

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ  
DE CATALUNYA

# EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL: PASADO Y PRESENTE

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmica de número

Il·lma. Sra. M<sup>a</sup> JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmica de número

Excma. Sra. ENCARNA ROCA TRIAS

*28 d'octubre de 2021*

BARCELONA

MMXXI



DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmica de número

Il·lma. Sra. M<sup>a</sup> JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO



## PREÁMBULO

Antes de la presentación de mi trabajo/discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, resulta obligado hacer referencia por una parte a Josep Ramon, jurista catalán del siglo XVII cuyo sitio pretendo ocupar y por otra, al Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Soto Nieto que me precedió en el honor de ocuparlo y que, nacido en Cartagena, desarrolló la mayor parte de su vida profesional en Cataluña donde, antes de ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo en el año 1985, ocupó, entre otros destinos menores, la Presidencia de la Audiencia de Gerona desde 1973.

Josep Ramon, doctor en Derecho por el Estudi General de Lleida, publicó en 1628 el primer volumen de una obra, posiblemente trunca por su muerte en 1631, *De Consilia* que contenía de forma ordenada las *responsa iuris* más significativas del autor a las que se unían las correspondientes resoluciones de la Real Audiencia. Estos escritos *pro parte* se enmarcaban en el contexto de las denominadas *Al·legacions* y constituían documentos vinculados a la práctica forense y a la praxis; además, al contener un resumen del punto a debate (*Summarium*), argumentaciones jurídicas y la correspondiente sentencia eran utilizados a modo de doctrina y jurisprudencia por los juristas en los distintos pleitos en los que debían intervenir, poseyendo un gran interés en cuanto en Cataluña (no así en Castilla) existía ya el deber de motivar.

El Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto, fue en su tiempo un Juez que no se limitó al ejercicio de la función jurisdiccional en la que alcanzó la excelencia logrando plaza en la Sala Segunda del Tribunal Supremo sino que, movido por su curiosidad intelectual, fue autor de una amplísima bibliografía esencialmente en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho Civil poniendo de manifiesto de este modo un interés continuado y en el tiempo por cuestiones jurídicas tradicionales y por las que iban surgiendo en los largos años en que se dedicó al mundo del Derecho.

Es para mí motivo de gran satisfacción ocupar el sitio al que da nombre un jurista teórico-práctico de principios del XVII y suceder en el mismo a un Magis-

trado que apreció, plasmó en sus resoluciones y contribuyó a crear, doctrina sobre distintos aspectos del ordenamiento jurídico; uno y otro constituyen un claro ejemplo de que del mismo modo que no hay práctica sin teoría, no hay teoría ni construcción conceptual alguna sin asomarse al mundo de los hechos, presupuesto que siempre he procurado no olvidar a lo largo de mi vida profesional.

El delito de administración desleal en el sistema penal español: pasado y presente

«I like hearing myself talk. It is one of my greatest pleasures. I often have long conversations all by myself, and I am so clever that sometimes I don't understand a single word of what I am saying»

Oscar Wilde  
«The remarkable Rocket»

SUMARIO.- I. *A título de justificación.* II. *La administración desleal antes de la reforma del Código Penal por la Ley 1/15 de 30 de marzo.* 1. *Antecedentes.* 2. *Estado de la cuestión de la administración desleal y de la apropiación indebida hasta la entrada en vigor de la nueva regulación.* 2.1. *Los orígenes del problema: el vacío normativo anterior al Código Penal de 1995 y el recurso jurisprudencial al delito de apropiación indebida.* 2.2. *Las razones de la insostenibilidad jurídica de la tesis de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.* 3. *El delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal y sus relaciones con la apropiación indebida.* 3.1. *De la consideración de «la distracción de dinero» como tipo de infidelidad a tipo de abuso: la interpretación jurisprudencial del artículo 295 del Código penal.* 3.2. *Recapitulando.* III. *La administrador desleal tras la reforma del Código Penal de 2015.* 1. *Contenido y alcance legal de la reforma.* 2. *El bien jurídico protegido.* 3. *El tipo objetivo.* 3.1. *Los sujetos de la acción.* 3.1.1. *El sujeto activo.* 3.1.2. *El sujeto pasivo.* 3.2. *El objeto de la acción: el patrimonio.* 3.3. *La conducta típica.* 3.3.1. *Generalidades.* 3.3.2. *La infracción de las facultades del administrador excediéndose en su ejercicio.* 3.3.3. *El deber de salvaguarda del patrimonio como presupuesto de las facultades del administrador.* 3.3.4. *Naturaleza y extensión de los deberes del administrador y de las facultades cuyo ejercicio los quebranta.* 3.3.5. *El exceso en el ejercicio de las facultades: la comisión por omisión.* 3.4. *El perjuicio patrimonial como resultado típico.* 4. *El tipo subjetivo.* IV. *Administración desleal y apropiación indebida: de nuevo un intento fallido de zanjar el problema de delimitación entre ambas figuras.* 1. *Posición doctrinal y tesis que se propone.* 2. *¿Hacia una nueva jurisprudencia? El desencanto.*

## I. A TÍTULO DE JUSTIFICACIÓN

La reforma operada en el texto punitivo por la LO 1/2015 de 30 de marzo en sede del delito de administración desleal se presentaba, en su Exposición de Motivos, como la solución legislativa a los múltiples problemas interpretativos y a las disfunciones que se habían suscitado –especialmente en orden a su diferenciación de la apropiación indebida– a raíz de su tipificación en el Código Penal de 1995 en el marco de los delitos societarios y en los términos descritos en su artículo 295.

Se hablaba, por un lado, de que la nueva regulación venía a corregir su errónea inserción en dicho ámbito para reubicarlo sistemáticamente –siempre en el Título XIII relativo a los delitos patrimoniales– en el marco del Capítulo VI («*De las defraudaciones*») y concretamente en su artículo 252, entre el tipo básico y los tipos agravados de la estafa (artículos 248, 249, 250 y 251 CP) y la apropiación indebida (artículos 253 y 254 CP); error –se dijo– que derivaba tanto del hecho de que con el antiguo artículo 295 CP el patrimonio de una persona física adolecía de protección penal frente a actuaciones desleales del administrador, como por la persistencia del encuadre por parte de la jurisprudencia de determinadas conductas desleales del administrador en la figura de la apropiación indebida bajo la cobertura legal del término típico «*distraer*» del anterior artículo 252 CP.

Por otro lado, se insistía en que la reforma «*introduce una regulación moderna de la administración desleal entre los delitos patrimoniales cercana a las existentes en las diversas legislaciones europeas*», afirmación que es solo parcialmente cierta como tendremos ocasión de comprobar en páginas posteriores.

Pero, para quien conocía la historia reciente del tratamiento dado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a los supuestos de administración desleal, cristalizado en dar el administrador al dinero un fin distinto al que le era propio ya bajo la vigencia del texto legal anterior al Código Penal de 1995, le resultaba fácil adivinar que la verdadera razón de la reforma no era otra que dar por finiquitada –borrándola de nuestra memoria jurídica– la reinterpretación que en su día hizo la Sala Segunda del Tribunal Supremo del delito de apropiación indebida con la única finalidad de colmar el vacío legislativo existente en nuestro sistema penal en relación con las conductas desleales del administrador.

Esta interpretación jurisprudencial, apoyada sólo por un sector minoritario de la doctrina penal española, ha sido formalmente la principal responsable de

las dificultades –de la ineficacia, en definitiva– de la aplicación del tipo de administración desleal del artículo 295 del CP –hoy derogado– introducido por el Código Penal de 1995; y materialmente, ha sido la razón última de que el legislador decidiera dotar de contenido propio y distinto a un nuevo delito de administración desleal y modificar la descripción típica de la apropiación indebida, confiando que, de esta manera, se superarían las distintas controversias doctrinales derivadas de los –para algunos– difusos contornos diferenciales entre una y otra figura penal.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Reforma es esclarecedora: *«los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero que pasa a formar parte del tipo penal autónomo, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior»*; de modo que *«quien incorpora a su patrimonio o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituir, comete 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; por ello quien recibe de otros dinero o valores, con facultades para administrarlos y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado comete administración desleal»*. Esta delimitación es aplicada igualmente a la malversación de caudales públicos que, según se infiere del artículo 432, 1 y 2 del CP, constituye ahora un delito de administración desleal o un delito de apropiación indebida cometido por funcionario público sobre patrimonio público o por los sujetos relacionados en el artículo 435 del CP, lo cual dogmáticamente no es del todo cierto.

Igualmente, ya en el marco de la apropiación indebida, la reforma revisó el ámbito típico de la figura con la misma finalidad delimitadora: *«diferenciándose 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 de la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas, sin quebrantamiento del deber de custodia como lo es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación»*, refiriéndose en este caso al supuesto previsto en el artículo 254 CP.

Sin embargo, aun cuando el legislador insistió en que la mayor aportación de la reforma es que *«se aprovecha para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y de apropiación indebida»*, la realidad es que, suprimir de la descripción típica de la apropiación indebida la recepción de la cosa o efecto en *«administración»* y la conducta de *«distracer»*, no supuso el punto final de las espinosas cuestiones derivadas de la fricción normativa entre ambas tipologías sino que solo las trasladó de un tipo (apropiación indebida) a otro (el nuevo delito de administración desleal) y tal vez ni siquiera eso.



Y ello, porque como con acierto apunta MARTÍNEZ BUJAN<sup>1</sup>, «*el problema reside en que no sabemos con certeza cuáles eran las conductas que quedaban incluidas en el delito societario del derogado artículo 295, habida cuenta de que muchos supuestos de administración desleal en el ámbito societario fueron castigados como delito de apropiación indebida, el cual se sancionaba con una pena de mayor gravedad que la prevista para dicho delito societario.*»

Por otra parte, nuestra mejor doctrina penal dejó pronto oír su voz crítica sobre la nueva regulación, tanto en la revisión que se ha efectuado de distintos Comentarios al Código Penal como en algunos artículos y monografías, como sucede con la reedición puesta al día de conocidos y valiosos trabajos monográficos; se trató de un primer intento de sistematizar, y dotar de contenido, al vuelco legislativo sufrido no solo por el delito de administración desleal del artículo 295 del anterior código penal, sino por el delito de la apropiación indebida, tradicionalmente paradigma junto al hurto y al robo de delito contra la propiedad, cuya naturaleza (al margen de alguna «*rara avis*» anterior) se vio definitivamente desnaturalizada por la tantas veces citada sentencia de 26 de febrero de 1998 (Caso *Argentia Trust*) que cobró carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia penal.

La lectura de estas aportaciones, pone de relieve que el legislador español acudió –como en otras ocasiones– a la legislación penal alemana de la que acostumbra a ser tributaria y que, de nuevo, como en otras ocasiones, copió pero copió mal; y también que, ante problemas interpretativos a los que el llamado a aplicar el Derecho (el Juez) deberá dar respuesta inmediata, no es capaz de configurar tipos penales que, cumplidores del principio de taxatividad, no compliquen *ad infinitum* su función interpretativa.

La ciencia penal española, salvo excepciones<sup>2</sup>, bien se ha limitado a poner de manifiesto las deficiencias y la falta de concreción de la redacción del nuevo tipo penal del artículo 252 CP así como las consecuencias nocivas a que puede dar lugar la inconsciencia y la falta de rigor del legislador; o bien, a formular propuestas estrechamente vinculadas a ordenamientos penales de otros países, difícilmente extrapolables a la regulación de la figura en el texto punitivo español, pero sin ofrecer soluciones operativas de *lege lata* sino preponderantemente propuestas de *lege ferenda*.

---

<sup>1</sup> «*El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*», Tirant lo Blanch, 116, «*Colección delitos*» Valencia 2016, págs. 12 y 13. En esta línea sugiriendo criterios diferenciadores, «*Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras*», MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., *Estudios de Derecho Judicial*, n° 72, 2005, pág. 135 y ss.

<sup>2</sup> Excepción didáctica la constituye CASTRO MORENO, A., en «*Malversación, Administración desleal y Apropiación indebida*», Parte Especial, pág. 1 y ss. También, BACIGALUPO ZAPATER, E. «*La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal*», La Ley 6522/2015 págs. 1 a 8; y JUAN SANJOSE, R.J. «*La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*». Bosch 2016.

