

# EL ACTOR Y LA ACCIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL TRAS LA LO 1/2015

## *THE ACTIVE SUBJECT AND THE COMMITTING MODALITIES IN THE CRIME OF THE MISAPPROPRIATION AFTER LO 1/2015*

GEORGI STOILOV POCHILEEV  
*georgi.stoilov.p@gmail.com*

**Recibido:** 09/05/2016

**Aceptado:** 03/10/2016

**Resumen:** el delito de administración desleal ubicado en el 295 del Código Penal era sin duda uno de los tipos penales con la redacción más deficiente de la normativa penal, dando lugar a conflictos tanto en el ámbito doctrinal, como jurisprudencial. Así las cosas, su redacción propiciaba debates en todos sus elementos. Dicho artículo ha sido uno de los afectados por la última reforma que experimentó el código. Es objeto de este trabajo, comprobar los posibles cambios que ha ocasionado la reforma sobre la figura del autor, la acción típica y la coerción penal, así como esclarecer cuales son los posibles sujetos y actividades que se podrían englobar en dichas figuras.

**Palabras claves:** penalidad, condición de perseguibilidad, elemento subjetivo, la acción típica, sujeto activo.

**Abstract:** *the crime of the misappropriation, located in the art.295 of Penal Code was without a doubt one of the most deficient writing of the criminal law, taking place conflicts such in the doctrinal field as in the jurisprudential one. Thereby, its writing was taking debates its entirety. Such article has been affected by the last reform that de Code experimented. The purpose of this work is to test out the possible changes that the reform has caused on the figure of the active subject, the committing modalities and the criminal coercion, as well as clear up which are the possible subjects and activities that could englobe in such figures.*

**Keywords:** *penalty, prosecutable condition, mensrea, committing modalities, active subject.*

**SUMARIO:** 1.INTRODUCCIÓN; 2.SUJETO ACTIVO; 2.1 Administrador de Derecho 2.2 Administrador de hecho 2.2.1 Los administradores de hecho según las normas mercantiles 2.2.2 Los apoderados 2.2.3 La persona física, asignada por el administrado persona jurídica, como administrador de hecho 2.2.4 Promotor de sociedades de constitución sucesiva 2.2.5 Los liquidadores 2.2.6 El administrador concursal 2.2.7 Los que operan a través de sociedades instrumentales o personas interpuestas 2.2.8 Los delegados como sujetos activos de los delitos 2.3 Los Socios 2.4 El Sujeto activo tras la reforma 3.CONDUCTA TÍPICA; 3.1 Disponer fraudulentamente 3.2 Contraer obligaciones a cargo de la sociedad 3.3 Comisión por omisión 3.3.1 Equivalencia entre la conducta omisiva y las conductas típicas 3.3.2 Especial deber jurídico del autor 3.4 La modalidad típica tras la reforma 4. LA AUTORÍA EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN; 5. ELEMENTO ESPECIAL DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN;

6. ELEMENTO SUBJETIVO; 6.1 “Fraudulentamente”; 6.2 En beneficio propio o de un tercero; 6.3 El dolo tras la reforma; 7. CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD; 7.1 Denuncia de la persona agraviada como requisito previo de apertura de procedimiento criminal; 7.2 Denuncia por parte del Ministerio Fiscal; 8. PENALIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El código penal anterior no recogía un tipo que castigue el uso dominical ilícito que suponga un incumplimiento no definitivo de la obligación de devolver o reponer el bien. Es decir, una norma que sirva para elevar a rango penal las conductas contra las que se podría ejercer la acción social de responsabilidad del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, y se dé así respuesta a la necesidad de una protección del buen gobierno empresarial por encima de la que venía ofreciendo el Derecho societario.

La jurisprudencia trató de corregir esta laguna valiéndose de una interpretación expansiva, no aceptada por la mayoría de la doctrina, del tipo de apropiación indebida del 535-“Serán castigados... los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”. Así el magistrado Enrique Bacigalupo, a través de las sentencias de 7 y 14 de Marzo de 1994, implantó una solución parcial según la cual sería constitutivo de delito de apropiación indebida en su modalidad de “distracción de dinero”, cuando se trata de un bien fungible como el dinero y se “administra de cualquier manera” perjudicando el patrimonio del administrado. Esta interpretación quedó consolidada con la tan significativa sentencia del Caso *Argentina Trust* que añadía como elemento del tipo de apropiación indebida de dinero, aparte de que la apropiación no tenga que ser definitiva, la lesión del deber de fidelidad, con lo que se creaba una zona subsumible a la aplicación de ambos tipos.

Con la entrada en vigor la Ley Orgánica de 10/1995, el legislador quiso dar respuesta, si hacemos caso a la exposición de motivos, a las nuevas formas de delincuencia y en ese sentido incluyó un delito de administración desleal, aunque solo relativo al patrimonio social. A mi parecer, esta limitación al ámbito societario se debía al equivocado criterio de incluir el delito como una extensión de la protección del orden socioeconómico, algo que dio pie a disputas en cuanto al bien jurídico protegido. Así el legislador por fin pudo dar solución a la falta de reproche a los actos administrativos que constituyen un uso lícito del patrimonio administrado creando un perjuicio patrimonial, sin que se tuviera que probar una apropiación del bien sobre el que recae la acción. Una falta de reproche que solo parcialmente pudo subsanar la jurisprudencia a través de una interpretación más que cuestionable de la apropiación indebida y, dicho sea de paso, el mismo Tribunal Supremo ratifica desde las sentencias de 17 de julio y 14 de noviembre de 2006 [Caso *Bosch* y Caso *BBVA*].

Sin embargo esta nueva inclusión del delito de administración desleal en el ordenamiento jurídico español estaba lejos de adecuarse a las necesidades político-criminales. La norma era defectuosa en el fondo no solo porque se aplicaba exclusivamente al ámbito societario, sino que también exigía que el perjuicio se vinculase a un beneficio para el actor o un tercero configurando el tipo como delito de enriquecimiento y no de perjuicio patrimonial. El legislador falló también en la redacción, pues había cierto desajuste entre el objeto material del delito y el bien jurídico protegido y una enumeración de posibles perjudicados que considero más que desatinada.

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la ley orgánica 1/2015, con la que se reformó nuestro Código Penal, modificando 252 y suprimiendo 32 artículos. Uno de los artículos afectados por esta modificación es el 295 que tipificaba el delito de administración desleal. Este artículo, en mi opinión, con una de las redacciones más deficientes de la ley, está suprimido y el tipo de delito, modificado, abandona su lugar en la rúbrica “De los delitos societarios” del Capítulo 13 del Título 13º, ubicándose en un renovado artículo 252 dentro del capítulo 6º dando el nombre de la Sección 2 de este capítulo, y desplazando el delito de apropiación indebida a una nueva Sección 2 bis.

Así el tipo de administración desleal pasa de la composición del 295 CP:

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

A la del 252 CP:

*“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”.*

Objeto del presente trabajo es el delito de administración desleal propiamente dicho, es decir, el administrador que dispone de los bienes del administrado y contrae obligaciones a cargo de manera desleal. Y más concretamente el sujeto activo, la acción típica, el elemento subjetivo y la penalidad de este delito.

## 2. SUJETO ACTIVO

Anteriormente el Código Penal hablaba de los “administradores de hecho o de derecho, o socios de una sociedad” como únicos sujetos activos idóneos del tipo de administración desleal, y así configuraba el delito del 295 del Código como un delito especial propio, pues pedía una condición especial al sujeto activo y no había una figura penal que castigara la misma conducta en los supuestos en los que el autor no reunía los requisitos personales.

Los delitos especiales se caracterizan por limitar los sujetos activos, por tener un deber especial o una obligación mayor de actuar de un determinado modo. En este caso sería por el deber especial de obrar como un ordenado empresario y con fidelidad, que obligaría al administrador a anteponer los intereses sociales a los propios. Para Castro Moreno<sup>1</sup> que el delito sea especial propio se debe a un reproche añadido que se le da a la infracción de los deberes especiales ya mencionados. Desde mi punto de vista, en realidad es por la limitación de las conductas típicas y el objeto material sobre el que recaen las mismas, que podía ser solo sociedades de capital, por lo que el único sujeto activo posible es el administrador de entidades mercantiles. Por tanto, entiendo que incluso sin la mención de los deberes de actuar como un ordenado empresario y con fidelidad hacia el administrado, recogidos en los artículos 225 y 227 de la Ley de Sociedades de Capital, y anteriormente el 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, el delito seguiría siendo especial propio puesto que el 295 CP exigía que el perjuicio recaiga sobre una sociedad mercantil y se produzca por conductas que pueden ser llevadas a cabo exclusivamente por los administradores de dichas entidades.

El administrador en el difunto artículo 295 podía ser de derecho o de hecho. Esta inclusión del administrador de hecho avala la aplicación del principio de equivalencia del artículo 31 del CP, aunque con ciertos matices a los que me referiré más adelante en este mismo capítulo.

