perfectamente definidos en la relación interna entre administrador-titular del patrimonio y, siempre que los mismos resulten económicamente evaluables.

La justificación de este planteamiento viene relacionada, entre otras, con el alcance que en el presente trabajo otorgo su a la conducta típica de administración desleal⁶⁰¹. En tal sentido, recordemos que la acción típica consiste en excederse en las facultades de administración generando con ello un perjuicio al patrimonio administrado. Sostenemos que los límites del exceso vienen determinados por la relación interna fijada por el administrador y el titular del patrimonio administrado, así como por el deber de salvaguarda patrimonial que tiene el administrador para con el patrimonio administrado. Ello de inicio significa, como bien apuntaba GILI PACUAL, que podemos caer en el equívoco de fundir en uno solo el deber de salvaguarda patrimonial y el perjuicio,

⁶⁰¹ Vid. Cap. VII. II. 1.1

pues siempre que se actúe de forma contraria al deber concurrirá el perjuicio, lo que provoca un notable ensanchamiento de la esfera punitiva de la administración desleal. A ello debemos añadirle la necesidad defendida en el presente trabajo de que el administrador disponga de un margen de autonomía/discrecionalidad en la gestión patrimonial que precisamente es implícito a toda actividad de administración, pues de lo contrario no podríamos hablar de una administración, sino que en todo caso deberíamos referirnos a un mandato concreto de administración. Este margen de gestión obliga, como adelantaba, a que para acoger determinados aspectos personales del patrimonio los mismos se encuentren perfectamente definidos en la relación interna entre administrador-titular del patrimonio administrado.

Además, como último elemento de todos, se considera imperativa la necesidad de que este perjuicio pueda ser económicamente evaluable.

Resulta evidente a lo largo de los razonamientos expuestos hasta ahora, que el presente trabajo acoge un alcance del art. 252 CP más bien restrictivo, pues dada la deficiente redacción típica de la que el mismo dispone, debemos ser extremadamente cautos para no ampliar de sobremanera la esfera punitiva de dicho precepto, al objeto de garantizar al máximo el respeto al principio de taxatividad penal.

Guiándome por esta máxima de respeto absoluto al principio de taxatividad penal, considero que acoger un concepto personal de patrimonio -que no se vincule al

económico- provocaría una ampliación desmedida del ámbito punitivo de la administración desleal, máxime si tenemos en cuenta que la frustración del fin perseguido, aunque no provoque un perjuicio económicamente evaluable al patrimonio administrado, puede dar lugar a la incardinación de la conducta del administrador en el art. 252 CP. Para mí, este planteamiento supone acoger un concepto -y alcance- de perjuicio absolutamente hipertrofiado que, importado de la doctrina alemana -y fuertemente criticado allí-, no cumple con los parámetros mínimos de taxatividad. Entre otras porque corremos el riesgo de dejar en manos del titular del patrimonio administrado -sea persona física o jurídica- la decisión, *ex post*, de establecer cuando se le ha dado un fin al patrimonio diferente del que se pretendía, siendo por tanto el titular del patrimonio el que decidirá lo que para él es, o no, perjudicial.

Por ello, y dado el carácter abstracto del patrimonio, para poder garantizar el mandato constitucional de taxatividad, deberemos exigir con carácter *ex ante* que administrador y titular del patrimonio administrado definan internamente cuales son los fines del patrimonio que se administra, pues lo contrario conduciría a imputaciones arbitrarias al antojo del titular del patrimonio administrado, pues siempre podría accionar el ejercicio del *ius puniendi* simplemente alegando que el administrador ha realizado acciones para las que no había sido autorizado, máxime si, como defendemos en el presente trabajo, el administrador debe contar con un margen de gestión para administrar el patrimonio.

Por todo ello, será igualmente necesario que en los casos en que el administrador no atienda a los fines del patrimonio, y por tanto estemos ante un caso en que se atienda también un concepto personal de patrimonio, el perjuicio que el mismo ocasione pueda ser económicamente evaluable. Por más que tratemos de teorizar sobre el concepto de perjuicio, acogiendo -entre otras- las tesis alemanas que sitúan ya al peligro para el patrimonio como la causación de un perjuicio, no podemos negarle al mismo, en mi opinión, la necesidad de que pueda cuantificarse económicamente. Lo contrario supondría castigar conductas que ni tan siquiera, económicamente hablando, han ocasionado un perjuicio.

Por tanto, no solamente tendríamos dudas sobre si el art. 252 CP cumple con los parámetros mínimos de taxatividad, sino que, además, estaríamos a su vez quebrantando el principio penal de intervención mínima.

Con independencia de la fuente de la que emane la administración del patrimonio -de la ley, de la autoridad o de un negocio jurídico-, siempre habrán mecanismos legales que permitan cesar del cargo al administrador, por no cumplir este, con entre otros, los deberes de lealtad y fidelidad -que se integran en el deber de salvaguarda patrimonial-. Tanto si estamos ante una administración societaria, como si estamos ante una administración de un patrimonio de persona física, contamos con mecanismos que ante el quebranto de los deberes descritos ut supra, nos permitan cesar al administrador de su cargo. Así pues, consideraremos la intervención del derecho penal solamente en aquellos

casos en los que entendamos que, por la conducta del administrador, así como las circunstancias concurrentes, existe ese espacial desvalor del injusto que permite la intervención del *Ius puniendi*, garantizando así el respeto al principio penal de intervención mínima. Por ello, ante conductas del administrador que frustran el fin perseguido pero que siguiendo parámetros contables económicos, no generan perjuicio a la empresa, el derecho penal debe abstenerse de intervenir, pues contamos con mecanismos de intervención en otros órdenes jurisdiccionales que nos permitirán sancionar la conducta del administrador.

Pensemos en el supuesto del administrador que le ha sido asignada una partida dineraria para la compra de unas acciones y, en lugar de destinar ese dinero para el fin que le ha sido dado, decide gastarlo en cenas y espectáculos para directivos de una multinacional, siendo que de tales actividades consigue un sustancioso contrato de colaboración entre su empresa y la multinacional que reporta a la primera unas ganancias económicas considerables. Si atendemos a un concepto personal puro y duro, podríamos decir que se ha frustrado el fin para el que al administrador se le había otorgado la partida presupuestaria, por lo que podría considerarse que ha incurrido en un supuesto de administración desleal, aun cuando su actuación ha supuesto notables beneficios. Si por el contrario atendemos al criterio que se propone en este trabajo, veremos que ciertamente el administrador ha incumplido con el mandato que se le había dado, por lo que deberemos analizar, siguiendo los oportunos parámetros contables al efecto, si su actuación ha generado más

beneficios que los que hubieran dado las acciones que debía comprar. Si la respuesta es positiva, entonces no existirá perjuicio al patrimonio, por lo que su conducta no será constitutiva de administración desleal, sin perjuicio de cuantas responsabilidades pudiera tener en otros órdenes jurisdiccionales. Si por el contrario la respuesta es negativa, entonces sí que se habrá producido un perjuicio al patrimonio administrado y, además, una frustración del fin perseguido, por lo que la conducta del administrador sí será constitutiva de un delito de administración desleal.

También incluiremos como acto constitutivo de perjuicio aquella falta de incremento del patrimonio que tiene su origen en una expectativa basada en un derecho de carácter subjetivo y que, dicha expectativa ha sido previamente definida en la relación interna entre administrador-titular del patrimonio administrado.

PASTOR MUÑOZ y COCA VILA señalan la tendencia a rechazar las expectativas de ganancia como elementos patrimoniales con el argumento de que su frustración constituye un lucro cesante, lucro que no podría –según la doctrina dominante– entenderse como perjuicio porque no es “menoscabo” del patrimonio existente sino su mero “no incremento”⁶⁰².

⁶⁰² PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción del perjuicio...”, *op. cit.*, p. 16.

Acogiendo la tesis de los autores, considero que aquellas expectativas con base contractual o legal, en las que la realización del lucro dependa únicamente del administrador y su realización sea exigible a este último conforme a la relación interna con el titular del patrimonio, sí serán constitutivas de perjuicio al patrimonio. Así, aquel administrador que dolosamente dejare prescribir la reclamación de unos intereses de demora a favor del patrimonio que administra, incurrirá en la conducta del art. 252 CP siempre que dicha expectativa, que en realidad supone una falta de incremento del patrimonio, haya sido previamente definida en la relación interna entre administrador-titular del patrimonio administrado y, además, acabe produciendo finalmente un perjuicio al patrimonio administrado, que en este caso se producirá cuando haya prescrito el derecho y, por tanto, se "haya perdido la oportunidad" de reclamarlo, no incrementándose así el patrimonio administrado. Solamente en estos casos considero la falta de incremento de patrimonio como elemento constitutivo de perjuicio patrimonial, pues lo contrario volvería a llevarnos a una ampliación desmedida del concepto de perjuicio.

Por tanto, y a tenor de lo expuesto hasta ahora, la forma más idónea de concebir el concepto de patrimonio -y por ende el alcance del perjuicio- pasa por partir de un concepto mixto de patrimonio que, solamente cuando estos con carácter previo hayan sido definidos en la relación interna entre administrador-titular del patrimonio administrado, pueda incluir un concepto personal de patrimonio o de frustración del fin perseguido, supeditado lo anterior a que esta

frustración del fin pueda ser evaluada económicamente atendiendo a principios o parámetros contables. De igual forma, las faltas de incremento de valor del patrimonio solo podrán considerarse típicas cuando estas vengan fundadas en una expectativa de ganancia basada en un derecho subjetivo que igualmente ha sido definido internamente en la relación administrador-titular del patrimonio administrado.

4.3.- El momento consumativo del perjuicio: especial problema de las consecuencias a largo plazo y el denominado "peligro de perjuicio"

Hasta ahora hemos visto cual es el concepto de patrimonio acogido en el presente trabajo y, consecuentemente, el alcance del perjuicio en el delito del art. 252 CP. Sin embargo, resta todavía solventar un problema de gran calado: ¿cuándo entendemos producido el perjuicio al patrimonio administrado? La respuesta no se antoja sencilla.

En primer término, debemos referirnos a las consecuencias a largo plazo.

Nadie duda de que en la actividad consistente en la administración de un patrimonio se adoptan innumerables decisiones respecto del mismo, básicamente porque en eso consiste la administración. Ahora bien, respecto muchas de estas decisiones pueden ocurrir que no sepamos, con carácter inmediato, si han generado un perjuicio al patrimonio, puesto que dicho resultado se producirá -o no- con carácter futuro. Atendido esto, debemos plantearnos si ante consecuencias a largo plazo

debemos realizar el cálculo del perjuicio de una forma inmediatamente posterior al acto del administrador o, por el contrario, esperar a la producción del resultado para verificar que éste ha sido económicamente perjudicial.

PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, quienes incluyen las consecuencias a largo plazo como factores relevantes en la determinación del perjuicio, consideran que el criterio más acertado es el de valorar la situación económica del patrimonio inmediatamente después de la conducta del autor, lo cual se deberá llevar a cabo mediante la incorporación de las consecuencias a largo plazo "convertidas" en factores presentes mediante pronósticos, lo que supone introducirlas en la fase inmediatamente posterior a la conducta del autor como expectativas de ganancia o pérdida⁶⁰³. En definitiva, se trata de convertir factores futuros en expectativas presentes con un valor determinado. Si bien los autores consideran oportuno atender a un criterio en el que se tenga en cuenta la racionalidad económica del plan o la estrategia del autor -pues si hay razones en términos económicos la conducta no debería ser punible-, en cuanto a la cuantificación de estas expectativas de ganancia o pérdida consideran necesario acudir a peritos que realicen esta operación, ya que serán estos quienes, atendiendo a criterios contables o de valoración de los negocios, podrán formular cuantificaciones de perjuicio⁶⁰⁴.

⁶⁰³ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 159.

⁶⁰⁴ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 160.

En mi caso, discrepo del criterio asumido por los anteriores.

Cierto es que las consecuencias a largo plazo deben incorporarse en el examen del perjuicio, sin embargo, el examen de si estas consecuencias han resultado perjudiciales para el patrimonio administrado no puede realizarse en un momento inmediatamente posterior a la conducta del autor, sino al momento en que dicha consecuencia produzca su resultado.

En primer lugar, al igual que señalaban PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, deberemos atender a la racionalidad económica del plan o la estrategia del autor, la cual se engloba dentro del plan de gestión del patrimonio y, por tanto, nos indicará en primer término si el administrador se ha excedido en sus facultades de administrador quebrantando su deber de salvaguarda del patrimonio administrado. Este primer examen resulta vital y determinante, máxime si tenemos en cuenta que en términos contables, prácticamente cualquier acto de administración generará un perjuicio al patrimonio administrado ya que supondrá una reducción del mismo respecto a la situación *ex ante* al acto del administrador. En tal sentido, el despido improcedente de un trabajador siempre será inmediatamente perjudicial para el patrimonio desde una perspectiva estrictamente contable, ahora bien, si dicho despido obedece a un plan empresarial que provoca que la empresa no entre en situación de quiebra y que, además, remonte en términos económicos, tendremos que desde la racionalidad del plan o la estrategia del autor, la

conducta no podrá ser punible, pues a largo plazo ha generado un beneficio a la empresa.

Por tanto, el problema se plantea aquí cuando desde un inicio la conducta del administrador no resulta económicamente razonable.

En tal caso, el problema de seguir la tesis sostenida por los autores es que, aunque a través de las oportunas periciales se nos diga que las expectativas de las consecuencias a largo plazo son de pérdida, tales expectativas pueden verse con el tiempo revertidas, generando en sentido contrario un beneficio al patrimonio administrado, lo que supondría castigar penalmente una conducta que con el tiempo ha resultado beneficiosa para el patrimonio. Ciertamente es que la tesis que sostengo planteará problemas por cuanto la tipicidad o no de la conducta puede demorarse en demasía en el tiempo, así como puede generar también problemas de prescripción; sin embargo, y a pesar de estos problemas, entendemos que resulta mucho más beneficiosa y, además, muestra mayor respeto respecto al principio de presunción de inocencia, pues podría ocurrir que castigáramos penalmente un acto que posteriormente ha devenido beneficioso para el patrimonio administrado. Por otra parte, considero que, de adoptar la tesis propuesta por los autores, lo que estaríamos es adelantando la fase de agotamiento del delito, lo que nos genera serias dudas en cuanto a la interpretación de la tentativa en el delito de administración desleal, figura que entendemos se vería desvirtuada si se acogiera dicho planteamiento.

Junto con el problema anterior, aparece otro incluso de mayor calado: el conocido como "peligro de perjuicio".

Esta figura, importada de Alemania -schadensgleich-, supone considerar el peligro de perjuicio de forma igual o equivalente al perjuicio⁶⁰⁵. Dicha figura, que venía prevista en el texto del Anteproyecto de 2012 -y no el Proyecto de 2013- fue ya en su momento criticada, entre otros, por el CF, el cual ponía de relieve que dicha figura cobraba sentido en Alemania -pese a que también allí es duramente criticada- puesto que el delito de administración desleal alemán no contempla el castigo por tentativa, ya que la peculiaridad del CPA radica en que para el castigo de la tentativa, ésta debe preverse en el propio precepto típico. Por ello, doctrina y jurisprudencia alemana, ante la impunidad de determinadas conductas que no han materializado un perjuicio, decide calificar el peligro de perjuicio con el propio perjuicio, equiparando dicho peligro al resultado típico. Como apuntan PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, algunos autores consideran esta construcción una forma de burlar la voluntad del legislador alemán, al extender *contra legem* el alcance de las conductas punibles de gestión desleal, convirtiendo un delito de lesión en un delito de peligro para el patrimonio⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 161.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p.161.

Ejemplos ilustrativos de esta idea son los expuestos por BACIGALUPO ZAPATER⁶⁰⁷, que cita el caso *Kanter/Weyrauch*, en el que la sentencia del BGHSt decidió que los responsables de la administración de un partido político producen un perjuicio en el sentido del § 266 I StGB, cuando sustraen al control de los órganos competentes, en forma contraria al deber y sin informarles de ello, valores patrimoniales mediante la apertura de una cuenta fiduciaria, administrada como

⁶⁰⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E.: "El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos *Kanther/Weyrauch* y *Siemens-KWU*)", en *Diario La Ley*, N° 7295, 1 de diciembre de 2009, p.3-4. El caso considerado es el siguiente. En diciembre de 1984, el acusado K, un directivo de alto rango de la CDU Hessen y al mismo tiempo del partido federal CDU, con la cooperación de W transfirió a un fondo fiduciario en Suiza un total de 20,8 millones de marcos de la organización partidaria del Land, no contabilizados en los libros de dicho partido. En tales acciones no obró con el propósito de beneficiarse, sino con la finalidad de asegurar el dinero para objetivos partidarios de la CDU Hessen, ante la proximidad de una reforma de la Ley de partidos. No fue comisionado para ello por la dirección del partido ni ésta tomó una resolución al respecto. Luego de la entrada en vigor de la Ley en 1994, y ante el posible endurecimiento de las medidas de control, transfirió los bienes patrimoniales a una fundación constituida en Liechtenstein, por él constituida, cuyo beneficiario era el partido del Land, lo que se mantuvo en secreto incluso con relación al propio partido beneficiario. Los bienes fueron parcialmente transferidos al partido del Land o a órganos vinculados al mismo, con ocultamiento de su procedencia. El acusado K no informó en 1995-1997 en la deliberación sobre cuentas y presupuesto de la existencia del patrimonio de la fundación, que representaba el quintuplo del presupuesto oficial. Era consciente de que las cuentas no eran correctas y asumió que de esa manera el Partido Federal y el del Land se exponían a sanciones considerables según la Ley de partidos. Descubierta el hecho, el Presidente del Parlamento Federal exigió al Partido la restitución de 35,85 millones de marcos. Las posibilidades financieras del Partido del Land se vieron considerablemente perjudicadas como consecuencia de la restitución.

«caja negra», incluso cuando la utilización de los medios, soslayando los órganos estatutarios del partido, debiera favorecer fines políticos o de otra especie según el leal saber y entender del autor. En este caso, como perjuicio patrimonial se consideró por el Tribunal de Instancia (LG) en el sentido del § 266 I StGB el *peligro de pérdida* para el Partido Federal de parte de la financiación estatal de 1994. Además, también se consideró como perjuicio patrimonial el peligro concreto de que el Partido del Land pudiera ser objeto de reclamo de una indemnización por parte del Partido Federal. El BGH aclara, de todos modos, que no sólo han sido afectadas las facultades de disposición de los órganos estatutarios del partido, lo que por sí solo no sería suficiente para estimar la producción de perjuicio *patrimonial*, sino que en el caso se dio la *posibilidad concreta de una pérdida patrimonial definitiva*, no controlada por quienes tenían la responsabilidad de hacerlo.

Volviendo con PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, para estos la tesis de las situaciones de peligro de perjuicio incide directamente en la determinación del momento consumativo del delito de administración desleal⁶⁰⁸. Para los autores, el perjuicio se puede entender constatado ya en el momento en que se realiza el acto que genera el peligro. En tal sentido, en el caso de un préstamo de dinero sin garantías de cobro, o una compraventa cuando el comprador es insolvente, se debe atender a razones conceptuales; la conducta del

⁶⁰⁸ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p.161.

deudor o del comprador que consiste en pagar o no hacerlo es un acto autorresponsable posterior que no debe ni beneficiar ni perjudicar al administrador, ya que a este solamente se le puede imputar el perjuicio que ha generado con su conducta, lo que evidencia que los casos de "peligro de perjuicio ya constitutivo de perjuicio" son supuestos de perjuicio efectivo⁶⁰⁹. Por eso, para los autores no es procedente hablar de peligro de perjuicio, sino que este ya representa un perjuicio efectivo.

La tesis de los autores supone adelantar el momento consumativo del resultado típico respecto aquellos que sostienen que se debe esperar a que finalmente se produzca o no la contraprestación - siguiendo los ejemplos anteriores, al momento en que el deudor no satisface la deuda o el comprador no abona el precio de la compra-. Por tanto, al igual que respecto las consecuencias a largo plazo, la tesis de estos pasa por realizar un pronóstico de pérdida o de ganancia con carácter inmediatamente posterior al acto del administrador, sin esperar a la conducta del tercero en este caso⁶¹⁰.

Expuesta la tesis de los autores, de idéntica forma que he rechazado la tesis para las consecuencias a largo plazo, debemos rechazar la tesis del peligro de perjuicio como perjuicio efectivo.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p.162.

⁶¹⁰ *Ibid*, p.164.

En primer lugar, porque al igual que respecto las consecuencias a largo plazo, nada dicen los autores sobre la forma en que conciben la tentativa en el delito de administración desleal, por lo que, de nuevo aquí también, considero que esta interpretación del perjuicio supone desvirtuar la figura de la tentativa, dejándola prácticamente sin aplicación y, además, convirtiendo lo que es un delito claramente de resultado en un delito de peligro. Si adelantamos el momento consumativo al momento inmediatamente posterior al acto de administración del autor, estamos adelantando la fase de agotamiento delictiva, pues aún no se habrá materializado el perjuicio y no sabremos, por tanto, si éste realmente se ha ocasionado o no. Por más que a través de oportunas periciales se realicen pronósticos de pérdida o de ganancia, las circunstancias pueden revertirse, y lo que hoy se ha pronosticado como probablemente perjudicial, mañana puede revertirse a beneficioso, lo que implicaría la punición de una conducta que realmente no ha ocasionado un perjuicio económicamente evaluable, por lo que de acuerdo con la tesis de perjuicio acogida en el presente trabajo, no puede resultar típica.

Asimismo, considero que acoger dicha tesis resulta innecesario por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, nada impide aquí el castigo como tentativa de la administración desleal. De esta forma, siendo el delito de administración desleal un delito de resultado, la tentativa se producirá en aquellos casos en los que, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, el perjuicio no ha podido producirse, pero no porque éste reste a la espera de que se materialice o

no -caso del préstamo con vencimiento en plazo determinado-, sino porque la intervención de una circunstancia ajena a la voluntad del autor lo ha impedido, y siempre que el perjuicio evitado pueda ser económicamente evaluado en ese mismo momento. Un ejemplo claro para comprender el concepto defendido, sería el del administrador que realiza una venta a un precio notablemente inferior al valor real del bien pero finalmente la venta no se produce porque teniendo conocimiento el titular del patrimonio administrado, la ha evitado. En este caso, el perjuicio que hubiera ocasionado la venta ha podido ser económicamente evaluado en ese mismo momento y, además, esta no se ha producido por una circunstancia ajena a la voluntad del autor. Por tanto, vemos como el concepto de peligro de perjuicio sostenido por PASTOR MUÑOZ y COCA VILA provocaría la imposibilidad de castigar la tentativa del delito de administración desleal en los términos en que esta se ha expuesto, pues aunque interviniera un tercero que imposibilitara el resultado, la mera creación de la situación de peligro para el patrimonio que, además resulta económicamente evaluable, adelantaría la fase consumativa a este preciso momento, siendo que la conducta sería ya castigada como delito consumado.