El hecho de que la doctrina penal española se haya visto abocada, desde un principio, a proponer modificaciones de un precepto que acababa de ver la luz, pone de manifiesto que, como tantas otras veces, el legislador español, condicionado por la necesidad de incluir entre los sujetos posibles de la administración desleal al que administrare el patrimonio de una persona física y, principalmente, por poner fin a los instrumentos penales legales y jurisprudenciales utilizados para colmar las lagunas existentes en la punición de dichas conductas, no ha sido capaz de abordar la regulación de la administración desleal con el detenimiento preciso que exigía el hecho de que, como destacan PASTOR MUÑOZ / COCA VILA<sup>3</sup>, se haya introducido en el texto punitivo «*en tiempos de crisis económica, en los que parecen tambalearse alguno de los postulados rectores de la actividad económica que parecían incuestionables y la opinión pública comienza a ver con recelo modelos de conducta de los agentes económicos profundamente arraigados*» a lo que cabe sumar «*en nuestro país, la relevancia mediática adquirida por importantes escándalos financieros cometidos en muchos casos por los administradores y altos directivos de cajas de ahorros y entidades bancarias que finalmente tuvieron que ser intervenidas por el Estado en plena crisis económica*».

La pregunta inevitable es, pues, como señalan dichos autores citando entre otras la obra de FOFFANI/NIETO MARTÍN la siguiente: ¿«*El legislador ha visto en el nuevo artículo 252 CP un instrumento jurídico penal idóneo para fomentar una cierta ‘moralización’ de la actividad económica, esto es, para castigar la infracción de determinados estándares de diligencia quasi éticos en la gestión de intereses patrimoniales ajenos*», como sostienen algunos autores en Alemania en relación a una modalidad de la administración desleal (Untreue) de (aparente) igual o similar amplitud a la redacción típica del nuevo artículo 252 del CP? A la misma cabría añadir –a mi entender– dos preguntas más cuya respuesta resulta de especial interés a efectos de la aplicación del precepto:

a) ¿El legislador, con la amplitud proporcionada a la redacción de la figura, ha pretendido tipificar la vulneración del/los deber/es de velar por el patrimonio administrado causante de perjuicio, articulando un tipo de abuso o, por el contrario, nos hallamos ante un tipo de mera infidelidad que requiere de una acotación precisa que salvaguarde, mediante la interpretación restrictiva, la naturaleza de instrumento último de control del Derecho Penal?

b) Se comparta o no que incumba al sistema penal una función moralizante de la actividad económica, ¿no se habría logrado igualmente una reacción punitiva eficaz ante conductas desleales del administrador, en una sociedad y en un contexto económico como el actual, simplemente abandonando la doctrina jurisprudencial sobre la administración desleal genérica creada a partir del delito de la apropiación indebida, permitiendo así la eficacia del anterior artículo

---

<sup>3</sup> PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., «*El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*» Atelier, Barcelona 2016, pág. 24 y ss.

295 del CP al que podría haberse sumado, en párrafo aparte, la administración desleal causante de perjuicio del patrimonio de una persona física?

Lo anteriormente expuesto, unido al contenido típico que se otorga a los reformulados delitos de administración desleal y de apropiación indebida, y a la complacencia con que el legislador (que ignoró Proyectos Anteriores y enmiendas al texto) se dirige a los futuros intérpretes de la ley, ha constituido la razón principal que me ha empujado a elegir, como objeto de mi discurso de ingreso en la Academia, el análisis dogmático del delito de administración desleal partiendo de sus precedentes, en un intento –tal vez *ex ante* infructuoso– de desentrañar si, atendidas las actuales descripciones típicas, el legislador ha logrado, por lo menos en parte, proporcionar al intérprete los límites que permitan conocer dónde termina una de las figuras penales y comienza la otra, garantizando así la seguridad jurídica.

Y también, porque se trata de una figura penal que, al igual que la apropiación indebida, se nutre de elementos normativos de indiscutible significado en el ámbito del derecho privado, lo que permite poner en valor, de una parte la unidad e interconectividad formal del ordenamiento jurídico y de otra, la funcionalidad material de los elementos o institutos comunes atendida la autonomía que se predica de los distintos sectores del mismo, de especial importancia en lo que atañe al Derecho Penal por su función de *última ratio* que, en sede de interpretación y aplicación del mismo, cristaliza en un mandato de interpretación restrictiva y hasta cierto punto autónoma de los tipos penales. Mandato que, como tendremos ocasión de comprobar, lamentablemente ha sido desoído –y sigue siéndolo tras la reforma– por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en lo que atañe a los tipos penales objeto de estudio.

El trabajo constituye, pues, una manifestación más de mi especial interés no solo teórico (que también) sino práctico, por el denominado «derecho penal económico» cuya correcta aplicación requiere un específico conocimiento por parte del intérprete, de sectores del ordenamiento jurídico tales como el civil y el mercantil y aún de derecho administrativo, razón por la que siempre me pronuncie por la necesidad de crear Tribunales especializados en dicha materia, lo que de nuevo reivindicó ahora, cuando ya no volveré a formar parte de ellos.

## II. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL ANTES DE LA REFORMA DEL CP POR LA LEY 1/15 DE 30 DE MARZO

### 1. *Planteamiento*

Como decía, la reforma operada al CP por la LO 1/2015 de 30 de marzo cambió absolutamente el panorama legislativo español en materia de responsabilidad penal por administración desleal, de manera que no cabe hablar de una

evolución lógica y acorde con nuevas necesidades político-criminales, sino de una ruptura total con la anterior configuración legal y jurisprudencial de este delito. O por lo menos, esa era la pretensión del legislador.

Al margen de la anterior regulación de la apropiación indebida (artículo 535 del CP de 1973) sobre la que se construyó, en un principio, la deslealtad del administrador merecedora de sanción penal, vigente ya el Código Penal de 1995 y hasta que a 1 de julio de 2015 entra en vigor la reforma, los instrumentos legales de los que hizo uso y/o dispuso la jurisprudencia para otorgar relevancia penal a determinadas conductas desleales del administrador eran los siguientes:

En primer término, el artículo 252 del CP (Sección Segunda «De la apropiación indebida» del Capítulo VI «De las defraudaciones» del Título XIII) que disponía el castigo con las penas de los artículos 249 CP o 250 CP en su caso, a *«los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito miserable o necesario»*; sin que los artículos 253 y 254 del CP que tipificaban respectivamente el tradicional «hurto de hallazgo» y la recepción y no devolución de activos patrimoniales por error del transmitente guardaran ninguna relación con la administración desleal.

En segundo término, el Capítulo XIII del mismo Título XIII en el cual, bajo la rúbrica «De los delitos societarios» y junto a diversas tipologías, vinculadas también algunas de ellas a conductas de deslealtad del administrador societario, se hallaba el artículo 295 del CP que tipificaba la administración desleal *«strictu sensu»* determinando que *«los administradores societarios 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 causa de esta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido»*.

Esta figura penal, introducida en el articulado del texto legal por el Código Penal de 1995, si bien ignoraba la administración desleal del administrador de un patrimonio perteneciente a persona física, pretendía llegar hasta donde no alcanzaba el delito de apropiación indebida; es decir, en opinión prácticamente unánime de la doctrina, el legislador, tipificando un tipo de abuso, prohibía bajo pena la realización por parte de los sujetos típicos de conductas (actos de disposición o contracción de obligaciones) que, sin constituir actos dominicales ilícitos sino solo usos temporales ilícitos, causaban un perjuicio al patrimonio

administrado y, en suma, a los sujetos pasivos típicos<sup>4</sup>, finalidad que tampoco se logró, por lo menos en los términos pretendidos<sup>5</sup>.

## 2. Estado de la cuestión de la administración desleal y de la apropiación indebida hasta la entrada en vigor de la nueva regulación

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestra área de cultura jurídica, los textos punitivos anteriores al Código Penal de 1995 no acogían como delito la administración desleal de un patrimonio ajeno. La única vía para exigir responsabilidad penal al administrador la proporcionó el artículo 535 del CP de 1973 que castigaba, entre otros, a quien hubiere recibido en *administración* o cualquier otro título que obligara a entregarlos o devolverlos, dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble y se apropiare de los mismos, los distrajere o negare haberlos recibido.

Ello suponía que los únicos actos del administrador merecedores de reproche penal, eran aquellos que se traducían en apropiarse, de los bienes que había recibido en administración, integrándolos en su esfera de dominio; se trataba, al igual que los otros títulos enumerados en el precepto y aquellos que generaren la obligación de entregar o devolver, de trasmutar con *animus rem sibi habendi* la posesión lícita en dominio ilícito –por utilizar una expresión que hizo fortuna–, quebrantando la fiducia inherente al título y lesionando el bien jurídico protegido en el precepto que no era otro que la propiedad.

Tal vez por tal motivo (quebranto de la *fiducia*), la apropiación indebida, aun cuando sistemáticamente se ha ubicado siempre en el marco de las defraudaciones, fue considerada ya desde los primeros comentaristas, un delito contra la propiedad –y no un ataque contra el patrimonio como se afirma del delito de administración desleal– en cuanto lo único que la distingue de los delitos de mera expoliación como el hurto y el robo, es que dicho expolio se consigue mediante el quebranto de la fiducia depositada en el autor por el mandante, depositante o administrado.

La insistencia doctrinal acerca de la necesidad de dotar a nuestro sistema jurídico penal de un elenco de infracciones que dieran respuesta punitiva a las nuevas necesidades, surgidas en razón de distintos ataques contra el patrimonio, propias de una sociedad y unas estructuras económicas absolutamente diversas a aquellas que veían colmada la protección penal con el «clásico» delito de apropiación indebida, no halló respuesta legislativa hasta la promulgación del Código Penal de 1995.

---

<sup>4</sup> Por todos, FARALDO CABANA, P. «*Los delitos societarios*», Tirant Monografías, Valencia 1996, pág. 529 y ss. (hay edición de 2015).

<sup>5</sup> LUZON PEÑA, D./ ROSO CAÑADILLAS, R. «*La administración desleal societaria en el Derecho Penal español*», Indret, Revista para el análisis de Derecho 3/2010, pág. 5.

El nuevo código, en el Capítulo XIII del Título XIII del libro II y bajo la rúbrica «*De los delitos societarios*», aglutinó una serie de nuevos tipos penales con características propias (por ejemplo, una interpretación auténtica o legal de sociedad a efectos del Capítulo en el artículo 297 CP), entre los que destacaba el artículo 295 CP que acogía una infracción penal que se caracterizaba por referirse directamente al abuso del cargo por parte del administrador, esto es, a la infracción del deber de lealtad en su ejercicio. La creación de esta figura penal que tampoco ofrecía solución a los antes referidos escándalos financieros o bancarios de lo que hemos sido espectadores, acarreó desafortunadas consecuencias por la coexistencia junto a la misma de un delito de administración desleal creado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir del delito de apropiación indebida.

La más importante de las consecuencias nocivas de la aparentemente doble incriminación de la administración desleal (a las que de modo concreto me referiré en líneas posteriores) se tradujo, como pone de relieve GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>6</sup>, en la escasa aplicación de la nueva figura durante los primeros años de su vigencia; esta, sin embargo, se impuso paulatinamente en las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal mientras que la Sala Segunda del Tribunal Supremo siguió aplicando reiteradamente la que denominaba «*administración desleal genérica*» del artículo 252 CP, extremo que no deja de ser significativo.

### 2.1. *Los orígenes del problema: el vacío normativo anterior a la promulgación del Código Penal de 1995 y el recurso jurisprudencial al delito de apropiación indebida*

La laguna existente y la necesidad político criminal de otorgar una respuesta penal a toda una serie de importantes y mediáticos procesos judiciales, hizo que ya antes de la entrada en vigor del CP 1995<sup>7</sup>, y posteriormente en la década de los noventa vigente ya el artículo 295 del CP, se usara la doble previsión típica del artículo 252 CP, «*apropiarse o distrajerse*», para ensanchar las fronteras de la apropiación indebida, en el sentido político criminalmente deseado, «*matizando la exigencia del animus rem sibi habendi propio de la conducta apropiatoria*» y extendiéndola a «*dar al dinero un destino distinto al fijado*»<sup>8</sup>, tesis que se consolidó en la jurisprudencia y en un determinado sector doctrinal.