### 2.1. Administrador de Derecho

Son administradores de derecho los que han sido nombrados según las normas que les otorgan facultades de representación del administrado frente a terceros. En este sentido el artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital determina que lo único necesario para la constitución del cargo es el nombramiento y su aceptación.

### 2.2. Administrador de hecho

La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 236.3 dicta que *“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*

---

<sup>1</sup> Castro Moreno, El delito societario de administración desleal, Madrid, 1998, pp. 194-199.

*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*". Así las cosas, la jurisdicción civil acepta la responsabilidad de los terceros, que instruyen a los administradores, por los perjuicios que ha de soportar la sociedad administrada.

Para definir el concepto de administrador del hecho en el derecho penal, sin embargo, no basta con adoptar la interpretación de la normativa mercantil, hay que buscar una interpretación basada en la relación material entre el sujeto activo y los intereses patrimoniales tutelados. Esta figura aparece primero en la jurisprudencia penal en relación con el delito de quiebra al afirmar el Tribunal Supremo, ya en 1973 que el administrador "*no precisa que sea formalmente escriturado para que tenga relevancia penal, pudiendo ser simplemente de hecho*"<sup>2</sup>, cumpliendo así con la obligación del derecho penal de perseguir los ilícitos cometidos por quien tiene el dominio del acto.

La figura del administrador de hecho se introdujo posteriormente por el legislador para equiparar los administradores de derecho a otros sujetos con facultades de disposición y representación. Es el que no es de derecho pero que, sin embargo, tiene apariencia de serlo y capacidad de disposición y representación del administrado frente a terceros. Así las cosas, tal y como señala García Caveró<sup>3</sup>, la doctrina alemana ha justificado la inclusión de esta figura en varios elementos: (1) la existencia de un contrato entre el administrador de hecho y la sociedad (2) la lesión de un deber especial extrapenal como fundamento de la pena (3) la responsabilidad a causa de la asunción fáctica de la posición de administrador y (4) la posición de garantía a causa del dominio factico sobre la empresa.

Al ser un delito de resultado y no de mera actividad me parece acertado adoptar la teoría de García Caveró<sup>4</sup> a la hora de definir el administrador de hecho en función del tipo de delito del que se trata, es decir, delito de "dominio social". En primer lugar, se ha de comprobar si se puede atribuir al autor el control de los riesgos que competiría a un administrador de derecho, es decir, la asunción de las funciones de administración. En segundo lugar el administrador de hecho debe aparecer hacia fuera como administrador de la empresa. Esta apariencia es necesaria, ya que justamente es la que hace que los terceros de buena fe renuncien de otras medidas de protección. Castro Moreno<sup>5</sup> define los administradores de hecho como "*quienes sin ser formalmente administradores, sin embargo, aparenten en el tráfico lo contrario y pueden representar a la sociedad con eficacia frente a tercero*".

---

<sup>2</sup> STS 2 de junio de 1973 Sala de lo Penal, Ponente Benjamín Gil Sáenz.

<sup>3</sup> García Caveró, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Barcelona, 1999. pp. 132-140.

<sup>4</sup> García Caveró, *La responsabilidad penal*, cit., p. 174. 1999. pp. 132-140.

<sup>5</sup> Castro Moreno, *El delito societario*, cit., p. 239.

Gracia Martín opina igual, pues define el sujeto activo como “*la persona competente en el específico ámbito funcional en el que ha tenido lugar el hecho delictivo, pues solo el órgano competente asume efectivamente una posición de dominio respecto de los bienes jurídicos comprendidos en esa esfera funcional*”<sup>6</sup>.

Así, haciendo caso a la doctrina, las normas mercantiles nos señalan cuáles serán los sujetos que puedan ser administradores de hechos. A continuación expondré los sujetos que con mayor frecuencia son mencionados por la doctrina como administradores de hecho y, si procede o no, su inclusión entre los posibles sujetos del tipo, a la luz de las características arriba mencionados que deben reunir.

### **2.2.1. Los administradores de hecho según las normas mercantiles (el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio)**

1. El ejemplo típico de administrador de hecho es aquel cuya designación no es válida. Por tanto, sea por un vicio de la voluntad o por falta de cualquier otro requisito, su nombramiento es nulo de pleno derecho. La inscripción del cargo en el Registro Mercantil no supliría los defectos en la designación tal y como dice 7.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. El administrador que ha sido cesado o ha dimitido de su cargo, pero sigue inscrito como administrador en el Registro Mercantil, mantiene sus facultades de representar a la entidad frente a terceros de buena fe, a pesar de no ser administrador de derecho, lo que lo convierte en administrador de hecho.

3. Aquel cuyo plazo de designación ha caducado: es aquel administrador de derecho cuyo nombramiento ha caducado, tras haber transcurrido el plazo de ejercicio de su cargo establecido por los estatutos, debido a la celebración o haber transcurrido el plazo en el que se debía de haber celebrado la siguiente junta general, tal y como dicta el 222 de la LSC y el 145 RRM. En el plazo entre la caducidad y la cancelación de la inscripción registral, el administrador seguirá teniendo facultades de representación frente a terceros de buena fe. Por tanto, al igual que en los dos supuestos anteriores, se le podrá considerar administrador de hecho en lo relativo al tipo del 295 CP.

### **2.2.2. Los apoderados**

Para Castro Moreno<sup>7</sup> los apoderados deben ser considerados administradores de hecho. Esto es así debido a que los factores y mandatarios de los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio, suelen tener facultades bastante amplias. Esta afirmación me parece cuestionable, debido a que lo que define a un administrador son unas facultades ilimitadas de representación, y no relativamente amplias. La

<sup>6</sup> Gracia Martín, “*El actuar en lugar de otro en derecho penal*” Vol1.Zaragoza, 1985,pp. 177-178.

<sup>7</sup> Castro Moreno, *El delito societario., cit.*, pp. 245-253.

postura que toma el autor ante esta cuestión tiene su fundamento en la finalidad de la norma, que es proteger de actos desleales llevados a cabo por sujetos dentro de su facultad de disponer. En este sentido la inclusión de los apoderados es polémica, puesto que pone en entredicho la amplitud con la que se ha de interpretar el concepto de “administrador de hecho”. Incluirlos como sujeto activo tiene sentido para los que entienden que son aquellos que pueden desempeñar en cualquier medida las facultades del administrador, es decir, que pueden disponer y representar a la empresa, en la medida que sea.

Desde mi punto de vista se ha de adoptar una interpretación más estricta, puesto que el artículo 295 exigía, aparte de unas determinadas conductas típicas, que en el sujeto activo coincidiera la figura de administrador. Así, no me parece correcto entender que, siendo este un delito especial propio, siempre que se puede cometer una disposición se está ante un administrador de hecho. Adoptando, a mi parecer, la acertada definición de García Cervero, para que los apoderados y otras figuras sean considerados administradores de hecho, su facultad de disponer de los bienes del administrado tiene que ser, si no ilimitada, al menos tan amplia que equivalga a una asunción fáctica de la posición de administrador. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo<sup>8</sup> - “*será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho*” y que “*el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión*”. Sería el caso del apoderado general del artículo 281 del Código de Comercio, que podrá ser facultado para hacer el tráfico en todo, o el factor notorio del artículo 286 del mismo código, que podría obligar a su representado incluso cuando haya transgredido en sus facultades. Fuera de estos dos supuestos no concibo la figura del apoderado como sujeto activo del delito.

### ***2.2.3. La persona física, asignada por el administrado persona jurídica, como administrador de hecho***

La derogada Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 8 no establecía nada en cuanto al responsable de la administración dentro del administrador persona jurídica. En su lugar el 143 del Reglamento del Registro Mercantil dicta que la persona física que llevaría a cabo fácticamente la administración, tendrá que ser designada “*como representante de la persona jurídica para el ejercicio de las funciones propias del cargo*”. Quizás por esto Castro Moreno<sup>9</sup> entendió que, en

---

<sup>8</sup> STS 59/2007, de 26 de enero, sala de lo penal, ponente Andrés Martínez Arrieta. La misma idea viene expresada en la STS 655/2010, de 13 de julio de y la STS 765/2013 de 22 octubre. “*característica constitutiva es “el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”*”.

<sup>9</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., pp. 253-254.

caso de los administradores sean personas jurídicas, las personas físicas asignadas por las mismas para desempeñar la función, serán administradores de hecho cuando no ostenten la condición de administradores de derecho dentro de la entidad administradora.

A día de hoy, este planteamiento sería difícilmente defendible debido a que la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 212, no obliga que la persona designada por la persona jurídica sea administrador de la misma. Creo que, en vista del artículo mencionado, “representante” tiene que ser entendido como alguien apoderado por el administrador persona jurídica para desempeñar, bajo la responsabilidad de esa persona jurídica, el cargo en el ente administrado, y no como persona que ostenta la facultad de representación, es decir, administrador del administrador persona jurídica. Por tanto en un supuesto como el descrito por Castro Moreno no estaríamos ante un administrador de hecho, sino de derecho.