Por su parte, los autores señalan que su tesis puede encontrarse con la crítica respecto aquellas situaciones en que el administrador tiene la posibilidad de que el mismo evite el resultado perjudicial para el patrimonio. En tal sentido, defienden que resulta indiferente si el administrador neutraliza el perjuicio, pues éste ya se ha producido

desde el momento en que el administrador ha creado la situación de peligro para el patrimonio, que para los autores ya lo es de forma efectiva, por lo que en todo caso, si el administrador neutraliza finalmente el perjuicio, lo único que hace es una reparación del daño postconsumativa⁶¹¹. Una vez más, este criterio debe ser rechazado, además de por los argumentos ya expuestos hasta ahora, porque de acoger la tesis de los autores imposibilitamos la aplicación de la figura del desistimiento voluntario del art. 16.2 del Código Penal.

En conclusión, dado el carácter restrictivo del delito de administración desleal que pretende defenderse en el presente trabajo, no podemos acoger las tesis expuestas por PASTOR MUÑOZ y COCA VILA respecto el tratamiento de las consecuencias a largo plazo así como de las situaciones de peligro de perjuicio para el patrimonio administrado, además de por las razones hasta ahora expuestas, por el hecho de que acoger las mismas supondría un tratamiento hipertrofiado del delito de administración desleal que no se deduce de la redacción típica que finalmente al mismo se le dio.

5.- ¿Comisión por omisión en el delito de administración desleal?

Nuevamente en el marco del actual art. 252 CP debemos preguntarnos si este admite, o no, una

⁶¹¹ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp.165.

modalidad omisiva de comisión. Habida cuenta de la complejidad de la cuestión sometida ahora a examen, y que un detallado estudio de la misma podría suponer desbordar el interés y objeto del presente trabajo, considero procedente no extenderme en demasía en el examen de la cuestión, a tenor de lo manifestado.

Como indicaba, no se trata esta precisamente de una cuestión sencilla y tampoco novedosa, puesto que también fue discutida en el ámbito del extinto art. 295 CP. Describen PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁶¹² que la doctrina tendía a rechazar la omisión de los actos de disposición porque el art. 295 era un delito de medios determinados⁶¹³. No obstante, algunos autores como MARTÍNEZ-BUJÁN sí que admitían la comisión por omisión en el extinto art. 295 CP, sobre la base de que el delito del art. 295 CP contenía un tipo de resultado material lesivo, construido realmente como un tipo prohibitivo de causar, en virtud de lo cual la comisión por omisión siempre resultará conceptualmente viable⁶¹⁴. También había quienes solamente admitían las omisiones que implicaban una salida de bienes o una contracción de obligaciones en términos equivalentes al acto de disposición activo o la contracción activa de

⁶¹² PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 122.

⁶¹³ FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, pp.581 y ss, citada en PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 122.

⁶¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa.... PE, 4^a ed., pp.558 y ss, citado en PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 122

obligaciones⁶¹⁵. En cualquier caso, la tesis generalizada era que el art. 295 CP no admitía la comisión por omisión.

Sin embargo, la redacción típica del art. 252 CP abre la puerta a una nueva discusión sobre la posibilidad de admitir las conductas omisivas como modalidades de comisión. MARTÍNEZ-BUJÁN considera que el art. 252 CP recoge el tipo de abuso alemán, aunque de un modo muy genérico en el que no se incluyen modalidades de acción, motivo por el que no solamente queda abierta la posibilidad de castigar meras faltas de lealtad o probidad, sean estas cometidas por acción o por omisión⁶¹⁶. En cualquier caso, sí considera el autor conveniente, además de que el art. 252 CP recoja modalidades típicas de acción -disponer o utilizar los bienes y contraer obligaciones- que también recoja otras modalidades típicas de omisión que sean capaces de generar un perjuicio al patrimonio administrado⁶¹⁷.

⁶¹⁵ NIETO MARTÍN, A., El delito de administración fraudulenta, *op. cit.*, pp. 275 y ss, y CASTRO MORENO, A., El delito societario de administración desleal, pp. 426 y ss, ambos citados en PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 122

⁶¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., *op. cit.*, pp.545 y ss.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p.545. Respecto la previsión de modalidades omisivas en la propia descripción típica, considera el autor que con ello se salvarían ciertas conductas que aun siendo omisivas, hoy día quedarían fuera del at. 252 CP. Al respecto, recoge el autor el testigo de NIETO MARTÍN, quien propone una modalidad típica consistente en "desaprovechar una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio que administra o gestiona", aunque considera que dicha modalidad debería reformularse en el sentido de configurar la pérdida de un beneficio cierto como una clase de perjuicio y, de otro, redactar de modo más taxativo la conducta, vinculando ese resultado a la omisión de un deber específico del administrador de realizar acciones tendentes a optimizar -o

No obstante, puede deducirse que para el autor, el art. 252 CP admite la comisión por omisión, toda vez que el mismo considera que ya en él se incluyen -aunque no lo mencione el tipo- las extintas modalidades de disposición de bienes y contracción de obligaciones que recogía el art. 295 CP, supuestos en los que MARTÍNEZ-BUJÁN considera que tienen encaje modalidades omisivas⁶¹⁸.

Por su parte, también PASTOR MUÑOZ y COCA VILA consideran que el art. 252 CP admite casos de omisión no equivalentes a un acto de disposición activo o a la contracción activa de una obligación, puesto que el administrador "infringe sus facultades" cuando, por ejemplo, omite el cobro de créditos por no informar a la sociedad del descubrimiento de cajas negras⁶¹⁹. Para los autores, lo más complicado cuando nos encontremos ante un acto omisivo por parte del administrador será determinar el alcance preciso de la actuación debida -posición de garantía-, al tratarse esta del referente para afirmar la relevancia penal de la omisión, siendo

conservar o incrementar- el patrimonio administrado, puesto que solo en el caso de que al administrador le incumba esa competencia específica podrá equipararse su omisión al hacer positivo.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p.545. Para exponer su razonamiento, el autor se sirve de varios 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".

⁶¹⁹ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 122.

que la misma deberá determinarse a través de la noción de competencia, y no del bien jurídico, al ser la primera idónea para introducir en un juicio pluridimensional las pretensiones de libertad de todos los agentes implicados a la hora de concretar deberes penales. El acto concreto que determinará el alcance del deber de garantía será el acto de asunción -siempre que no estemos ante una administración con obligación institucional-, libre y previo, y que tiene como correlato su responsabilidad, puesto que a la posición asumida van ligados estándares de diligencia propios en el manejo del patrimonio administrado. Los autores consideran que en el proceso de concreción del deber deben distinguirse la extensión del deber y la intensidad del sacrificio de intereses propios exigida por la competencia jurídico-penal por la evitación de resultados lesivos.

En cuanto a la extensión del deber, señalan que este abarca, en primer lugar, las acciones dirigidas a evitar el menoscabo patrimonial que derivaría de la omisión⁶²⁰. También es penalmente responsable el autor si omite medidas debidas de vigilancia respecto las personas a las que ha delegado determinadas tareas.

Al respecto del nivel de sacrificio de intereses propios, resulta interesante la reflexión de los

⁶²⁰ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 123. Describen Podríamos encontrar aquí conductas como no ejercitar un derecho de crédito en tiempo y forma, no presentar en plazo una documentación necesaria para cobrar una indemnización de la compañía de seguros a la que se tiene derecho, no aceptar una oferta de un contrato lucrativo, etc.

autores, puesto que estos, como así se ha sostenido en el presente trabajo⁶²¹, consideran que la posición de garantía del administrador se limita a la posición asumida -de administrador social, tutor, etc- con los estándares de diligencia propios del cargo y con los medios que a su disposición debe tener el administrador, no teniendo el mismo el deber de actuar cuando la evitación del resultado sea inexigible a la vista de los costes personales que tal evitación implicaría para el mismo⁶²².

BACIGALUPO ZAPATER considera que, a la luz del art. 11 del CP, las conductas omisivas pueden perfectamente tener encaje en el art. 252 CP. En este sentido, la administración desleal será también punible por omisión, de acuerdo con el art. 11 CP, *"cuando el perjuicio patrimonial sea consecuencia de la infracción por el administrador de una específica obligación legal o contractual de evitar ese perjuicio patrimonial o cuando el riesgo de producción del perjuicio se haya concretado y provenga de una acción u omisión precedente del administrador y, además, su omisión sea equivalente a la producción activa del perjuicio (equivalencia de la omisión con la producción activa*

⁶²¹ Vid. Cap. VII. II. 1.1 y Cap. VI. VI del presente trabajo.

⁶²² PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 124. Piénsese en el supuesto en el que un administrador de una sociedad dispone, a título personal, de una cartera importante de clientes. Ante una inminente situación de quiebra de la sociedad, no resultaría penalmente reprochable la conducta omisiva del administrador consistente en no poner a disposición de la sociedad su cartera de clientes con la que podría haber evitado la quiebra de la misma podría exigírsele al mismo que aportara su cartera de clientes para revertir la situación.

del resultado)“⁶²³. Continúa BACIGALUPO ZAPATER señalando que el art. 11 recoge -erróneamente- dos elementos en uno: la infracción de los deberes surgidos de la posición de garante del omitente, derivada de la ley, del contrato o la conducta precedente, y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo. No se plantean problemas en los delitos de resultado material, en los que se solapan ambos elementos. No ocurre lo mismo en los delitos cuyo resultado depende de una determinada modalidad de acción, entre los que se incluye la administración desleal, puesto que, al requerirse una manifestación de deslealtad, la equivalencia no se agota en la producción del resultado, sino que requiere, además, una equivalencia de modalidad. Esto ocurre precisamente en el caso de la administración desleal del art. 252 CP, donde la acción no debe ser solamente una acción lesiva, sino además una acción *desleal* del administrador respecto del titular del patrimonio administrado (equivalencia de modalidad)⁶²⁴.

Por todo ello, considera el autor que para poder considerar típica una omisión a la luz del art. 11 CP en relación con el art. 252 CP, deberán darse los siguientes presupuestos:

1º) Debe haberse producido un perjuicio al patrimonio administrado (que el autor en este caso

⁶²³ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Omisiones punibles en el ámbito de la administración desleal, en *Diario La Ley. Sección Tribuna*, N^o 9348, 30 de enero de 2019, p. 2.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 3

identifica con el concepto de patrimonio previsto para el delito de estafa).

2º) Se debe comprobar si el administrador tenía el deber jurídico de evitar el perjuicio sufrido por el ente administrado (posición de garantía).

3º) Se debe comprobar si quien era garante, por tener el deber de evitar el resultado perjudicial, pudo conocer con antelación las circunstancias que generaron el perjuicio (dolo).

4º) Finalmente se debe comprobar si el garante omitente pudo conocer el deber de actuar que las circunstancias generaban y pudo haber cumplido el deber de garante, por disponer de las capacidades para hacerlo o de los medios necesarios para ello⁶²⁵.

Brevemente en cuanto a la jurisprudencia, encontramos que la STS 283/2010 de 26 de marzo, recoge los elementos objetivos exigidos en el art. 11 CP, que son:

a) Debe tratarse de un delito o falta de resultado.

b) Que por la forma concreta de producción del delito o la falta, ese resultado no se habría producido de haber existido la acción esperada por

⁶²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Omisiones punibles...", *op. cit.*, p. 7.

el ordenamiento jurídico, es decir, la acción que se omitió.

c) Que la no actuación constituya la infracción de un especial deber jurídico por parte de quien omitió.

Sin embargo, en mi opinión, la atribución de responsabilidad penal no debe basarse únicamente en la concurrencia de un dato objetivo, cual es el de ocupar la posición de garante, o lo que JAKOBS dio en llamar "rol", entendido este como un sistema de posiciones definidas de modo normativo y cuyo concurso es importante para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales⁶²⁶. Para el autor, la ejecución de un rol ofrece las pautas para interpretar válidamente un comportamiento, puesto que si se defrauda este rol -que genera una posición de garante-, existirá responsabilidad penal tanto en un delito de acción como en uno de omisión⁶²⁷. Sin embargo, como acertadamente señala RUEDA MARTÍN, el criterio de valoración de un comportamiento basado en el quebrantamiento del rol no aporta claridad a la cuestión relativa a la atribución de responsabilidad penal, puesto que dicho quebrantamiento no se puede valorar sin vincularse a un comportamiento concreto⁶²⁸.

⁶²⁶ Jakobs, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, pp. 97 y ss, citado en RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES., "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. Comentario a la STS n^o. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013", en *InDret*, 1/2015, Barcelona, 2015, p. 5.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁶²⁸ RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES., "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal.

Ello nos conduce a la tesis de que, para aceptar la comisión por omisión, no bastará que el sujeto activo ocupe una posición de garante, sino que además el mismo tenga el dominio del hecho. En este caso, no entraremos a discutir respecto si dicha posición de garante viene otorgada por las fuentes de administración -ley, autoridad o negocio jurídico- o el actuar precedente peligroso del sujeto activo, o si por el contrario se fundamenta en una relación material permanente del sujeto con el bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que realice el administrador, puesto que en el delito de administración desleal ambas tesis tienen perfectamente cabida.

Sin embargo, en cuanto a la punibilidad de los comportamientos omisivos en el delito de administración desleal, considero que la tesis que mejor respuesta puede ofrecernos, aún con ciertas salvedades, es la seguida por SCHUNEMANN (y en cierta medida por GRACIA MARTÍN⁶²⁹), según la cual el sujeto activo posee un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento de éste en tales delitos en una fuente de peligro la cual es dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor. Este deber "personalísimo" de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un dominio, un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y como han

Comentario a la STS n°. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013", en *InDret*, 1/2015, Barcelona, 2015, p. 5.

⁶²⁹ GRACIA MARTÍN, L., citado en RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES., "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante", *op. cit.*, p. 13.

accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar.

Así, si bien coincido con SCHUNEMANN en que el sujeto activo efectivamente tiene el dominio tanto de la fuente de peligro como de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, discrepo respecto del mismo en cuanto a que la posición de garantía nazca precisamente de esta situación, por cuanto en el presente trabajo se ha sostenido que la posición de garante no nace del dominio del hecho por parte del autor, sino precisamente de la especial relación que vincula al administrador con el titular del patrimonio, que vendrá otorgada por las concretas fuentes de administración descritas en el art. 252 CP y el contenido que administrador-titular del patrimonio definan para regular su relación, de ahí que en este trabajo se haya optado por un concepto mixto del delito de administración desleal, siendo este tanto un delito de dominio como de infracción de deber.

Por tanto, para que un comportamiento omisivo pueda resultar punible a la luz del art. 252 CP será necesario que el sujeto activo posea un dominio sobre el fundamento del resultado y, además, que en la omisión concurra el mismo e idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que en la acción correspondiente, por lo que habrá que determinar cuál es la concreta acción debida y no realizada cuya omisión puede fundamentar un contenido de injusto

idéntico al de la acción positiva⁶³⁰. Ello supone que no todo comportamiento omisivo por parte del sujeto activo que genere un perjuicio al patrimonio administrado será punible, sino solamente aquellos en los cuales el administrador posea el dominio del hecho y, además, la omisión resulte de tal significación que la misma pueda fundamentar un contenido del injusto idéntico al de la acción positiva.

Considero que con esta formulación se evita caer en el equívoco de presuponer punible toda conducta omisiva del administrador por el mero hecho de ocupar una posición de garante⁶³¹, puesto que la exigencia de dominar el hecho, junto con la especial significación que debe tener la omisión, de tal suerte que resulte equiparable su injusto al de la acción, implica un plus de exigencia que, además, corrige en cierta medida el deficiente redactado típico, al punto que se muestra incluso más respetuosa con el principio de taxatividad penal.

III. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TIPO SUBJETIVO

1.- El dolo

Que el delito de administración desleal del art. 252 CP es un delito estrictamente doloso no plantea ninguna duda, puesto que no ofrece su redactado la posibilidad de contemplar una hipotética modalidad

⁶³⁰ En el mismo sentido RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES., "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante", *op. cit.*, p. 16.

⁶³¹ Como ocurre a mi juicio en la STS 832/2012, de 16 de diciembre de 2013, extensamente analizada por RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES., "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante", *op. cit.*

imprudente -cumpliéndose así lo prevenido en el art. 12 CP-⁶³². Por ello, la principal discusión en torno al elemento subjetivo del delito girará en torno a la admisión y el alcance del dolo eventual.

Señalan PASTOR MUÑOZ y COCA VILA que el dolo debe abarcar la existencia del deber de custodia patrimonial, su infracción, y el carácter perjudicial de ésta⁶³³⁶³⁴. En este sentido, podría complementarse lo anterior indicando que el dolo deberá tener siempre un carácter antecedente, manifestándose con anterioridad a la comisión típica. De esta forma se descarta para el delito de administración desleal la posibilidad de admitir el denominado dolo subsequens, aquél que no se presenta de inicio, sino que aparece una vez se ha dado lugar a la realización de la conducta típica. En el caso que nos ocupa, el autor, amén de conocer cuáles son los límites de sus facultades, debe tener la voluntad de infringirlas, excediéndose en el ejercicio de las mismas. Esta exigencia previa de conocimiento de los límites de sus facultades imposibilita, a mi juicio, la posibilidad de contemplar un dolo subsequens, lo cual no vetaría la posibilidad de que el concreto acto realizado por el sujeto activo pueda ser sancionado por otras vías u otros órdenes jurisdiccionales.

⁶³² PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, pp. 122.

⁶³³ *Ibid.*, p. 122.

⁶³⁴ En una interpretación muy parecida RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito...", *op. cit.*, p. 536, para quien el dolo eventual debe abarcar necesariamente la existencia del deber de custodia infringido y la causación del daño, aunque no se entienda o importancia.

Para el estudio de la cuestión, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA ejemplifican el tratamiento que la figura del dolo recibe por parte de la jurisprudencia alemana. Esta sostiene para el delito de administración desleal un concepto restrictivo de dolo para evitar así una interpretación amplia del tipo, dejando fuera del dolo supuestos que, conforme al concepto "general" de dolo, serían casos de dolo eventual⁶³⁵. Otro caso, al que ya me he referido, son los denominados "peligros de perjuicio", para los que el Tribunal Federal Alemán exige, además del conocimiento del riesgo de perjuicio, que el autor consienta o apruebe la realización del peligro que finalmente acontece. No obstante, como señalan los autores, esta interpretación ha generado un gran rechazo en la doctrina⁶³⁶:

1) Porque exige la creación de un concepto de dolo ad hoc que implica la expulsión del tipo de numerosos supuestos de dolo eventual, cuando el problema debe ser resuelto en el tipo objetivo.

2) El que el sujeto activo actúe con la intención de beneficiar a la sociedad no encuentra cobijo ni en la ley alemana ni en la española, puesto que en sus respectivas descripciones típicas no aparece el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. No es un delito de tendencia interna intensificada: el tipo de administración desleal no exige ni dolo directo ni un ánimo específico del autor.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 187. Sería el caso de pago de comisiones ilícitas cuando el autor solamente pretende beneficiar a la sociedad.

⁶³⁶ *Ibid.*, pp. 188-189.

3) No procede acudir a un concepto ad hoc de dolo, puesto que una correcta delimitación del riesgo permitido y del deber penal de custodia de los intereses patrimoniales ajenos es suficiente para evitar el desbordamiento del delito de administración desleal. Una vez constatada la tipicidad objetiva del hecho, debemos aplicar un concepto general de dolo, nada de aumentar las exigencias materiales para afirmar la concurrencia de dolo eventual, ni exigir ánimo de lucro.

Como podemos observar, también en Alemania se centra la discusión en la admisión, o no, del dolo eventual en el delito de administración desleal.

En mi opinión, la admisión del dolo eventual en el delito de administración desleal viene motivada, entre otras, por la desaparición del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. Recordemos al respecto que la conducta típica del extinto art. 295 CP sí que exigía ánimo de lucro - se utilizaba la expresión "*para sí o para un tercero*"- en la conducta del autor. Precisamente esta exigencia motivó, para un sector de la doctrina, la discusión sobre la posibilidad de admitir, o no, el dolo eventual en el art. 295 CP⁶³⁷. Esta exigencia típica desaparece en el

⁶³⁷ Vid. MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo, *op. cit.*, pp. 347-348. CASTRO MORENO, A., El delito societario de administración desleal, *op. cit.*, p. 442. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., El delito de administración desleal, *op. cit.*, p. 99. Señala el autor que algunos de los argumentos esgrimidos para justificar que el art. 295 CP no permitía la apreciación de dolo eventual pasaban por entender que había requisitos típicos en el art 295 CP (el actuar "en beneficio propio o de un tercero", el abuso de las funciones propias del cargo y la exigencia de que la

art. 252 CP -aunque en las primeras versiones del Anteproyecto y Proyecto sí que aparecía, si bien como tipo agravado-, lo que "facilita" el camino para admitir el dolo eventual en el actual delito de administración desleal del art. 252 CP⁶³⁸.

A mi juicio, será en los denominados negocios de riesgo donde principalmente nos encontraremos con la aparición del dolo en su modalidad eventual. Sin perjuicio de un particular y más profundo estudio de los mismos -que se realizará en el capítulo que sigue al presente-, podemos adelantar que entendemos por negocios de riesgo aquellas operaciones de resultado económico incierto, en los que la sociedad tiene que soportar un riesgo que se considera desproporcionado respecto al riesgo máximo que debería derivarse de una correcta administración⁶³⁹. En definitiva, aquellos en los que se sobrepasa el denominado riesgo permitido. Así, al administrador se le plantea en los negocios de riesgo la alta probabilidad de generar un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA afirman que, en los negocios de riesgo, para hablar de dolo eventual, el autor debe haber asumido la falta de equivalencia entre la expectativa

disposición fuera "fraudulenta") que no se acompañaban con el dolo eventual.

⁶³⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 99 también alude a razones político-criminales derivadas de lo que podía deducirse de la tramitación parlamentaria del texto del proyecto que dio lugar al Código Penal de 1995 para restringir lo máximo posible la figura del art. 295 CP.

⁶³⁹ SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo y la administración desleal", en *Actualidad Penal*, N^o 41, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLI, Tomo 4, p. 2.

de beneficio y la de pérdida. Si el autor, conociendo los parámetros de valoración del riesgo, se limita a esperar que acontezca lo improbable, asume el eventual resultado lesivo⁶⁴⁰. Los mismos autores refieren que otro sector rechaza el criterio de la probabilidad y entiende que lo decisivo son los motivos que han conducido al autor a tomar la decisión económica⁶⁴¹. Bien podrían los autores estar refiriéndose a MARTÍNEZ-BUJÁN, quien admitiendo los negocios de riesgo en el tipo de administración desleal, considera que el problema planteado por los negocios de riesgo no es, en realidad, un problema vinculado al elemento típico del perjuicio sino que más bien se trata de una cuestión ligada a la infracción del deber de lealtad que incumbe al sujeto activo, tal y como ha recogido ya la doctrina alemana⁶⁴².

NIETO MARTÍN, por su parte, considera que para intervenir con suficiente seguridad jurídica en los supuestos referidos a los negocios de riesgo resultaría singularmente adecuada la combinación en el tipo subjetivo de dolo eventual más ánimo de enriquecimiento, puesto que dicha estructura otorgaría a la sanción de los negocios de riesgo el grado de taxatividad y de merecimiento de pena suficiente para la intervención del derecho penal⁶⁴³. También GILI

⁶⁴⁰ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, pp. 189-190.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 190.