Aquellas primeras sentencias sientan la base de lo que, con matizaciones sin consecuencias importantes, va a constituir el *leit motiv* de una postura ina-

---

<sup>6</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «*La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?*», en «*La administración desleal de los órganos societarios*» en Carlos Gómez-Jara Díez (Coordinador), Günter Jakobs y Bernd Schünemann, pág. 153 y nota 3.

<sup>7</sup> STS de 16 de diciembre de 1987, 20 de junio de 1993, 16 de diciembre de 1994, 7 de marzo de 1994 y 14 de marzo de 1994.

<sup>8</sup> GILI PASCUAL, A. «*Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*», 2ª edición, González Cussac, J.L. (Director), Tirant lo Blanc, Valencia 2015, pág. 757.

movible del Tribunal Supremo: «*el artículo 535 CP no solo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas sino también por lo que se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal...*», en cuanto «*la en realidad mal llamada apropiación indebida del dinero constituye un tipo especial de caracteres autónomos que consiste..., en un perjuicio patrimonial ocasionado por una gestión desleal del dinero...*».

La fijación definitiva de esta posición jurisprudencial y su fundamentación jurídica tiene lugar en la paradigmática STS de 26 de febrero de 1998 (caso Argentina Trust) de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo; efectivamente, en ella, tras afirmarse con rotundidad que el artículo 252 del CP además de la apropiación acoge una segunda conducta –la de la distracción– que «*encaja perfectamente en el llamado tipo de infidelidad*», cuya finalidad no es otra que «*proteger las relaciones internas entre el titular del patrimonio y el administrador frente a los perjuicios derivados para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo*», se añade que «*en esta segunda hipótesis el tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su 'status'*».

La construcción jurisprudencial de ese inicialmente tipo de infidelidad, al parecer históricamente oculto hasta aquel momento en el marco de la tradicional apropiación indebida, se fundamenta, según el sector doctrinal que la apoyó, en lo siguiente: el hecho de que el artículo 252 CP incluyera, como objeto típico el dinero, cuya entrega por su carácter fungible comportaba en principio la transmisión del dominio alcanzando al receptor solo la obligación de devolver el *tantundem* (es decir, generando para el trasmisor un derecho de crédito frente al receptor), implicaba que, en rigor, no podía hablarse de una lesión de la propiedad sino en su caso del patrimonio ni, desde luego, de apropiación de aquello (el dinero) que pasaba a integrarse en la esfera de dominio del administrador, sino de una distracción. De modo que, así razonado, el tradicional delito de apropiación indebida pasaba a acoger, como otra alternativa típica, la distracción del dinero por parte del administrador desleal o infiel, en una forzada dicotomía que aglutinaba, bajo la cobertura de dos términos de un solo aparente distinto significado, junto a la tradicional apropiación indebida, un tipo de infidelidad. O dicho de otra forma, a través del artículo 252 CP se protegía la propiedad y excepcionalmente, si de dinero se trataba, el patrimonio.

Por todas, sin excepción, valga de ejemplo la reciente STS de 20 de mayo de 2020 que, vigente ya la reforma de 2015 y con cita de las SSTs de 19 de junio de 2007, de 28 de marzo de 2012, de 12 de julio de 2012, de 9 de julio de 2013, de 9 de mayo de 2014, de 25 de julio de 2014, de 12 de noviembre de 2014, de 22 de diciembre de 2014, de 27 de enero de 2015 y de 21 de mayo de 2015, recoge la posición sostenida por el Alto Tribunal desde la citada STS de fecha 26 de febrero de 1998:

«*En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de apropiación indebida aparecía descrito en el artículo 252 CP ..., y una consolidada juris-*

*prudencia de esta Sala entendió, a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el precepto, que el mismo proyectaba su tipificación sobre dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o se niega a devolverlas; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance pero con la obligación de darle un destino específico.»*

*«Cuando se trataba de dinero u otras cosas fungibles entendió esta Sala, en interpretación del precepto en su redacción anterior, que el delito de apropiación indebida requería que el autor ejecutara un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos, que resultara ilegítimo en cuanto excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado.»*

*«La distracción como modalidad típica..., no se cometía con la desviación orientada a un uso temporal o al ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que precisaba la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia...»*

*En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación de los títulos que habilitan la administración y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición.»*

Nunca con tan poco, la referencia a la administración como uno de los títulos que transmiten la posesión/disponibilidad (entre los que no se enumera el préstamo mutuo), una interpretación *«ad hoc»* y descontextualizada del verbo «distraer» y el dinero como posible objeto de la apropiación, se creó, por primera vez en nuestro sistema, un delito de administración desleal. Y se hizo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

## *2.2. Las razones de la insostenibilidad jurídica de la posición jurisprudencial*

La insostenibilidad jurídica de la posición jurisprudencial nace de que toda la tesis jurisprudencial se construye partiendo de un punto de partida jurídico que entiendo equivocado: la interpretación proporcionada al anterior artículo 252 del CP vinculada concretamente a dotar de determinado significado al término legal *«distraer»* cuando de *dinero* se tratare.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo creó de la nada jurídica un inexistente delito de administración desleal *solo para el supuesto concreto de que el administrador, sin apropiarse del mismo, diere al dinero* (que debía administrar, normalmente junto a otros bienes muebles e inmuebles, integrando todo el conjunto el



patrimonio) *un fin distinto al pactado en el título o al legalmente determinado, causando un perjuicio patrimonial*, lo que trajo como consecuencias perniciosas la infravaloración del único delito de administración desleal (societaria) vigente desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y los vaivenes en sede de concurso (¿de leyes o de infracciones?) originados por el criterio, también –a mi juicio– insostenible, de la existencia de sectores limítrofes o superpuestos entre ambas modalidades delictivas (artículos 252 CP y 295 CP entonces vigente).

Me preguntaba si es dogmáticamente defendible la tesis jurisprudencial y mi respuesta no puede ser otra: rotundamente no. Así me manifesté ya en anteriores trabajos<sup>9</sup> alineándome, pues, con la doctrina penal<sup>10</sup> que, rechazando las tesis doctrinales y jurisprudenciales que contemplaban en el artículo 252 del CP dos infracciones penales de distinta naturaleza (apropiarse de cosas muebles o efectos y distraer el dinero recibido en administración) y distinto ámbito de protección típica (propiedad y patrimonio), sostiene que el delito de apropiación indebida es un delito contra la propiedad, entendida esta, no como pérdida del derecho real (que no se pierde) sino como la privación de las facultades inherentes al dominio recogidas en el artículo 348 del Código Civil, y no un delito contra el patrimonio en el que tendrían cabida los usos abusivos no dominicales con perjuicio o menoscabo patrimonial<sup>11</sup>.

Desde esta perspectiva, carece de fundamento jurídico suficiente la extensión de la figura, operada por la jurisprudencia, a los usos dominicales no apropiatorios de dinero llevados a cabo por el administrador, en cuanto –como siempre he mantenido<sup>12</sup>– se apoya exclusivamente sobre dos pilares: a) En la inclusión de la apropiación indebida en el Capítulo dedicado a las defraudaciones que –como dije en anteriores líneas– obedece solo a que el injusto se vertebró alrededor de la vulneración de la «fiducia», de la «buena fe» a la que expresamente se refiere el artículo 7 del Código Civil; y b) En una de las interpretaciones gramaticalmente posibles del término legal «*distraer*», descontextualizada, que excede del marco de la interpretación extensiva y constituye analogía pro-

---

<sup>9</sup> MAGALDI PATERMOSTRO, M<sup>a</sup>J., en «*Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*», CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Coordinadores, Marcial Pons, Barcelona 2004); la misma en «*Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras*».

<sup>10</sup> Por todos, SAIZ PARDO CASANOVA, «*El delito de apropiación indebida*» Barcelona 1978, pág. 70 y ss; ZUGALDIA ESPINAR, J.M., «*Delitos contra la propiedad y el patrimonio*», Madrid 1998 pág. 70 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «*El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*», La Ley n<sup>o</sup> 4237 de 26 de febrero de 1997 pág. 2054; el mismo, «*De nuevo: sobre la diferenciación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*», La Ley n<sup>o</sup> 4680 de 26 de noviembre de 1998 pág. 2175; el mismo «*Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes Sociales en el Código penal y la jurisprudencia*» en Actualidad Jurídica Aranzadi n<sup>o</sup> 608 de 22 de enero de 2004, pág. 1 y ss.

<sup>11</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.L., «*Los delitos de apropiación indebida...*» ob. cit. pág. 2.

<sup>12</sup> MAGALDI PATERMOSTRO, M.J. «*Los delitos societarios...*» ob. cit. pág. 157 y ss.

hibida<sup>13</sup>, así como en un análisis jurídico meramente superficial y enumerativo de los títulos típicos idóneos (y en consecuencia de los inidóneos) para transferir la posesión y/o determinadas facultades de disposición sobre el bien (y no el dominio).

Decía que la insostenibilidad jurídica de la tesis jurisprudencial derivaba de que toda la construcción se apoyaba sobre la siguiente base: el incorrecto entendimiento de la naturaleza de los títulos por los que deben haber sido recibidos los objetos de la acción los cuales, ciertamente y dada la fórmula abierta utilizada por el legislador, comprenderán todos los títulos susceptibles de transferir la posesión de la cosa, siempre que con ella no transfieran el dominio<sup>14</sup> y generen, además, la obligación de entregarlos o devolverlos.

En este sentido la STS de 12 de mayo de 2000, expresaba textualmente que *«la doctrina de esta Sala ha precisado que los títulos que el precepto relaciona (depósito, comisión y administración) no es un “numerus clausus” como claramente se verifica al incluir una fórmula abierta, que extiende el ámbito del tipo a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o de entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que genere la obligación de entregar o devolver»...*, *«habiéndose fijado como títulos posesorios distintos a los señalados en el tipo penal, el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad y el arrendamiento de cosas, de obras y de servicios»* tal y como expresa también la STS de 6 de junio de 2000<sup>15</sup> así como *«el mandato, la aparcería, la prenda, el comodato, la compraventa con acto de reserva de dominio, la sociedad y el arrendamiento de cosas, obras y servicios»* tal como ejemplifica la STS de 6 de junio de 2000<sup>16</sup>.

Y es un hecho que no puede resultar indiferente que, por muy amplia que sea la fórmula legal empleada, entre estos títulos no tiene cabida el préstamo mutuo que civilmente sí trasmite la propiedad.

---

<sup>13</sup> Afirmación que parte de la tesis interpretativa que expuse en sede de estafa al analizar el significado proporcionado por la jurisprudencia a la agravación 6ª del artículo 250 conforme a la cual, del mismo modo que traspasar el sentido literal posible, escudándose en razones históricas y teleológicas, infringe el principio de fragmentariedad y de «ultima ratio» y constituye analogía prohibida, lo es también optar con fines agravatorios por uno de los sentidos literales posible si aquel excede del fin de protección de la norma. Vid., al respecto, *«Comentarios al Código Penal...»* ob. cit. pág. 739 y ss.

<sup>14</sup> STS de 28 de abril de 1986; STS de 19 de julio de 2001; STS de 7 de noviembre de 2002; STS de 15 de febrero de 2003.

<sup>15</sup> STS de 15 de noviembre de 1994; STS de 1 de julio de 1997; STS de 27 de noviembre de 1998; STS de 21 de julio de 2000; STS de 4 de mayo de 2001.

<sup>16</sup> Entre muchas SSTS de 28 de abril de 1986, de 15 de noviembre de 1994, de 1 de julio de 1997, de 27 de noviembre de 1998, de 21 de julio de 2000, de 19 de julio de 2001, de 7 de noviembre de 2002, de 15 de febrero de 2003.

Como ya puse de manifiesto no ha existido una construcción doctrinal o jurisprudencial que haya fijado el punto de atención interpretativa sobre los ejes esenciales de estos negocios jurídicos, más allá de los caracteres expuestos y el recurso a un sistema meramente enumerativo o enunciativo de los títulos idóneos. Ello, unido a la utilización típica para configurar la conducta punible de términos tan aparentemente dispares como lo son el de «*apropiarse*» y el de «*distraer*» y a que el objeto de la acción pueda serlo el dinero o cualquier otra cosa fungible, posibilitó la interpretación jurisprudencial según la cual –fuera de toda coherencia lógica– coexistirían en el artículo 252 del CP dos bienes jurídicos protegidos (la propiedad y el derecho de crédito) y no en el sentido proporcionado a los denominados delitos pluriofensivos sino como dos conductas típicas diferentes, de apoderamiento una y de gestión desleal otra que no requeriría la apropiación, bastando el perjuicio.