#### **2.2.4. Promotor de sociedades de constitución sucesiva**

Otra figura que considero administrador de hecho es la del promotor de las sociedades de constitución sucesiva. Son las financiadas con una promoción pública de suscripción de las acciones de manera sucesiva, con anterioridad a la escritura de constitución de las mismas. El promotor es el responsable de las obligaciones impuestas por el artículo 43 de la Ley de Sociedades de Capital: comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el proyecto de emisión y de redactar el programa de fundación, que será depositado en el Registro Mercantil y en la CNMV, y formalizar la lista de suscriptores tras la finalización de la suscripción. Las aportaciones sucesivas de los suscriptores serán indisponibles hasta la inscripción en el Registro Mercantil [art. 45 LSC]. El artículo 129.2 del Reglamento del Registro Mercantil establece que dicha inscripción tendrá lugar a los 15 días del depósito del programa en el Registro. Desde entonces, hasta la convocación de la junta constituyente que ha de tener lugar en los primeros 6 meses tras el depósito del programa, serán los promotores los cualificados para disponer de los bienes de la sociedad. Durante este periodo los promotores serían administradores de hecho, como señala Castro Moreno<sup>10</sup>, puesto que será en esta primera junta en la que se tendrá que elegir a los administradores de derecho [art. 47.1.e) LSC]

#### **2.2.5. Los liquidadores**

Los liquidadores de una sociedad son otro ejemplo de sujeto activo del delito. La Ley de Sociedades de Capital ya de por sí compara la figura del liquidador a la del administrador en el artículo 375.2, pues esta figura tiene facultades de disposición sobre los bienes. Entre las obligaciones que tiene el liquidador están las de concluir las operaciones pendientes y realizar las que sean necesarias para la liquidación-

---

<sup>10</sup> Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 254-255.

384 LSC-, de percibir los créditos y pagar las deudas- 385 LSC- y de enajenar los bienes sociales-387 LSC. Por tanto tiene facultades para obrar en ambas conductas típicas del delito, disponer y contratar obligaciones. Los liquidadores tendrán que inscribirse en el Registro Mercantil según el artículo 240 del reglamento del mismo, con lo que cumplen los requisitos necesarios para considerar al liquidador un administrador de hecho.

### **2.2.6. *El administrador concursal***

Administrador concursal es aquel que ha sido nombrado por el juez concursal al dictar auto de declaración de concurso según el art 21.1.2ª de la Ley Concursal. Para Sequeros y Dolz<sup>11</sup> tanto los administradores concursales como los liquidadores son administradores de derecho. Sin embargo, la jurisprudencia ya dijo que administrador de derecho es “*aquél que ha sido nombrado de acuerdo con la normativa correspondiente societaria, constando así, pública y registralmente en toda la actividad de la sociedad concernida*”<sup>12</sup>. Siguiendo dicho criterio no se podría afirmar en puridad de las normas que el administrador concursal sea un administrador de derecho al no ser nombrado según las normas societarias sino por un juez. He de rechazar esta interpretación jurisprudencial pues, entiendo que, los administradores de derecho no son solamente los nombrados según la normativa societaria, sino que se ha de incluir en el concepto a los que han sido nombrados por la autoridad judicial, conforme los casos que la ley así lo establece.

### **2.2.7. *Los que operan a través de sociedades instrumentales o personas interpuestas***

Para Bajo y Bacigalupo<sup>13</sup> es administrador de hecho todo aquel que actúa en la persona jurídica sin tener en cuenta ni el título que lo capacita ni el que le otorga la apariencia de administrador. Así entienden, conforme el artículo 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital, que son administradores de hecho los que a través de sociedades instrumentales o personas interpuestas, sean estos administradores personas físicas o jurídicas, toman las decisiones de gestión y desarrollo del objeto social. Esta interpretación se hace con base en una aplicación, a mí parecer excesivamente amplia, del artículo 31 del Código Penal y de la mención del “socio” de la entidad como posible sujeto activo, para así darle cierta racionalidad a su inclusión en el tipo, de la cual carece. Curiosamente dicen que con la definición de administrador de hecho de Castro Moreno se llegaría a la misma conclusión práctica, sin embargo eso es incorrecto puesto que, usando la fórmula de este autor, los que administran una facultad a través de personas interpuestas no serían administradores ni de hecho ni de derecho, sino inductores.

---

<sup>11</sup> Sequeros Sazatornil y Dolz Lago, *Delitos societarios y conductas afines*, Madrid, 2013, p. 147.

<sup>12</sup> STS 286/2012, de 19 de abril, con ponente Joaquín Giménez García.

<sup>13</sup> Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, pp. 635-639.

A mi parecer esta manera tan amplia de interpretar el artículo 31 del Código Penal lesiona el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución Española. Ciertamente es que el 31 sirve para extender la responsabilidad penal de los delitos especiales propios a los sujetos que, aun incurriendo en la conducta reprochable y poniendo en riesgo el bien jurídico, no reúnen las cualidades necesarias. Sin embargo, tal como expongo en el capítulo sobre la acción típica, el tipo impone la exigencia de gestionar y representar a la entidad del mismo modo que un administrador. Por tanto, cualquiera que carece de estas facultades de disponer sobre el patrimonio social u obligar la sociedad, como lo haría un administrador, no podrá ser sujeto activo del tipo, pues el 31 no suple la falta de capacidad para actuar. Parece ser que este es el punto de vista de Rodríguez Montañés<sup>14</sup> que entiende que el administrador de hecho es aquel que “*fácticamente tiene las facultades y deberes propios del cargo de administrador*”. En este sentido Díaz Echegaray<sup>15</sup> llega incluso a afirmar que el 31 del código no es de aplicación a los delitos societarios recogidos en los artículos 290, 293, 294 y 295.

En cuanto a la posibilidad de contemplar en este supuesto la figura del autor mediato o el autor tras el autor, el delito de administración desleal exige que el autor actué infringiendo unos deberes de lealtad, deberes que no tienen terceros ajenos al cargo. Por otro lado, contemplar estas figuras produce problemas también desde el punto de vista de la acción, pues tanto el autor tras el autor como el autor mediato tomarían las decisiones sobre la actividad empresarial, sin embargo, estas decisiones no serían ejecutables y supondrían actos preparatorios impunes. No es esta la opinión de Martínez-Buján, que ve plausible castigar al *extraneus* por asumir la posición fáctica de administrador o como “*interventor conjunto*” por contribuir al dominio del *intraneus*<sup>16</sup>. Aparte de que no coincido con esta postura, también la encuentro bastante desconcertante, pues el mismo autor resalta, acertadamente, que lo más relevante a la hora de identificar al posible sujeto activo del delito es la facultad de disponer autónomamente de los bienes pertenecientes al administrado y la obligación de cuidar de los mismos<sup>17</sup>.

### 2.2.8. Los delegados como sujetos activos de los delitos

Tratándose de la delegación de las funciones del consejo de administración, no surgen muchas dudas en cuanto a la calificación del sujeto en el que recae la delegación, debido a que el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital limita las opciones a los miembros del mismo consejo. No opina igual Bacigalupo

---

<sup>14</sup> Rodríguez Montañés, “*Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal*”, ADPCP, 1996, pp. 425-471.

<sup>15</sup> Díaz Echegaray, *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, 2002, pp. 203-207.

<sup>16</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Valencia, 2016, pp. 103-104.

<sup>17</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito de administración desleal.*, cit., p. 87.

Zapater<sup>18</sup>, que entiende que la delegación puede recaer en cualquier persona, algo que a mi parecer no incluía el artículo ni ahora ni en su versión original.

El artículo dice taxativamente que la delegación por parte del consejo se podrá llevar a cabo asignando uno o más “de entre sus miembros” y “sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona”. Por tanto la literalidad del texto deja claro que los terceros, que desempeñan funciones de gestión y representación, solo lo pueden hacer en cualidad de apoderados, pero no como delegados del consejo de administración. Para despejar las posibles dudas sobre un fallo a la hora de redactar el artículo, el segundo párrafo del mismo artículo reitera que la designación tiene que recaer en un administrador-“*La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos*”. Bacigalupo Zapater se basa para interpretar que la delegación es posible fuera del consejo en que la imposibilidad de la misma, según él, llevaría a la imposibilidad de obrar en un mercado que necesita cada vez más conocimientos específicos en diferentes ámbitos. Sin embargo, considero que la figura del apoderado y la contratación de especialistas para puestos inferiores al de administrador pueden suplir dichas carencias. La única conclusión posible es que el delegado pueda ser solo un miembro del consejo de administración, y por tanto es un administrador de derecho.

### **2.3. Los socios**

Otro de los posibles actores según el 295 son los socios. La inclusión de los socios es otra muestra de la defectuosa redacción de la norma, pues el tipo exigía que el actor obrara “con abuso de las funciones propias de su cargo”. El problema radicaba en el hecho de que un socio, por el mero hecho de serlo, no tiene ningún cargo dentro de la sociedad. Por eso la mayoría de la doctrina<sup>19</sup> ha entendido que el socio al que se le pueda imputar el delito es aquel que puede gestionar y representar la sociedad, es decir, el que sea un administrador de hecho o de derecho.