⁶⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", *op. cit.*, p. 544.

⁶⁴³ NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", *op. cit.*, p. 798. El indicado autor abogaba por mantener el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, planteándose solamente su

PASCUAL aboga por esta solución, quien considera que debe interpretarse el ánimo de lucro incluido tácitamente en el tipo⁶⁴⁴.

Por tanto, podemos atrevernos a afirmar que el actual delito de administración desleal del art. 252 CP admite sin género de dudas el dolo eventual. Gran parte de ello se debe, como decía, a la desaparición del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, pasando la administración desleal a convertirse en un delito patrimonial y no de enriquecimiento. La desaparición del ánimo de lucro del tipo subjetivo posibilita la expansión de las conductas punibles ex. art. 252 CP, lo que se evidencia claramente en las posibilidades de castigar los negocios de riesgo, máxime si tenemos en cuenta que, como he señalado, la exigencia de ánimo de lucro que preveía el art. 295 CP suponía una limitación al castigo de tales conductas. De esta forma, y dada la redacción del actual art. 252 CP, no puede objetarse que la admisión del dolo eventual pueda de alguna manera no responder a los cánones exigibles por el principio de taxatividad.

eliminación para aquellos supuestos específicos de administración desleal en el ámbito bancario o de la intermediación financiera, para los que se presume que planteaba una regulación específica. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", *op. cit.*, p. 545, quien consideraba oportuno matizar que la exigencia de un elemento subjetivo del injusto (en la línea del delito del Proyecto alternativo alemán) parece efectivamente procedente, siempre que se incluya en un delito societario específico construido como un delito de peligro, mas no en un genérico delito de administración desleal.

⁶⁴⁴ GILI PASCUAL, A., "Administración desleal genérica...", *op. cit.*, p. 776.

Así, en los casos en los que el administrador actúe con conocimiento de que se está excediendo en sus facultades y que, como consecuencia de ello va a generar un perjuicio al patrimonio administrado o, cuanto menos, se le plantee como altamente probable dicha posibilidad, estará actuando el mismo con dolo eventual. Igualmente podremos admitir el dolo eventual para aquellos casos en los que el administrador actúe movido por el ánimo de procurar un beneficio a la sociedad y, sin embargo, genera con su actuar un perjuicio a la misma, siempre que su actuar sobrepase los límites del riesgo permitido y el resultado lesivo se antojara altamente probable⁶⁴⁵.

⁶⁴⁵ Vid. al respecto, PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., "¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?", en *InDret*, 1/2015, Barcelona, 2015, pp. 12-13. Los autores hablan de la construcción jurisprudencial alemana del "dolo cualificado". Dicha figura ha sido construida por la jurisprudencia alemana la cual ha sostenido una interpretación que pretende excluir la tipicidad conforme al § 266 StGB de los supuestos de comisión de ilícitos argumentando que en ellos no concurre el dolo necesario, en especial cuando el administrador no ha actuado con ánimo de lucro. Para llegar a esta conclusión, la jurisprudencia exige una especie de doble dolo que debe abarcar tanto el comportamiento del administrador como el resultado de perjuicio para el patrimonio administrado. No obstante, al proceder de este modo, se construye un concepto de dolo ad hoc que no está en condiciones de superar un test de coherencia sistemática; en realidad, introduce en el § 266 StGB elementos subjetivos adicionales que no se encuentran en el tipo y acaba por dar relevancia a la "falta de intención" de perjudicar al patrimonio administrado, algo que, por cierto, resulta incompatible con la jurisprudencia del caso Siemens, en la que el Tribunal Federal Alemán ha indicado claramente que las intenciones de beneficiar a la sociedad no excluyen la tipicidad de la conducta del autor

CAPÍTULO VII

ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y NEGOCIOS DE RIESGO: ¿RIESGO PERMITIDO O CONDUCTA PENALMENTE TÍPICA?

I. INTRODUCCIÓN

Los denominados negocios de riesgo han venido generando, años ha, intensos debates doctrinales respecto si los mismo pueden resultar, o no, constitutivos de un delito de administración desleal.

Ya en el seno del extinto art. 295 CP era discutido si los mismos podían considerarse como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 295 CP o no.

Existen varias definiciones de lo que podríamos considerar negocios de riesgo. BACIGALUPO ZAPATER afirma que los negocios de riesgo son aquellos negocios en los que se presenta como altamente insegura la posibilidad de obtener beneficios⁶⁴⁶. MAYO CALDERÓN los define como aquellos que superan los riesgos normales del sector de la actividad, de tal forma que el riesgo de que se produzca un resultado perjudicial para los intereses de la sociedad -analizando dicha figura respecto el antiguo 295 CP- los hacen intolerables desde la perspectiva de los propios intereses de la

⁶⁴⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., "La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, p. 391.

sociedad⁶⁴⁷. En definitiva, como señala SERRANO TÁRRAGA⁶⁴⁸ "se consideran negocios de riesgo, las operaciones de resultado económico incierto, en los que la sociedad tiene que soportar un riesgo que se considera desproporcionado respecto al riesgo máximo que debería derivarse de una correcta administración".

De las definiciones anteriores vemos como para el análisis de la controvertida figura se antoja absolutamente necesario analizar y realizar un juicio de valor para ver si nos encontramos ante un riesgo permitido o, por el contrario, ante un riesgo que lo sobrepasa y, por ende, ante una conducta que podría ser considerada como constitutiva de un delito de administración desleal.

Más no solamente se analizará la figura del riesgo permitido en cuanto a delimitador de la tipicidad o atipicidad de la conducta pues, como veremos, también cobra especialmente importancia el consentimiento que el titular del patrimonio administrado ha podido otorgar al administrador del mismo.

En definitiva, veremos en las siguientes líneas como la nueva descripción típica de la administración

⁶⁴⁷ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de Lege Ferenda, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 347.

⁶⁴⁸ SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo y la administración desleal", en *Actualidad Penal*, N^o 41, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLI, Tomo 4, p. 2.

desleal contenida en el art. 252 CP no mejora en absoluto la situación anterior, más al contrario, y en mi opinión, la empeora.

II. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y RIESGO PERMITIDO

Para aquellos que nos iniciamos en el noble arte de las leyes a finales del pasado siglo XX, la teoría de la imputación objetiva representa el *sanctasanctorum* de la teoría general del delito. La misma constituye la piedra angular sobre la que hoy día representa la forma más extendida para, mediante el establecimiento de un nexo causal, imputar una acción a un resultado.

No obstante, lego es aquel que no se percate de que la ciencia penal, tal y como estaba concebida a finales del siglo pasado, se encuentra actualmente en un período de notable cambio. Ello sin duda viene motivado por el continuo -y cada vez más rápido- avance de la sociedad, los mercados y, sobre todo, las tecnologías. Por ello, tanto la teoría general del delito y, más concretamente, la teoría de la imputación objetiva, deben adaptarse a nuevos fenómenos criminológicos, como es el caso del Derecho Penal Económico.

Estos últimos, muchas veces se caracterizan precisamente por una ausencia de la inmediatez espacio-temporal. Como afirma SILVA SÁNCHEZ, los casos de Derecho Penal Económico no se encuentran con unas instituciones de la teoría general del delito refractarias al cambio, sino que éstas se encuentran en revisión, a pesar de que puede llegar el momento en que

se produzca una desnaturalización de las instituciones de la teoría general del delito⁶⁴⁹.

No obstante, riesgo permitido e imputación objetiva van de la mano. En tal sentido, para imputar a una persona la comisión de un hecho delictivo no será solamente suficiente con que exista una causalidad entre acción y resultado, sino que además deberá ésta haber creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado que, precisamente, provoca la materialización del resultado. Como señala FEIJOO SÁNCHEZ, en los tipos de resultado -como es el caso de la administración desleal- resulta necesario, en primer lugar, constatar que el autor ha creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado que es el que acaba provocando el resultado⁶⁵⁰. Ciertamente es que la imputación subjetiva cobrará suma importancia para discernir si el sujeto activo conocía de la probabilidad de que su conducta provocase una lesión

⁶⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Teoría del delito y Derecho Penal Económico-empresarial", en SILVA SÁNCHEZ, J.M; MIRÓ LLINARES, F. (DIRS): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, p. 40. De hecho, SILVA SÁNCHEZ habla de la estafa e incluso la administración desleal cometidas por omisión y dolo eventual en el contexto de los negocios de riesgo como el paradigma del delito del presente y del futuro. Cfr con GUNTHER, J., "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un "cambio de paradigma" en el Derecho Penal?, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp.489 y ss.

⁶⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares", en SILVA SÁNCHEZ, J.S; MIRÓ LLINARES, F. (DIRS): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, p. 143.

del bien jurídico protegido por el delito en cuestión, así como sus intenciones, sin embargo, deberá hacerse un ejercicio previo, que pasa por valorar las configuraciones sociales e intersubjetivas de acuerdo a la configuración de la sociedad, pues será la configuración normativa de esta la que nos indicará el alcance de la permisión del riesgo⁶⁵¹.

De acuerdo con FEIJOO SÁNCHEZ⁶⁵², actualmente no existe controversia en cuanto a situar la figura del riesgo permitido en el centro de la delimitación de las conductas típicas, con indiferencia de que algunos autores otorguen al Derecho Penal una función de protección de bienes jurídicos, identificándolo como la imputación del resultado a una conducta contraria a deber, o por el contrario los que sitúan en primer plano la función de estabilidad normativa del Derecho Penal.

Por riesgo permitido debemos entender aquella conducta que se encuentra asumida por el ordenamiento jurídico conforme a la configuración vigente de la sociedad, y, por tanto, de que la creación de dicho riesgo viene permitida por el ordenamiento primario preexistente al ordenamiento penal como orden secundario⁶⁵³.

⁶⁵¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, pp. 143-144.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 145.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 146.

El alcance del riesgo permitido en el delito de administración desleal se presenta como esencial para verificar si estaremos ante la creación de unos riesgos de menoscabo del patrimonio administrados atípicos o típicos, ya que si aceptáramos como típicos todos aquellos comportamientos que resultasen idóneos para generar una disminución patrimonial, el art. 252 CP supondría una práctica prohibición general de actuación para el administrador del patrimonio en cuestión, desnaturalizando absolutamente dicha figura y sumiéndola en un contexto de exclusivo mandato, no pudiendo realizar ningún tipo de actividad que no hubiera sido expresamente autorizada por el titular del patrimonio. Como señalan PASTOR MUÑOZ Y COCA VILA⁶⁵⁴, si al administrador no se le reconoce un espacio de riesgo permitido, se acabarían dinamitando las estructuras económicas actuales.

Indica REMÓN PEÑALVER⁶⁵⁵ que la imputación objetiva servirá como corrección normativa de la causalidad típica, por lo que además de imputar el resultado a la acción, se exigirá la creación o

⁶⁵⁴ PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, op. cit., p. 119 y ss. Como ejemplo, los autores citan el caso de un administrador cuya actividad consiste en la compra-venta, la concesión de crédito, la celebración de contratos o la realización de inversiones. En tal caso, siempre existirá una pequeña probabilidad de que el negocio realizado fracase, por lo que se acabe generando un perjuicio al patrimonio administrado.

⁶⁵⁵ REMÓN PENALVER, E., Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/ponencias_formation_continuada/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbz8Qx3dDBxNvC1NDPwMjQwMDPULsh0VAeiqqo!/?numElementosPorPagina=20&paginaDestino=7

incrementación de la situación de riesgo o la vulneración de la norma que hubiera evitado la lesión al bien jurídico. En otras palabras; incrementar o crear el riesgo jurídicamente desaprobado o vulnerar la norma cuya finalidad era evitar la lesión del bien jurídico supondrá la imputación del resultado a la acción de gestión desleal -y por ende extralimitada-.

LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS plantean si el riesgo permitido puede excluir la tipicidad por falta de imputación objetiva o por adecuación social o directamente excluye la antijuricidad, aunque para ellos en los negocios de riesgo se afecta a la tipicidad y, por tanto, cuando el administrador no incurra en abuso de funciones de su cargo, no se dará la tipicidad de la conducta⁶⁵⁶.

III. RIESGO PERMITIDO Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL EXTINTO ART. 295 CP

La nueva regulación del delito de administración desleal exige cierta reinterpretación del concepto de riesgo permitido, ya que como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, no solamente se ha modificado la descripción típica en el sentido de configurar un tipo objetivo ambiguo en el que podrán tener cabida supuestos que no la tenían en el antiguo art. 295 CP, sino que, además, el texto del art. 252 elimina el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, por lo que éste no será necesario para la apreciación de un

⁶⁵⁶ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria en el derecho penal español", en *InDret penal*, 3/2010, p. 52

negocio de riesgo como constitutivo de administración desleal. A mayor abundamiento, el hecho de que el delito de administración desleal haya dejado de ser un delito societario para proteger un patrimonio ajeno, sea este societario o no, también implica una reinterpretación del ámbito de actuación atípico del administrador.

Por ello, con carácter previo a analizar los negocios de riesgo en el seno del actual art. 252 CP, debemos analizar dicha figura a la luz del antiguo delito de administración desleal del art. 295 CP, pues muchos postulados de los adoptados por la doctrina nos servirán para la interpretación de los negocios de riesgo en el actual art. 252 CP.

Recordemos que el extinto art. 295 CP preveía dos modalidades de acción típica: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad. Se podía hablar de un tipo de abuso -la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad- y de un tipo de infidelidad -la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad-. Para SERRANO TÁRRAGA, los negocios de riesgo se daban en la modalidad de contracción de obligaciones a cargo de la sociedad, pues tales negocios se realizaban abusando de las competencias que ostentaba el administrador⁶⁵⁷. El abuso de las funciones propias del cargo se entendía como el exceso de los límites internos autorizados al administrador, infringiendo de

⁶⁵⁷ SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo y la administración desleal", en *Actualidad Penal*, N^o 41, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLI, Tomo 4, p.s2.

esta manera los deberes de lealtad y fidelidad que delimitan el ámbito de competencias del administrador.

Al respecto, señala CASTRO MORENO que "lo característico del abuso de funciones del cargo es, pues, el ejercicio de los poderes de representación de la sociedad más allá de los límites internamente establecidos, límites que se configuran, por encima del objeto social -que sólo es un mero indicio- por la contrariedad de la operación con los intereses sociales que los administradores deben satisfacer y salvaguardar"⁶⁵⁸. En idéntico sentido LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS, adoptando el criterio doctrinalmente mayoritario, consideraban que los negocios de riesgo se encuadraban dentro del abuso de funciones, por lo que si el administrador actuaba dentro de las atribuciones que le habían sido conferidas, o lo hacía con consentimiento, no resultaban punibles. Por ello, era indispensable verificar cómo se había estructurado la relación interna⁶⁵⁹.

Por tanto, en el antiguo 295 CP no solamente se requería que el administrador actuara fuera de los límites de autorización internos, sino que, además, para poder castigar la realización de un negocio de riesgo, se requería que el administrador actuara con notable desprecio respecto el cálculo de probabilidades de que dicho negocio saliera mal y se causara así un perjuicio económico a la sociedad, además de hacerlo,

⁶⁵⁸ CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 286-287.

⁶⁵⁹ LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., *La administración desleal...*, *op. cit.*, p. 53.

por exigencia típica, con ánimo de lucro para él o para un tercero. Se trata en definitiva de que el administrador anteponga los intereses de la sociedad a los suyos propios, debiendo cuidar de los bienes y obligaciones de la sociedad, respetando el deber de lealtad y fidelidad que acompañan al ejercicio de sus funciones⁶⁶⁰.

Acabamos de definir los elementos objetivos para que, a priori, un negocio de riesgo pudiera ser constitutivo de un delito de administración desleal ex. art. 295 CP. Sin embargo, como he anunciado, el art. 295 CP preveía el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, ya que se requería que el sujeto activo dispusiera fraudulentamente de los bienes o contrajera obligaciones a cargo de la sociedad con ánimo de lucro propio o de tercero. En mi opinión, el ánimo de lucro representaba el elemento determinante para que un negocio de riesgo pudiera, o no, ser constitutivo de un delito de administración desleal ex. Art. 295 CP.

En el sentido anterior, coincido plenamente con la tesis sostenida por MAYO CALDERÓN⁶⁶¹. La autora sostiene una concepción en la que el elemento subjetivo del injusto es determinante para la delimitación del ámbito de lo punible. Para ello realiza una comparativa con el tratamiento de los negocios de riesgo en la doctrina alemana. En dicho país, el art. 266 StGB no

⁶⁶⁰ SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo", *op. cit.*, p. 4.

⁶⁶¹ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo, *op. cit.*, pp. 347-348.

requiere como elemento subjetivo del injusto el ánimo de lucro. Por ello, en la doctrina alemana se contempla, entre otras, que la realización de un negocio de riesgo que en sí ya genera un peligro para el patrimonio, es un supuesto típico, ya que se está creando *ab initio* un perjuicio para al patrimonio⁶⁶². La dogmática alemana se refiere a estos como una "creación de peligro dañosa" o de "daño de riesgo" cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, lo que no significa que la simple puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño⁶⁶³. Son diferentes las posturas adoptadas en Alemania al respecto. NIETO MARTÍN señala que tradicionalmente existía una conceptualización más tradicional en la que aquél negocio cuyos beneficios no compensaban las pérdidas que a su vez podían ocasionar, eran típicos⁶⁶⁴. También se refiere a los negocios especulativos en los que se invierte dinero y cuyas probabilidades de éxito dependen de factores inciertos. Sin embargo, y como señalaba anteriormente, considero que resulta indiferente la modalidad de acción que hubiere llevado a cabo el administrador, ya que si el mismo no actuaba con el ánimo de beneficiarse personalmente o de beneficiar a un tercero, los negocios de riesgo no eran punibles a la luz del art.

⁶⁶² De hecho, como señala NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 49, en Alemania, mayoritariamente se considera que los negocios de riesgo deben solucionarse en el marco de la parte objetiva del tipo.

⁶⁶³ REMÓN PEÑALVER, E., *Administración desleal*, *op. cit.*, p. 45. Cita el autor las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo Alemán: BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU)

⁶⁶⁴ NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.*, p. 49.

295 CP. Y ello es así porque no podemos obviar que el administrador, en el desarrollo de su actividad, no solamente realizará a diario negocios que por su naturaleza puedan generar un perjuicio a la sociedad, sino porque además, en el momento en el que la configuración típica del art. 295 CP exige, junto con el perjuicio económicamente evaluable, el ánimo de lucro, no podremos hablar de conducta típica si no existe este elemento subjetivo del injusto.

En tal sentido no podemos obviar el principio de intervención mínima que rige nuestro Derecho Penal. De esta forma, la ultima ratio del *Ius puniendi* obliga a que aquellas conductas en las que no concurra el ánimo de lucro por parte del sujeto activo deban ser castigadas, en todo caso, a través del Derecho Mercantil. De hecho, la propia legislación societaria ya preveía -durante la vigencia del art. 295 CP- mecanismos de sanción para aquellos administradores que no hubieran actuado con la diligencia y fidelidad exigible y que, por tanto, la inobservancia de dicho cuidado superase el riesgo inherente a una debida gestión empresarial⁶⁶⁵.

Por lo tanto, como se ha venido exponiendo, para el castigo de los negocios de riesgo como constitutivos de un delito de administración desleal del art. 295 CP resultaba necesario que los mismos se realizasen con el fin de que el sujeto activo obtuviera un beneficio para él o para un tercero. De otra forma, dicho

⁶⁶⁵ MAYO CALDERÓN, B., La tutela de un bien jurídico colectivo, *op. cit.*, p. 349.

comportamiento no resultaría penalmente típico, siendo otros los órdenes jurisdiccionales los que debieran encargarse de imponer, en su caso, una sanción al administrador por la conducta desplegada.

IV. RIESGO PERMITIDO Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL ACTUAL ART. 252 CP

1.- Riesgo permitido en la esfera objetiva

La nueva configuración típica de la administración desleal del art. 252 CP obliga, en parte, a reformular los planteamientos anteriormente expuestos, tanto de los elementos objetivos como de los elementos subjetivos del tipo.

Recordemos brevemente que el art. 252 CP, en cuanto a los elementos objetivos del tipo, exige que el administrador haya infringido, con exceso, las facultades que les fueran conferidas y de esa manera se ocasione un perjuicio al patrimonio administrado.

Por el contrario, y a diferencia de su predecesor, el art. 252 CP no prevé que el administrador haya actuado con el ánimo de procurarse un beneficio para él o para un tercero, por lo que desaparece el ánimo de lucro como elemento del injusto. Como veremos, la desaparición del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto obliga a una reconsideración del alcance de los negocios de riesgo.

La modalidad típica objetiva del delito de administración desleal ha sufrido, por su ambigua y

deficiente redacción, una hipertrofia en cuanto a las acciones que pueden dar lugar a la comisión de un delito de administración desleal. Por ello, y a la luz de la tesis sostenida en el presente trabajo, a priori, será suficiente que el administrador haya quebrantado el deber de diligencia -o de velar por los intereses del patrimonio administrado- que configuran la zona limítrofe en cuanto a su relación con el titular del patrimonio administrado para que su actuación pueda ser constitutiva de un delito de administración desleal.

Por tanto, no será suficiente con que el administrador haya abusado de las funciones atribuidas -ostentando el dominio del hecho- sino que, además, deberemos verificar que la conducta haya realizado quebrantando el deber de velar por los intereses del patrimonio administrado, sobrepasando el riesgo permitido de la operación en cuestión, siendo por tanto un riesgo incompatible con el interés del patrimonio que se administra⁶⁶⁶.

A modo de ejemplo, el art. 226 del TRLSC nos indica el ámbito de discrecionalidad de actuación del administrador, que en cuanto a los negocios de riesgo, deviene importante para la delimitación del deber de diligencia del administrador. Dispone el art. 226 de la TRLSC:

⁶⁶⁶ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo. Obtenido en https://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-administracion-desleal-responsabilidad-penal_11_1016680001.html

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

Por ello, y a efectos de negocios de riesgo, comprobamos como para el Derecho Societario, la discrecionalidad del administrador en la realización de un negocio debe cumplir unos estándares, entre los que se encuentran la información suficiente y un proceso de decisión adecuado, además de haber actuado sin ánimo de lucro. A priori, cuando el administrador no obrase siguiendo los requisitos anteriores, podríamos hablar de la comisión de un delito de administración desleal. De hecho, se trata en definitiva de una actuación por parte del administrador que no respeta ni el deber de diligencia ni el deber de lealtad para con el patrimonio administrado.

MARTÍNEZ-BUJÁN refiere que los negocios de riesgo no son un problema vinculado al elemento típico del perjuicio, sino que en realidad se trata de un

quebranto del deber de lealtad por parte del administrador⁶⁶⁷.

En el mismo sentido se pronuncian PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, para los que el hecho de causar un perjuicio al patrimonio o generar riesgo de perjuicio para este no implica, per se, la tipicidad de la conducta, sino que tanto el perjuicio como el riesgo debe haberse generado porque el autor ha infringido los deberes propios de su posición de garantía⁶⁶⁸.