Parte de esta complejidad interpretativa tiene su origen en una lectura jurídica del precepto que pone el acento interpretativo en la expresa referencia legal al depósito, la comisión y la administración, relegando la también expresión legal «*o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos*» a cláusula general que operaría a modo de abrazadera y que resultaría, de este modo, en cierto modo dependiente de la naturaleza de los negocios jurídicos específicamente descritos, que integrarían, por decirlo de algún modo, el núcleo de la apropiación indebida típica.

Por el contrario, sostuve, –y sostengo– que la estructura del tipo de apropiación (ideal) sin cobertura jurídica (indebida) de dinero, efectos, valores o cosa mueble, se vertebra, *sea cual sea el negocio jurídico en virtud del cual se haya recibido la cosa*, alrededor de unos parámetros simples y bien definidos:

a) Que estos efectos hayan sido recibidos por un título basado o articulado en torno a la «*fiducia*» o las exigencias de la *buena fe* conforme deberán ejercitarse los derechos.

b) Título, que, si bien otorga al sujeto la posesión de los mismos.

c) Genera, sin embargo, la obligación de entregarlos (a terceros) o devolverlos (a su titular).

d) Consumándose la ruptura de la «*fiducia*» cuando el sujeto poseedor los hace suyos (no los devuelve al titular, no los entrega al destinatario o niega haberlos recibido) integrándolos definitivamente en su esfera de dominio, bien de manera dinámica, esto es, disponiendo de la cosa como el dueño que no es, bien de manera estática, es decir, simplemente quedándose o negando haberla recibido.

No importa tanto, pues, el «*nomen iuris*» del título por el que se haya recibido la cosa, las obligaciones concretas del receptor frente a ella ni el hecho de que la cosa, por su naturaleza fungible, se entienda civilmente transmitida, como la obligación (esencial al negocio) que alcanza al sujeto de entregarla o devolverla, es decir, de tenerla a disposición de quien jurídicamente sigue siendo su propietario. No es posible negar que el patrimonio que un sujeto administra, compuesto de

bienes muebles e inmuebles, acciones, títulos valor y dinero sobre los que tiene facultades dispositivas (y aún de goce) sigue siendo propiedad de su titular.

Como lógica consecuencia, serán títulos típicos todos los que por la propia naturaleza del negocio generen aquellas obligaciones típicas de entregar o devolver, las cuales pueden incumplirse tanto apropiándose materialmente de la cosa o disponiendo de ella a fines propios como negando la recepción previa de la cosa o efectos que debían ser entregadas o devueltas o haciéndolos desaparecer («*distrayéndolos*»). En conclusión, la conducta, al margen de su forma de llevarse a cabo –dependiente ésta de la naturaleza y extensión del título–, será siempre la misma y única: disponer de la cosa como dueño no siéndolo, integrándola, en definitiva, en la propia esfera de dominio patrimonial.

La expresa referencia al depósito, la comisión y la administración, al igual que la asociación, junto a la conducta típica de apropiarse, de la conducta de distraer, debe entenderse como expresión de la voluntad del legislador penal de considerarlos lo que son materialmente, hecha abstracción de lo que, formalmente y a los simples efectos de hacer viable el tráfico mercantil, se considere si de dinero o cosa fungible se tratare: títulos o negocios jurídicos que generan la obligación de entregar o devolver. La decisión legislativa de enumerarlos, expresamente obedecería, pues, al hecho de que, a falta de una expresa enumeración típica, las particulares características de estos negocios jurídicos podrían comportar dificultades interpretativas en orden a la subsunción de las conductas de apropiación llevadas a cabo por el depositario, en el caso de tratarse de un depósito irregular o por el mandatario en el caso de tratarse de un mandato de administración o de un mandato mercantil (comisión) en los supuestos en los que el objeto venga constituido por dinero o cosa fungible.

En efecto, respecto de los citados negocios jurídicos la doctrina civilista coincide en considerar aplicable a los mismos –en todo caso y para cualquier negocio jurídico, atendida su fungibilidad– la regla prevista en el artículo 1753 del Código Civil para el préstamo de dinero en el que taxativamente se determina que «*el que recibe en préstamo, dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie o calidad*».

Un sector de la doctrina<sup>17</sup> y la jurisprudencia penal<sup>18</sup> han acogido sin más esta

---

<sup>17</sup> Expresamente, MANJON CABEZA, A. *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adjudicación de viviendas*, Civitas, 1988 pág. 213 y ss., DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y de apropiación indebida*. Barcelona 1994, pág. 102, y SILVA CASTAÑO, «*El delito de apropiación indebida y la administración desleal*» en *Curso de Derecho Penal Económico*, Bacigalupo (Director) Barcelona 1998, pág. 115 (si bien esta última muestra sus reservas respecto del depósito). Otro sector, afirma también la transmisión del dominio en los supuestos de cosa fungible o dinero si bien no admiten las consecuencias extensivas que a efectos típicos extraen los autores primeramente citados.

<sup>18</sup> Entre otras muchas, y por citar alguna de las más significativas: STS de 2 de noviembre de 1993; STS de 8 de julio de 1998; STS de 12 de mayo de 2000 y STS de 26 de noviembre de 2001: «*ello es consecuencia de las normas de derecho civil que rigen respecto*

consideración y la han traspuesto –también sin más– a la esfera penal y en concreto a la esfera de la apropiación indebida partiendo de las siguientes premisas:

a) Dado que en estos negocios jurídicos (depósito, comisión y administración) lo que se transmite es la propiedad del dinero o la cosa fungible, no podrá ser este derecho real el bien jurídico protegido sino el derecho de crédito y en último extremo el patrimonio<sup>19</sup>; pero, curiosamente, ha excluido del ámbito de protección típica el depósito irregular (depósito bancario) y no han extraído consecuencias específicas similares respecto de la comisión y sí solo en cambio (y para subsumir en la figura de la apropiación indebida, la gestión desleal de negocios ajenos) para la administración o mandato representativo.

b) En este tipo de negocios, puesto que la «*apropiación*» no sería posible (porque ya se ha transmitido la propiedad), la conducta punible cristalizaría en «*distraer*» el dinero recibido (en propiedad pero con la obligación de devolver el *tantundem*) de los fines a que estaba destinado, causando perjuicio patrimonial, en el sentido de menoscabar el patrimonio administrado aun cuando no existiere apropiación del mismo.

En cambio, desde la perspectiva interpretativa de la que parto, la expresa enumeración del depósito, comisión o administración de dinero o cosas fungibles tenía –y tiene– su razón de ser, en el particular contenido del negocio y su especial regulación jurídica civil y mercantil (que como he dicho, podría originar dudas fundadas acerca de su subsunción en la figura penal) y supone una extensión o asimilación «*ex lege*» de los mismos a los títulos meramente posesorios tanto en razón de que en múltiples ocasiones comportan facultades de disposición (recuérdese al respecto el contenido del artículo 1713, párrafo segundo del Código Civil) como porque, debido a la fungibilidad del objeto y de la facultad de usar o disponer del mismo, la obligación de devolver lo es, necesariamente siempre del *tantundem* (de lo recibido), no tanto por su fungibilidad como por su consumibilidad. A ello no es óbice sino que a mi juicio coadyuva a la tesis aquí sostenida, lo dispuesto en el artículo 609 párrafo segundo del Código Civil en relación con el artículo 1753 del mismo texto legal: «... *la propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten...*, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...», esto es concurriendo el título y el modo como sucede con «*recibir en préstamo u otra cosa fungible...*» (título y modo) según expresamente se dispone en el artículo 1753 pero no en el contrato de depósito, comisión y administración o mandato representativo.

Pero, es que, además, la expresa extensión a los mismos acogida por el legislador penal no era siquiera estrictamente necesaria por tres motivos:

---

*de la adquisición de la propiedad de las cosas fungibles, que establecen que sobre dichas cosas (incluido el dinero) se adquiere la propiedad con su recepción y se debe una cantidad igual a la recibida. Por tal razón no puede haber apropiación de cosas ajenas, sino una distracción de dinero...»*

<sup>19</sup> RODRIGUEZ MONTAÑES, M.T, ob. cit. pág. 45; DE LA MATA BARRANCO, ob. cit. pág. 102.

a) Incluso en el ámbito civil, la titularidad formal del dinero que se atribuye al depositario, administrador o comisionista puede ser entendida como puramente instrumental en cuanto la fungibilidad del dinero (y más que ello su consumibilidad) haría imposible el tráfico mercantil de no asociar esta consecuencia jurídica (la trasmisión del dominio) a su entrega.

b) La titularidad es en cierto modo ficticia en cuanto que al no constituir el depósito ni la administración de títulos idóneos para transmitir el dominio, este obviamente no es materialmente oponible frente al dueño (*«erga omnes»*) y constituye, en todo caso, una apariencia o ficción, lo que no sucede en el préstamo mutuo cuya esencia y estructura son totalmente diversas. A lo dicho, no es óbice el hecho de que el depositante, el comitente o el administrado no tengan contra el depositario, el comisionista o el administrador una acción real sino solo personal puesto que ello obedece a la inviabilidad objetiva (por la naturaleza intrínseca del dinero) de la acción reivindicatoria.

c) La letra de la ley es diáfana: los que se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier *«otra cosa mueble»*. Y cosa mueble es, sin duda, el bien (fungible por ser consumible) constituido por el dinero a tenor de lo dispuesto en el artículo 337 del Código Civil; por lo tanto, como tal, es por propia naturaleza *«susceptible de apropiación»* conforme define las cosas muebles el artículo 335 del mismo texto legal<sup>20</sup>.

Le asistía por tanto la razón jurídica a GÓMEZ BENÍTEZ cuando escribió que solo *«una equivocada comprensión del concepto de apropiación indebida puede llevar a la conclusión contraria a los textos legales citados, es decir a la conclusión de que hay bienes –los fungibles– que no pueden ser objeto de apropiación, precisamente porque, según esta interpretación, su fungibilidad lo impide, ya que su mera entrega trasmite la propiedad, con independencia del título jurídico por el que se recibe»* y solo *«desde este discurso, incompatible con la lógica y el derecho»* puede mantenerse como se ha mantenido que los administradores que disponen del dinero a fines distintos de los que implica el título de administración (es decir incumplen lo dispuesto en el artículo 1714 del Código Civil), cumplen el tipo del artículo 252 porque llevan a cabo la distracción típica *«pero no la de apropiación, porque desde que lo recibieron en administración son dueños del mismo»*.

A estos argumentos cabe añadir el hecho de que el Código Civil, cuando en el artículo 337 se refiere a los bienes fungibles, está definiendo propiamente los bienes consumibles, es decir, aquellos *«quod in usu consumuntur»*, entre los cuales el dinero lo es por excelencia por su función de valor de cambio. Precisamente por este motivo, no resultaría de aplicación a este tipo de bienes la acción reivin-

---

<sup>20</sup> Mi tesis en relación a dichos negocios jurídicos en el ámbito típico de la apropiación indebida se recoge en MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Volumen I. Córdoba Roda-García Aran (Directores) ob. cit. pág. 831 y ss.

dicatoria (artículo 348 del Código Civil) ya que se parte de la base que el simple uso por parte del poseedor del bien supone su consumo y la extinción del mismo. Reflejo de ello lo hallamos en el artículo 86 del Código de Comercio que establece la irreivindicabilidad del dinero cuando se adquieren mercancías en establecimientos abiertos al público, resultando significativo al respecto el contenido del artículo 1160 del Código Civil que dispone que *«en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe»*.

La fungibilidad constituye un concepto diferente al de consumibilidad, en cuanto supone que dos bienes poseen las mismas características y, consecuentemente, su función puede ser realizada por uno o por otro, esto es, cuando hablamos de fungibilidad estamos diciendo que el bien es sustituible (por el otro), por lo que el adjetivo que mejor la define es el de la sustituibilidad. Y naturalmente que los bienes consumibles (dinero), por su carácter genérico, son bienes fungibles (por ejemplo una tonelada de mandarinas respecto de otra de calidad semejante) pero no todos los bienes fungibles son necesariamente consumibles (por ejemplo una acción de una sociedad respecto de otra acción idéntica) lo que conduce a que si bien en uno y otro caso la reparación del daño podría realizarse por el pago del *tantundem* (artículo 1167 del Código Civil), en el supuesto de apropiación de un bien fungible que no fuera consumible, sí tendría sentido teóricamente la acción reivindicatoria ya que el bien sería identificable por el objeto de la acción<sup>21</sup>. Por tanto también por esta razón la postura jurisprudencial que admite junto a la apropiación la modalidad típica de distracción basada en la naturaleza fungible del dinero, se muestra como un mero fuego de artificio jurídico.