### **2.4. El sujeto activo tras la reforma**

Para una parte de la doctrina<sup>20</sup> la expresión “administrador de hecho” no fue muy acertada, al dejar la concreción de la figura a la interpretación de los tribunales. Entendían que el uso de un concepto tan amplio, para incluir a todos los posibles

---

<sup>18</sup> Bacigalupo Zapater, “*La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal*”, Diario La Ley n.º 8637, 2015.

<sup>19</sup> Fernández Bautista, “*Aproximación al delito de administración fraudulenta*” en Corcoy Bidasolo, Derecho penal de la empresa, Pamplona, 2002, pp. 118-119; Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 283-290; Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal*, cit., pp. 638-639.

<sup>20</sup> Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 233-239.

sujetos equiparados al administrador, suponía una interpretación analógica de la norma penal en contra del reo, algo incompatible con el principio de legalidad. La solución por la que optaba Castro Moreno era la enumeración de los posibles administradores de hecho a los que se les podría aplicar el tipo. No optó por ello el legislador, pues al omitir el administrador de hecho como sujeto activo, dentro del nuevo artículo 252, mantuvo la anterior decisión. Pues, por la mera omisión del concepto, no podemos deducir que, cuando el autor sea un administrador de hecho, estaríamos ante un hecho atípico. Esta figura seguirá incluida por la aplicación del artículo 31 CP cuando la persona que no reúne las cualidades necesarias del delito especial propio, es decir, ser administrador de derecho, lleve a cabo la conducta penada.

Otra omisión, que no afecta al contenido pero evita innecesarias polémicas, es la de los socios como posibles sujetos activos. Como ya dije, los socios no tienen el dominio social, por tanto no pueden incurrir en los hechos punibles.

Lo que sí es más decisivo, en cuanto a la figura del administrador, es que el perjudicado deja de ser necesariamente una sociedad mercantil. Al extender la figura del sujeto pasivo, también se extiende la del sujeto activo, pues administrador será cualquiera que tiene "*facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*". Así las cosas, ejercerán de administradores, entre otros, los padres respecto a los hijos menores-164 CC; los testadores y albaceas de la herencia respecto a la masa hereditaria- 902.4º CC; los tutores, curadores y defensores judiciales respecto a los menores, incapacitados y el prodigo del Libro Primero Título Decimo del Código Civil y, por supuesto, los administradores de sociedades civiles.

### 3. CONDUCTA TÍPICA

Antes de la reforma el tipo describía dos conductas que podrían dar lugar a administración desleal: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y la contratación de obligaciones a cargo de los administrados, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los mismos. Estas conductas, que se tenían que llevar a cabo con abuso de sus funciones, daban lugar a un tipo mixto alternativo.

Para Castro Moreno<sup>21</sup> ambas figuras, "*disponer*" y "*contraer obligaciones*", no son más que concreciones del "abuso de las funciones propias del cargo". Es decir, los actos de administración de los que se trata son los de representación en el sentido de "*fase externa de ejecución de los actos y acuerdos adoptados*"<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 285-290.

<sup>22</sup> Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 290- 291.

### **3.1. Disponer fraudulentamente**

La conducta de “*disponer fraudulentamente de los bienes*” daba lugar a ciertos problemas a la hora de interpretar la expresión en sí. Así las cosas, no estaba claro si se trataba de la misma conducta que la de disposición y apropiación mencionadas en los delitos de estafa y apropiación indebida. Para definir el concepto jurídico de “*disposición*” algunos como Martínez-Buján partieron desde el significado común de la palabra, y más concretamente la cuarta definición del diccionario de la RAE- “*Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute*”. De aceptar esta definición la conducta de disposición se podría considerar idéntica a la conducta de “*distraer*” en la apropiación indebida. Algo que no comparto, pues la “*disposición*” en la administración desleal es de carácter no apropiativa, por lo que no se consideraría ni siquiera un acto de dominio según la definición de la RAE antes citada.

Algo que desmienten Bajo y Bacigalupo<sup>23</sup>, pues consideran que el uso es un acto de dominio, y por tanto realizado en concepto de dueño. Así los actos ilícitos no dominicales serían los que se realizan con la intención de reponer o de devolver el bien sobre el que recaen. En este caso la disposición de la cosa sería como si fuera dueño, pero sin que implique un incumplimiento definitivo. En este mismo sentido, la doctrina<sup>24</sup> mayoritaria había entendido que “*disponer*” hacía referencia al uso o aprovechamiento, y no a un acto de dominio definitivo. De acuerdo con eso, Martínez-Buján afirma que el delito de administración desleal termina ahí donde empieza el de apropiación indebida<sup>25</sup>.

Esta Es La Postura Mayoritaria, Pero No La Única. No Es Esta La Postura De Luzón y Roso, que opinan que la disposición fraudulenta del 295 puede consistir justamente en una apropiación o distracción definitiva<sup>26</sup>. Así las cosas, para los autores la frontera entre los dos delitos, de la que habla Martínez-Buján, no existe y una conducta apropiatoria daría lugar a un concurso ideal de delitos.

Estoy de acuerdo con la postura de Bajo y Bacigalupo, aunque solo en parte. Pues entiendo que los actos dominicales se extienden al mero uso, sin embargo, también serían actos de disposición del artículo 295 los actos no dominicales en el sentido de que se realizan con intención de devolver o reponer.

---

<sup>23</sup> Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico, cit.*, pp. 630 y ss.

<sup>24</sup> Castro Moreno, *El delito societario, cit.*, pp. 298-299; Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico, cit.*, pp. 630-632.

<sup>25</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001, p. 45.

<sup>26</sup> Luzón Peña y Roso Cañadillas, “La administración desleal societaria en el derecho penal español”, *Revista InDret*, Tomo 3(2010), pp. 1-37.

### 3.2. Contraer obligaciones a cargo de la sociedad

La segunda modalidad suponía cierta polémica en la doctrina de cara a decidir si siquiera existe. Para Sequeros y Dolz<sup>27</sup> la diferenciación de ambas conductas típicas no tiene gran relevancia, puesto que en muchos supuestos no existe una separación conceptual. Para los autores la disposición, como concepto amplio, suele coincidir con la de contraer obligaciones. En este sentido los gravámenes serían una obligación pero, al contraerlos, también se llevaría a cabo un acto de disposición.

Por otro lado para Castro Moreno<sup>28</sup> opera una concepción más estricta de “contracción de obligaciones”, definiendo esta modalidad como aquellos actos que sitúan a la entidad en calidad de deudora. El autor entiende que, cuando la entidad queda gravada por una hipoteca en garantía de deudas de terceros, no estaríamos ante un caso de contracción de obligaciones, ya que la hipoteca es una garantía de la obligación, no una obligación en sí. Por tanto estaríamos ante la primera modalidad, la de “disponer de los bienes de la sociedad”. Otra diferencia entre las dos modalidades según el autor es que a diferencia de la disposición, la contracción de obligaciones no tiene por qué recaer en un bien concreto, pudiendo afectar al conjunto patrimonial.

Comparto por completo la opinión de Castro Moreno sobre la diferenciación entre “disposición” y “contracción de obligaciones”.

### 3.3. Comisión por omisión

Bajo y Bacigalupo<sup>29</sup>, en contra de la opinión mayoritaria, no ven posible la comisión por omisión debido a la literalidad de la descripción de la conducta. De manera que quedaría libre de pena cualquier supuesto en el que el administrador desatiende sus funciones, originando de este modo pérdidas o negando el enriquecimiento justificado o incremento del patrimonio del bien administrado.

Como ya dije, no es esta la opinión de la doctrina mayoritaria<sup>30</sup>. Para valorar esa posibilidad hay que comprobar si las conductas típicas cumplen o no los requisitos para que se dé la comisión por omisión.

#### 3.3.1. Equivalencia entre la conducta omisiva y las conductas típicas

A diferencia de otras conductas parecidas tipificadas en otros delitos, como puede ser la apropiación indebida, donde la disposición exige una atribución

---

<sup>27</sup> Sequeros Sazatornil y Dolz Lago, *Delitos societarios.*, cit., p.613.

<sup>28</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., pp. 350 ss.

<sup>29</sup> Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico.*, cit., pp. 630-632.

<sup>30</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito societario.*, cit., pp. 60-63; Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., pp. 426-432; Y solo en cuanto a la disposición Luzón Peña y Roso Cañadillas, “*La administración desleal ...*”, cit., pp. 1-37.

definitiva del dominio, la del delito de administración desleal se puede llevar a cabo por la mera inactividad del administrador, ya que por un lado no exige la misma atribución definitiva y por otro, tal y como señala Bacigalupo Zapater<sup>31</sup>, las dos conductas típicas hacen referencia a las facultades del administrador recogidas en el artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital. De modo que “disponer de los bienes” es la gestión del patrimonio y “contraer obligaciones” es la representación del mismo. A mi parecer, mientras el sujeto activo se mantiene en el cargo, dichas facultades están activas siempre, pues no son “*modalidades específicas de acción, sino más bien modalidades genéricas de acción a través de los cuales ha de llegarse a la causación del resultado*”<sup>32</sup>. En otras palabras, el no actuar del administrador es, al menos, una manera de gestionar y representar el patrimonio.