Los mismos autores razonan como, en los negocios de riesgo, lo que debe valorarse es si la conducta desplegada por el administrador se enmarca en un nivel de riesgo adecuado a la clase de gestión asumida por el mismo, así como si la operación, ex ante, tiene sentido económico. En este sentido, lo complejo reside en discernir si la conducta del administrador tiene, o no, sentido económico, ya que en el caso de que sí lo tenga, se enmarcará dentro del riesgo permitido. Para ello señalan los autores que como criterios interpretativos del riesgo permitido deberá valorarse

⁶⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro", *op. cit.*, p. 544. Entiende el autor que para que un negocio de riesgo constituya un delito de administración desleal se deben dar tres requisitos: 1) el sujeto infringe el deber de lealtad, excediéndose en el ejercicio de las facultades de disposición para las que estaba autorizado; 2) el sujeto obra con dolo eventual de que pueda producirse un perjuicio para el patrimonio administrado; 3) causación efectiva de dicho perjuicio patrimonial.

⁶⁶⁸ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 130. Para los autores, el administrador que vulnera normas jurídico-privadas no tiene por que necesariamente incurrir en un delito de administración desleal, máxime si el derecho privado permite conductas de gestión con riesgos de perjuicio, por lo que el Derecho Penal, siendo subsidiario, no podría incriminar la conducta del administrador.

el riesgo vinculado al negocio y al marco de actuación del autor, las expectativas a corto y largo plazo vinculadas a la conducta y el plan global de gestión del autor. En base a tales parámetros, se puede construir un espacio de riesgo permitido para el administrador⁶⁶⁹.

De los criterios anteriores, considero que los más acertados son los referidos a la vinculación del riesgo con el negocio y el marco de actuación del administrador, así como el plan global de gestión del autor.

Ya he expuesto que aquél administrador que se extralimite en el marco de actuación que le ha sido conferido puede, a priori, incurrir en un delito de administración desleal, ya que se producirá un exceso en las facultades de administración y, por ende, se estarán quebrantando los deberes de diligencia y de velar por el patrimonio administrado. Pues bien, al hilo de lo anterior, resulta de suma importancia no solamente la clase de negocio que realice el administrador, sino también la relación interna con el titular del patrimonio administrado. En tal sentido, si la administración tiene por objeto la realización de negocios de compra venta de vehículos y el administrador decide, motu proprio, realizar la compra de acciones de una sociedad que sale a bolsa, debiendo posteriormente venderlas ante un desplome de las mismas, resulta claro que el administrador se ha

⁶⁶⁹ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 131-132.

excedido en las relaciones que lo vinculan con el patrimonio administrado, pues solamente tenía potestad para la realización de negocios de compra-venta de vehículos. Ello es así porque el negocio bursátil no guarda vinculación alguna con la compra-venta de vehículos, por lo que el riesgo generado -y la posterior materialización del perjuicio- sobrepasan con creces el ámbito de actuación del mismo. Distinto sería el supuesto en el que la administración tiene por objeto la realización de negocios especulativos, siendo que uno de ellos sale mal y provoca un perjuicio en el patrimonio administrado. En este supuesto no podríamos hablar de sobrepasar el riesgo permitido, ya que el negocio realizado y que da lugar al perjuicio patrimonial se encuentra vinculado con la actividad del administrador y, además, se encuadra dentro de las relaciones internas del administrados con el patrimonio administrado.

Respecto el plan global de gestión, a diferencia de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, los cuales lo individualizan, considero que dentro del mismo deben incluirse las expectativas vinculadas al negocio⁶⁷⁰. De esta forma, y como señalan los autores, con carácter ex ante debemos valorar el negocio desde una perspectiva a largo plazo y no a corto plazo, ya que actos como una inversión dineraria considerable en un departamento de I+D puede no resultar rentable hasta años después, mientras que a corto plazo obviamente puede generar un perjuicio económico a la sociedad. En idéntico sentido

⁶⁷⁰ Cfr. PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 131-132.

podemos encontrar la obtención de ventajas no cuantificables. En la actualidad, avanzamos hacia un modelo norteamericano de responsabilidad empresarial, de manera que cada vez más se están implantando en las sociedades planes de responsabilidad social corporativa. Ello, aunque suponga un gasto social, puede provocar que, a la larga, exista una mejora reputacional de la empresa. La reputación de la empresa no es cuantificable económicamente, por lo que de inicio la adopción de tales políticas provocaría un perjuicio para el patrimonio, pero, quizás a la larga, la tenencia de planes de cumplimiento de responsabilidad social corporativa -o incluso de responsabilidad penal empresarial, también conocidos como Compliance Programs- pueden permitir el acceso a licitaciones o incluso a la evitación de responsabilidad penal de la empresa.

Para EIRANOVA, se ha de tener en cuenta si el derecho privado ha concretado una serie de obligaciones específicas para calibrar si el administrador ha incurrido en una infracción de deber o no. Ello es así porque, cuando existan tales obligaciones -sirva de ejemplo los códigos de buenas conductas de las sociedad- la vinculación interpretativa entre el derecho privado y el derecho penal es mucho más estricta. Por lo tanto, la infracción de deber del administrador será penalmente relevante cuando el riesgo expuesto está exento de dudas o es del todo injustificable, ya que en este caso se estará

sobrepasando el marco de obligaciones legales que determinan el marco de diligencia⁶⁷¹.

No obstante lo anterior, en el presente trabajo considero que la mera puesta en peligro del patrimonio administrado -en el ámbito de los negocios de riesgo- solamente podrá castigarse en casos muy concretos, como a continuación se expondrá. Ello es así, en primer lugar, porque de aceptar la anterior tesis, prácticamente todos los negocios de riesgo resultarían típicos, ya que en todos ellos existe la alta probabilidad de que el negocio en cuestión fracase y por tanto se acabe produciendo un perjuicio al patrimonio administrado. De aceptar la puesta en peligro del patrimonio administrado como constitutiva de un delito de administración desleal se estaría, en mi opinión, hipertrofiando el ámbito de castigo del art. 252 CP. En tal sentido, y como afirma MARTINEZ-BUJÁN, de haber querido el legislador castigar las situaciones de peligro para el patrimonio administrado, lo que debería haber hecho es tipificar un delito de peligro, al estilo del § 183 del Proyecto alternativo alemán, en el que la puesta en peligro ya supone en sí el resultado del tipo⁶⁷². En la misma línea se pronuncia REMÓN PEÑALVER, para el que el mero riesgo no es típico y si al final el perjuicio no se produce, el delito no habrá existido ni siquiera en su modalidad de

⁶⁷¹ EIRANOVA ENCINAS, E., "La responsabilidad penal por operaciones de alto riesgo", en *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, n° 14, 2002, p. 16.

⁶⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro...", *op. cit.*, p. 544.

tentativa, si el autor hubiera actuado con simple dolo eventual⁶⁷³.

Compartiendo los planteamientos señalados anteriormente, sí que considero que, en casos excepcionales, los negocios de riesgo podrán ser constitutivos de administración desleal. En mi opinión, desde la esfera objetiva, podrá ser el negocio de riesgo castigado cuando dicho negocio se aparte absolutamente de la relación interna que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado. Ello es así porque cualquier administrador que se aleja por completo de las relaciones internas que lo vinculan con el patrimonio está ya en sí quebrantando el deber de lealtad y de protección que sobre el mismo tiene. En tal caso, y siempre que desde una perspectiva ex ante podamos considerar que el administrador ha sobrepasado las esferas de riesgo permitido, cabrá el castigo del negocio de riesgo en cuestión.

Otra cuestión que se plantea es la siguiente: ¿debemos esperar a que el negocio finalice para verificar si éste era lesivo o beneficioso para el patrimonio y, así, castigar o no como tentativa? Tanto una solución como la otra arrojarían resultados

⁶⁷³ REMÓN PEÑALVER, E., Administración desleal, *op. cit.*, p. 45. Habla el autor de las creaciones dogmáticas alemanas de "creación de peligro dañosa" (schädigenden Gefährdung) o de "daño de riesgo" (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, lo que no significa que la simple puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU).

totalmente irracionales, entre otras, porque si lo que se castiga es la puesta en peligro, es indiferente el resultado del negocio en sí, por lo que podríamos castigar conductas que generan un beneficio para el patrimonio administrado y que por tanto no constituirían, a priori, un exceso en el deber de velar por el patrimonio administrado, sino totalmente al contrario.

2.- Riesgo permitido en la esfera subjetiva

En la esfera subjetiva, los negocios de riesgo a la luz del actual art. 252 CP han sufrido, a mi juicio, un importante cambio. Ello deriva de la desaparición del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

En el art. 295 CP se preveía el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. Ello provocaba que, si no se apreciaba su existencia en la voluntad del sujeto activo, no podía castigarse el negocio de riesgo en cuestión. En tal sentido, SERRANO TÁRRAGA expone que los negocios de riesgo podían emprenderse con el objetivo de generar un beneficio para la sociedad, siendo que por la naturaleza arriesgada del negocio finalmente se ocasionase un perjuicio. En tal caso, la conducta del sujeto activo no sería penalmente típica, ya que falta la intención de generarse para sí, o para tercero, de un beneficio, por lo que siendo el art. 295 CP un delito eminentemente intencional -debido al elemento subjetivo del injusto- no se daría el tipo objetivo y, por tanto, no resultaría punible⁶⁷⁴. En

⁶⁷⁴ SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo", *op. cit.*, p. 7.

idéntico sentido se pronuncia MAYO CALDERÓN, para quien, como ya hemos visto, el elemento subjetivo del injusto del ánimo de lucro en el art. 295 CP resultaba fundamental para delimitar el ámbito de lo punible⁶⁷⁵.

Sin embargo, este elemento subjetivo del injusto desaparece en la actual regulación de la administración desleal, no siendo necesario que el administrador realice su conducta con el objetivo de procurarse para sí o para un tercero de un beneficio. De esta forma, se amplía la posibilidad de castigar los negocios de riesgo como constitutivos de administración desleal, aun sin que exista ánimo de lucro en el administrador.

Como ya se ha señalado, un sector mayoritario de la doctrina venía entendiendo que por su propia redacción típica, no tenía cabida en el art. 295 CP el dolo eventual, sino solamente el dolo directo⁶⁷⁶. A diferencia de su antecesor, el nuevo art. 252 CP permite su comisión mediante dolo eventual. Es más, podemos decir que en la práctica mayoría de los casos, la conducta se realizará a través de dolo eventual y no de dolo directo. La principal diferencia con su antecesor es que el hecho de que haya desaparecido el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto provoca que desaparezca un límite de punibilidad,

⁶⁷⁵ MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo*, op. cit., pp. 347-348.

⁶⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 70. El autor, de lege ferenda, propone una redacción típica en la que quepa el dolo eventual.

además de permitir el dolo eventual como modalidad comisiva.

Pensemos que en los negocios de riesgo, por su propia naturaleza, el administrador conoce de la probabilidad de que el negocio genere un perjuicio al patrimonio administrado, sin embargo, también conoce del beneficio que dicho negocio puede generar al patrimonio. Ello significa que en la práctica totalidad de casos el administrador actuará con dolo eventual, porque conocerá de la probabilidad de que el negocio no resulte beneficioso para la empresa. Esto supone que las esferas del riesgo permitido cobrarán, con la actual regulación de la administración desleal, mucha más importancia. En este sentido, y partiendo de la base de que prácticamente siempre existirá, como mínimo, dolo eventual, será necesario realizar un ejercicio valorativo *ex ante*, pues partiendo de la base de la aceptación del dolo eventual como modalidad comisiva, solamente restará analizar si se han sobrepasado las esferas de riesgo permitido en la figura del administrador. Resulta por tanto indiferente que el administrador actúe con plena voluntad de generar un beneficio para la empresa, incluso que obre en su actuación en la creencia de que no se producirá el resultado lesivo, basta que se presente esa posibilidad en el negocio en cuestión para que el mismo pueda resultar punible a los efectos del art. 252 CP.

Señalaba SERRANO TÁRRAGA que en tal sentido se podía distinguir entre los deseos y el dolo: aunque el autor no desee un resultado perjudicial, ello no es óbice para que la conducta sea castigada, ya que lo

relevante es que el administrador haya considerado el riesgo en el momento de la acción como un resultado no improbable que puede ser imputado a su comportamiento. El sujeto ha de ser consciente de que puede producirse ese perjuicio patrimonial, por lo que, si no es consciente, no existirá dolo⁶⁷⁷.

PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁶⁷⁸ hablan de conocimientos especiales del administrador. En tal sentido, los autores exponen el caso del administrador que realiza una operación de riesgo que, a la luz de la información que como administrador conoce, parece razonable conforme a los parámetros estándar, si bien por conocimientos especiales -también casuales- el administrador sabe que es muy probable que dicha operación acabe en un perjuicio. O contrariamente, una operación que ex ante parece perjudicial y por ello el administrador no la ejecuta y que, con posterioridad, y también por conocimiento especiales, resulta que la operación iba a generar notables beneficios para la sociedad. Los autores, en referencia a GRECO y SCHUNEMANN, advierten que para este sector doctrinal los conocimientos especiales generan deberes, por lo que el administrador debería ejecutar la operación que ex ante parecía perjudicial pero posteriormente, por conocimientos especiales, deviene en beneficiosa. Por el contrario, para PASTOR MUÑOZ y COCA VILA el conocimiento no debido no puede generar deber. Es decir, la permisón o prohibición de una conducta se ha

⁶⁷⁷ SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo", *op. cit.*, p. 11.

⁶⁷⁸ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 135-136.

de responder siempre previamente a la constatación de cualquier dato sobre los conocimientos no debidos del sujeto. Para los autores, *lo relevante en la determinación de la infracción del deber no es lo que se sabe o se deja de saber, sino lo que se debe o no se debe saber.*

Por tanto, y a modo de conclusión, como he venido señalando, el actual art. 252 CP admite el dolo eventual como modalidad comisiva. Por ello, y eliminándose el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto -que preveía el art. 295-, nada impedirá que una conducta en la que el administrador se haya planteado la probabilidad de que la misma pudiera generar un perjuicio al patrimonio -y que finalmente genera-, y siempre que el administrador haya excedido los límites de riesgo permitido, será constitutiva de un delito de administración desleal del art. 252 CP.

CAPÍTULO VIII

EL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR EL TITULAR DEL PATRIMONIO ADMINISTRADO

I. INTRODUCCIÓN

Hasta el presente capítulo se ha estudiado, entre otras, la acción típica que constituye el ilícito descrito en el art. 252 CP. Sin embargo, en las líneas desarrolladas al respecto no se ha analizado la actuación del administrador cuando esta viene amparada por el consentimiento del titular del patrimonio, sea el mismo expreso, tácito o presunto.

Como señala COCA VILA⁶⁷⁹, el consentimiento constituye una figura poco analizada en el ámbito del Derecho Penal Económico, a pesar de constituir la figura central de exclusión del injusto. Señala el mismo autor que ello puede deberse a dos razones: la primera, por considerar que los bienes jurídicos tutelados en el ámbito del Derecho Penal Económico lo son de carácter supraindividual o colectivo, por lo que no podría aislarse individualmente al titular específico del bien jurídico, ergo el mismo no podría otorgar un consentimiento válido. La segunda, por entender que en aquellos delitos en que pudiera parecer que el consentimiento del titular del bien jurídico resulta relevante, la doctrina mayoritaria española y

⁶⁷⁹ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 Bis CP)", en *Revista General de Derecho Penal*, n°28, 2017, p. 2.

alemana abogan por otorgar a este factor relevancia ya en la determinación del tipo objetivo, por lo que de ninguna manera se produciría una afectación típica del bien jurídico protegido.

En el presente capítulo analizaremos si el consentimiento del titular del patrimonio administrado es excluyente de la tipicidad o por el contrario actúa como causa de justificación.

De igual forma se analizarán los tipos de consentimiento que pueden otorgarse, al efecto de concluir las diferentes consecuencias que los mismos pueden producir respecto la comisión típica.

Por último, analizaremos separadamente el consentimiento otorgado por el titular de un patrimonio individual del consentimiento otorgado en el seno de una estructura societaria, pues como comprobaremos, los requisitos y las consecuencias de este difieren considerablemente.

II. EL CONSENTIMIENTO Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA COMO EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD O COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Si bien un pormenorizado análisis sobre si el consentimiento debe contemplarse como causa de exclusión de la tipicidad o como causa de justificación sobrepasaría con creces el objeto del presente trabajo, no es menos cierto que para la conclusión a la que

pretende llegarse en el presente capítulo sí se hace necesario un breve análisis de la cuestión⁶⁸⁰.

Respecto la ubicación sistemática del consentimiento, nos encontramos que a lo largo de los años han sido varias las concepciones que respecto el mismo se han elaborado. Así, tenemos tanto la concepción monista que defiende el consentimiento como causa de justificación, como la concepción monista que lo defiende como causa de atipicidad. De igual forma, aparecen hoy concepciones doctrinalmente mayoritarias que defienden el consentimiento excluyente como causa de atipicidad y como causa de justificación, denominadas dualistas o tripartitas⁶⁸¹.

Señala LUZÓN PEÑA⁶⁸² que la doctrina tradicional y parte de la moderna ha concebido el consentimiento eficaz del titular del bien jurídico como una causa de justificación, a excepción de algunos tipos concretos en los que la propia tipicidad penal ya requieren la ausencia de consentimiento -tradicionalmente se usa el ejemplo del hurto y del allanamiento de morada-. Dicha postura puede basarse, como en el caso de MEZGER, en la ausencia de interés o, en otros casos, en la preponderancia de la libertad del sujeto pasivo frente

⁶⁸⁰ Sobre el consentimiento véase VITAL DE ALMEIDA, R., El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito. Dir: Lorenzo Morillas Cuevas. Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, 2006.

⁶⁸¹ Así lo describe también FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 206 y 272.

⁶⁸² LUZÓN PEÑA, D., "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", en *Revista General de Derecho Penal*, n°18, 2012, p. 7.

al interés en la protección de su bien. En este sentido se pronuncia también MUÑOZ CONDE⁶⁸³, quien concibe el consentimiento como causa de justificación, si bien acepta que en determinados casos en los que existe una referencia expresa o tácita en el propio tipo penal, el consentimiento puede concebirse como excluyente de la tipicidad, si bien, como se señalaba, el autor es partidario de entender que en la mayoría de casos el consentimiento no excluye, de forma general, la tipicidad, sino que solamente podrá excluir la antijuricidad siempre y cuando se den una serie de requisitos.

No obstante, existe también una posición dualista contraria a la anterior, la cual sostiene que el consentimiento opera siempre como causa de atipicidad o de exclusión de la tipicidad. Según esta posición⁶⁸⁴, existe atipicidad en los tipos en que se formula una actuación contra o sin el consentimiento del afectado ya que, además, en la mayoría de delitos que atentan contra bienes jurídicos de la persona -a excepción de aquellos en que el bien jurídico resulta indisponible- el bien jurídico lo constituye realmente la libertad de disposición que el titular ostenta respecto el objeto, y no sobre el objeto de disposición. Por ello, si el titular libremente consiente la lesión del objeto, ejerciendo su libertad de disposición del mismo, no

⁶⁸³ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 133-134.

⁶⁸⁴ LUZÓN PEÑA, D., "El consentimiento en Derecho Penal...", op. cit., p. 7. El autor señala como suscriptores de dicha tesis, entre otros, a Hirshc, Schmidhäuser, Kientzy, Roxin, Bacigalupo, Cuello Contreras, etc.

existe lesión sobre el bien jurídico, siendo la conducta atípica.

Si bien, como señala MIR PUIG⁶⁸⁵ la doctrina española solamente maneja el concepto "consentimiento", la doctrina alemana, por el contrario, diferencia entre los denominados casos de "acuerdo" y "consentimiento". Esta doctrina es la que conocemos como dualista o bipartita⁶⁸⁶. Los casos de acuerdo -*Einverständnis*- son aquellos casos en los que el propio delito se dirige contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, llegando algunos casos en los que el propio consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción típica definida por ley. El ejemplo a estos supuestos lo encontramos en los delitos contra la libertad y en algunos casos en los delitos contra la propiedad -así, en el caso del hurto, si existe consentimiento del sujeto pasivo no podremos excluir la responsabilidad penal puesto que ni siquiera se produce el propio concepto de hurto-. En los casos de consentimiento -*Einwilligung*-, se ataca un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero la lesión de este no desaparece por virtud del consentimiento -la doctrina alemana ejemplifica estos supuestos con los delitos de lesiones, en los que a pesar del consentimiento de la víctima, la lesión de la integridad física no desaparece, si bien en algunos casos el consentimiento excluirá el delito-. Para la doctrina mayoritaria alemana, el acuerdo es una causa

⁶⁸⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 524 y ss.

⁶⁸⁶ Véase LUZÓN PEÑA, D., "El consentimiento en Derecho Penal...", op. cit., pp. 9-11.

de exclusión de la tipicidad, mientras que el consentimiento se discute si efectivamente es una causa de exclusión de tipicidad o, por el contrario, solamente se trataría de una causa de justificación⁶⁸⁷.

No obstante lo anterior, señala el autor que un importante sector doctrinal alemán considera que el consentimiento siempre excluye la tipicidad por desaparición del objeto de tutela, consistente en la libertad de disposición del sujeto sobre un objeto o en el valor que dicho objeto tiene para el titular - se trata de la tesis monista que exponía en líneas anteriores-. Autores como ROMEO o CEREZO⁶⁸⁸ justifican la posición dualista argumentando que en determinados delitos en los que se ven afectados bienes jurídicos personales distintos de la libertad, existe un bien jurídico afectado distinto de la propia libertad de disposición, pero el tipo, junto al bien jurídico, protege siempre la libertad de disposición del mismo, siendo el consentimiento excluyente de la tipicidad.

Sin embargo, existen otros delitos en los que el tipo protege el bien jurídico, pero no también la libertad de disposición sobre el mismo, por lo que el consentimiento actúa como causa de justificación.

Sin embargo, MIR PUIG considera que la conformidad del sujeto pasivo eximirá de

⁶⁸⁷ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 399 y ss.

⁶⁸⁸ Romeo Casabona, C.M., *El médico y el DP*, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981; CEREZO MIR, J., *Curso DP español II: Parte General*, Ed. Técnos, Madrid, 1998, citados en LUZÓN PEÑA, D., "El consentimiento en Derecho Penal...", *op. cit.*, p. 11.

responsabilidad penal cuando así se desprenda del propio tipo, cuando exista un precepto que expresamente otorgue eficacia justificante -caso del art. 156 CP- o cuando el consentimiento pueda verse como el libre desarrollo de la personalidad tutelado en el art. 10.1 de la Constitución Española, siempre y cuando se trate de bienes jurídicos individuales -y con excepciones, como pueden ser los delitos contra la vida humana- y no, por el contrario, de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos⁶⁸⁹.

Por último, LUZÓN PEÑA⁶⁹⁰⁶⁹¹ plantea una categoría tripartita. El autor distingue entre consentimiento jurídicamente válido -emitido por el titular del bien jurídico con plena capacidad y sin ningún vicio- y consentimiento meramente fáctico -se trata este de un consentimiento de hecho que, a pesar de no ser jurídicamente válido, por lo que no excluiría la antijuricidad del acto, sí es suficiente para excluir la ilicitud penal de la conducta, ello en aras de

⁶⁸⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 524 y ss.