---

<sup>21</sup> A pesar de ello, respecto del ejercicio de esta acción reivindicatoria en bienes muebles debe tenerse en cuenta que el artículo 464 del Código Civil recoge literalmente el principio de la posesión *vaut titre*, del artículo 2279 del Código Napoleónico. Así pues solo será posible su reivindicación si se hubieren perdido o su propietario hubiere sido desposeído ilegalmente de las mismas. El precedente del Código Civil francés citado se refiere a las cosas perdidas o robadas (*celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose*). En consecuencia, en la excepción a la regla general no se hallaría la distracción por apropiación indebida. Por otro lado frente a una posible reivindicación, el propio Código Penal en el artículo 111.2 establece que la restitución, como forma de la responsabilidad civil, halla su límite en los supuestos de irreivindicabilidad.

En este sentido puede citarse como ejemplo el ya citado artículo 86 del Código de Comercio, cuando determina que la adquisición de mercancías en establecimientos abiertos al público comportará la prescripción del derecho o el artículo 9 de la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, que dispone que: *«el tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave»*.

En consecuencia, nada obstaba –sino al contrario– a que el administrador societario (y también naturalmente el de una persona física) que, abusando de su cargo, hubiera hecho suyo el dinero recibido en administración, bien de manera estática, esto es, integrándolo definitivamente en su patrimonio o bien de manera dinámica o funcional, es decir, disponiendo del mismo a sus propios fines con finalidad apropiatoria (por ejemplo para saldar deudas contraídas o para adquirir acciones de una sociedad), cometiera el delito de apropiación indebida; en cambio, no eran subsumibles en el tipo de apropiación indebida –como se hizo– los denominados usos no dominicales ilícitos del dinero cuando no se había acreditado la apropiación, bajo la cobertura de la jurídicamente increíble creación de la «*administración desleal 'genérica'*» en el anterior artículo 252 CP.

### 3. *El delito de administración desleal del artículo 295 del CP y sus relaciones con la apropiación indebida*

Era esperable que la interpretación que la jurisprudencia realizó, primero del artículo 535 del Código Penal de 1973 y después del artículo 252 del Código penal de 1995, que subsumía los usos ilícitos no dominicales de dinero por el administrador causantes de perjuicio en el marco de la apropiación indebida, condicionara –como así ocurrió– la interpretación del contenido típico del delito de administración desleal del artículo 295 del CP.

El contenido proporcionado a este último precepto, claramente configurado como un tipo de abuso, devino necesariamente tributario de aquella interpretación basada en la «*distracción del dinero*», de tal modo que, como señala MARTINEZ BUJAN<sup>22</sup>, la «*acción de disponer del artículo 295 debía ser diferenciada de la acción de disponer en el ámbito de la apropiación indebida*», supuesto este equivalente a un incumplimiento definitivo de las obligaciones mientras que en la administración desleal se trataba de una distracción no definitiva, los denominados «*usos temporales ilícitos*», a los que se dotó de un amplio sentido de aprovechamiento abusivo causante de perjuicio. Junto a la realización de actos de disposición así definidos, la otra modalidad de conducta típica concretada en la «*contracción de obligaciones*» quedó circunscrita a supuestos de contracción de cargas, gravámenes o similares que no implicaran actos de disposición en sentido estricto, como los actos de gravamen sobre los bienes sociales para afianzar deudas personales de los administradores<sup>23</sup>.

El criterio jurisprudencial en orden al ámbito típico del artículo 295 CP queda perfectamente definido en las SSTs de 19 de julio de 2017 y de 12 de marzo de 2020, con cita de las SSTs de 12 de mayo de 2009, de 2 de febrero de

---

<sup>22</sup> *El delito societario de administración desleal...*, Valencia 2001, pág. 19 y ss.

<sup>23</sup> CASTRO MORENO, «*El delito societario de administración desleal*», Granada 2005, pág. 350 y ss.



2010, de 13 de julio de 2010, de 20 de septiembre de 2012, de 21 de febrero de 2013, de 22 de julio de 2013 y de 15 de octubre de 2014 como más significativas:

*«La doctrina de esta Sala ha abordado el análisis de este precepto generalmente para distinguirlo del delito de apropiación indebida, cuestión que dio lugar a una larga polémica doctrinal que ha culminado en la modificación legislativa introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que el delito de administración desleal ha dejado de ser un societario pasando a ser un delito contra el patrimonio, incluido en las defraudaciones.*

*En cualquier caso y aplicando la normativa derogada, el delito societario de administración desleal..., está referido a la actuación de los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicio, con abuso de las funciones propias de su cargo.*

*Esta última exigencia suponía y supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas.»*

*«La tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción del dinero y bienes fungibles (art. 252CP) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que, ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden 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, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción del dinero prevista en el artículo 252 CP, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico.»*

Uso no dominical ilícito *versus* apropiación definitiva (del dinero) y exceso intensivo *versus* exceso extensivo aparecen como la base y el fundamento jurisprudencial de una y otra infracción punible, posición que, con ligeros matices, se ha mantenido tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Sobre este punto volveré más adelante.

Del ámbito de prohibición asignado a ambas figuras surgió, pues, la necesidad de marcar la frontera entre el marco de protección típica de una y otra figura penal y de dilucidar la naturaleza de las relaciones entre ambas.

Desde una posición favorable a que en el artículo 295 del CP se protegía no solo un bien jurídico individual, cristalizado en el patrimonio social, de los so-

cios y terceros equiparados, sino «también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades y en suma del sistema societario para la comunidad como bien jurídico supraindividual», LUZON PEÑA, D.M./ROSO CAÑADILLAS<sup>24</sup> concluían que «el aspecto supraindividual del bien jurídico tutelado en la administración desleal societaria es la base fundamental para sostener que si la gestión desleal del administrador consistía en una forma especialmente grave de disposición fraudulenta como es la apropiación de los bienes de la sociedad, existiría no un concurso de leyes sino un concurso ideal de delitos entre apropiación indebida del art. 252 y administración desleal societaria del art. 295.»

Por otra parte, BACIGALUPO ZAPATER<sup>25</sup>, en concordancia con la tesis jurisprudencial extensiva del tipo de la apropiación indebida, mantenía que entre la administración desleal y la apropiación indebida no existía ni un concurso de normas ni un concurso ideal de delitos sino que en los artículos 295 CP y 252 CP se estructuraban, en realidad, tres tipos distintos que no se superponían. No habría un concurso de normas porque la norma que está detrás de los tipos que contienen los artículos 252 CP en su aspecto de «administración genérica» y 295 CP es, en todos los casos, la misma: «si eres administrador de patrimonio ajeno no debes perjudicarlo». Los tipos que protegen esta norma, por el contrario, diferían entre sí, pero solo por establecer diversas formas de vulneración de la misma norma. Y así, la única diferencia existente entre el delito de administración societaria prevista en el artículo 295 CP a través de su primera modalidad típica de disposición de los bienes societarios y la general regulada en el artículo 252 CP, radicaría en el objeto de la «distracción» que en el delito societario vendría constituido por los bienes mientras que en la apropiación indebida lo sería el dinero<sup>26</sup>.

Desde otra perspectiva y a pesar de la existencia de voces discordantes, una parte importante de la doctrina penal española y de la jurisprudencia, se pronunciaron a favor de considerar que entre la apropiación indebida y la administración desleal –por lo menos cuando de dinero se tratare– existía un espacio típico común por lo que, de superponerse dicho espacio, resultaba de aplicación el concurso de leyes a resolver a través del principio de alternatividad (artículo 8.4º CP) y por ello la aplicación del delito de apropiación indebida por estar penado con pena de mayor gravedad<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> En «La administración desleal en el derecho penal español», ob. cit. págs. 7/8.

<sup>25</sup> «La administración desleal en el nuevo código penal», en «La administración desleal», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2000, pág. 207 y ss.

<sup>26</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E. «La administración desleal en el Nuevo Código Penal», CPC. nº 69, 1999, pág. 521 y ss., comentando la STS de 26 de febrero de 1996 dictada por un Tribunal del que formó parte.

<sup>27</sup> Para un estudio particularizado de los elementos típicos del derogado delito de administración desleal, vid. especialmente FARALDO CABAÑA, P. «Los delitos societarios», ob. cit. pág. 528 y ss. y NIETO MARTIN, A. «El delito de administración fraudulenta», Barcelona 1996, pág. 245 y ss.

En este sentido, la citada sentencia del caso Argentina Trust resulta esclarecedora «*El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 CP 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 artículo 252 y 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 artículo 8.4º del CP vigente, es decir optando por el precepto que imponga la pena más grave*»<sup>28</sup>.

La posición jurisprudencial se depura en la STS de 15 de diciembre de 2000 que, distinguiendo entre las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal y aquellas otras en las que la relación de normas es semejante a los círculos concéntricos que deben resolverse según el criterio de especialidad, acuñó la después consolidada expresión de que las relaciones entre ambas figuras lo era de una relación de círculos secantes. Criterio reiterado, con cita de otras anteriores, en las SSTS de 22 de octubre de 2013 y de 18 de diciembre de 2013.

La opción por el concurso de normas –y concretamente por el principio de alternatividad– comportó, como lógica consecuencia, la práctica despenalización del delito de administración desleal habida cuenta que la infracción castigada con pena más grave era la apropiación indebida<sup>29</sup> y, como ya he señalado, el tipo del artículo 295 CP pasó a cumplir una función residual, englobando en su esfera típica supuestos puntuales como la utilización provisional de un bien sin ánimo de apropiación definitiva (STS de 29 de julio de 2002) o, como explicita la STS de 15 de diciembre de 2000, supuestos de «*disposición fraudulenta de*

---

<sup>28</sup> Posteriormente esta línea jurisprudencial ha sido seguida por las STS de 26 de noviembre de 2002; STS de 7 y de 3 de febrero de 2004 y de 19 de septiembre de 2004, entre otras.

<sup>29</sup> Y digo comportó porque la Reforma del Código Penal de 1995 operada por la Ley 15/03 de 25 de noviembre modificó la penalidad del tipo base de la apropiación indebida al que, al igual que al tipo de estafa genérica del artículo 248, asoció la pena de prisión de seis meses a tres años mientras que la pena típica del delito del artículo 295 era la de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Y si bien es cierto que al contemplar el delito de administración desleal una pena alternativa (de prisión o multa) y solo la pena de prisión el delito de apropiación indebida, deberá afirmarse que en abstracto el marco penal de esta última infracción era más grave, no sucedía lo mismo en sede de concurso de normas.

En estos casos la comparación a efectos de determinación de la pena más grave era de las penas típicas en concreto lo que obligará al Juez o Tribunal llamado al enjuiciamiento de conductas que eran según la jurisprudencia, de administración desleal a optar por lo que, de nuevo, se incidía en una destipificación del delito de administración desleal, en este caso, de la pena pecuniaria alternativamente prevista en la ley para el mismo.

*bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida*»<sup>30</sup>, entre los que se encuentra la del socio que vende una finca propiedad de la sociedad a un precio diez veces menor con el fin de desposeer a esta y a otro socio del inmueble (STS de 15 de diciembre de 2004) o la del administrador de una sociedad que en los locales de la misma y con sus medios materiales instala otra sociedad que compite directamente con la misma (STS de 26 de julio de 2004).

Esta consecuencia no deseada, dio lugar a una evolución de la doctrina de la Sala Segunda que, manteniendo la doble dimensión de la apropiación indebida (distinto bien jurídico, distinta conducta típica en relación al dinero), condujo a diferenciar entre una «*administración desleal genérica*», subsumible en el delito de apropiación y una «*administración desleal societaria*» tipificada en el artículo 295 CP anterior, superando –en términos de la STS de 2 de julio de 2015<sup>31</sup>–, «*la llamada relación de intersección entre el ámbito típico de ambas figuras que consideraba existente un concurso de normas que se resolvía por la vía del art. 8,4 del CP, principio de alternatividad...*»

A partir de este momento, la jurisprudencia construye la delimitación entre ambos tipos penales centrándose en «*diferenciar la clase de exceso cometido, que puede ser intensivo o extensivo. Así, para aplicar el delito del artículo 295, se exige que el administrador desleal..., actúe en todo momento como tal administrador y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones*».