### **3.3.2. Especial deber jurídico del autor**

El segundo requisito que se debe cumplir es el del artículo 11 del Código Penal- “*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción*”. Por tanto el segundo requisito recae sobre la figura del administrador del patrimonio. Así, con la modificación de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, el artículo 225 recoge ese especial deber de salvaguardar el patrimonio en su párrafo primero- “*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*”. Esta diligencia de ordenado empresario se desarrolla más detalladamente en el artículo 227- “*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*”.

Al cumplirse ambos requisitos, sí entiendo posible la comisión omisiva del delito al igual que lo entiende la doctrina mayoritaria<sup>33</sup>. Por tanto, no comparto la preocupación de Martínez-Buján por la falta de una modalidad omisiva explícitamente recogida en el tipo. El autor cree necesario la redacción a modo más taxativa de la conducta para vincular el resultado a la omisión de un deber específico de realizar las acciones tendentes a optimizar el patrimonio administrado<sup>34</sup>. Como ya quedó claro, mi postura es que el administrador, por serlo, ya tiene dicha obligación de perseguir la optimización del patrimonio y, por tanto, no hay necesidad de especificarla.

---

<sup>31</sup> Bacigalupo Zapater, “*La reforma de la Ley ...*”, *cit.*, pp. 1-13.

<sup>32</sup> Bacigalupo Zapater, “*La reforma de la Ley ...*”, *cit.*, pp. 1-13.

<sup>33</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, *cit.*, pp. 426-438; Luzón Peña y Roso Cañadillas, “*La administración desleal ...*”, *cit.*, pp. 1-37; Martínez-Buján Pérez, *El delito societario.*, *cit.*, pp. 60-63.

<sup>34</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito de administración desleal.*, *cit.*, pp. 77-86.

### 3.4. La modalidad típica tras la reforma

Con la reforma del código la norma ya no recoge las dos modalidades descritas en el derogado artículo 295. Las conductas de “*disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad*” y “*contraer obligaciones a cargo de la misma*” han sido remplazadas por una expresión mucho más ambigua, que es la “*infracción de las facultades de administrar patrimonio excediéndose en las mismas*”. A primera vista puede parecer que la expresión, al tratar de una obligación más genérica, recoge un número más amplio de posibles conductas. Sin embargo, considero acertada la conclusión de Bacigalupo Zapater, antes expuesta, de que las dos modalidades del tipo de 295 son en realidad las facultades de administración del 209 de la Ley de Sociedades de Capital. Por tanto, con la entrada en vigor de la reforma, el tipo no sufre ningún cambio en cuanto a la conducta típica. No es esta la opinión de Pastor y Coca, que ven una mejora importante con el cambio de la expresión, pues entienden que “*infringir facultades de administración*” incluye otras modalidades de administración a parte de disponer del patrimonio y contraer obligaciones, como pueden ser los actos omisivos<sup>35</sup>. Una teoría que yo rechazo por razones ya expuestas.

## 4. LA AUTORÍA EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN

En las empresas gestionadas por un consejo de administración la acción típica se debe de realizar a través de acuerdos del consejo, que se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión.

La problemática se crea en relación con el administrador disidente, el que participa en la votación, pero que sin embargo vota en contra del acto constitutivo de delito. En este sentido Bajo y Bacigalupo<sup>36</sup> afirman que no puede haber lugar a responsabilidad penal cuando el acto no se ha documentado regularmente. Esto es debido, en primer lugar, a que dichos actos no serían ejecutables y por tanto no producirían el resultado típico y, en segundo lugar, porque los autores entienden que en este supuesto estaríamos ante un hecho preparatorio y por tanto, impune en el ámbito penal.

Sin embargo, soy partidario de entender los hechos como una tentativa inacabada, puesto que a pesar de que la sociedad no ha podido llevar al cabo la acción punible, en el sentido de ejecutar la orden del órgano colegiado, los sujetos activos del delito sí han llevado a cabo la acción necesaria dirigida a producir el perjuicio, exteriorizando su voluntad de producir el resultado punible a través de un medio adecuado que es el voto. Así se cumple con la definición del artículo 16 del Código Penal- “*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”.

---

<sup>35</sup> Pastor Muñoz y Coca Vila, *El delito de administración desleal*, Barcelona, 2016, pp. 119-122.

<sup>36</sup> Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico*, cit., pp. 131 y ss.

En otras palabras, entiendo que el supuesto en el que los miembros del consejo de administración votan conscientemente a favor de una resolución perjudicial para la sociedad, pero que, sin embargo, el acta no resulte ejecutable por alguna irregularidad, se equipararía al supuesto en el que una persona, apuntando a un punto vital de otra, aprieta el gatillo de un arma, pero que sin embargo ésta se atasca. Por tanto estaríamos ante un delito de administración desleal en grado de tentativa inacabada.

En cuanto al administrador disidente o ausente entienden que no habrá responsabilidad penal, que esta no crea riesgo para el bien jurídico ni tiene la posibilidad de evitar el perjuicio. Los autores llegan a esta conclusión puesto que entienden que no cabe comisión por omisión. Por tanto el administrador solo incurre en administración desleal si con su conducta crea o eleva el riesgo. Sin embargo, como dije en el capítulo sobre la conducta típica, sí entiendo que es posible la comisión por omisión y por tanto, los administradores que en su labor de vigilancia sobre el patrimonio social se conforman con menos que denunciar los hechos incurrirían en un delito de administración desleal.

## **5. ELEMENTO ESPECIAL DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN**

El tipo exige un especial desvalor de acción que es la lesión, a lo que Bacigalupo Zapater llamó, “el derecho a la lealtad”<sup>37</sup>. Este “abuso de las funciones propias de su cargo” ha sido interpretada, mayoritariamente por la doctrina como una infracción de los deberes de lealtad y fidelidad impuestos por el ordenamiento jurídico, y más específicamente por el ya mencionado artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital.

El verdadero problema se plantea en cuanto al administrador de hecho. Parte de la doctrina<sup>38</sup> afirma que en este caso el actor no tendría el deber del 227 LSC, pues el deber se aplica sobre los administradores formalmente asignados y no sobre los que invistiéndose en un poder factico ganan la capacidad de lesionar el bien jurídico.

Dar por válida esta interpretación nos llevaría a la conclusión de que el administrador de hecho no solo no podría ser autor en la modalidad omisiva, sino que tampoco en la comisiva, pues no se podría incurrir en este elemento especial de desvalor, que es el abuso a las funciones propias de su cargo, ya que no ostentaría ninguna. Esto no parece posible a la vista de su mención explícita en el tipo.

Sobre esta cuestión Fernández Bautista<sup>39</sup> da dos posibles soluciones:

1. La primera es entender que el administrador de hecho se vería obligado de actuar conforme los deberes de fidelidad de un administrador de derecho en lo

---

<sup>37</sup> Bacigalupo Zapater, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Madrid, 2007, pp. 196-201.

<sup>38</sup> Fernández Bautista, “*Aproximación al delito...*”, *cit.*, pp. 128-129.

<sup>39</sup> Fernández Bautista, “*Aproximación al delito...*”, *cit.*, pp. 128-129.

que a la responsabilidad penal se refiere, debido a que tiene la misma capacidad de lesionar el bien jurídico protegido.

2. La segunda es entender que en caso de que el sujeto activo fuera un administrador de derecho estaríamos ante un delito de infracción de un deber, mientras que en caso de que fuera un administrador de hecho, estaríamos ante un delito de dominio de hecho y por tanto se debería obviar, en contra de la interpretación literal del texto, el requisito del tipo de que la conducta se lleve a cabo con abuso de las funciones propias de su cargo.

A mi parecer la primera de las dos soluciones sería la única válida, ya que la segunda afectaría el principio de legalidad al dar una interpretación ilógica del texto, pues el tipo recogido en el 295 exigía llevar a cabo la conducta con abuso de las facultades de administración. Ahora bien, el problema a la hora de conectar el administrador de hecho con un deber de lealtad se crea por la amplia interpretación que da la autora al concepto de este tipo de administradores. Sin embargo, como se ve en el capítulo dedicado al sujeto activo, la interpretación que yo respaldo no da lugar a este obstáculo.

Tras la reforma la expresión “*con abuso de las funciones propias de su cargo,*” ha sido sustituido por “*las infrinjan (las facultades de administrar se entiende) excediéndose en el ejercicio de las mismas*”. Este cambio en el nuevo artículo 252 no marca ninguna diferencia con el derogado 295, en cuanto a este elemento del injusto, pues el contenido de ambas expresiones es el mismo.

## 6. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito de administración desleal del 295 CP es exclusivamente doloso, tanto porque el tipo exige que la administración se lleve a cabo de manera “*fraudulenta*”, como por la finalidad que tiene que perseguir el actor, siendo esta un elemento de tipicidad, es decir el “*beneficio propio o de un tercero*”. La inclusión de ambas expresiones hace imposible la comisión a título de dolo eventual, pues estos elementos forman un dolo intencional.