⁶⁹⁰ LUZÓN PEÑA, D., "El consentimiento en Derecho Penal...", op. cit., pp. 13 y ss.

⁶⁹¹ FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", op. cit., p. 273 resume la posición de LUZÓN PEÑA de la siguiente manera: "En la doctrina española Luzón Peña propone distinguir entre el consentimiento como "causa de exclusión del tipo indiciario", cuando excluye ya la lesión o afectación del bien jurídico; como causa de justificación en sentido estricto cuando el consentimiento da lugar a que la conducta del tercero sea perfectamente lícita; y, por último, como "causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal" cuando la acción consentida no es, pese a la concurrencia del consentimiento, jurídicamente lícita, pero tampoco es considerada lo suficientemente grave como para constituir el respectivo ilícito penal".

evitar que la conducta llegue a tener la relevancia y gravedad penal requerida por la figura típica-. No obstante, dentro del consentimiento jurídicamente válido distingue dos tipos: excluyente de la tipicidad o simplemente justificante. Para el autor, ante un consentimiento jurídicamente válido puede suceder lo siguiente:

a) Existirán casos en que, ante falta de relevancia jurídica -negativa- y por tanto de todo indicio de injusto, se produce de entrada una atipicidad. Es lo que denomina el autor falta del tipo indiciario por ausencia ya de cualquier ilícito. Ello se deberá o a una falta de lesión del bien jurídico o a la adecuación social.

b) Existen tipos penales en que, a pesar de que el consentimiento sea eficaz y permita la conducta, al existir una afectación del bien jurídico y no haber adecuación social -por no ser la conducta considerada socialmente normal o cotidiana- la conducta será, de entrada, típica, por lo que en atención a la ponderación de intereses, el consentimiento actuará como causa de justificación.

Respecto el consentimiento fáctico, para el autor es causa solamente de exclusión de la tipicidad, ya que la conducta consentida no está permitida, pero por razones propias de cada tipo delictivo no se considera lo suficientemente grave como para que sea penalmente típica (el fundamento de la exención por tanto será variable en función del telos y axiología de cada tipo).

III. CLASES DE CONSENTIMIENTO Y REQUISITOS

Podemos clasificar el consentimiento -sin perjuicio de algunas particularidades- en tres grupos: i) expreso; ii) tácito; iii) presunto⁶⁹². Si bien es cierto que todos ellos, por su propia naturaleza, comparten elementos comunes, también lo es que dada la caracterización de cada uno de ellos, todos presentan algunas diferencias.

Con carácter general, tenemos que el consentimiento, como institución penal, no requiere reunir los requisitos de una declaración de voluntad de carácter negocial del Derecho Civil⁶⁹³, por lo que no importa en este punto la capacidad negocial del ofendido, ni los principios de protección del menor de edad o del tráfico jurídico, ya que en definitiva, se trata de una cuestión relativa al merecimiento de pena de una acción a pesar de la presencia de conformidad del ofendido.

Para otorgar un consentimiento válido no se requiere que quien consiente disponga de capacidad jurídico-civil para negociar válidamente, sino que como señala JESCHEK, basta que el sujeto tenga capacidad de razonamiento y juicio natural para comprender la

⁶⁹² Así, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 134.

⁶⁹³ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 409. En idéntico sentido MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 531.

renuncia al interés protegido y el alcance del hecho⁶⁹⁴. No obstante, apunta MIR PUIG que en algunos delitos se señalan expresamente límites más elevados o circunstancias especiales -caso de abuso sexual a menor de 16 años o en las lesiones del art. 155 y 156 no se otorga validez al consentimiento de un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección-⁶⁹⁵.

El consentimiento debe igualmente ser reconocible externamente -teoría ecléctica o conciliadora- por cualquier medio, aunque no sean aplicables las reglas del Derecho Civil. Dicha modalidad ha venido imponiéndose a la teoría de la declaración de voluntad, que requería una manifestación externa como si de un negocio jurídico se tratara, y a la teoría de la dirección de la voluntad, en la que bastaba la mera conformidad interior del interesado.

También debe adolecer de vicios de la voluntad, mas como señala MIR PUIG, no resulta aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad, puesto que la coacción siempre excluye la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño solamente lo harán cuando se afecta a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida, por lo que no hará ineficaz al consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir ni el error en la declaración⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 410.

⁶⁹⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 531.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 532.

Asimismo, el consentimiento deberá ser otorgado ex ante y, además, conocido por quién actúa⁶⁹⁷.

Por último, debemos brevemente referirnos al consentimiento presunto. Este se define como aquella situación en la que el titular del bien jurídico no puede manifestar su consentimiento pero se presupone que en caso de poder hacerlo, lo prestaría. Se trata de casos, como señalan JESCHEK Y MIR PUIG⁶⁹⁸ en los que el consentimiento no puede recabarse ex ante porque el titular no se encuentra localizable o bien se encuentra inconsciente. Ambos autores señalan que en el consentimiento presunto se diferencian dos grupos:

i) aquellos en los que se actúa para salvar un bien no disponible -JESCHEK habla de "*conflictos internos de intereses y bienes*"-, los cuales se darán en el ámbito de protección de la vida. En estos casos, ambos autores sostienen que en realidad no será necesario acudir a la figura del consentimiento puesto que la actuación del sujeto activo se encontrará más cercano al estado de necesidad -auxilio necesario-.

⁶⁹⁷ Así, MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 134.; PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 144. Para MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 532., quien actúa desconociendo el consentimiento del sujeto pasivo no quedará impune, sino que su conducta será punible como tentativa inidónea, ya que, como refiere el autor: "*aunque la efectiva existencia de consentimiento provoca que desaparezca el tipo consumado, el autor que lo desconoce intenta, siquiera de forma inidónea, realizarlo*".

⁶⁹⁸ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 414-417; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 533.

ii) Grupos que vienen configurados por la disponibilidad del bien por su titular. En estos casos, sólo resultará lícita la intervención si se puede presumir un consentimiento presunto, ya que podríamos encontrarnos ante el caso de que el titular prefiriese asumir la lesión del bien jurídico antes que la intervención lesiva en defensa de aquel.

Afirma JESCHEK que la eficacia del consentimiento presunto descansa sobre tres elementos: debe existir una ponderación de intereses, debe realizarse una presunción objetiva sobre cuál habría sido la resolución más probable de haber conocido el titular del bien la situación, y debe acudirse a la figura del riesgo permitido, de la que se deriva el deber de realizar un examen minucioso⁶⁹⁹. En definitiva, se trata de objetivar con carácter ex ante la aprobación del titular, siendo incluso válido el consentimiento presunto, aunque ex post el titular del bien no otorgue validez a la intervención, siempre y cuando se den los requisitos señalados.

Por último, el consentimiento presunto deberá cumplirse de igual forma los requisitos anteriormente expuestos para el consentimiento expreso y tácito.

IV. LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO FRENTE AL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

⁶⁹⁹ JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 415-416.

1.- Sobre la protección de intereses individuales en el delito de administración desleal

Indicaba al inicio del presente capítulo que la doctrina ha venido señalando que el consentimiento solamente ostenta validez cuando el bien jurídico protegido lo es de carácter individual, no siendo causa exculpatoria -sea de la tipicidad o como causa de justificación- cuando los intereses protegidos lo son de carácter supraindividual o colectivo.

En el presente trabajo se sostiene que el delito de administración desleal protege un interés estrictamente individual: el patrimonio. Por ello, suscribimos en este punto la tesis de COCA VILA, según la cual el Derecho Penal Económico no tutela únicamente bienes de carácter supraindividual o colectivo, ya que, a pesar de que existan delitos que protegen intereses individuales, por la especial trascendencia que genera su lesión para la vida socio-económica o empresarial, los mismos se incluyen dentro del Derecho Penal Económico -siendo el mejor ejemplo para estos casos el delito de administración desleal⁷⁰⁰-.

La nueva regulación de la administración desleal, en la que, a diferencia de su predecesor, desaparecen las referencias al sujeto pasivo del delito -el extinto

⁷⁰⁰ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 5. Señala el autor una tercera categoría relativa a los delitos que protegen intereses individuales y supraindividuales, como la corrupción de los negocios del art. 286 bis del CP. Para el autor, nada impide aceptar la validez del consentimiento en este tipo de delitos.

art. 295 se refería exclusivamente a los socios, depositarios, cuentapartícipes, titulares de bienes, valores o capital- sitúan al titular del patrimonio como único titular del bien jurídico protegido. Lo anterior supone que, a diferencia de su predecesor, en el art. 252 CP tengan cabida tanto supuestos de titularidad individual del patrimonio como supuestos de titularidad compartida, tenga éste su origen en figuras de naturaleza civil o en estructuras societarias. Por ello, debe reinterpretarse y diferenciarse el tratamiento y los requisitos que se exigirán cuando nos encontremos ante un patrimonio de carácter individual o ante un patrimonio compartido.

2.- El consentimiento frente a la protección de un patrimonio individual

En cuanto que el delito de administración desleal protege un bien de carácter disponible -el patrimonio-, el consentimiento del titular del patrimonio ante un acto que prima facie fuera desleal excluye, directamente, la tipicidad de su conducta.

Se sostiene en el presente trabajo que el consentimiento resulta excluyente de la tipicidad, y no actúa por el contrario como causa de justificación. El delito de administración castiga a aquellos administradores que *infringiendo sus facultades, por exceso en las mismas, causen un perjuicio al patrimonio administrado*. Ello supone que desde el momento en el que el titular del patrimonio administrado, con conocimiento del alcance perjudicial que puede suponer el acto de administración concreto, así como de la

información relativa al negocio que se va a llevar a cabo, consiente que el mismo se efectúe, y siempre que se den los requisitos del consentimiento expuestos anteriormente, está, de facto, novando el alcance de la relación interna con el administrador, y, por tanto, incluyendo la conducta del administrador en el seno de actuaciones que puede llevar a cabo. Por tanto, desde el momento en que se produce la indicada novación en la relación interna, el administrador no puede infringir sus facultades por exceso en las mismas, puesto que precisamente es el consentimiento del titular del patrimonio quién incluye dicha facultad en la relación interna que lo vincula con el administrador. Resulta indiferente que finalmente se genere un perjuicio al patrimonio administrado, ya que la conducta no podrá ser típica por el hecho de ser condición objetiva de la estructura típica el exceso en las facultades, y éste, no se produce⁷⁰¹.

Como indicaba, será necesario que el titular del patrimonio entienda el significado y alcance de su decisión. Señalan -con acierto- PASTOR MUÑOZ y COCA VILA⁷⁰² que solamente será posible examinar la validez del consentimiento atendiendo a la naturaleza concreta del acto de administración que el titular consiente. Recordemos que el administrador ha asumido una posición de garantía respecto el patrimonio administrado, y ésta le obliga a velar por los intereses de dicho

⁷⁰¹ En idéntico sentido COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 9; PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 146

⁷⁰² PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 146-147

patrimonio. Pues bien, es precisamente esta posición de garantía la que define el alcance de la relación interna entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, por ello, cuando el administrador pretenda novar el alcance de la relación, debe informar suficientemente al titular del patrimonio administrado, puesto que si el titular consiente sobre una información insuficiente que, además, resulta imputable al administrador, el consentimiento otorgado por el titular del patrimonio no podrá excluir la tipicidad, puesto que realmente no se habrá producido una novación en la relación interna y, por lo tanto, el administrador infringirá sus facultades por excederse en las mismas⁷⁰³.

No obstante lo anterior, debe realizarse una puntualización al respecto, pues el alcance de la tesis arroja un resultado diferente cuando es el propio titular del patrimonio administrado quién, voluntariamente, no se ha procurado de información suficiente respecto el acto en cuestión.

En este caso podemos hablar de un consentimiento válido, pues, como señalan PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, el titular ha decidido construir su decisión al margen de la información que el administrador debía comunicarle, aunque éste haya infringido su deber de informar pretendiendo manipular la decisión del titular⁷⁰⁴.

⁷⁰³ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 147

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 147

Un ejemplo de lo anterior sería el supuesto del administrador que tiene conocimiento de que la administración de su patrimonio le está generando notables beneficios económicos, desconociendo totalmente -por su propia voluntad- el origen de tan ingentes beneficios. Supongamos que los beneficios del patrimonio tienen su origen en negocios altamente especulativos. Pues bien, acorde con la tesis sostenida, el administrador debe conocer de donde proceden tales beneficios, debe tener esa mínima diligencia de conocer la actuación del administrador. Ello es así porque considero que en el caso en el que uno de los negocios especulativos llevados a cabo por el administrador genere un perjuicio al patrimonio administrado, encontraría esta justificación en la creencia de haber actuado de forma autorizada por el titular del patrimonio, puesto que dicho titular, despreocupándose de la gestión de su patrimonio y no solicitando información alguna al respecto, consentía tácita o incluso presuntamente respecto la administración.

En todo caso, y aun no admitiéndose dicha tesis, sí que podría también aducirse por el administrador la concurrencia de error en los presupuestos habilitantes del consentimiento. En el caso de que el titular conociera, por información del administrador, de que se van a llevar a cabo negocios de riesgo y el administrador, pese a poder hacerlo, no se opusiese o no solicitase mayor información al respecto, estaríamos ante un consentimiento igualmente válido,

consentimiento que PASTOR MUÑOZ y COCA VILA definen como concluyente⁷⁰⁵.

3.- El consentimiento frente a la protección de un patrimonio compartido: especial referencia a los patrimonios sociales

Ante supuestos de cotitularidad patrimonial no referidos a estructuras societarias, no existe duda de que el consentimiento requiere de la aprobación de la totalidad de los cotitulares. En tal sentido refiere COCA VILA que en los supuestos de cotitularidad que se describen en el CC -arts. 392 y ss- solo el consentimiento de todos los cotitulares dará validez al consentimiento, pues ni siquiera la aquiescencia de la mayoría de ellos permitirá que el consentimiento otorgado por estos tenga validez, pues de forma análoga a lo dispuesto en el art. 1237 del CC, el consentimiento solamente desplegará efectos en la relación bilateral entre administrador y quien consiente, pero no en los terceros ajenos a esta relación⁷⁰⁶.

Mayor problema plantea el consentimiento otorgado en el seno de una estructura societaria. Como se ha señalado con anterioridad, el extinto artículo 295 CP preveía en su descripción típica los sujetos pasivos del delito de administración desleal. Teniendo en cuenta lo anterior, la primera pregunta que surgía

⁷⁰⁵ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 144.

⁷⁰⁶ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 10.

respecto el consentimiento en estructuras societarias era la siguiente: ¿quién era el autorizado para otorgar un consentimiento válido, la sociedad o los sujetos descritos en el art. 295 CP? Según FARALDO CABANA, a pesar de que el art. 295 CP no mencionaba expresamente a la sociedad, esta podía ser sujeto pasivo del delito⁷⁰⁷, ya que, además de ser la única titular del objeto material de la acción -bienes de la sociedad-, estaba incluida entre los sujetos que sufrían el resultado típico -entendiendo que en la mayoría de las ocasiones la sociedad era la titular de los bienes, valores o capital administrado por el administrador-. Por tanto, ya en el extinto art. 295 encontrábamos a la sociedad como sujeto pasivo del delito de administración desleal.

No obstante, la cuestión relativa a quién es la instancia competente para consentir el acto de gestión desleal ha sido una de las cuestiones más discutidas en la doctrina alemana. Refiere COCA VILA⁷⁰⁸ que en Alemania existe, de un lado, la tesis que sostiene que la sociedad es solamente un instrumento en manos de sus socios, por lo que la aquiescencia de estos al acto de gestión desleal supone siempre la exclusión de la tipicidad. De otro lado, existen las tesis que consideran a la sociedad el sujeto pasivo del delito, por lo que la aquiescencia de los socios no siempre supondrá un consentimiento válido. Otra cuestión que se plantea es la relativa a la accesoriedad del derecho

⁷⁰⁷ FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 274.

⁷⁰⁸ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 11.

penal al ordenamiento jurídico-privado, en el sentido de analizar hasta que punto puede el derecho penal otorgar validez a un consentimiento que a nivel jurídico-privado es nulo.

En el presente trabajo he defendido la tesis de que, ante patrimonios sociales, será la sociedad el sujeto pasivo del delito⁷⁰⁹⁷¹⁰. Ello motiva que sea la sociedad la única que pueda otorgar un consentimiento válido. Debemos discernir ahora quién será el encargado, dentro de la sociedad, de otorgar el consentimiento.

Las sociedades vienen formadas por el órgano de administración -sea mediante Consejo de Administración, administrador único o cualquier otra figura- y por la Junta General, encargada de determinar la voluntad de la sociedad y órgano de gobierno supremo de la misma. Por lo expuesto, será la Junta General la encargada de otorgar el consentimiento válido, si bien, como matiza COCA VILA, la legislación mercantil reconoce a los socios, constituidos en Junta General, la competencia para definir el modo de gestión de la sociedad -arts. 159 y ss. TRLSC- por lo que a los efectos de valorar la eficacia del consentimiento deberá distinguirse entre la sociedad, como titular del patrimonio, y los socios, como sujetos con capacidad de disposición del patrimonio social⁷¹¹.

⁷⁰⁹ En idéntico sentido COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 10.

⁷¹⁰ Vid. Cap. VI. II. 3.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 14.

En base a lo anterior, cabe plantearnos bajo que condiciones pueden los socios consentir válidamente un acto desleal. En tal sentido, la doctrina y jurisprudencia alemana señalan, resumidamente, cuatro respuestas⁷¹²:

a) La teoría institucionalista estricta -*strenge Körperschaftstheorie*-, según la cual los socios no pueden consentir, ni aún por unanimidad, los actos desleales que resulten lesivos para la sociedad.

b) La teoría institucionalista limitada -*eingeschränkte Körperschaftstheorie*-, para la que el acuerdo de todos los socios excluye la contrariedad a deber de actos de gestión desleal perjudiciales para el patrimonio social, siempre que los mismos hayan sido realizados respetando los principios de actuación de un ordenado empresario.

c) La teoría contractualista limitada -*eingeschränkte Gesellschaftstheorie*-, según la cual el consentimiento de los socios únicamente carece de trascendencia para excluir el injusto cuando, o bien con ello se infringen preceptos mercantiles obligatorios sobre protección del capital social o bien se genera un riesgo para la misma supervivencia de la sociedad.

d) La teoría estricta contractualista -*strenge Gesellschaftstheorie*-, para la que los socios ostentan

⁷¹² COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 10.

una capacidad ilimitada de disposición sobre el patrimonio social, por lo que su acuerdo haría decaer el injusto incluso si éste supusiera el fin de la sociedad.

En la doctrina española, tradicionalmente se han diferenciado los supuestos en los que el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad o por mayoría⁷¹³.

En tal sentido, afirma COCA VILA que cuando los socios acuerdan por unanimidad un acto de gestión desleal -si estos lo hacen de forma autorresponsable y debidamente informados- el acto será atípico⁷¹⁴. Sostiene el autor que el art. 252 CP no protege ni los intereses de eventuales acreedores afectados, ni un supuesto interés social distinto al de los socios, por lo que, a tal efecto es indiferente que el acuerdo no respete las formalidades de la legislación mercantil⁷¹⁵.

A tal punto, sostiene el mismo autor que incluso cuando el consentimiento sea otorgado para la

⁷¹³ Vid. NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 263; CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 369; FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 276

⁷¹⁴ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 16.

⁷¹⁵ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 16; cfr. FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 280, para quien el acuerdo adoptado por unanimidad de los socios, en el caso de que el mismo contradiga preceptos legales o reglamentarios inderogables por la voluntad de los destinatarios o contradiga los estatutos sociales, no otorga un consentimiento válido y por tanto no actúa ni como causa de atipicidad ni como causa de justificación.

realización de un acto penalmente ilícito, la actuación del administrador no le eximirá de su posible responsabilidad por la comisión del ilícito penal en cuestión, pero sí le eximirá de una imputación por el delito del art. 252 CP.

Para FARALDO CABANA⁷¹⁶, aun cuando el acuerdo ha sido adoptado por mayoría -sea esta simple o cualificada- no constituye este un consentimiento válido.

PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, por el contrario, consideran que un acuerdo adoptado por mayoría de los socios, imponiendo por tanto el acuerdo a la minoría, es un consentimiento válido si éste es jurídico-civilmente válido, puesto que el mismo conforma la voluntad social, por lo que sería excluyente de la tipicidad⁷¹⁷. Sin embargo, apunta COCA que en aquellos casos en los que la mayoría acuerda consentir un acto desleal contrario a la legislación mercantil, o a través de un acuerdo impugnabile, ya sea por ser contrario a la Ley, los estatutos, el reglamento de la Junta o por lesionar el interés social, el consentimiento no es válido, por lo que la conducta del

⁷¹⁶ FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios...", *op. cit.*, p. 276; también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito societario de administración desleal*, *op. cit.*, p. 74.

⁷¹⁷ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., *El delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 148. Los autores excluyen la atipicidad del consentimiento prestado de forma mayoritaria a aquellos supuestos en los que se consiente un acto que ponga en peligro la liquidez de la sociedad o su subsistencia o los supuestos en que el consentimiento se otorgue para la realización de un negocio o acto ilícito.

administrador constituiría el ilícito del art. 252 CP⁷¹⁸.

Una posición más radical es la sostenida por GÁLVEZ JIMÉNEZ⁷¹⁹, para la que la sociedad constituye el titular del bien jurídico protegido, y no los socios, por lo que el consentimiento no puede estudiarse desde la voluntad de estos. En tal sentido, el consentimiento otorgado por la Junta General será siempre excluyente de la tipicidad penal, con independencia de que éste haya sido otorgado por unanimidad o mayoría, puesto que, considerando la sociedad como titular del bien jurídico protegido, lo importante es la voluntad social, que viene reflejada en la aprobación del acuerdo, siendo indiferente la opinión de los socios, que no necesariamente coincidirá con la sociedad.

En tal sentido, comparto solamente en parte la tesis de GÁLVEZ JIMÉNEZ. El titular del patrimonio administrado es la sociedad, por tanto corresponderá a esta otorgar en todo caso, y a través de los mecanismos oportunos, el consentimiento al administrador. Si el administrador ha recibido consentimiento de la sociedad, el mismo no puede actuar infringiendo las facultades que le han sido encomendadas, puesto que está actuando acorde al mandato de esta, sin quebrantar por tanto el deber de proteger el patrimonio de la

⁷¹⁸ COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico...", *op. cit.*, p. 20.

⁷¹⁹ GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., El nuevo delito de administración desleal (artículo 252 CP) en el ámbito de las sociedades de capital. Dir: Miguel Olmedo Cardenete. Tesis doctoral inédita, Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal, 2017.

misma. Ahora bien, cuestión diferente es que el consentimiento haya sido otorgado mediante actos que contravengan la normativa específica para su concesión o cualquier otro acto que implique la invalidez del mismo.

Ahora bien, incluso en estos casos, será necesario que el administrador actúe con pleno conocimiento de que el consentimiento es inválido o, cuanto menos, se antoje dicha posibilidad como altamente probable. En caso contrario, el administrador actuará bajo error de tipo, siendo en todo caso su conducta excluyente de culpabilidad. Sería este el caso de un administrador que actúa conforme a un mandato aprobado por la mayoría -o incluso unanimidad- societaria, desconociendo el mismo -o no pudiendo mínimamente conocer- que la indicada mayoría no obedecía a la realidad o había sido obtenida de forma fraudulenta, deviniendo posteriormente dicho acuerdo en inválido.