Desde esta nueva posición, la citada sentencia, acogiendo el criterio expuesto en la STS de 11 de julio de 2005, declara que el abuso de las funciones de su cargo a que se refiere el artículo 295 CP «*supone que el administrador desleal del artículo actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de un tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas.*» «*Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295 CP, supone una disposición de los bienes cuya disposición le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio*», por lo que el exceso es extensivo.

«*Se trata por lo tanto de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación inde-*

---

<sup>30</sup> CUGAT MAURI, M. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I., Córdoba Roda-García Aran (Directores), ob. cit. pág. 1126.

<sup>31</sup> En el mismo sentido SSTS de 7 de junio de 2006, de 11 de abril de 2007, de 18 de diciembre de 2013, de 3 de marzo de 2014 y de 4 de marzo de 2014 entre otras.

*bida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que resulta perjudicial para la sociedad pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador»<sup>32</sup>.*

Con alguna aislada excepción, este criterio jurisprudencial se impone y de ello son exponentes las antes citadas SSTs de 17 de julio y de 22 de julio de 2013 en las cuales se establece que la diferencia entre las dos figuras estriba en que la administración desleal abarca las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no impliquen una expropiación definitiva de los bienes sobre los que tienen la facultad de disponer, mientras que en la apropiación indebida se incluyen las apropiaciones «*strictu sensu*» con «*animus rem sibi habendi*» y la distracción del dinero con pérdida definitiva para la sociedad. Así, entre otras, se expresan las SSTs de 5 de junio de 2017 y de 15 de febrero de 2018 según las cuales «*mientras que la administración desleal integra el mero uso perjudicial o indebido sin pérdida definitiva, la apropiación definitiva constituye el delito de apropiación indebida*», marcando la línea divisoria entre uno y otro tipo penal lo que se califica de criterio plenamente consolidado: «*el punto sin retorno*» de los bienes o efectos, entre multitud de sentencias, en STS de 9 de septiembre de 2016.

### *3.1. De la consideración de la «distracción de dinero» como tipo de infidelidad a tipo de abuso: la interpretación jurisprudencial del artículo 295 del Código Penal*

El criterio expuesto<sup>33</sup> fue posteriormente matizado por la jurisprudencia y por el artífice teórico de dicha interpretación, quien fundamentó el paso de considerar la conducta de «*distracción del dinero*» del artículo 252 del CP de exponente de un «*tipo de infidelidad*» a un «*tipo de abuso*»<sup>34</sup>, posiblemente, como expone GÓMEZ-JARA DÍAZ porque la amplitud punitiva que estaba alcanzando la figura hacía necesaria una restricción del ámbito típico a la vista de las numerosas críticas que, al igual que en Alemania (donde sí existía –y existe– co-

---

<sup>32</sup> En idéntica línea, SSTs de 19 de junio de 2007, de 28 de marzo de 2012, de 17 de junio de 2013, de 22 de julio de 2013, de 13 de julio de 2015, de 9 de septiembre de 2016, de 15 de diciembre de 2016, de 23 de diciembre de 2016, de 19 de julio de 2017, de 29 de noviembre de 2017 y de 18 de enero de 2018.

SSTs de 4 de junio de 2007, de 12 de mayo de 2009, de 1 de febrero de 2013 SSTs de 3 de julio de 2015, de 2 de junio de 2016, de 11 de diciembre de 2017, de 6 de enero de 2018, de 6 de junio de 2018 y 12 de marzo de 2020.

<sup>33</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E. «*Administración desleal...*» ob. cit. pág. 201: «*el tipo de distracción del dinero responde al llamado tipo de infidelidad, es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal*».

<sup>34</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E. «*Falsedad documental, estafa y administración desleal*», 2007, pág. 193 y ss.

mo delito) se alzaron contra el tipo de infidelidad<sup>35</sup> y también la necesidad de hacer así operativo el artículo 295 del CP cuya aplicación, ante la ausencia de criterios delimitadores nítidos, había devenido marginal.

Aun cuando el giro se había ya iniciado en las SSTS de 11 de mayo de 2005 y de 17 de julio de 2005, el paradigma de la rectificación efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo lo constituyen las SSTS de 17 de julio de 2006 (caso BSCH) y de 14 de noviembre de 2006 (caso BBVA). Ahora bien, la rectificación es parcial en cuanto en ambas se sigue sosteniendo la tesis central de que la «*distracción de dinero por parte del administrador*» (es decir, dar al dinero «*un destino distinto*» al determinado) constituye administración desleal, si bien se alude ya claramente al «*abuso de las facultades del administrador*» y se vertebran criterios delimitadores entre la figura descrita en el artículo 252 del CP y la descrita en relación con el administrador societario en el artículo 295 del CP.

En este último sentido, la STS de 14 de noviembre de 2006 es de una claridad meridiana: tras exponer las distintas respuestas proporcionadas por la doctrina al núcleo de la administración desleal, declara que, de todas ellas, aquella que «*considera que lo esencial del delito es el abuso del poder de disposición sobre el patrimonio ajeno*» es, sin duda, «*la que resulta más adecuada al derecho vigente*» por lo que «*la expresión “distrar dinero” debe ser entendida en el sentido..., de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno*».

Igualmente lo es la STS de 17 de julio de 2004, al advertir que «*no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal... Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios con abuso de las funciones de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero..., venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida..., supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador...»*

*«Se trata por tanto de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto del quebranto de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.»*

---

<sup>35</sup> GÓMEZ-JARA DÍAZ, C. «*La administración desleal de los órganos societarios*», Barcelona 2008, pág. 171 y ss. que desarrolla ampliamente las razones que, a su parecer, justifican el sutil cambio de postura de aquel autor.

Criterio que se reitera –y completa– en las SSTS de 17 de junio de 2013 y de 29 de noviembre de 2017 las cuales explican 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, mientras que 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 la diferencia 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*».

Esta última posición interpretativa, que distingue entre abuso o exceso intensivo y exceso extensivo, ha sido seguida con oscilaciones por la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes y después de la reforma; y, sin embargo, no sirvió para disipar las importantes dudas que, desde su creación jurisprudencial, generó la «*sui generis*» figura de deslealtad genérica creada bajo la cobertura del artículo antiguo artículo 535 CP, como tampoco para deslindar con claridad dicha conducta de la específica deslealtad del administrador societario ni, desde luego, para consensuar la existencia y, en su caso, la naturaleza, de los posibles concursos entre ambas infracciones.

### 3.2. *Recapitulando*

Sobre todo lo expuesto, hasta el 1 de julio de 2015 se configuró jurisprudencialmente la administración desleal en nuestro sistema punitivo a partir de los artículos 252 y 295 del CP con unos fundamentos jurídicos cuanto menos discutibles, objeto de una continuada y dura crítica por parte de la mayoría de la doctrina penal española<sup>36</sup> que, con las lógicas divergencias en aspectos puntuales, la ha rechazado no solo por no haber posibilitado un consenso suficiente para establecer un perfil nítidamente diferenciador de uno y otro injusto, sino por partir y apoyarse en una premisa jurídico-privada interpretada al margen del contexto típico penal en que la figura de la apropiación indebida se insertaba así como por las consecuencias perversas que ello conllevó en lo atinente a la operabilidad del artículo 295 del CP. En síntesis, la tesis jurisprudencial que, como hemos dicho, creó de la nada legal un tipo de administración desleal genérico que el legislador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestra área de cultura, no reguló hasta el año 1995, no era jurídicamente sostenible:

---

<sup>36</sup> Por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. «*Derecho Penal Económico*» Madrid 2001, pág. 604 y ss; MARTÍNEZ BUJAN, C. «*Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*», Valencia 2013, pág. 420 y ss; QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (Coordinadores), «*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*», 10ª edición, Madrid 2016 ... págs. 908 y ss. Ampliamente, GÓMEZ BENÍTEZ, J.L. en «*El delito de administración desleal...*» en la Ley nº 4680, 1998 y ss.; «*De nuevo sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal...*» ob. cit. pág. 2174.

1º) Por ignorar que, por la propia naturaleza del negocio de administración, al administrador de un patrimonio ajeno no le alcanza la obligación de devolver el dinero y efectos de todo tipo que integran el patrimonio sino la de administrarlo, lo que comporta la facultad de disponer del mismo en la extensión y alcance que le confiera el título, para conservarlo y obtener beneficios para el o los titulares del mismo. Y claro es que, cuando cese en el cargo deberá rendir cuenta de su actuación, del cumplimiento o no de los fines para los cuales adquirió tal condición y del estado del patrimonio administrado, pero esto no equivale desde ningún punto de vista a la obligación de «devolverlo» del tipo de la apropiación indebida.

2º) Por la equivocada transposición al ámbito punitivo de un también equivocado entendimiento (formal y descontextualizado) de las razones y consecuencias jurídicas que en el ámbito jurídico privado justifica la extensión de la cláusula contenida en el artículo 1753 del Código Civil a todos los negocios jurídicos en los que la prestación cristaliza esencialmente en la entrega de dinero, de los que son exponentes la comisión, la administración y el depósito, en absoluta contradicción con las normas jurídicas esenciales que disciplinan la adquisición del dominio y el dominio mismo en nuestro sistema jurídico a las que sí se halla vinculado el intérprete en materia penal<sup>37</sup>.

3º) Por la interpretación «*contra reo*» del término «*distraer*», adoptando uno de los posibles significados gramaticales del mismo, que, por demás, destruye la estructura interna del precepto y no se compadece con el fin de protección de la norma.

4º) Y en suma, por la endeblez dogmática (penal y extrapenal) sobre la que se sustenta una interpretación, motivada exclusivamente por la decisión político criminal de colmar una laguna legal (de punición), extremo especialmente grave en la esfera penal y que, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, ha comportado, como consecuencia añadida, la confusión originada sobre los límites entre la apropiación indebida y la figura de la administración desleal societaria del artículo 295 CP una vez colmada (por el legislador) aquella laguna.

### III. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015

#### 1. *Contenido y alcance legal de la reforma*

Tras el análisis del recorrido legal y jurisprudencial de la administración desleal y antes de ofrecer al lector la respuesta doctrinal y jurisprudencial a la reforma y nuestra propuesta interpretativa, conviene hacer una breve referencia al panorama legislativo actual.

---

<sup>37</sup> En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ en «*Los delitos de apropiación indebida...*» ob. cit. pág. 2.



En la profunda reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, el legislador, si bien mantuvo los delitos societarios en el Capítulo XIII del Título XIII, sustrajo al mismo la «joya de la corona» de todos los delitos societarios, la administración desleal del artículo 295 del texto legal hasta entonces vigente; la figura en su redacción original desaparece del texto punitivo y se configura en el artículo 252, Capítulo VI («De las defraudaciones») del Título XIII del CP, entre la estafa y la apropiación indebida, un hasta este momento inexistente delito de administración desleal «genérico» en los siguientes términos:

*«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.»*

*«Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una multa de uno a tres meses.»*

Los motivos «confesados» en que el legislador funda la reforma son:

a) La necesidad de regular un delito de administración desleal «moderno» y «genérico» susceptible de dar respuesta típica a la inmensa mayoría de supuestos de dolosa gestión desleal causante de perjuicio.

b) Incluir en la figura penal, la administración desleal del administrador del patrimonio de una persona física, hasta este momento ausente del texto punitivo.

c) Adecuar sistemáticamente la ubicación del precepto en el contexto que le es propio, atendido que el bien jurídico protegido es el patrimonio, atacado y menoscabado mediante el engaño (estafa) o mediante el quebranto de la fiducia o la lealtad (apropiación indebida y administración desleal).

A su vez, la reforma modificó también el delito de apropiación indebida, que pasó a integrar el artículo 253 CP y de la que suprime la modalidad de conducta de «distraer» y el título de recepción del dinero, efectos, valores o cualquier cosa mueble concretado en la «administración», con la finalidad –no lograda– de dar legislativamente al traste con la tesis jurisprudencial sostenida durante más de veinte años, lo que a mi juicio era absolutamente necesario. El nuevo redactado típico de la apropiación indebida es el que sigue:

*«Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieren castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que en perjuicio de otro se apropiare 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.»*

*«Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»*

De igual modo, se reformuló el antiguo artículo 253 CP –que ahora se regula en el artículo 254 CP– con una redacción totalmente incompatible con el mandato de certeza («quien fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de cosa mueble ajena...») en la que, de una parte, difícilmente podrá subsumirse sin más la negación o no devolución de dinero o efectos recibidos por error del transmitente; y que, de otra, presenta dificultades de diferenciación respecto del hurto.