Pérez del Valle<sup>40</sup> sí acepta la inclusión del dolo eventual en el tipo. Sin embargo, los fundamentos que usa el autor, más que interpretar el texto legal, parecen buscar extender la punibilidad a supuestos que quedan fuera del ámbito de la norma, como pueden ser los casos en los que el administrador actúa en el sector de negocios de riesgo o, a la hora de perjudicar a la sociedad, no busca un beneficio para sí mismo o un tercero. El autor<sup>41</sup> llega incluso a decir que la exigencia de que la actuación se lleve “en beneficio propio o de un tercero” es un elemento puramente retórico.

---

<sup>40</sup> Pérez del Valle, “*El tipo subjetivo en la administración desleal*” en Bacigalupo Zapater, Administración desleal, Madrid, 1999, pp. 59-61.

<sup>41</sup> Pérez del Valle, “*El tipo subjetivo...*”. *cit.*, pp. 66-67.

Es plausible el intento del autor de sanear el defecto de la norma, que suponía la inclusión del requisito de obrar “en beneficio propio o de un tercero”. Sin embargo, entiendo que excluir este elemento, sería entender la norma en contra de cualquier interpretación lógica del texto. El otro fundamento, relativo a los “*negocios de riesgo*”, tiene sentido para los que, como el autor, entienden que el administrador actúa constantemente con dolo eventual y por tanto la inclusión de este tipo de dolo sería la única manera de castigar al que opera en este tipo de operaciones en beneficio suyo o de un tercero. Pérez del Valle se olvida de que el administrador está obligado a actuar en beneficio de su administrado y por tanto, si se da el supuesto descrito, claramente obraría con dolo directo, pues el dolo eventual no consiste solamente en un riesgo probable, sino que exige un elemento volitivo, que el actor hubiera actuado del mismo modo, incluso de haber tenido la certeza de que se produciría el resultado perjudicial, y eso lesionaría la obligación de fidelidad de manera intencionada. Por tanto, al contrario de lo que opina el autor, opino que en los negocios de riesgo no se actúa ni con dolo directo ni imprudentemente, porque el administrador debe operar persiguiendo el beneficio de la sociedad en un ámbito en el que hay posibilidades de que se produzca el riesgo no deseado.

### **6.1. “Fraudentamente”**

La conducta del 295 CP exige que la disposición se realice de manera “fraudenta”. Este concepto, como acertadamente señalan Luzón y Roso<sup>42</sup>, es de carácter mixto, pues comprende una connotación subjetiva y otra objetiva, es decir los elementos del tipo objetivo tienen repercusión a la hora de definir este elemento del tipo subjetivo. Así el concepto forma parte del elemento subjetivo del delito, pues la disposición fraudulenta es la que se hace con engaño, pero aparte también implica un elemento objetivo, la frustración de unos intereses y unas expectativas legítimas.

En cuanto al engaño, este no es el mismo que el exigido en el delito de estafa. La jurisprudencia diferencia así este elemento subjetivo-“ *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*”<sup>43</sup>”.

En cuanto al elemento objetivo, se exige la infracción de un deber de lealtad que ha de traducirse en un perjuicio para la misma o los socios. Es decir, los límites de la buena fe del administrador, a la hora del actuar dentro de sus funciones, son

---

<sup>42</sup> Luzón Peña y Roso Cañadillas, “*La administración desleal...*”, *cit.*, pp. 1-37.

<sup>43</sup> STS 565/2007, de 21 de junio de 2007.

concretados no sólo por el objeto social, sino que en función de si el comportamiento del sujeto activo es conforme, o no, a los intereses sociales. Como objetivo último de la entidad administrada estos intereses sociales, cuya persecución es el deber de todo administrador, son definidos acertadamente por la Comisión Nacional de Mercado de Valores como *“la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa”*<sup>44</sup>.

## 6.2. En beneficio propio o de un tercero

El anterior artículo 295 CP exigía la vinculación del perjuicio a un beneficio para el actor o un tercero, convirtiendo así este delito patrimonial en un delito de enriquecimiento. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2006 da una definición completa de esta finalidad de beneficiar al administrador o terceros, al decir que *“no implica forzosamente un ingreso en el patrimonio personal de bienes pertenecientes a la sociedad, sino que basta con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada del comportamiento desleal. Esta conducta puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros -o, normalmente, competidores- proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del “perjuicio social” y del “beneficio ajeno a la sociedad” puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentaparticipes o titulares de bienes, valores o capital que administren”*<sup>45</sup>.

No puedo estar de acuerdo con la sentencia, que acabo de citar, por concluir que siempre que se dé una disposición fraudulenta, o contracción de obligaciones con cargo a la sociedad, que crea perjuicio económicamente evaluable, se cumplen con todos los requisitos para imputar un delito a dicha conducta. Es loable el intento del Tribunal Supremo de corregir la laguna que había creado el legislador, sin embargo, no me parece conforme al principio de *lex scripta*. Indudablemente, cualquier perjuicio soportado por una entidad que opera en el mercado supone una ventaja para sus competidores, y por tanto supone un beneficio para un tercero. Aun

---

<sup>44</sup> Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, junio de 2013.

<sup>45</sup> STS 769/2006, de 7 de junio de 2006, con Ponente Juan Saavedra Ruiz en esto coincide la Sentencia del TS de la Sección 1ª, núm. 9/2009 de 26 enero. RJ 2009\810 al recordar que *“[el beneficio] no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal”*.

así, al ser un elemento necesario, y al no incluir el tipo la comisión en modalidad imprudente, me parece que lo más respetuoso con el de principio de legalidad, es exigir que el beneficio propio o de un tercero este cubierto por el dolo.

Castro Moreno<sup>46</sup>, acertadamente, entiende que, al utilizar el tipo la partícula “en” en vez de “con”, ese beneficio no es necesario que se materialice para la aplicación del tipo, sino que bastaría con que la conducta este dirigida a esta finalidad, es decir, es un elemento subjetivo. En esto coinciden Luzón y Roso<sup>47</sup>, que se basan en este elemento subjetivo, al que consideran más amplio que otras expresiones de dolo concreto como “ánimo de lucro” o enriquecimiento propio, para posicionarse a favor de la ampliación del elemento subjetivo al dolo eventual.

Otro argumento en contra de la sentencia arriba citada es que este beneficio ha de ser necesariamente económico consistiendo, según Castro Moreno, en un incremento del patrimonio de quien lo recibe<sup>48</sup>. El autor basa esta idea en tres argumentos:

1. El término “beneficio” tiene naturaleza económica, por tanto se excluyen la persecución de fines morales o profesionales.

2. El beneficio obtenido es contrapartida del perjuicio económicamente evaluable y por tanto es lógico considerar que el beneficio del tipo tiene que ser también económicamente evaluable.

3. En lo que al castigo se refiere cabía la modalidad de pena de multa, alternativa a la de prisión. La norma establecía que esta multa será “del tanto al triplo del beneficio obtenido” y por tanto su aplicación exige valorar al beneficio económicamente.

Sin embargo, como bien deduce el mismo autor, su propio planteamiento llevaría a la ilógica solución de que la obtención de dicho beneficio supondría una atenuante para el reo, debido a que la frustración del fin se castigaría con pena de prisión, mientras que en caso de llagar a conseguirlo se podría optar por la pena alternativa de multa<sup>49</sup>.

### **6.3. El dolo tras la reforma**

El nuevo tipo, acertadamente, omite la referencia del beneficio para el actor o terceros, ampliando el marco punitivo del precepto. En este sentido Sequeros y Dolz<sup>50</sup> recuerdan que, en el antiguo 295 CP, la falta de beneficio no afectaba al grado de ejecución, sino que era un elemento de la estructura del tipo. De manera que serían hechos atípicos aquellos en los que el administrador sin buscar beneficio, ni para sí mismo ni para terceros, actúa buscando un perjuicio para el

---

<sup>46</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., pp. 445-446.

<sup>47</sup> Luzón Peña y Roso Cañadillas, “*La administración desleal...*”, cit., pp. 1-37.

<sup>48</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., pp. 445-447.

<sup>49</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., pp. 445-447.

<sup>50</sup> Sequeros Sazatornil y Dolz Lago, *Delitos societarios.*, cit., pp. 628-630.

administrado. La inclusión de este elemento no obedecía a ninguna lógica, puesto que el elemento merecedor de reproche es el perjuicio patrimonial y por tanto debería ser irrelevante la motivación subjetiva a la hora de actuar, siempre y cuando se hace dolosamente. Con este atinado cambio el legislador incluye la tipicidad de los supuestos mencionados en este párrafo.