Por el contrario, y asumiendo el mismo ejemplo, si el administrador conocía o podía conocer tales circunstancias, su actuación será constitutiva de administración desleal.

CAPÍTULO IX

INCIDENCIA EN OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

I. RELACIÓN CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS ARTS. 253 Y 254 DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto de Ley Orgánica (121/000065), presentado el 24 de septiembre de 2013, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, también modificó la regulación -y su ubicación- del delito de apropiación indebida, que pasaba ahora a ocupar los arts. 253 y 254 CP.

El art. 253 CP quedó redactado del siguiente modo:

"1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el

valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros."⁷²⁰

Para el artículo 254 CP, se propuso el siguiente texto:

"1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros."⁷²¹

De hecho, como señaló el CF en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal, esta reorientación de política criminal sobre el binomio "administración desleal-apropiación indebida", era similar -en la apropiación indebida que ahora nos interesa- a figuras de derecho comparado como el art. 205 y 209 del CP portugués; el delito de unterschlagung del §246 Strafgesetzbuch (StGB) que contempla la

⁷²⁰ Ibid.

⁷²¹ Ibid.

apoderación (*zueignet*) antijurídica para sí o para un tercero de una cosa mueble ajena cuando el hecho no está castigado en otro delito del StGB, previéndose un tipo agravado si la cosa le ha sido confiada al autor (*anvertraut*)⁷²².

⁷²² Al respecto del precepto alemán, vemos con nitidez, por comparación con el §266, la distinción clara entre el delito de apropiación indebida (*unterschlagung*) citada y el delito de infidelidad *patrimonial* (*untreue*). De hecho, tal como nos recuerda sobre estos dos preceptos alemanes, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 65: "El delito de apropiación indebida tipificado en el art. 246 castiga la lesión del derecho de propiedad mediante una acción de apoderamiento; por el contrario, el delito del art. 266 protege (del mismo modo que el delito de estafa) exclusivamente el patrimonio y castiga conductas de infidelidad patrimonial en el manejo de bienes ajenos".

De hecho, debe destacarse que fue precisamente la doctrina alemana la que dibujó dos conceptos distintos, más allá de las modernas distinciones entre la apropiación indebida y la administración, como superación al *furtum* del derecho romano cuya plasticidad giraba en torno a la tipología de *contractatio* (*rei; usus y possessionis*). Concretamente, como destaca FERRER SAMA, A.: "El delito de apropiación indebida", *Anales de la Universidad de Murcia*, 1943-1944-4º trimestre, pp. 405-488, la apropiación indebida vino a superar un general y extensivo concepto de hurto desconocido por el derecho español hasta el siglo XX: "El delito en estudio no ha sido reconocido como figura propia hasta tiempos relativamente recientes, siendo de gran interés el apreciar las fases por las que ha pasado hasta adquirir caracteres de independencia respecto al hurto, la falsedad y la estafa, entre los cuales vino confundido en las antiguas legislaciones". Por eso FERRER SAMA recuerda que la diferencia esencial "entre la apropiación de cosa perdida y el hurto radica precisamente en el contenido y forma de la acción, ya que mientras en el último delito ésta consiste en el desplazamiento de la posesión de la cosa, que pasa a la esfera de disponibilidad del autor, en la apropiación de cosa perdida la acción delictuosa no comienza con el hecho de tomarla el agente, hecho en sí lícito, sino que consiste en otro hecho, coetáneo o posterior, cual es el de la apropiación."

En este sentido la propia Fiscalía en su informe al anteproyecto señalaba que: "Apropiarse es hacer suya el autor la cosa ajena. Pero diversamente de lo que ocurre en el hurto -donde la apropiación acompaña a la posesión o detentación de la cosa- aquí la apropiación sucede a esa posesión o detentación. De inicio el

En similar sentido a la norma germana, puede citarse el art. 134 del Strafgesetzbuch austriaco, que castiga a quien antijurídicamente con ánimo de enriquecimiento se apodera para sí o para un tercero de un bien ajeno encontrado o que ha pasado a custodiar por error o sin su intervención. También castiga en su art. 133 el apoderamiento para sí o un tercero del bien que hubiere sido entregado para su custodia⁷²³.

Dicho esto, se observa como la propuesta del prelegislador, a excepción de sendos apartados segundos

agente recibe válidamente la cosa, pasando a poseerla o detentarla legítimamente, a título precario o temporal, pero posteriormente altera arbitrariamente ese título, pasando a disponer de la cosa ut dominus. Deja entonces de poseer en nombre ajeno y hace entrar la cosa en su patrimonio o dispone de ella como si fuese suya, o sea, con el propósito de no restituir, o de no darle el destino a que estaba ligada, o sabiendo que no lo podía hacer. El que comete una apropiación indebida se ahorra el esfuerzo de tener que sustraer la cosa. El problema fundamental de este tipo es su deslinde de la administración desleal. En principio, en la administración desleal hay administración y el poder de disposición es jurídico y se protege el patrimonio, mientras que en la apropiación indebida hay custodia desleal, el poder de disposición es fáctico y se protege el derecho de propiedad. El punto conflictivo, como hemos señalado en el comentario a la administración desleal es el uso ambiguo que se hace en el 252.3 del Anteproyecto de la expresión "ánimo de lucro" y si ésta incluye también actos de apropiación o solo los actos ilícitos no dominicales con persecución de una ventaja. Dado que la apropiación indebida se configura expresamente por el prelegislador como un "tipo de recogida", los supuestos de apropiación dentro de la administración serían penados como administración desleal y no como apropiación indebida (conclusión a la que conduce también el hecho de que el ánimo de lucro agrava la pena de la administración desleal por encima de la prevista para la apropiación indebida)".

⁷²³ Este apartado segundo del precepto austriaco vendría a operar como un cajón de sastre (cfr. art. 254 CP actual, pues criminalizaría quien transforma lo que custodia lícitamente en una retención ilícita frente a su dueño.

de los arts. 253 y 254 CP, debe calificarse de deseable por cuanto huyen de las referencias a conceptos jurídicos indeterminados -p.ej. "el escaso valor de los bienes apropiados" y "la situación económica de la víctima"- para fijar con mayor nitidez los límites entre el ilícito penal y civil.

No obstante lo expuesto, y sin que mediare aclaración alguna, el ya legislador introdujo en el último momento un texto diferente para la apropiación indebida del art. 253 y 254 CP. Así, el texto que finalmente vio la luz en el seno de la LO 1/2015 fue el siguiente:

1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses."

Como podemos comprobar, el legislador abandona la fórmula de "cosa mueble ajena" que había venido utilizando en el Anteproyecto 2012 y el Proyecto de 2013 para optar finalmente por describir el objeto de

apropiación: dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble. En este sentido, repite la fórmula que había utilizado con anterioridad al texto presentado por la LO 1/2015, con la notable excepción -respecto el texto anterior a 2015- de que elimina la modalidad de distracción como fórmula típica de apropiación indebida (aun siendo considerada una modalidad de administración desleal). También modifica el legislador, para el texto previsto por la LO 1/2015, el tipo atenuado del art. 253 CP. En este caso, se reduce el importe que diferencia el delito leve del delito, el cual pasa a fijarse en 400 euros, en lugar de los 1.000 en los que se fijaba el texto incluido en el Anteproyecto de 2012 y el Proyecto de 2013.

Respecto el art. 254 CP presentado finalmente por la LO 1/2015, únicamente se modificó el importe fijado para el tipo atenuado. Así, al igual que en el art. 253 CP, el límite entre el tipo atenuado y el ordinario se fijaba en la cuantía de 400 euros, en lugar de los 1.000 en los que se fijaba con anterioridad.

Al igual que los arts. 253 y 254, también varió el texto de la EdM⁷²⁴.

En este sentido, el legislador, tal y como había expuesto con anterioridad, se refiere expresamente a la supresión de la distracción dineraria como modalidad típica de apropiación indebida, señalando que la misma pasa ahora a castigarse como modalidad de administración desleal. En este sentido, apuntan PASTOR

⁷²⁴ Vid. Cap. III. III.

MUÑOZ y COCA VILA la voluntad del legislador de 2015 de volver a un modelo tradicional de apropiación indebida, en el que será necesario que la cosa se incorpore al patrimonio propio o de tercero, requiriendo por tanto el tipo subjetivo *animus rem sibi habendi*⁷²⁵. Por ello, en sintonía con lo manifestado por el legislador en la EdM, los actos otrora llamados "de gestión desleal" deberán analizarse a la luz del nuevo artículo 252 CP. Sin embargo, los autores distinguen dos tipos de apropiación indebida de dinero: aquellos en los que el administrador no ha recibido la propiedad del dinero - sirva de ejemplo el caso en el que el dinero se encuentra en una cuenta a nombre del titular-, y aquellos en los que sí ha recibido la propiedad. En tal sentido, los casos en los cuales no se haya adquirido la propiedad del dinero podrán subsumirse en el art. 253 CP, existiendo concurso con el art. 252 CP cuando el autor, además, tenga un deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, como es el caso de la administración societaria⁷²⁶. En cuanto al segundo supuesto, aquel en el que el autor sí recibe la propiedad del dinero, los autores discrepan abiertamente de la voluntad del legislador recogida en la EdM, esto es, que tales comportamientos se castiguen ahora vía art. 252 CP. Esto no será posible cuando el autor no tenga el deber de velar por los intereses de la víctima⁷²⁷. Así, entienden que la apropiación indebida del art. 253 CP no protege solamente un

⁷²⁵ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 252.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 253.

⁷²⁷ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 254.

derecho de propiedad, sino que también protege un derecho de crédito, pues el derecho de propiedad debe entenderse en cuanto portador de un valor patrimonial, tal y como la jurisprudencia había considerado para el antiguo 252 CP⁷²⁸.

Por su parte, PRECIADO DOMENECH⁷²⁹, refiriéndose a la administración desleal, considera que esta abarca no solamente el patrimonio ajeno en sentido estricto, sino también los elementos patrimoniales como dinero o cosa fungible, efectos, valores o bienes muebles, incluyéndose así las conductas de distracción de dichos objetos en el ámbito de la administración desleal, puesto que los elementos patrimoniales deben integrarse en el concepto de patrimonio que protege la administración desleal. TERRASA GARCÍA por su parte considera que la inclusión de las conductas de distracción en la administración desleal no solamente viene avalada por lo recogido en la EdM, sino que también se deduce de haberse eliminado la referencia a la recepción del objeto en "administración", título que se ha sustituido por la de "custodia"⁷³⁰, además de

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 254. En este sentido, los autores describen, a modo de ejemplo, el diferente tratamiento que debería recibir aquél que se apodera de un vehículo valorado en 100 euros de aquél que recibe en préstamo idéntica cantidad y no la devuelve. En este último supuesto, apuntan los autores que la conducta resultaría impune, pues de configurarse un delito de apropiación indebida referido solamente al derecho de propiedad, la conducta no podría subsumirse en el art. 252 CP, por más que se pretende realizar una amplísima interpretación del mismo.

⁷²⁹ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., "La apropiación indebida", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 521.

⁷³⁰ TERRASA GARCÍA, A.J., "De la apropiación indebida a la administración desleal", en *Boletín de la Real Academia de*

comprender el art. 253 CP no solamente el apoderamiento para sí, sino también a favor de un tercero, salvándose así el antiguo argumento doctrinal que definía el apoderamiento a favor de tercero como modalidad de distracción⁷³¹.

Sin embargo, parecer ser que la jurisprudencia ha optado por una interpretación que dista considerablemente de la voluntad del legislador. Ello puede evidenciarse, entre otras, en la STS 438/2019, de 2 de octubre, de la que sencillamente destaco un párrafo muy ilustrativo:

"Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero".

Así pues, la más reciente jurisprudencia del Alto Tribunal confirma que, a diferencia de lo que pretendía el legislador con el texto de 2015, las distracciones dinerarias podrán seguir siendo castigadas al amparo del actual art. 253 CP, y no obligatoriamente a través de la administración desleal del art. 252 CP.

Citado de forma indirecta en la Sentencia anterior, BARJA DE QUIROGA razona que cuando la entrega

Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, n°. 17, 2016, p. 401.

⁷³¹ *Ibid.*

de la cosa es traslativa de dominio, y eso ocurre con las cosas muebles fungibles -por ejemplo, el dinero-, y lo que ha de devolverse no es la misma cosa sino otro tanto de la misma especie y calidad, entonces nos encontraremos ante un tipo de administración desleal -delito contra el patrimonio-. Y, por el contrario, cuando no concurren esas características, se tratará de un delito de apropiación indebida. Así pues, si se entrega dinero por cualquier título que produzca obligación de devolverlo -y, no se especifica y determina por sus números de serie, que lo devuelto deba ser la misma cosa sino otra tanto de su misma especie y calidad-, en el caso de no devolución estaremos ante un delito de administración desleal⁷³².

Muy similar al anterior es la opinión de BACIGALUPO ZAPATER, el cual se muestra muy crítico con la reforma. Para éste, el error del legislador ha sido el de mantener como objeto de apropiación indebida el dinero recibido, el cual, por ser cosa fungible, no es susceptible de apropiación como cosa ajena⁷³³.

Sensu contrario, GILI PASCUAL señala que ni el dinero ni la administración tienen por qué acarrear confusión si se distinguen en función de que se tenga una obligación concreta sobre el bien -supuesto de apropiación indebida- o se cuente con un margen de gestión con validez jurídica sobre él -supuesto de

⁷³² BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit*, p. 219.

⁷³³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8637, 3 de Noviembre de 2015, pp. 6-7.

administración desleal-. Así, el administrador que se queda para sí o para un tercero bienes de los que dispone para un concreto fin, sin margen para actuaciones alternativas jurídicamente válidas, cometerá apropiación indebida, sean aquellos fungibles o no⁷³⁴. Esta posición es compartida también por MARTÍNEZ-BUJÁN, para quien el delito de administración desleal requiere que el sujeto activo goce de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión del patrimonio. Por tanto, si no existe esa autonomía o margen de discrecionalidad en el administrador y lo que existe es una obligación concreta de darle un destino específico perfectamente determinado al bien administrado, no debería ofrecer duda alguna la calificación como delito de apropiación indebida en el caso de que el administrador incumpla esa obligación, dándole al bien recibido -singularmente, en el caso del dinero- un destino diferente al pactado, sea en beneficio propio, sea en beneficio ajeno⁷³⁵. Señala el autor que, en su opinión, aun en el hipotético caso en que el administrador tuviera un margen de discrecionalidad en la administración del patrimonio y capacidad de disposición sobre los bienes administrados, si lo que lleva a cabo es un acto

⁷³⁴ Gili Pascual, A.: "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)", en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 764.

⁷³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, p. 105.

apropiatorio en sentido estricto, la conducta deberá ser castigada con arreglo al art. 253 CP⁷³⁶.

Descarta el autor la posibilidad de aplicar un concurso de delitos entre ambas figuras, argumentando que solo cabrá aplicar dicha figura cuando haya una pluralidad de comportamientos, siendo que unos actos serán apropiatorios y realizados al margen de las funciones propias del administrador; y otros, en su posición de administrador con genuina capacidad jurídica de disposición autónoma⁷³⁷.

En sentido similar AÑÓN CALVETE, quien razona que con la nueva regulación del art. 252 CP el sujeto activo puede cometer tanto apropiación indebida como administración desleal o, si comete ambas, deberá apreciarse la existencia del concurso real del art. 73 CP, puesto que de una banda se infringirán las facultades concedidas excediéndose en su ejercicio, y de otra se infringirá la devolución o entrega de la cosa mueble⁷³⁸.

Contrarios a los anteriores autores se muestran PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, para los que sí puede existir relación concursal entre el art. 253 y el 252 CP - distinta del concurso real del art. 73 CP-. Los autores parten del problema que se origina cuando un

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 105.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 106.

⁷³⁸ AÑÓN CALVETE, J., : "Apropiación indebida tras la reforma del Código Penal LO 1/2015", *Noticias jurídicas*, 12-11-2015, Obtenido en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10649-apropiacion-indebida-tras-la-reforma-del-codigo-penal-lo-1-2015/>

administrador de un patrimonio ajeno se apodera de bienes de la sociedad -se trate de dinero, vehículos, mercancía, etc.-, esto es, que la apropiación se produce como consecuencia del ejercicio de las facultades del administrador. En su opinión, lo que se produce es un concurso de leyes entre ambos delitos, *"pero solamente el art. 252 CP absorbe todo el injusto propio de la conducta del administrador que se apropia del dinero o bienes administrador en ejercicio de sus facultades, pues este precepto recoge la infracción del deber específico de velar por los intereses administrados, lo que no hace el art. 253 CP"*⁷³⁹.

A mi juicio, la reforma operada por la LO 1/2015 al respecto de los delitos de apropiación indebida y administración desleal no viene a resolver los problemas ya generados por ambos tipos en sus relaciones anteriores a la modificación del 2015. Como hemos visto en anteriores líneas, parece existir entre la doctrina cierto concierto en considerar apropiación indebida todo acto de apoderamiento -para sí o para tercero- respecto de aquello sobre lo que no se tiene margen de discrecionalidad o administración, sino una obligación concreta de hacer o dar destino específico a lo recibido -sea este dinero o cosa mueble-. En caso

⁷³⁹ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 253. Apuntan los autores que a su argumento podría objetarse el hecho de que el art. 252 CP no está en condiciones de absorber el injusto de la agresión contra la propiedad cometido por el administrador que se apropia de bienes administrados. Sin embargo, refieren que a tal objeción debería señalarse que el art. 253 CP protege el derecho de propiedad en cuanto a portador de un valor patrimonial, siendo que dicha dimensión patrimonial es absorbida por el art. 252 del CP, por lo que este precepto es suficiente para castigar todo el injusto del autor.

contrario, estaremos ante una administración desleal. Sin embargo, ya se ha evidenciado que los principales problemas interpretativos se producen en relación a la figura del dinero, lo cual no deja de reproducir nuevamente los problemas existentes con anterioridad a 2015. Así, si el legislador hubiera optado por eliminar la figura del dinero de la descripción típica del art. 253 CP, hubiera plasmado sobre el redactado típico su voluntad expuesta en la EdM, por cuanto no se generarían dudas de que ciertamente los actos de administración que tuvieran por objeto el dinero serían ahora reconducibles al art. 252 CP. Además, a ello debemos sumar el hecho de que si bien el art. 253 CP ha eliminado la administración como título de recepción, la fórmula "*o cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*" permite incluir en dicha fórmula la administración.

Por ello, y teniendo en cuenta que en el presente trabajo se defiende que tanto los excesos intensivos como los excesos extensivos pueden incluirse ahora en la conducta del art. 252 CP, considero que la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal reside, principalmente, en el margen de discrecionalidad o autonomía con el que cuenta el administrador. Así, en los casos en los que el administrador no disponga de margen de discrecionalidad o autonomía, sino que obedezca a un mandato concreto de dar un destino determinado al bien, o de entregarlo o devolverlo, estará cometiendo el mismo un delito de administración desleal. En caso contrario, cuando el administrador disponga de un margen de discrecionalidad o autonomía respecto la

administración o el destino del indicado bien, estaremos ante conductas de administración desleal, con independencia de que el bien administrado sea dinero o cualquier otra cosa de carácter fungible. Incluso en el caso de que el administrador se apodere de bienes que administra, estaremos ante un delito de administración desleal, puesto que no solamente el acceso a dichos bienes se ostenta precisamente como consecuencia de la posición de administrador que se ocupa, sino que con la actuación se produce un quebranto del deber de velar por el patrimonio de la sociedad. En cualquier caso, como apuntan PATOR MUÑOZ y COCA VILA, nos encontraríamos ante un concurso de normas a resolver vía principio de especialidad a favor de la administración desleal.

En atención a la tesis expuesta, un ejemplo administración desleal sería el caso de un administrador que tiene acceso a las cuentas de la sociedad para la administración y gestión de la misma, y aprovechándose de ello, decide desviar dinero hacia su cuenta personal. En este caso, el administrador tiene un margen de gestión respecto las cuentas de la sociedad, de ahí que dicho desvío sea constitutivo de administración desleal.

Por el contrario, si a un administrador se le entrega una suma dineraria concreta para que abone pagos a unos proveedores, y por el contrario se apodera de dicha suma, sin pagar a los proveedores, estará realizando una conducta constitutiva de apropiación indebida, puesto que recibió la suma con un mandato específico de darle un determinado fin, sin margen de

administración respecto la misma, de ahí que su conducta sea constitutiva de apropiación indebida y no de administración desleal.

En cualquier caso, debe destacarse que el resultado práctico de la discusión es mínimo, puesto que ambas modalidades típicas comparten idéntica pena, por lo que la discusión podrá tener cierto interés teórico, pero no práctico, ya que en la gran mayoría de ocasiones, para evitar pronunciamientos absolutorios, se articularan calificaciones alternativas por ambos delitos.

En lo referido a la apropiación indebida del art. 254 CP, el mismo recoge un tipo residual en el que pasan a incluirse los tipos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y los de apropiación de cosa recibida por error -antiguos 253 y 254- CP⁷⁴⁰. No obstante lo anterior, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA afirman que la apropiación de cosa recibida por error no puede incluirse en el art. 254 CP, por lo que la misma ha sido despenalizada. A dicha conclusión llegan los autores al entender que en los supuestos de cosa transmitida por error, precisamente porque se trata de una cosa "transmitida", no concurre la ajenidad de la cosa, por lo que la conducta no puede incardinarse en el art. 254 CP al no existir "apropiación", si no "no

⁷⁴⁰ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., "La apropiación indebida", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 518.

devolución" de algo que por error ha sido introducido en la esfera patrimonial del autor⁷⁴¹.

GILI PASCUAL por el contrario entiende que el art. 254 CP engloba como posibilidades típicas las de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido o las recibidas por error del transmitente, a las que tal vez podrían sumarse ahora otros supuestos, como los casos en los que el autor introduce la cosa en su custodia sin ánimo inicial de apropiación ni de enriquecimiento y luego la retiene frente al dueño -de forma similar a lo contemplado en el § 134.2 öStGB-, o aquellos en los que el bien entra en el ámbito del autor por causa natural o caso fortuito, como contempla el CP portugués -art. 209- CP⁷⁴². En cualquier caso, la fórmula residual y omnicomprensiva empleada "fuera de los supuestos del artículo anterior" no parece aportar ventajas destacables, y hubiese resultado preferible la relación taxativa de los supuestos deseados para evitar, como ya apuntara el Informe del CF sobre el Anteproyecto, un desbordamiento típico que pueda llevar a considerar punibles conductas que deberían permanecer en el ámbito civil.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el indicado artículo. La STS

⁷⁴¹ PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., El delito de administración desleal..., *op. cit.*, pp. 255. Para los autores, en el caso de cosa perdida o de dueño desconocido sí que se da el requisito de la ajenidad, por lo que la conducta no plantea duda alguna en cuanto a su tipicidad.

⁷⁴² Gili Pascual, A.: "Administración desleal genérica". *op. cit.*, p. 734.