Los importantes cambios realizados en las descripciones típicas de la apropiación indebida y la administración desleal no han supuesto problema interpretativo alguno para la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como es de ver, por todas, en la STS de 20 de diciembre de 2017 que, con cita de anteriores sentencias, expresa una posición reiterada sin solución de continuidad hasta la actualidad:

*«Esa nueva modalidad típica del actual artículo 253 incluye la modalidad de distracción del artículo 252 vigente en el momento de los hechos. Así lo ha venido entendiendo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo conforme a una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015..., sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto, si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior artículo 252 como “distracción”, constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal y siendo así que la conducta específica de distracción ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma...»*

*«De ahí que afirmáramos que la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador..., la disposición de los bienes de carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia..., el nuevo artículo 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 295, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el artículo 252 y ahora en el artículo 253.»*

Y finalmente, se reconfiguró la malversación de caudales públicos cometido por autoridad o funcionario público regulada en el artículo 432 del CP, delito que deviene respectivamente la administración desleal o la apropiación indebida de la autoridad o funcionario público en relación con el patrimonio público y que contiene unas agravaciones específicas, al contrario de la administra-

ción desleal y la apropiación indebida del administrador de fondos privados a los que resultan en su caso de aplicación las previstas en el artículo 250 del CP. El delito de malversación de caudales públicos queda ahora tipificado de la siguiente manera:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.»

«2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre patrimonio público.»

«3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiere 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, pudiendo llegarse hasta la superior en grado.»

La obsesión por dejar atrás la desafortunada historia del tipo de administración desleal «genérica», no solo va a dificultar el optimista pronóstico del legislador de que han concluido los problemas sino que trajo problemas interpretativos añadidos de notoria relevancia como lo es la acotación del ámbito de protección típica del artículo 252 del CP y también del artículo 253 del CP y, en definitiva, otra vez de la materia de prohibición de uno y otro precepto. El llamado a interpretar la ley difícilmente podrá no dejar en agua de borrajas lo que constituyó una decisión del legislador que lo eliminó del Proyecto: no incluir en el sistema penal español el denominado en la doctrina y la jurisprudencia alemana «tipo de infidelidad» al que me referiré en líneas posteriores, si bien debo adelantar que la falta de determinación de la que adolece la nueva tipología y el propio redactado típico conduce a que la «mens legis» se imponga sobre la «mens legislatoris».

En términos parecidos se manifiesta GILI PASCUAL<sup>38</sup> cuando declara que «en esta operación de purga, que ha primado por encima de otras consideraciones, no se ha escatimado munición. Alguna decisión como la poda excesiva del tipo de apropiación indebida tiene efectos subsanables. Otras en cambio tendrán claros efectos secundarios...» siendo uno de los más trascendentes «la renuncia a contemplar separada y específicamente el desvalor de la administración desleal en

---

<sup>38</sup> En «Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015», 2ª ed. GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coordinador) Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 780.

*otros ámbitos como el societario eliminado o incluso otros..., como puede ser el sector financiero donde, recuérdese, a diferencia de otras latitudes no se cuenta con específicos delitos bancarios».*

También con carácter previo al análisis de la interpretación de la figura llevada a cabo por doctrina y jurisprudencia, parece conveniente efectuar las siguientes precisiones:

a) Más allá de las lógicas matizaciones –no exentas algunas de ellas de interés– no existe especial controversia doctrinal en torno al bien jurídico protegido, la naturaleza de la infracción y los sujetos típicos.

b) Por el contrario, si bien a nivel jurisprudencial el tema, por lo menos con carácter general, parece definitivamente resuelto mediante el recurso al mantenimiento del *statu quo* interpretativo, a nivel doctrinal han surgido profundas dudas, interrogantes y discrepancias, preponderantemente acerca del sentido a proporcionar a la conducta típica, a las relaciones de la nueva figura con la también nueva redacción de la apropiación indebida y aún en torno a la exigencia típica de que aquella conducta (la infracción de las facultades otorgadas por el título excediéndose en su ejercicio) cause un perjuicio al patrimonio administrado y el alcance y significado del mismo.

Por lo tanto, sin obviar los puntos en los que predomina mayor consenso con los que, por otra parte, iniciare el análisis, dedicaré especial atención a los mencionados en el precedente apartado b) que son, en puridad, los que permiten que el título que preside este trabajo tenga su razón de ser a la vista de la andadura jurisprudencial del binomio administración desleal/apropiación indebida.

En este sentido, el acotamiento de los temas a tratar en el trabajo no excluye la existencia de ulteriores cuestiones, también de hondo calado, como son las que orbitan en torno a la autoría de un delito especial propio, especialmente cuando de órganos colegiados se trata y en los supuestos de delegación y a la participación en relación a la intervención del *extraneus*<sup>39</sup> y las formas de imperfecta ejecución que exceden, sin embargo, a su objeto y finalidad y que, a mi juicio, no presentan peculiaridades muy significativas respecto de los problemas dogmáticos generales en orden a la autoría, participación y grados de ejecución que exijan un específico tratamiento.

## *2. El bien jurídico protegido*

Aun cuando la prolija y confusa enumeración de los posibles sujetos o perjudicados típicos por la conducta desleal del administrador societario del derogado artículo 295 CP («socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital»), que no enumeraba entre ellos a la sociedad o al patri-

---

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., «Autoría y participación en los delitos económicos», nº 61, «Estudios de Derecho Penal» 2004, pág. 271.

monio social, dificultó el acuerdo doctrinal acerca de si era factible afirmar que nos hallábamos ante un delito contra el patrimonio, lo cierto es que a ello abonaba tanto la ubicación del precepto en el marco del Título en el que se aglutinaban los «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», como la propia redacción de la figura en la que literalmente se vinculaba la acción típica, que solo podía recaer sobre el patrimonio social («dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta»), con la expresión final y general delimitadora de los posibles perjudicados «o titulares..., del capital que administren».

En este punto sigo considerando correcta la ubicación sistemática de la administración desleal en el Capítulo XIII del Título XIII donde la insertó el legislador de 1995 y donde debió haber permanecido, entre otras razones, porque más allá de la anómala inclusión jurisprudencial en la descripción típica del delito de apropiación indebida clásica, de un «delito de administración desleal genérico», el único sustento a su cambio de ubicación fue, en realidad, el hecho de que en nuestro sistema no se contemplara la administración desleal de un patrimonio perteneciente a persona física, omisión legal fácilmente salvable añadiendo en el artículo 295 CP un párrafo en el que se castigara la misma conducta desleal del administrador cuando recayera sobre el patrimonio de una persona física. Esta posible solución hubiera sido posiblemente más rigurosa legislativamente si lo que se pretendía era mantener la naturaleza de tipo de abuso del delito.

Los motivos que me conducen a sostener la inutilidad del cambio de ubicación del delito de administración desleal son los siguientes:

1º) Es un hecho –entiendo– que en la sociedad actual la administración del patrimonio de una persona física por parte de un administrador es excepcional, salvo supuestos determinados emanados de la ley o encomendados por la autoridad, como son por ejemplo el padre en relación a los bienes de los hijos menores (artículo 154,2º CC), el tutor en relación a los bienes del menor o incapaz (artículos 234 y ss. del CC, con la particularidad de que puede igualmente ser nombrada una persona jurídica que cumpla las exigencias del artículo 242 CC), del curador en relación a los del sometido a curatela (artículos 286 y ss. CC), el representante del declarado ausente (artículos 184 y ss. CC) y el albacea (artículos 901 y ss.) cuyo nombramiento testamentario debe ser aceptado por el albacea (artículo 898 CC).

Y aunque volveré sobre el tema al delimitar los posibles sujetos de la acción, son excepcionales<sup>40</sup> porque la realidad ofrece, también en el contexto de la esfera patrimonial individual o familiar, un panorama muy distinto al que fue habitual desde mitades del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX a lo sumo; quien posee un patrimonio de cierta importancia, bien lo diversifica con inver-

---

<sup>40</sup> Piénsese en el quasi contrato de gestión de negocios ajenos del artículo 1888 CC, el mandato –artículos 1709 y ss. CC– y la representación –artículo 1026 entre otros–.

siones en activos financieros o valores, en cuyo caso la administración corresponde o se encomienda a las entidades que operan en el mercado, bien en inversiones en actividades económicas o en muebles o inmuebles y, normalmente, todo su patrimonio se organiza societariamente, entre otros motivos, a efectos fiscales y, por lo tanto, la administración desleal –de haberla– lo será normalmente del correspondiente administrador societario.

Bastaba, por tanto, la específica referencia al hecho de que el patrimonio administrado lo fuera de persona física, siendo tarea del intérprete el análisis de la virtualidad de las fuentes de las que deriva la situación o condición del sujeto que administra y definir cuales serían los títulos típicos y su alcance en cada caso concreto, a la vista, por ejemplo, de que el tutor necesita autorización judicial para la realización de determinados actos de naturaleza patrimonial (artículo 271, 2º a 10º CC) siendo así, por demás, que las facultades que, en cada caso, se otorgarán al llamado a administrar un patrimonio ajeno titularidad de persona física, deberán ser empleadas al fin para el que se le han atribuido y con diligencia y lealtad, por lo que la interpretación –la realmente importante en el sistema económico imperante en nuestra sociedad– que se lleve a cabo en orden a los deberes de diligencia y lealtad del administrador societario y su infracción penalmente relevante, abusando de sus facultades, era absolutamente trasladable al administrador del patrimonio de una persona física y la figura no perdía la naturaleza de delito contra el patrimonio que comparte con la administración societaria.

2º) De otro lado, no parece susceptible de discusión que, en el Capítulo dedicado a los delitos societarios, se prohíben bajo pena la realización por parte del administrador de conductas distintas a la administración desleal «*strictu sensu*», es decir distintas a las recogidas en el anterior artículo 295 CP y en el actual 252 CP; conductas, que constituyen también graves vulneraciones de las obligaciones que como tal tiene encomendadas así como un abuso de las facultades que le han sido conferidas, esto es, actuaciones desleales causantes incluso alguna de ellas de perjuicio económico o susceptibles de causarlo, como la falsificación de las cuentas anuales, los abusos graves o la conducta descrita en el artículo 293 del CP de lo que en el año 2010 se hacían ya eco LUZON PEÑA/ROSO CAÑADILLAS<sup>41</sup>.

Así las cosas, me resulta difícil comprender, no tanto la insistencia del legislador en la Exposición de Motivo en que la razón del desplazamiento de la figura de los delitos societarios a los delitos patrimoniales «*que es donde debe estar ubicada la administración desleal de un patrimonio ajeno...*» (olvidando que ya lo estaba), «*..., viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio del que puede ser víctima cualquiera*», sino que la doctrina mayoritaria apoye la justificación de los motivos del cambio de ubicación sistemática, precisamente con idéntico argumento.

---

<sup>41</sup> «*La administración desleal societaria en el derecho penal español*» ob. cit. págs. 5-6.

Soy del parecer de que, en todo caso, no puede ser aquella la razón sino el denominador común del «fraude», entendido como engaño en la estafa y como quebranto de la *fiducia* y la buena fe ínsita a los negocios jurídicos que configuran los posibles supuestos de la apropiación indebida y de la administración desleal. En efecto, la rúbrica del Capítulo en que dichas infracciones se insertan («De las defraudaciones»), otorga carta de naturaleza a un amplio concepto de «fraude», susceptible de englobar en su seno «el engaño o fraude» que supone el quebranto de las expectativas que generaron la buena fe y presunción de lealtad existentes cuando se concluyó el negocio. Exigencia, la del fraude, que se contemplaba en el derogado artículo 295CP (*fraudulentamente*), lo que no sucede en el actual artículo 252 CP. Pero también sobre este punto volveré posteriormente.