En cuanto a la exigencia de obrar fraudulentamente, entiendo que este elemento especial del injusto permanece en el nuevo artículo 252, a través de la expresión “*infringir las facultades de administración excediéndose en las mismas y, de esa manera, causar un perjuicio al patrimonio administrado*”. A mi parecer, esta expresión está suficientemente cerca a la definición que dio el tribunal supremo a la actitud fraudulenta, como “*la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél[del administrado], en su perjuicio*”<sup>51</sup>, y por tanto creo que este elemento del delito se mantiene en el tipo. En este sentido la redacción del nuevo tipo lo que hace es no incurrir en redundancia.

## 7. CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD

El legislador, al redactar el código, decidió por razones político-criminales incluir una condición objetiva de perseguibilidad a todos los delitos societarios, convirtiéndolos en delitos semipúblicos. Esta condición está recogida en el párrafo primero del artículo 296 del Código Penal-“*los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal*”.

### 7.1. Denuncia de la persona agraviada como requisito previo de apertura de procedimiento criminal

El delito del artículo 295 se configuraba como un delito semipúblico, pues para el inicio del proceso no se exigía querrela como en los delitos privados. Martínez-Buján<sup>52</sup> atinadamente razona que esta exigencia es un recurso técnico para la aplicación del principio de irrelevancia. Sin embargo, otra parte de la doctrina sí que ve el riesgo de que este recurso se convierta en herramienta de chantaje por parte del posible agraviado<sup>53</sup>.

Con la mención de la persona agraviada, García de Enterría entiende que la condición “*abarca a quienes siendo titulares del bien jurídico protegido no sufren, sin embargo, perjuicios de carácter patrimonial, por lo que no son, en puridad, perjudicados*”<sup>54</sup>. Para el autor, al decantarse el legislador por el “agraviado” en vez

<sup>51</sup> STS 782/2008, de 20 noviembre.

<sup>52</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito societario*, cit., pp. 86-88.

<sup>53</sup> Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico*, cit., pp. 620-621; Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 482-486.

<sup>54</sup> García de Enterría en Castro Moreno, *El delito societario*, cit., p. 483.

de por el “perjudicado”, ha conseguido este que el precepto se aplique en todos los delitos societarios, ya que no todos exigen un perjuicio económicamente evaluable. No puedo estar de acuerdo con el argumento que usa para contrastar los contenidos de “perjudicado” y “agraviado”, pues esta manera delimitar la definición de “perjudicado” a las víctimas de delitos que requieren para su consumación un perjuicio económico no obedece a una interpretación lógica de la palabra.

En caso de las sociedades el responsable de interponer denuncia es el administrador, debido a la obligación de desempeñar el cargo en el mejor interés de la sociedad, recogida en el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, cuando el sujeto activo es el administrador, como en el caso del delito objeto de este trabajo, según la doctrina<sup>55</sup>, se deben de aplicar las normas de la acción social de responsabilidad, y más precisamente la del artículo 238 de la misma ley- “*La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo*”. No se da este problema cuando el sujeto pasivo no es la sociedad, sino algunos de los socios. Pues he de recordar que el sujeto pasivo puede ser algún grupo de accionistas, y no la sociedad en sí.

## **7.2. Denuncia por parte del Ministerio Fiscal**

Con la inclusión del Ministerio Fiscal como posible denunciante, la ley no hace más que reiterar lo que ya decía la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 105 y que, tras la reforma del mismo, su segundo párrafo lo recoge con la misma expresión “*En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida*”.

Cabe esta posibilidad cuando el agraviado no sea mayor de edad, según el artículo 315 del Código Civil “*La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos*”. En cuanto a los menores emancipados entiendo que también se ha de aplicar igualmente este precepto, porque la ley procesal no dice lo contrario y porque el Código Civil limita su derecho de disposición sobre sus bienes y por tanto no se puede equiparar la figura del emancipado a la del mayor de edad.

Por otro lado el “*incapaz*” era un concepto desarrollado por las normas jurídico penales, concretamente el artículo 25 del Código Penal. Era la persona que “*haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*”. Con la reforma el término “*incapaz*” ha sido desplazado por el de “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*” que será la “*persona con*

---

<sup>55</sup> Castro Moreno, *El delito societario.*, cit., p. 483.

*discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente*". Esta figura es equivalente a la anterior, puesto que no es más que una manera más detallada de describir las deficiencias psíquicas o cognitivas que sufre una persona y que dificulta su pleno desarrollo en la sociedad.

En cuanto a la inclusión de la "*personas desvalidas*" que se mantuvo tras la reforma, según Castro Moreno<sup>56</sup> este concepto hace referencia a las personas no discapacitadas pero que sin embargo no tienen la capacidad de interponer acciones legales, como los pequeños accionistas, o los que no han podido conocer del delito y por tanto se han mantenido "ausentes" del proceso. No puedo estar de acuerdo con la opinión del autor en cuanto a los pequeños accionistas. En contra de lo que opina él, propongo que cuando el administrador genere perjuicio para los pequeños accionistas, pero no para la sociedad, se entienda que son ellos el sujeto pasivo. Pues de lo contrario esto daría lugar a indefensión para los pequeños accionistas cuando, en sentido opuesto, los administradores tienen facultades para llevar a cabo decisiones relativos a la estructura interna de la sociedad, que pueden afectar solamente una parte de los accionistas, pero no la sociedad en sí.

Por último, el artículo 296 en su segundo párrafo recoge la posibilidad de configurar el delito como público cuando se da la circunstancia de que la conducta lesione "intereses generales" y "pluralidad de personas". Esta descripción tan ambigua de los supuestos se mantiene tras la reforma del código y crea ciertos problemas, como por ejemplo ¿Cuándo se entiende que el perjuicio es de tal entidad que se puede confirmar que afecta intereses generales? O si se ha de integrar en el concepto de "pluralidad de personas" todos los supuestos en los que los agraviados sean más de dos.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, y el consecuente cambio de rubrica de la norma, el delito de administración desleal pierde su característica de delito semipúblico y se convierte en público. Por tanto desaparece toda problemática alrededor de este requisito de procesabilidad.

## 8. PENALIDAD

Parte de la doctrina<sup>57</sup> es crítica por la benignidad del anterior tipo del artículo 295, llegando incluso a ser tachado como un absurdo por algunos autores<sup>58</sup>, en cuanto

---

<sup>56</sup> Castro Moreno, *El delito societario*, cit., pp. 486-488.

<sup>57</sup> Martínez-Buján Pérez, *El delito societario*, cit., p. 83; Castro Moreno, *El delito societario*, cit., p. 455; Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico*, cit., p. 657.

<sup>58</sup> Rodríguez Ramos, "La administración desleal del artículo 295 del código penal" en Bacigalupo Zapater, *Administración desleal*, Madrid, 1999, p. 42.

que la pena de prisión era alternativa a la de multa. Por tanto, cabía la posibilidad de que no se castigara con una pena de privación de libertad al actor de este delito patrimonial, cuyo desvalor de resultado, para parte de la doctrina, no se concretaba solo en el patrimonio social sino que se extendía al ámbito socioeconómico. Algo que contrastaba con la pena de los delitos de estafa y apropiación indebida, donde el reproche que recae el actor se traduce imperativamente en una pena de prisión y, solo en los tipos cualificado del artículo 250 CP, se incluye la pena de multa como acumulativa a la de prisión.

La reforma del código penal equipara el reproche de la administración desleal al de las dos figuras principales de defraudaciones patrimoniales, la apropiación indebida y la estafa. Así las cosas, la pena máxima del delito se rebaja en un año. Pero esta ventaja para el reo se ve compensada con la eliminación de la opción de que la conducta del administrador se vea castigada con pena de multa. Por tanto la pena de *“prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”* pasa a *“pena de prisión de seis meses a tres años”*.

Esta rebaja es lógica por otra razón. Ahora el artículo 252, que describe el tipo, no recoge la totalidad de los supuestos que se pueden dar, sino que se reserva para los casos menos graves. Así las cosas, el 252 recoge el tipo genérico de delito de administración desleal, pero el mismo artículo permite la aplicación del 250 y, por tanto, la creación de subtipos cualificadamente agravados por el mayor desvalor en el resultado que se pueda dar, pero dejando sin utilidad los de desvalor de acción, como se verá a continuación. Estas conductas se castigarían con pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. A continuación comentare las circunstancias agravantes del 250 y la procedencia de su aplicación:

1. En la primera, 250.1.1º. del Código Penal, el perjuicio recae *“sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”*. Esta condición difícilmente se podría haber dado con la anterior redacción del tipo, puesto que el objeto material del delito era el patrimonio social. Al extenderse la aplicación del tipo fuera del ámbito empresarial, el castigar por el 250.1 se vuelve plausible, puesto que ahora el tipo cubre los casos en los que el bien administrado sea una casa o cuando el delito recae sobre la construcción de un edificio de viviendas cobradas total o parcialmente. También cabría la posibilidad de que el perjuicio se vea soportado por cosas de primera necesidad como la sanidad si, por ejemplo, el administrador opte por no pagar las cuotas de una intervención quirúrgica o tratamiento curativo necesario para el administrado.