403/2015, de 19 de julio, establece los requisitos del art. 254 CP:

"1) que se trate de un acto de apropiación, que lo será de incorporación al patrimonio del sujeto activo del delito, en modo alguno un acto de distracción; tampoco lo será el simple uso de una cosa mueble ajena, que le puede venir otorgado por cualquier título jurídico legítimo; 2) que el objeto sobre el que recaiga lo sea una cosa mueble ajena, que será interpretada conforme al CC (arts. 335 ss.), de manera que lo será el dinero, efectos o valores o cualquier otra cosa mueble, conforme a una interpretación sistemática de este precepto con el anterior; 3) que el título por el cual el sujeto tenga la posesión de tal cosa mueble ajena no sea alguno de los que justifican la aplicación del art. 253. Desde esta perspectiva, la LO 1/2015 engloba en la tipología del nuevo art. 254 conductas anteriores tales como la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (anterior 253) o la recepción indebida por error del transmitente de dinero o alguna cosa mueble, o niegue haberla recibido, o comprobado el error no proceda a su devolución (anterior 254). En suma, el tipo comentado se configura así como un tipo residual o subsidiario (art. 8.2) respecto a la estricta apropiación indebida, ahora alojada en el art. 253, de manera que cuando el título jurídico que justifica la posesión no puede entenderse englobado en su tipología, por lo demás bastante abierta, conforme a la tradición jurisprudencial de "numerus apertus" en la descripción de los títulos que posibilitan la apropiación indebida, se aplicara este

nuevo delito –art. 254– cuando el autor se apropiare de una cosa mueble que no le pertenezca”.

II. RELACIÓN CON EL DELITO DE MALVERSACIÓN DEL ART. 432.1 Y 432.2 DEL CÓDIGO PENAL

Dado que un estudio de todas las modalidades típicas de malversación daría lugar a un extenso epígrafe que sobrepasaría con creces los límites y el objeto de interés del presente trabajo, nos centraremos aquí única y exclusivamente en las modalidades típicas previstas en los arts. 432.1 y 432.2 CP –aún con breves referencias al resto–, puesto que al redirigir sendos delitos a las modalidades típicas de administración desleal del art. 252 CP y apropiación indebida del art. 253 CP, son las que mayor interés y desarrollo pueden ofrecernos aquí.

Al igual que respecto el delito de apropiación indebida, el Proyecto de Ley Orgánica (121/000065), presentado el 24 de septiembre de 2013, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, advertía la modificación que el prelegislador proyectaba respecto el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP⁷⁴³.

⁷⁴³ También lo hacía el igualmente citado Anteproyecto de 2012. Si bien respecto la motivación de la reforma el texto es muy similar al recogido en el Proyecto de 2013, no podemos decir lo mismo respecto el texto del art. 432 CP. En el caso del Anteproyecto, el art. 432 preveía una pena de 1 a 4 años de prisión. En el caso del Proyecto de 2013, dicha pena pasó a ser de 2 a 6 años. Si bien el prelegislador nada dijo en aras de justificar este “aumento” penológico, entiendo que el mismo obedece a la eliminación del subtipo agravado del art. 432.2 del Anteproyecto, el cual preveía unas penas de 2 a 6 años de prisión para los supuestos en los que el sujeto activo actuara con ánimo de lucro propio o ajeno. En

En tal sentido, podía leerse en el punto XVII de la EdM:

"La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

este sentido, y sin integrar el ánimo de lucro en el elemento subjetivo del injusto, el prelegislador prefirió aumentar las penas previstas para el art. 432.1 del Anteproyecto respecto las del Proyecto de 2013. Tampoco incluía le texto del Anteporyecto la malversación de caudales públicos por apropiación indebida del art. 43.2 del Proyecto de 2013. Por el resto, también se veía modificado el subtipo agravado del art. 432 previsto por el Anteproyecto de 2012 -previendo el texto de 2013 penas más graves-, y se eliminaba por el Proyecto de 2013 el subtipo atenuado del art. 432.4, previsto para aquellos casos en que el perjuicio ocasionado fuera de escasa gravedad y no se causara una alteración relevante al servicio público.

Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas”.

El art. 432 quedaba redactado de la siguiente manera:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos

números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.»

En relación al texto recogido por el Proyecto de 2013, parecer ser que en cierta medida el prelegislador tuvo a bien acoger las críticas formuladas por el CF⁷⁴⁴, el cual ya advirtió, respecto el texto previsto por el Anteproyecto de 2012, que la malversación es más que una administración desleal, puesto que también incluye conductas de apropiación indebida que, de no recogerse esta modalidad típica específicamente, quedarían despenalizadas⁷⁴⁵. En parecido sentido se pronunció también el CGPJ, quien puso asimismo de manifiesto los numerosos problemas que presentaba el hecho de que el Anteproyecto de 2012 solamente contemplase la malversación del art. 432 como un tipo de administración desleal y no de apropiación indebida,

⁷⁴⁴ Críticas contenidas en FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 8 de enero de 2013.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 287. El texto del art. 432 del Anteproyecto no recogía la apropiación indebida como modalidad comisiva.

máxime teniendo en cuenta que el tipo de infidelidad que preveía el art. 252.2 del Anteproyecto podía absorber muchas conductas propias de apropiación indebida, lo que trasladado al patrimonio público implicaba que el delito de apropiación indebida de funcionario del artículo 438 CP, al ser también una infidelidad en los términos del tipo de infidelidad del artículo 252.2 del Anteproyecto de 2012, resultaba también ser un tipo de malversación del artículo 432.1 Anteproyecto, por lo que también se solapaba con este tipo⁷⁴⁶.

A grandes rasgos, esta era la situación anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015.

En cuanto al texto incluido en la EdM de la Ley 1/2015, el mismo se mantuvo casi inalterado respecto el texto del Proyecto de 2013 ya descrito anteriormente -a excepción de algunas cuestiones carentes de relevancia-

Prácticamente lo mismo ocurrió respecto la descripción típica del art. 432 CP, con la salvedad de que en el texto definitivo del art. 432.1 CP se elevaba el plazo de inhabilitación de 6 a 10 años -anteriormente de 4 a 10- y en el texto definitivo del art. 432.3 CP se elevaba el plazo de inhabilitación de 10 a 20 años -anteriormente de 6 a 10-. Desconocemos el motivo por el que el legislador optó por elevar de forma tan considerable los plazos de inhabilitación de

⁷⁴⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 16 de enero de 2013, pp. 234-235.

los referidos tipos, máxime teniendo en cuenta que la cuestión no fue discutida ni criticada por el CF ni el CGPJ durante la tramitación legislativa.

En resumidas cuentas, podemos convenir con VALEIJE ÁLVAREZ que los rasgos esenciales de la reforma son: la supresión del delito de malversación propia en su modalidad de sustracción expropiatoria, la supresión de las modalidades de distracción contempladas en el art. 433 -referidas a destinar a usos ajenos a la función pública los caudales y efectos puestos a cargo del funcionario por razón de sus funciones pero sin intención de incorporación patrimonial- y la supresión de la modalidad prevista en el art. 434 CP consistente en dar una aplicación privada a los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal autonómica o local u organismos dependientes de ellos⁷⁴⁷.

La malversación propia del art. 432 CP se desdobra ahora en dos modalidades típicas: la de administración desleal del art. 252 y la apropiatoria *strictu sensu* del art. 253 CP. Esta nueva regulación supone, según MIR PUIG⁷⁴⁸, la inclusión de nuevas

⁷⁴⁷ VALEIJE ÁLVAREZZ, I., "Malversación (Arts. 432, 433, 434, 435)", en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coords.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 1157.

⁷⁴⁸ MIR PUIG, C., "CAP. VII. DE LA MALVERSACIÓN", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., (dirs.); Vera Sánchez, J.S., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO1/2015 y LO2/2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 1140.

figuras delictivas que con el texto anterior quedaban impunes. El autor señala como tales conductas las de venta de bienes públicos a bajo precio, la celebración de contratos sin contraprestación -el pago con dinero público por servicios nunca realizados, propios de las causas de financiación ilegal-, las contrataciones a precios superiores a los reales, la creación de fondos ocultos de efectivo público sustraído al control de la administración con riesgo de pérdida del mismo, etc.

En referencia a la malversación por administración desleal del art. 432.1 CP, y dado que la acción comisiva se refiere a la descrita en el art. 252 CP, señala VALEIJE ÁLVAREZ que no importará tanto el título habilitante para administrar -facultades emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico- como la facultad decisoria -jurídica o de detentación material de los caudales o efectos públicos, de derecho o de hecho-, y que esas facultades le permitan una efectiva disponibilidad material o una capacidad de decisión sobre la gestión y destino de los mismos⁷⁴⁹. Solamente desde esa perspectiva el funcionario tendrá facultades para administrar el patrimonio público y, por tanto, podrá "infringir sus facultades de administración excediéndose en las mismas". Para la autora, se trata este de un delito especial de dominio, pues el desvalor de la acción opera en el "infringir excediéndose", situándose así en la extralimitación o abuso de funciones y no en la ruptura de la lealtad⁷⁵⁰. En

⁷⁴⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Malversación", *op. cit.*, p. 1160.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 1161.

opinión de MIR PUIG, el nuevo delito de malversación en su modalidad de administración desleal acogerá las conductas de "distracción" que antes recogían los extintos arts. 433 y 434 CP - destino a usos ajenos a la función pública, y dación de aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a la administración-⁷⁵¹.

BARJA DE QUIROGA va más allá y afirma que el delito de malversación del art. 432.1 del CP debe considerarse un delito de administración desleal de patrimonio público, pues aun tratándose de un patrimonio público -el protegido por dicho artículo-, ello no impide su conceptualización como delito contra el patrimonio. En este caso, el medio comisivo exigirá que el autor quebrante su deber de fidelidad con la administración y con ello produzca un perjuicio al patrimonio público cuya protección tiene conferida⁷⁵². El autor considera que el delito de administración desleal acoge un concepto funcional de patrimonio, en el sentido de que el objeto de protección será el *valor de uso* de la cosa, por lo que la lesión aparece en relación con los fines a que estaba dedicado el objeto, resultando que la frustración del fin será lo esencial para determinar el perjuicio patrimonial. Por ello, dado que ninguna duda ofrece el hecho de que el patrimonio público esté orientado a un fin -en gran

⁷⁵¹ MIR PUIG, C., "CAP. VII. DE LA MALVERSACIÓN", *op. cit.*, p. 1140.

⁷⁵² BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 98. De hecho el autor, en aras de justificar su planteamiento, razone como en Alemania no existe el delito de malversación, sino que tales supuestos son resueltos mediante la aplicación de la *untreue* del §266 StGB.

medida a la consecución de fines sociales de carácter general- nada impide que el delito de administración desleal del art. 252 CP pueda proyectarse respecto un patrimonio público, y no solamente privado⁷⁵³.

En opuesto sentido a BARJA DE QUIROGA, SANZ MULAS advierte ciertas notas negativas en el delito de malversación por administración desleal del art. 432.1 CP. Para la autora, no son equiparables las finalidades, contornos y las limitaciones de la gestión del patrimonio público y del privado⁷⁵⁴. A diferencia del anterior, SANZ MULAS entiende que en el delito de administración desleal se protege un patrimonio privado, basado en el concepto económico, mientras que la malversación protege un patrimonio público -también basado en el concepto económico- que se conecta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución para conseguir finalidades y políticas de interés general. Esto es, en el sector público lo principal es que se haga un uso razonable del patrimonio conforme con el objetivo presupuestado y aprobado⁷⁵⁵. Dada la profusa y extensa regulación del gasto público, que se acrecienta en el ámbito de las haciendas locales, pudiera parecer que el administrador no tiene margen de gestión alguno, sin embargo la compleja mecánica administrativa implica que en

⁷⁵³ *Ibid.*, pp. 98-99. El autor incluso considera innecesaria la existencia del delito de administración desleal, si bien aprueba la tipicidad referida al delito de administración desleal que prevé el art. 452.1 CP.

⁷⁵⁴ SANZ MULAS, N., "Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales", *Revista de ciencia penal y criminología*, 19-05, 2017, p. 11.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 11.

muchísimas ocasiones existan gastos carentes de cobertura presupuestaria, lo que podría entenderse fácilmente como un exceso en las facultades del administrador, colmándose así la exigencia típica, aun siendo ello absurdo por el hecho de que tales gastos obedezcan a un interés social. De esta forma, como apunta SANZ MULAS, el tipo del art. 432.1 puede presentar una vocación expansiva alarmante. Es más, cuando es el propio administrador público quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, puede resultar complicado, democráticamente hablando, un control externo y ex post acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos⁷⁵⁶.

En cuanto al bien jurídico protegido por el delito del art. 432 CP, CASAS HERVILLA⁷⁵⁷ señala las cuatro conceptualizaciones que tradicionalmente se han concebido para el delito de malversación:

a) Aquella que se identifica con los deberes de probidad y fidelidad del funcionario público

Respecto la misma, poco ahondaremos en ella, pues la doctrina prácticamente la ha abandonado. Ello se debe, entre otras, al hecho de que esta tesis obvia uno de los elementos más importantes en la configuración del injusto de malversación: la lesión para el erario público. También por el hecho de que aceptar este bien jurídico supondría configurar el delito como uno de

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁵⁷ CASAS HERVILLA, J., *Malversación y blanqueo... en la contratación pública de abogados defensores*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 91.

infracción de deber, lo que no se acomodaría a los postulados de un Estado social y Democrático de Derecho⁷⁵⁸.

b) La referida al patrimonio público

Denominados sus seguidores como "patrimonialistas", consideraban los delitos de malversación como meramente patrimoniales, si bien aceptaban su cualificación atendida su naturaleza pública así como el sujeto activo⁷⁵⁹. Las críticas sobre dicha tesis consisten en afirmar que ningún sentido tendría configurar el delito de malversación como un delito patrimonial y sin embargo dotarlo de una configuración autónoma frente a las modalidades típicas del Título XIII del libro II del Código Penal, además de que ello implicaría obviar la condición de delito especial propio del delito de malversación⁷⁶⁰. No obstante, una novedosa interpretación de las tesis patrimonialistas sugirió concebir el patrimonio público en un sentido funcional y dinámico, de forma que debía éste mantenerse y gestionarse como modo de salvaguardar

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁷⁵⁹ CASTRO LIÑARES, D., "Novedades en el actual delito de malversación tras la reforma operada por la LO 1/2015", en *Diario La Ley*, N° 8835, 2016, p. 2.

⁷⁶⁰ CASAS HERVILLA, J., *Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 96. Por ello el autor concluye que la naturaleza del injusto penal de la malversación es diferente de la de los delitos incluidos en el Título XIII.

su idoneidad en el cumplimiento de los fines previstos⁷⁶¹.

c) La referida al principio de eficacia en la gestión del patrimonio público

Se trata de una reformulación en clave constitucional de las tesis patrimonialistas en la que se identifica el bien jurídico con el principio de eficacia -de los arts. 103 y 31.2 CE- en la gestión del gasto público⁷⁶².

d) Aquella que concibe un bien jurídico pluriofensivo integrado por el patrimonio y el correcto funcionamiento de la administración pública.

Tesis acogida pacíficamente por la jurisprudencia, identifica el bien jurídico protegido por la malversación tanto con el patrimonio como con el correcto funcionamiento de la administración pública. La lesión del patrimonio público debe aparecer vinculada al correcto funcionamiento de la administración pública. La STS 400/07, de 17 de mayo, afirma que: *"El delito de malversación de caudales públicos tiene una doble naturaleza: por un lado es un delito contra la Administración Pública, razón por la cual forma parte del Título XIX del Libro II del CP, y por otro en relación con su contenido y a su propia*

⁷⁶¹ CASTRO LIÑARES, D., "Novedades en el actual delito de malversación tras la reforma operada por la LO 1/2015", en *Diario La Ley*, N° 8835, 2016, p. 2.

⁷⁶² CASAS HERVILLA, J., *Malversación y blanqueo...*, op. cit., p. 99.

dinámica de comisión - u omisión-, es un delito contra el patrimonio". También la STS 211/06, de 2 de marzo reitera que "el bien jurídico protegido no es sólo la indemnidad del patrimonio público, sino sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios".

A pesar de lo anterior, afirma MIR PUIG que el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, y la confianza del público en el manejo honesto del patrimonio público, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público, a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada⁷⁶³. En este sentido, opina MIR PUIG que la reforma evidencia la tendencia de los últimos años de considerar el patrimonio como exclusivo bien jurídico protegido por delito de malversación, siendo la infracción del deber de fidelidad del funcionario el medio comisivo, pero no el bien jurídico protegido⁷⁶⁴. En idéntico sentido se pronuncia BARJA DE QUIROGA, quien como ya se ha expuesto anteriormente, concibe el delito de malversación como una estricta administración desleal de patrimonio público, por lo que carecería de

⁷⁶³ MIR PUIG, C., "La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, 2015, p. 198

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 199

sentido que el mismo incluyera un bien jurídico distinto al patrimonio público⁷⁶⁵.

En cualquier caso, son cada vez más los autores que coinciden en que el patrimonio público debe ser entendido desde un concepto funcional. Por ello, señala CASAS HERVILLA que con independencia de la configuración del bien jurídico que se asuma, es lógico entender que el patrimonio público se caracteriza por su vinculación directa al cumplimiento de determinados fines de interés general, de ahí que los extintos arts. 433 y 444 del CP no construyeran una noción de daño patrimonial asociada a un perjuicio económicamente evaluable, sino a la quiebra de expectativas y finalidades que el patrimonio público está llamado a cumplir⁷⁶⁶. Así, considera el autor que teniendo en cuenta que las extintas modalidades típicas de los arts. 433 y 434 tendrían hoy día encaje en la modalidad típica del art. 432.1, nada obsta para afirmar que el concepto de patrimonio público protegido por el delito de malversación debe ser interpretado desde una perspectiva funcional, pues lo contrario supondría asumir que las conductas típicas se erigen en torno a la noción de infracción de deber, o bien ante injustos

⁷⁶⁵ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 142, quien dice: "El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, pues, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida".

⁷⁶⁶ CASAS HERVILLA, J., *Malversación y blanqueo...*, *op. cit.*, p. 102.

carentes de ofensividad para el bien jurídico protegido⁷⁶⁷.

Contrario a lo anterior se muestra MARTELL PÉREZ-ALCALDE, quien considera que el patrimonio público debe ser interpretado desde un concepto económico, pues partiendo de que la legislación del gasto público es profusa y exhaustiva, fácilmente se infringirán las facultades de administración, por lo que será necesario determinar un criterio para que la infracción de las facultades de administración se limite en base a su gravedad o flagrancia, siendo la mejor opción para ello manejar un concepto del elemento de resultado consistente en perjuicio que venga a limitar la amplitud de la acción típica. Así, el concepto económico de patrimonio establecerá la limitación antes aludida, determinada en la constatación de un decremento antes y después de la realización de la conducta⁷⁶⁸.

En el presente trabajo se comparte el criterio seguido por MARTELL PÉREZ-ALCALDE, en el sentido de descartar un concepto funcional de patrimonio en el ámbito del delito del art. 432 CP. Si bien es cierto que resultan cuanto menos interesantes los argumentos expuestos por CASAS HERVILLA, en el presente trabajo, respecto el delito de administración desleal, se ha concebido un concepto de patrimonio mixto, en el que tendrán cabida aquellos actos dirigidos a la

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁶⁸ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., "El delito de malversación", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 693.

frustración del fin siempre que como resultado se produzca una disminución del patrimonio económicamente evaluable. Por ello, nuevamente para el delito de malversación del art. 432 CP, considero acertado mantener estas tesis, máxime teniendo en cuenta que, como afirman MARTELL PÉREZ-ALCALDE y SANZ MULAS, en atención a las particularidades propias de la legislación relativa al gasto público, en la que es normal que unas partidas presupuestarias acaben destinándose a otros fines, así como que el propio funcionario gestor pueda decidir el fin concreto de la partida, con notable frecuencia se podrá producir un exceso en las facultades de administración. A nuestro juicio, una exigencia tan estricta resulta contraria al principio de intervención mínima penal, pues de entender el patrimonio en un sentido funcional, será autor todo funcionario que destine una partida para un fin diferente al que a priori debía haberse destinado, aún cuando dicha actuación implique un destino de los caudales públicos más respetuosa con fines de interés general que la que formalmente se había determinado. Por esa razón, un concepto de patrimonio mixto con connotaciones funcionales como el que aquí se defiende, resulta más idóneo en aras de no ampliar de sobremanera el espectro punitivo del art. 432 CP.

Lo que sí debemos tener claro es que, como recoge CASTRO LIÑARES, el patrimonio debe entenderse en un sentido amplio, puntualizándose que en el delito de administración desleal el patrimonio debe entenderse como conjunto de bienes, derechos, obligaciones y activos, mientras que en el caso de la apropiación indebida es la propiedad de la cual se despoja al

sujeto pasivo lo que engloba la esfera de protección⁷⁶⁹. Por tanto, esta interpretación deberá igualmente trasladarse al patrimonio protegido en los arts. 432.1 y 432.2 del CP.

Para concluir, señalaremos que entre los delitos del art 432.1 y 432.2 CP, y los del art. 252 y 253 CP existirá un concurso de normas que deberá resolverse mediante la aplicación del criterio de especialidad, puesto que tanto el art. 432.1 como el 432.3 CP tienen una mayor exclusividad -por razón de sujeto, objeto y bien jurídico- que la generalidad presentada por los arts. 252 y 253 CP. Incluso aún en aquellos supuestos en los que el sujeto activo no reúna las condiciones de autoridad o funcionario público establecidas en el art. 24 CE y 427 CP, el Código Penal recoge en su art. 435 CP una descripción de sujetos los cuales ostentarán a efectos típicos la consideración de autoridad o funcionario público, todo ello en aras de que los mismos puedan igualmente resultar autores de los arts. 432.1 y 432.2 del CP.

⁷⁶⁹ CASTRO LIÑARES, D., "Novedades en el actual delito de malversación", *op. cit.*, p. 2.

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente tesis doctoral han sido abordadas todas aquellas cuestiones que he considerado de mayor interés para el estudio del delito de administración desleal.

Comprobaré el lector que algunas de ellas pudieran haberse desarrollado con mayor profundidad. Sin embargo, un mayor desarrollo de las mismas pudiera haber ocasionado una desviación del objeto de investigación, que no es otro que el de presentar un estudio global del delito de administración desleal modificado por la Ley 1/2015.

Además, conviene precisar que el presente trabajo constituye un punto de partida hacia cuestiones a las que dedicaré próximas y futuras investigaciones, de manera que será entonces cuando pueda con mayor profusión ahondar en esos detalles que de haberlo hecho en este trabajo habrían constituido cuestiones cuasidolibetales.

Asimismo, conviene apuntar que las presentes conclusiones se abordan con una mirada pragmática y un afán sintético, pues no es mi objetivo el de reproducir todo cuanto ya se ha dicho a lo largo de esta tesis doctoral, sino solamente destacar aquello de especial valor o interés para la comunidad científica, esto es, aquellas cuestiones sujetas a mayor debate y respecto de las cuales formulo mi propio planteamiento.

Por ello, y concibiendo el presente trabajo como una oportunidad para plantear mi visión del delito de administración desleal, y no solamente la visión de otros autores, expongo a continuación, de forma sucinta, las conclusiones alcanzadas a lo largo del presente trabajo.

I

El bien jurídico protegido por el delito de administración desleal del art. 252 CP es el patrimonio. Se protege el patrimonio como bien jurídico de carácter individual, no colectivo o supraindividual.

La negación de protección de un bien jurídico colectivo o supraindividual viene motivada por varias razones.

En primer lugar, por la vaguedad e indeterminación de los términos empleados para justificar la protección de un bien jurídico colectivo. Términos como orden económico, orden socioeconómico, correcto desarrollo de las sociedades en el tráfico mercantil, etc., resultan de suma vaguedad y amplitud como para delimitar un específico interés de protección por el ordenamiento penal.

En segundo lugar, porque dicha afectación pudiera en todo caso producirse únicamente desde estructuras societarias, lo que daría lugar a que el art. 252 CP acogiese una protección individual del patrimonio, y una protección supraindividual cuando nos encontrásemos en el seno estructuras societarias -o colectivas-, lo

que podría provocar que administraciones desleales cometidas en estructuras societarias no resultaren punibles por el mero hecho de no acreditarse una afectación a este bien jurídico supraindividual, pero sí al patrimonio como bien jurídico individual.

En tercer y último lugar, porque no advierto que las conductas desleales individuales cometidas en el seno de estructuras societarias ciertamente puedan tener una afectación respecto un hipotético orden económico como interés de protección, máxime si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de ellas se producirá en el seno de pequeñas sociedades de responsabilidad limitada, que constituyen la inmensa mayoría de estructuras societarias existentes en nuestro país. Por último, y atendiendo a lo ya manifestado, también se descarta la posibilidad de proteger de forma mediata un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual.

El patrimonio protegido podrá ser individual, social -cuando nos encontremos en estructuras societarias- o colectivo - supuestos como una herencia yacente-.

En el ámbito de estructuras societarias, el bien jurídico protegido será el patrimonio de la sociedad, y no el de los socios u otros sujetos, lo que diferencia en el delito de administración desleal del art. 252 CP de su antecesor, la administración desleal societaria del art. 295 CP, sin perjuicio de que respecto el patrimonio de los socios u otros sujetos pueda producirse un perjuicio de carácter indirecto, mas dicho perjuicio no constituye el interés de protección

del delito, lo que me lleva a descartar, a su vez, la figura del bien jurídico mediato.

En idéntico sentido se descarta una protección del orden socioeconómico como bien jurídico mediato protegido por el delito.

II

El delito de administración desleal del art. 252 CP es un delito mixto entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber.

El administrador del patrimonio asume una posición de garantía jurídico-penal respecto del patrimonio, de la que se deriva una obligación de velar por su protección. Esta posición de garantía viene fundamentada por la existencia de un deber jurídico-penal, que será delimitado por el propio administrador y el titular del patrimonio administrado, sin perjuicio de que podamos tomar como referencia interpretativa las disposiciones de carácter mercantil y civil que regulan específicas formas de administración.

Deberá por tanto el administrador quebrantar este deber extrapenal.

No obstante, dicho quebranto no resultará suficiente para considerar una conducta constitutiva de administración desleal, sino que, además, se requerirá que por el administrador se ostente el dominio del hecho. Si el mismo no domina el hecho, no podrá cometer administración desleal.

Ello viene además justificado por el hecho de que el art. 252 CP articula la conducta típica mediante la infracción de las facultades de administración con exceso, lo que supone que el término exceso nos indica que las conductas de administración desleal requieren un especial desvalor del injusto, que justificaría la aplicación del *ius puniendi*, de manera que no todas las conductas que vulneren el deber especial de protección del patrimonio que vincula al administrador serán constitutivas de administración desleal, sino solamente aquellas que se realicen mediante un exceso.

Por tanto, el exceso en las facultades de administración será el que genere el dominio del hecho, mientras que la infracción del deber de protección del patrimonio generará la infracción del deber jurídico-penal por parte del administrador.

III

El actual art. 252 CP no recoge en su descripción modalidades del comportamiento típico.

El comportamiento típico consiste en excederse en las facultades de administración infringiendo las mismas.

La fórmula típica empleada genera una ampliación del alcance típico del precepto respecto su predecesor, al punto que también podrán tener cabida en el actual art. 252 CP -junto con las conductas de disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y contracción de obligaciones a cargo de esta que preveía el extinto

art. 295 CP- algunas conductas propias de un tipo específico de infidelidad, aun cuando este fue eliminado durante la tramitación parlamentaria.

El administrador cometerá la acción típica mediante el exceso en sus facultades para administrar.

Dicho exceso podrá ser intensivo o extensivo, siendo determinante que el administrador goce de un amplio margen de discrecionalidad/autonomía en la administración del patrimonio, pues en caso contrario estaremos ante un supuesto de apropiación indebida del art. 253 CP. De esta forma, y a diferencia de lo ocurrido con anterioridad a la reforma operada por la Ley 1/2015, no existirá problema alguno en admitir ahora la administración desleal de dinero.

IV

A pesar de que el art. 252 CP no recoja en el tipo al sujeto activo, ningún impedimento habrá para aceptar al administrador de hecho como sujeto activo del delito, sin necesidad de acudir a la figura del art. 31 del CP.

Lo decisivo a efectos de determinación del sujeto activo será que el mismo cuente con facultades para administrar el patrimonio y, por tanto, ocupe una posición de garante, con posibilidad de lesionar desde esta esfera el bien jurídico protegido por el delito.

Para determinar el sujeto activo lo importante será analizar las facultades de administración para,

una vez determinadas las mismas, analizar el grado de responsabilidad del autor en función a la forma de participación, con independencia de que se trate de una administración solidaria, mancomunada, etc.

Este criterio permitirá, por ejemplo, exonerar de responsabilidad a aquellos administradores solidarios por los actos llevados a cabo de forma autónoma por el otro -u otros- administrador -o administradores-.

V

El sujeto pasivo del delito será el titular o los titulares del patrimonio administrado.

En el caso de un patrimonio individual, el titular se determinará bien por las fuentes de las que provenga la administración, bien por las propias relaciones establecidas entre administrador y titular del patrimonio.

Cuando estemos ante un patrimonio social, el titular del mismo será la sociedad, siempre que esta se encuentre debidamente constituida, pues en el caso que estemos ante una sociedad sin personalidad jurídica por su carácter irregular, o por no estar debidamente inscrita, habrá que determinar quién es el titular o los titulares del patrimonio, pero en este caso no lo será la sociedad.

VI

El art. 252 CP protege un concepto mixto de patrimonio que solamente atenderá a los fines personales -y/o de frustración del fin- del mismo cuando estos hayan sido debidamente definidos en la relación interna víctima-titular del patrimonio y, además, puedan ser evaluados económicamente.

Podrán incluirse como perjuicio las expectativas de incremento con base contractual o legal, en las que la realización del lucro dependa únicamente del administrador y su realización sea exigible a este último conforme a la relación interna con el titular del patrimonio.

No podrán considerarse como perjuicio patrimonial aquellas conductas de peligro de perjuicio ni tampoco aquellas conductas cuya lesividad se manifiesta a largo plazo, puesto que las mismas deberán analizarse en el momento en que efectivamente se produzca el efectivo perjuicio, y no anteriormente, cuando el administrador ha realizado la conducta, pero aún no se ha manifestado el resultado.

VII

El art. 252 CP admite los comportamientos omisivos, mas solamente aquellos comportamientos omisivos en los que el sujeto activo posea un dominio sobre el fundamento del resultado y, además, concorra en la omisión idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que en la acción correspondiente. Por ello, deberemos analizar cuál era la acción debida

y no realizada, pues dicha omisión deberá tener idéntico contenido de injusto que la acción positiva.

VIII

El art. 252 CP admite tanto el dolo directo como el dolo eventual.

La inclusión del dolo eventual en el art. 252 CP viene motivada por la desaparición del ánimo de lucro propio o de tercero que preveía el art. 295 CP como elemento subjetivo del injusto. Desapareciendo el mismo, no existe razón dogmática que justifique la no inclusión del dolo eventual en el art. 252 CP.

IX

Los denominados negocios de riesgo podrán ser castigados con arreglo al art. 252 CP siempre que desde la esfera objetiva la conducta del autor sobrepase los límites de la relación interna fijados por administrador-titular del patrimonio administrado y, además, que con carácter ex ante pueda advertirse que la conducta del autor sobrepasa las esferas de riesgo permitido.

Desde la esfera subjetiva, será suficiente que el autor conozca que actúa fuera de las relaciones internas fijadas con el titular del patrimonio administrado y, además, conozca la alta probabilidad de que el negocio acometido pueda generar un perjuicio al patrimonio administrado.

X

En el art. 252 CP, el consentimiento otorgado por el titular del patrimonio actúa como una causa de exclusión de la tipicidad, y no como causa de justificación.

En el caso de patrimonios colectivos, el consentimiento deberá ser otorgado por la totalidad de los titulares.

En los patrimonios sociales, será la sociedad, como sujeto pasivo, quién deberá otorgar el consentimiento al administrador, siempre que el acuerdo haya sido válidamente adoptado por los mecanismos legales oportunos para ello.

No obstante, incluso cuando no fuera así, pero el administrador desconociera o no pudiera conocer la invalidez del consentimiento, concurrirá en el mismo un error de tipo, resultando este como causa de exclusión de la culpabilidad.

XI

Con las modificaciones introducidas en los tipos de administración desleal del art. 252 CP y la apropiación indebida de los arts. 253 y 254 CP, también se ven modificadas las relaciones entre los referidos tipos.

La distinción entre ambas figuras típicas se articula ahora respecto el margen de

discrecionalidad/autonomía con el que cuenta el administrador respecto el bien en cuestión.

Así, cuando exista dicho margen, estaremos ante un caso de administración desleal, mientras que si no existe el indicado margen, sino que el bien fue entregado con el objeto de que le fuera dado un destino específico o, sencillamente, para que fuera devuelto en un determinado momento, estaremos ante un delito de apropiación indebida, aun cuando el objeto del mismo sea dinero.

XII

La actual malversación propia del art. 432.1 se remite a la conducta dispuesta en el art. 252 CP, mientras que el art. 432.2 CP lo hace a la del art. 253 CP.

Esto es, la malversación podrá cometerse bien a través de administración desleal, bien a través de apropiación indebida.

Esta nueva regulación propicia la inclusión de nuevas figuras delictivas.

En relación a la modalidad de administración desleal del art. 432.1 CP, respecto del sujeto activo no importará tanto el título habilitante para administrar como la facultad decisoria, así como que esas facultades le permitan una efectiva disponibilidad material o una capacidad de decisión sobre la gestión y destino de los mismos.

El bien jurídico protegido por el art. 432 CP es el patrimonio público, entendido desde un concepto mixto, en idéntico sentido que el defendido para el delito de administración desleal.

Entre los delitos del art 432.1 y 432.2 CP, y los del art. 252 y 253 CP existirá un concurso de normas que deberá resolverse a favor de los primeros mediante la aplicación del criterio de especialidad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F, J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ANGIONI, F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1983.

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ministerio de Justicia, 11 de octubre de 2012.

ANTÓN ONECA, J., Historia del Código Penal de 1822, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 18, Fasc. 2, 1965.

BOCG (Congreso de los Diputados) de 23 de septiembre de 1992: Proyecto de Ley Orgánica 121/000102 por la que se modifica el Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

BOCG (Congreso de los Diputados) de 4 de octubre de 2013: Proyecto de Ley Orgánica 121/000065, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

BOCG (Congreso de los Diputados) de 15 de enero de 2007: Proyecto de Ley Orgánica 121/000119, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

- "La administración desleal en el nuevo Código Penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 1999.

- "La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995.

- "Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal", en *Diario La Ley*, Nº 8350, 9 de Julio de 2014.

- "Omisiones punibles en el ámbito de la administración desleal, en *Diario La Ley. Sección Tribuna*, Nº 9348, 30 de enero de 2019.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Administración desleal y apropiación indebida", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ed. Ceura, Madrid, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, M., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Derecho Penal Económico. Concepto, contenido y cuestiones comunes", en Bajo Fernández, M., Pérez Manzano, M., Suárez González, C., (Aut.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1993.

BARÓ PAZOS, J., "El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº23, 2013, p. 105.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Experiencia, Barcelona, 2005.

BERRUEZO, R., *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Ed. BdF, Buenos Aires, 2009.

BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BÖSE, M., "Derechos fundamentales y Derecho Penal como "derecho coactivo", en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

BRICOLA, F., "Teoria generale del reato", en *Noviss. Dig. It.*, T. XIX, Ed. Utet, Torino, 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Lecciones de derecho penal. Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

- *Introducción al derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2005.

- *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.

CALDERÓN TELLO, L. F., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2017. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/43565/>

CARDONA TORRES, J., "El delito societario de administración desleal (supresión del art. 295 del Código Penal), en *Diario La Ley*, N° 8534, 7 de mayo de 2015.

CASAS HERVILLA, J., *Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores*, Ed. Reus, Madrid, 2019.

CASTRO LIÑARES, D., "Novedades en el actual delito de malversación tras la reforma operada por la LO 1/2015", en *Diario La Ley*, N° 8835, 2016.

CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en Álvarez García, F. (dir); Dopico Gómez-Aller, J. (coord.): *Estudio crítico sobre el*

Anteproyecto de reforma penal de 2012, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

CERVINI, R., "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada", en *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, n°3, 2008.

COCA VILA, I., "El consentimiento en el Derecho Penal Económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 Bis CP)", en *Revista General de Derecho Penal*, n°28, 2017.

- "Administración desleal", en Ayala Gómez, I, y Ortiz de Urbina, I. (Coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre: penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8350, 9 de Julio de 2014.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la*

Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 16 de enero de 2013.

CONSEJO DE ESTADO, Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E., El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo. Obtenido en: <https://elderecho.com/el-nuevo-delito-de-administracion-desleal-analisis-del-tipo-objetivo>

DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

DOLZ LAGO, M.J., "El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (1)", en *Diario la Ley*, nº 8290, 2014.

EIRANOVA ENCINAS, E., "La responsabilidad penal por operaciones de alto riesgo", en *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, nº 14, 2002.

FARALDO CABANA, P., "Consentimiento de la Junta General de Socios y Administración desleal de Sociedades", en *Revista General de Derecho de Sociedades*, nº18, 2002.

- Los delitos societarios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Imputación objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares", en SILVA SÁNCHEZ, J.S; MIRÓ LLINARES, F. (DIRS): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. Bdf, Uruguay, 2004.

FERRER SAMA, A., "El delito de apropiación indebida", *Anales de la Universidad de Murcia*, 1943-1944-4º trimestre.

FEUERBACH, A, V.,. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal*, Madrid, 8 de enero de 2013.

FRANCÉS LECUMBERRI, P., *Tratamiento penal del falseamiento de cuentas y otros documentos en las sociedades (art. 290 del Código Penal)*. Tesis Doctoral, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2014, disponible en: <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/handle/2454/29283>

GABRIEL CALISE, S., "Sociedad, norma y persona: observaciones sobre la teoría de Gunter Jakobs, desde la teoría de Niklas Luhmann", en *Revista electrónica del Instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número especial, V, 2011. disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41032.pdf>

GALLEGO SOLER, J.I., "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., (dir); Vera Sánchez, J.S., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

GALLEGO SOLER, J.I. y HORTAL IBARRA, J.C.: "Actividad económica y delitos patrimoniales", en Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (dirs.): *Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2016.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del código penal) en el ámbito de las sociedades de capital*. Tesis Doctoral. Universidad de Granada. Granada. 2017. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/48912/28033176.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

GARCIA VALDÉS, C., "La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº82, 2012.

GILI PASCUAL, A., "Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, 2013.

- "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)", en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, J, M., "Corrupción y delito de administración desleal", en *La Ley*, nº 7, 2000.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Administración Desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.", en González Cussac, J.L(coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HEFENDEHL, R., "Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos

de peligro abstracto", en *Anales de Derecho*, n° 19, 2001.

- "De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico", en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

- "El bien jurídico como eje material de la norma", en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

HERRERA GUERRERO, M., "El sujeto activo en el delito de administración desleal", *Diario La Ley*, N° 7460, 2010.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho el objeto protegido por la norma penal*, Ed. ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1992.

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

- *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M. (Coords.): *El sistema funcionalista del Derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho*, Ed. Grijley, Lima, 2000.

JESCHECK, H. H., WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Comares, Granada, 2002.

JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

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

LUZÓN PEÑA, D., "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", en *Revista General de Derecho Penal*, nº18, 2012.

LUZÓN PEÑA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., "La administración desleal societaria en el derecho penal español", en *InDret penal*, Barcelona, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El nuevo delito de administración desleal", en *Diario La Ley*, N° 8046, 19 marzo de 2013.

MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., "El delito de malversación", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Pasado, presente y futuro de los delitos de Administración desleal y Apropiación indebida", en *Estudios políticos y criminológicos*, XXXV, 2015.

- *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- *El delito societario de administración desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- "El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la "infidelidad" y el delito societario del "abuso de facultades jurídico-sociales")", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII.

MATA y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997.

MAYO CALDERÓN, B., "El nuevo delito de Administración fraudulenta regulado en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal", en *Revista General de Derecho Penal*, nº6, 2006.

- *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de Lege Ferenda*, Ed. Comares, Granada, 2005.

MIR PUIG, C., "CAP. VII. DE LA MALVERSACIÓN", en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., (dir); Vera Sánchez, J.S., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO1/2015 y LO2/2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

- "La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, 2015.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, Valencia, 2015.

- "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi", en *Estudios penales y criminológicos*, XIV.

- *Estado, pena y delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2006.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre: penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Núm. 11288.

MORALES PRATS, F., "Dos cuestiones sobre delitos societarios. La frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades, y el ámbito incriminador de los arts. 291 y 192 CP", en *Revista de derecho y proceso penal*, nº 2, 1999.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

- "Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un Derecho penal económico europeo, jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995.

- *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MUNOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

MUÑOZ CUESTA, J., "Delitos societarios: administración fraudulenta y apropiación indebida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 440, 2000.

NIETO MARTÍN, A. "Administración desleal", en Álvarez García, F. (dir); Dopico Gómez-Aller, J. (coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *El delito de administración fraudulenta*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pág. 49

- "Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa", en Nieto Martín, A., Lascuráin Sánchez, J. A., Dopico Gómez-Aller, J., De la Mata Barranco, N. J.,: *Derecho Penal económico y de la empresa*, E. Dykinson, Madrid.

- "El derecho penal económico español", en *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf>

NUÑEZ CASTAÑO, E., "Los delitos patrimoniales de defraudación", en Galán Muñoz, A., Nuñez Castaño, E., (Aut.): *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

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

- "El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites", en *La Ley Penal*, nº 128, 2017.

- "¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?", en *InDret*, 1/2015, Barcelona, 2015.

PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ., «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS», en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., CANCIO MELIÁ, M., Eds. Civitas, Madrid, 1997.

PRECIADO DOMÉNECH, C.H., "La apropiación indebida", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

- *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2004.

- "Límites problemáticos: apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad documental", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 1, 1999.

- *Delitos societarios*, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2012.

RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito de administración desleal", en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

RESTÓN, M.I., *Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de la autoría?*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2014.

RIOS CORBACHO, J, M., "Delitos societarios", en Terradillos Basoco, J, M., (coord.): *Lecciones y*

materiales para el estudio del Derecho Penal. Parte Especial (derecho penal económico), Ed. Iustel, Madrid, tomo IV, 2012.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1996.

- La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997

RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, G., "El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La administración desleal del artículo 295 del Código Penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7.

ROSO CAÑADILLAS, R., "Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de Reforma de 2013", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014.

- ROSO CAÑADILLAS, R., "Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio", en *Indret penal*, Barcelona, 2019.

ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

- "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista de ciencia penal y criminología*, 15-01, 2013. Disponible en web: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

- "¿Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", en HEFENDEHL, R., (ed): *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

RUANO MOCHALES, T., *La incidencia de los deberes de los administradores y auditores en la manipulación de las cuentas anuales. Posición de garante y responsabilidad penal*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 2016. Disponible en web: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/672090/ruano_mochales_teresa.pdf?sequence=1

RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES., "Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. Comentario a la STS n°. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013", en *InDret*, 1/2015, Barcelona, 2015.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

SANZ MULAS, N., "Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales", *Revista de ciencia penal y criminología*, 19-05, 2017. Disponible en web: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf>

SCHÜNEMANN, B., "La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann", en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", en *La Ley Penal*, n° 121, 2016.

SERRANO TÁRRAGA, M^a.E., "Los negocios de riesgo y la administración desleal", en *Actualidad Penal*, N° 41, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLI, tomo 4.

SILVA SÁNCHEZ, J.M; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

- "Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial", en SILVA SÁNCHEZ, J.S; MIRÓ LLINARES, F. (DIRS): *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., y LLINARES MIRÓ, F., *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.

- "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, 2005, pág. 903.

TIEDEMANN, K., "El concepto de Derecho Económico, Derecho Penal Económico y de delito económico", en *Revista Chilena de Derecho*, n°1, vol. 10, 1983.

TERRASA GARCÍA, A.J., "De la apropiación indebida a la administración desleal", en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n°. 17, 2016.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Malversación (Arts. 432, 433, 434, 435)", en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2016.

VIÑOLO LÓPEZ, R., *El delito de administración desleal en el C.P. de 1995. Tesis Doctoral*, Universidad de Granada, Granada, 2012.

VITAL DE ALMEIDA, R., El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito. Tesis doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2006.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS 655/2010, de 13 julio (RJ 2010\7340)

STS 733/1993, de 2 de abril (RJ\1993\3016)

STS de 19 de enero de 1991 (RJ 1991\579)

STS 224/1998, de 26 de febrero (RJ\1998\1996)

STS 537/1994 de 14 marzo. RJ 1994\2150

STS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104)

STS 565/2007 de 21 de junio (RJ 2007\3329)

STS 356/2012 de 3 de mayo (RJ 2012\5978)

SAP Badajoz 25/2010 de 4 de marzo (RJ 2010\144297)

STS 244/2006 de 6 de marzo (RJ 2006\5514)

STS 656/2013 de 22 de julio (RJ 2013\6782)

STS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104)

STS 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863)

STS 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013\1847)

STS 841/2006 de 17 de julio (RJ 2006\7697)

STS 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013\1847)

STS 517/2013 de 17 de junio (RJ 2013\6428)

STS 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863)

STS 59/2007 de 26 de enero (RJ 2007\1586)

STS 655/2010, de 13 de julio (RJ 2010\7340)

STS 714/2014 de 12 de noviembre (RJ 2014\6331)

STS 438/2019, de 2 de octubre (RJ 2019\3876)

STS 400/2007, de 17 de mayo (RJ 2007\3275)

STS 211/2006, de 2 de marzo (RJ 2006\2182)

SAN 15/2005 13 de abril (ARP 2005, 172)

SAP de Madrid 209/2013 (ARP 2014\294)

SAP de Tenerife 72/2016, de 1 de marzo (ARP 2016\439)

SAP de Granada 45/2003, de 28 de enero (ARP 2003\421)

SAP de Girona 83/2000, de 4 de mayo (ARP 2000\1667)