2. El desvalor de acción del 250.1.2º. *“Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase”*.

Hay que recordar que estos supuestos del 250, aplicables a la apropiación indebida y la administración desleal en realidad fueron creados, para el delito de estafa. En este caso estamos ante un supuesto propio de la figura de estafa, puesto que se centra en la herramienta usada por el actor para producir en la víctima el

error, para que así esta lleve a cabo un acto de disposición de su patrimonio. Por tanto, esta circunstancia no se le podría aplicar al delito de administración desleal, ya que el administrador ya tiene a su alcance las facultades necesarias de disponer y representan el patrimonio administrado y no tiene que valerse de engaño alguno para incurrir en el tipo. El tipo del 252 se aplica solo cuando el administrador actúa dentro de sus facultades.

3. 250.1.3° Que el perjuicio *“recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico”*. En este supuesto el reproche hacia el actor se centra en los perjuicios que produce sobre bienes irremplazables, o no, pero que crean un desvalor de resultado extra ya que, sin importar la identidad del titular de los bienes, la lesión puede afectar secundariamente al entorno sociocultural. En este tipo agravado podrían incurrir los administradores de pinacotecas o universidades privadas.

4. 250.1.4° Que el perjuicio *“revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”*. Es un criterio objetivo individual, pues la especial gravedad no es objetiva sino que se tiene que valorar desde criterios fundamentalmente sociológicos. En cuanto a la entidad del perjuicio, coincido con Herrero Herrero<sup>59</sup> en que no se trata del perjuicio patrimonial directo sino, de *“las consecuencias económicas negativas que se derivan a raíz de los bienes ilegítimamente desplazados”* como pueden ser el lucro cesante, entrar en concurso de acreedores o tener que liquidar la sociedad.

5. 250.1.5° Que *“el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”*. Con la aplicación de este precepto se da respuesta a las críticas sobre la discordancia que se daba entre la pena y el desvalor de resultado en el anterior delito de administración desleal. Así las cosas, este supuesto cubriría la mayoría de los casos en los que el patrimonio administrado sea una sociedad mercantil, manteniendo el tipo básico como una clausula residual, pues en la mayoría de los casos el perjuicio superaría con creces esta cuantía y un elevado número de personas, ya que las grandes sociedades anónimas suelen tener un gran número de accionistas o, en caso de que se trate de entidades bancarias, un gran número de depositantes.

6. 250.1.6° Que la conducta *“se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador; o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”*. Este agravante tampoco se podría aplicar a la administración desleal, pues se trata de un reproche añadido por defraudar la confianza del administrado y como hemos visto, este desvalor de acción ya está recogido en el tipo. Por tanto la aplicación de este agravante lesionaría el principio non bis in ídem. Esta también es la opinión de Sequeros y Dolz<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Herrero Herrero, *Infracciones Penales Patrimoniales*, Madrid, 2000, pp. 229-230.

<sup>60</sup> Sequeros Sazatornil y Dolz Lago, *Delitos societarios.*, cit., pp.622-625.

7. 250.1.8º Se castiga con la misma pena cuando el administrador hubiera sido condenado al menos por tres delitos del Título XIII Capítulo VI sin tener en cuenta a antecedentes cancelados o cancelables. Es decir al que sea reincidente *en los delitos del capítulo aunque no sea el de 252 se le aplicará este a agravante, sean de estafa, apropiación indebida o defraudaciones de fluidos eléctricos.*

8. Por último el punto 2 del artículo 250 dicta que cuando el perjuicio patrimonial supere los 250 000 euros o cuando el actor incurre en un delito de administración desleal, y se dan las condiciones del artículo 250.1.1º y 250.1.4º o el 250.1.1º con el 250.1.5º, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por tanto, las circunstancias del 250 CP aplicables al delito de administración desleal serán los vinculados al reproche del resultado y no los vinculados al reproche en la acción.

En cuanto a la protección de los titulares de bienes y capitales de valor, se le puede aplicar el 252 al administrador en relación con el 31, pues la entidad administrada en si ejerce de administrador de los bienes y capitales de valor que los terceros le confían. Así que, en cuanto a la penalidad de la entidad mercantil, nada impide que se le castigue cuando el administrador ha obrado, perjudicando a los terceros, a favor de la sociedad administrada. Es frecuente que las empresas ofrezcan bonificaciones a los administradores si cumplen ciertas expectativas. Es por esto que el administrador puede sentirse tentado a delinquir beneficiando a la sociedad, e indirectamente, a sí mismo. Lo que hace procedente la aplicación del artículo 32 bis. CP.

Así las cosas, el artículo 31 bis. determina la culpabilidad de las sociedades por *“los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.*

Ahora bien, para que el delito le sea imputable a la persona jurídica ésta no tendría que haber implantado modelos de organización y gestión con medidas de vigilancia y control adecuadas para reducir significativamente los riesgos. Estas medidas las define Lascurain Sánchez<sup>61</sup> como programa de control cuyo objeto es *“contrarrestar el efecto criminógeno constitutivo por los beneficios que para sus administradores, directivos y empleados comporta favorecer a la empresa en un mercado competitivo”.* Por tanto, este programa de control debe tener una eficacia fáctica, dependiendo de las circunstancias concretas de la sociedad, y no limitarse a cumplir con sugerencias de órganos administrativos como podría ser el *“Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas”* de la Comisión Nacional

---

<sup>61</sup> Lascurain Sánchez, *“Compliance, debido control y unos refrescos”*, en Arroyo Zapatero y Nieto Martín, *El derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia, 2013, p. 120.

del Mercado de Valores. Estos códigos, aparte de ser voluntarios y orientativos, me parecen bastante ambiguos, pues el último código, publicado en 2013, se limitaba a exigir que el consejo “*respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente*”, pero sin dar directrices prácticas sobre cómo asegurar este respeto.

De este modo la responsabilidad de la persona jurídica, al incurrir en una falta del debido control, es análoga a la falta del debido cuidado de las personas físicas. El autor<sup>62</sup> entiende que, para que incurra en delito la persona jurídica, no basta solo con que la persona jurídica esté mal organizada sino que hace falta que el defecto en la organización sea grave. Lascuráin Sánchez hace una interpretación reductiva del área de punición, para que la misma no sea lesiva para el principio de culpabilidad. Esto es así debido a que, por el principio de culpabilidad, para que a una persona le sea imputable un delito en vez de una falta (delito leve tras la reforma) debe de incurrir en imprudencia grave. Lascuráin lo llama “un delito de posibilidad de delito”, pues castiga a la persona jurídica por hacer posible que un administrador delinca.

Por último el autor llega a la misma conclusión que la Circular de la Fiscalía 1/2011<sup>63</sup> en cuanto a que la existencia de un adecuado programa de cumplimiento de la norma penal exoneraría a la sociedad, cuando el órgano, al que ha encomendado el control sobre los que tienen facultades de incurrir en delito, ha obrado negligentemente.

En opinión de la Fiscalía General del Estado no procede la aplicación del 31 bis en el ámbito de la administración desleal<sup>64</sup>. He de entender que esta exclusión se debe a una falsa suposición de que la única posible víctima del delito puede ser la misma persona jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán, *El derecho Penal Económico en la era Compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal”, *Diario LA LEY*, 3 de noviembre de 2015.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2007.

<sup>62</sup> Lascuráin Sánchez, “*Compliance, debido control...*”, *cit.*, pp. 111-135.

<sup>63</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 Relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

<sup>64</sup> Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Administración desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, *Silvina, Derecho penal económico*, Segunda edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2010.

CASTRO MORENO, Abraham, *El delito societario de administración desleal* (art 295 CP), Marcial Pons, Madrid 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Derecho Penal de la Empresa*, Editorial Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2002.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Navarra 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterio de imputación*, Librería Bosch, Barcelona 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal* (Vol. 1), Editorial Universidad de Zaragoza, 1985.

HERRERO HERRERO, César, *Infracciones Penales Patrimoniales*, Dykinson, Madrid, 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel, “La administración desleal societaria en el derecho penal español”, InDret Barcelona, Abril de 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivó, *El delito de administración desleal, claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, “*Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal*”, ADPCP, VOL. XLIX, FASC.11, 1996.

SEQUEROS SSAZATORNIL, Fernando Y DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. 3ª edición, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2013.

Escritos de Órganos de Administración Pública:

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 Relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Junio de 2013.

## **JURISPRUDENCIA**

STS 2 de Junio de 1973 Sala de lo Penal, Ponente Benjamín Gil Sáenz.

STS de 26 de Enero de 2007, Sala de lo penal, Núm. de Resolución 59/2007.

STS de 13 de julio de 2010 NR 655/2010.

STS 765/2013 de 22 octubre. RJ 2013\7117.

STS de 19 de abril de 2012 n.º de resolución 286/2012.

STS 21 de junio de 2007 número de resolución 565/2007.

STS Sentencia núm. 782/2008 de 20 noviembre. RJ 2008\7133.

STS de 7 de Junio de 2006, NR 769/2006.

Sentencia del TS de la Sección 1ª, núm. 9/2009 de 26 enero. RJ 2009\810.