Un sector minoritario, sin embargo, sostiene que las conductas típicas desleales del administrador, junto a la afectación al patrimonio que no resulta cuestionable («y *causare un perjuicio al patrimonio administrado*»), inciden también negativamente en el orden socio-económico cuando –como sucederá en la inmensa mayoría de supuestos– de administración societaria se trate. Especialmente esclarecedoras al respecto son las consideraciones efectuadas por LUZON PEÑA/ROSO CAÑADILLAS<sup>42</sup> en relación al derogado artículo 295 del CP pero perfectamente aplicables al actual artículo 252:

*«La creación del tipo de administración desleal societaria por el Código Penal de 1995 obedece a una necesidad real: la de dar respuesta a una serie de prácticas ilícitas que contienen la suficiente entidad para no bastar las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible porque al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador societario pero sin engaño previo al administrado y sin apropiación tampoco de sus bienes no están incluidos ni en la estafa ni en la apropiación indebida».*

*«Para la mayoría de la doctrina el bien jurídico es el patrimonio... Ello es cierto..., pero además en este tipo se preserva de manera indirecta la estabilidad del tráfico económico: de manera indirecta porque a nuestro juicio lo que adicionalmente se protege de modo directo es la fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades que a su vez condiciona el funcionamiento del sistema económico. Efectivamente, con este tipo se asegura y salvaguarda un bien jurídico supraindividual:... la tutela del sistema económico y su estabilidad» que concretaban, a la vista de que el artículo 295 contemplaba exclusivamente la deslealtad del administrador societario, en la «fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario como parte y pieza importantísima en la actualidad del sistema económico de un país en régimen de economía de mercado pero incluso también en los sistemas de economía mixta colectivista/de mercado»<sup>43</sup>.*

---

<sup>42</sup> Ob. cit. págs. 5 a 7. Nótese que los citados autores tampoco comparten la tesis jurisprudencial conforme a la cual «*la administración desleal del dinero sin apropiación definitiva*» era subsumible en el delito de apropiación indebida.

<sup>43</sup> En sentido similar se manifestaba también RODRIGUEZ MONTAÑES, M.T., en «*La responsabilidad penal del administrador desleal*» op. cit. pág. 134 y ss.

Y ya vigente la reforma del texto punitivo, GILI PASCUAL<sup>44</sup> es explícito cuando, tras manifestar que *la naturaleza patrimonial de la administración desleal que reivindica la reforma no se discute*», añade que *«la cuestión es otra»: si existe en el ámbito societario –o acaso en otros más específicos dentro de aquel como el sector bancario o financiero, capaces de generar un riesgo sistémico, o en aseguradoras, fondos de inversión, etc.– un plus de desvalor al que convenga dar una respuesta más específica y ajustada..., que la regla general de la administración genérica»*.

Y sigue diciendo, haciendo hincapié en que algunas voces se han dejado oír acerca de lo inconveniente de la supresión sin más del artículo 295 del CP<sup>45</sup>: *«la justificación del texto aprobado viene a presumir con su argumentación que ello no es así, que existe una única administración desleal y que el problema se reduce a ubicarla correctamente dentro de la sistemática del Código (delitos patrimoniales)»*, en la que como hemos apuntado ya se hallaba ubicada (la societaria). Sin embargo –y le asiste la razón– continúa exponiendo que *«el propio Código desvirtúa a continuación esa presunción al considerar la malversación, en una de sus modalidades, como una administración desleal específica y otorgarle un tratamiento diferenciado (más grave) precisamente por considerar, correctamente, que además de la afectación del patrimonio se afecta con estas conductas al correcto funcionamiento de la Administración Pública»*.

Para estos autores, si en la administración desleal de un patrimonio público (artículo 432 CP) resulta afectado un bien jurídico añadido al del patrimonio, lo propio sucederá en la administración desleal societaria en la que a la lesión al patrimonio se unirá la lesión del orden socio-económico o la fiabilidad del funcionamiento del sistema societario a la que aludían LUZON PEÑA/ROSO CAÑADILLAS.

Es plausible el parecer de este sector doctrinal, conforme a que la reubicación sistemática efectuada por la reforma resulta cuestionable y cercena del Capítulo la más grave y perjudicial conducta societaria y que su sustitución por la conducta descrita en el artículo 252 CP en la que, precisamente por su criticable falta de concreción, pueden tener cabida muchos comportamientos societarios que pueden causar un perjuicio patrimonial pero cuya prohibición bajo pena obedece a razones que van más allá de la estricta protección al patrimonio.

Me sumo, pues, a la posición sostenida por FARALDO CABANA<sup>46</sup> ya en sede de análisis del derogado artículo 295 CP pero sostenible igualmente en relación al actual artículo 252 CP: *«aunque sin duda el bien jurídico protegido es el patrimonio y ..., la delimitación del mismo es imprescindible para diferenciar compor-*

---

<sup>44</sup> En *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, ob. cit. pág. 768.

<sup>45</sup> Entre otros, DOLZ LAGO, M.J., «*Diario La Ley*», n° 8290, pág. 1.

<sup>46</sup> «*Los delitos societarios*»..., ob. cit. pág. 561.



*tamientos de dudosa calificación y para describir los elementos del tipo desde la perspectiva de los objetivos dogmáticos y político-criminales que se persiguen» su permanencia en el seno de los delitos societarios resultaba conveniente por razones político-criminales nada desdeñables.*

Efectivamente, y siguiendo a la citada autora, con el tipo societario de deslealtad patrimonial (y con el vigente tipo de deslealtad genérica) *«se trata también de proteger como objetivo político-criminal (que no como bien jurídico) no solo el patrimonio de la sociedad . . . , sino también la propia transparencia y el buen funcionamiento de la economía de mercado basada en las sociedades que pueden verse afectadas por las diversas repercusiones de una administración social fraudulenta de gran alcance»*, siendo precisamente *«la prosecución de este objetivo lo que hace de la administración fraudulenta»* (no olvidemos que aun cuando el término se ha suprimido del actual artículo 252 CP, el tipo se ubica en el Capítulo dedicado a «las defraudaciones») *«un delito mixto patrimonial económico aunque no se incorpore a la materia de prohibición»*.

Tener en cuenta, a efectos interpretativos, los objetivos político-criminales perseguidos por el legislador –por lo menos en orden a los supuestos de administración societaria–, no solo permiten una mayor precisión en la acotación de las conductas típicas susceptibles de causar un perjuicio económico e incluso del resultado/perjuicio típico, sino que constituye un criterio que permite al intérprete modular a través de la pena, esto es, de los criterios dispuestos en el artículo 249 del CP, el posible plus de injusto que puede suponer una administración societaria desleal, en relación a la misma conducta sobre un patrimonio particular o viceversa sin necesidad de acudir a la correspondiente agravación del artículo 250 del CP. Justifica, por demás, la supresión de la cuestión de procedibilidad, anudada al antiguo artículo 295 CP, lo que convierte la administración desleal en un delito perseguible de oficio evidenciándose, de este modo, la existencia de un interés público en su prohibición bajo pena que lógicamente coincidirá con los objetivos político-criminales a los que hacíamos referencia.

Pero lo dicho no es útil como pauta diferenciadora definitiva entre la administración desleal y la apropiación indebida, como tampoco para ofrecer una solución viable a los nuevos problemas, surgidos tras la reforma, en torno a si la integración por parte del administrador en su esfera patrimonial de bienes pertenecientes al titular del patrimonio administrado cumple el primer o el segundo tipo delictivo, en cuanto esta última posición doctrinal es al respecto clara: la administración desleal no constituye un delito pluriofensivo sino un delito mixto patrimonial económico cuya función político-criminal va más allá de la protección del patrimonio y abarca como objetivo contribuir a garantizar la transparencia y el correcto funcionamiento del mercado, razones que, sin embargo, no constituyen el bien jurídico protegido.

### 3. El tipo objetivo

En el artículo 252 del actual texto legal se castiga con las penas previstas para la estafa –simple o agravada–, a quien 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. Infracción, causante de perjuicio al patrimonio administrado, dolosamente realizada; dolo que colma –como veremos– el tipo subjetivo, a diferencia de lo que sucedía en el viejo artículo 295 CP que contenía como plus al dolo un elemento subjetivo del injusto cristalizado en que el administrador actuare en *beneficio propio o de tercero*, lo que incide directamente en la extensión a proporcionar a la materia de prohibición en sede del tipo subjetivo.

Antes de iniciar el examen de los elementos que configuran el tipo objetivo del delito de administración desleal, son precisas unas consideraciones en orden a la sistemática adoptada.

No desconozco que dogmáticamente es usual –y generalmente más riguroso– empezar el análisis definiendo la conducta típica, en cuanto constituye el núcleo del injusto y define en definitiva el ámbito de lo prohibido. A pesar de ello, creo oportuno, en el caso de la figura prevista en el artículo 252 CP, hacerlo dando comienzo por el estudio y delimitación de los sujetos de la acción en cuanto en lo que atañe al sujeto activo (con mayor precisión, al autor) sus especiales características (la condición de administrador en sentido amplio y el título que le otorga tal condición) se hallan estrechamente vinculadas, como un todo inescindible, a los deberes (que deberá infringir para que su conducta sea penalmente relevante) y a las facultades en las que, ejerciéndolas, deberá excederse; de modo que, sin una precisa clarificación de qué supone y quiénes pueden ostentar tal condición, sería más dificultoso fijar, con el máximo rigor posible, qué conductas de quién y cuáles, cumplen el tipo cuando causan un perjuicio al patrimonio administrado y cuáles quedan relegadas a la esfera de una posible responsabilidad societaria o civil en el caso del administrador de un patrimonio titularidad de una persona física.

#### 3.1. Los sujetos de la acción

Al describir el sujeto activo el artículo 252 CP no emplea el término administrador sino que lo define de un modo general como toda persona («a quien») a la que se confieren y ostenta facultades para administrar un patrimonio ajeno, facultades que emanan de alguna de las fuentes típicas, es decir, de la ley, de un mandato de la autoridad o de la asunción de un negocio jurídico.

##### 3.1.1. El sujeto activo

Desde una lógica gramatical, la descripción de la conducta asocia inevitablemente el «quien» típico con la figura del administrador, figura (el concepto

de negocio de administración) que, como señala DÍEZ PICAZO<sup>47</sup>, aun cuando se utiliza con frecuencia en el Código Civil<sup>48</sup> no es cuestión pacífica..., si bien en general pueden calificarse como tales «*aquellos que tienen por finalidad la conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico*». Desde esta perspectiva serían actos de administración, los actos de finalidad conservativa, los de defensa del mismo frente a ataques de terceros y los actos dirigidos a obtener de estos bienes su rendimiento normal de acuerdo con su destino económico, esto es, los actos de gestión (interna) y de representación (externa).

De ahí que, a falta de consenso doctrinal y ante la ausencia de un concepto legal de *administrador* en el ámbito jurídico privado<sup>49</sup>, se imponga en el ámbito penal –como apunta SEGRELLES ARENAZA<sup>50</sup>– un *concepto amplio* que, *vertebrado alrededor de su función esencial*, permita integrar en el «quien» típico a todo aquel al que, aun no siendo jurídico formalmente un «administrador» (lo que permite englobar al administrador de hecho y aún el denominado administrador «oculto» o «durmiente»<sup>51</sup>), se le confiera sobre el patrimonio del administrado, en primer lugar, facultades de gestión y facultades de representación/disposición en el sentido de facultades de concluir o no cualquier clase de negocio jurídico de carácter patrimonial y, en segundo lugar, autonomía en la gestión en el sentido de que la decisión de ejercitarlas o no y hasta donde, le corresponda exclusivamente a él (la discrecionalidad empresarial a la que se refiere la LSC), siempre, claro es, en el marco de lo permitido por el título por el cual adquirió tal condición y a los fines determinados, siempre patrimoniales a la vista del bien jurídico protegido en el precepto.

Debe ponerse aquí de manifiesto que el delito de administración desleal no se halla entre las infracciones que pueden ser cometidas por una persona jurídica a pesar de que el artículo 212.1 de la LSC contempla la posibilidad de que

---

<sup>47</sup> DÍEZ PICAZO, L., «*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*», I, 6ª edición pág. 9. Thomson c Civitas, Madrid 2007.

<sup>48</sup> DÍEZ PICAZO, L., op. cit. pág. 97: Así, «*en algunos pasajes los actos de administración aparecen contrapuestos a los actos que exceden de la administración ordinaria. Otras veces se contraponen los actos de administración a los actos de riguroso dominio y entre estos sitúa el C.c. el transigir, el enajenar, el hipotecar y el realizar cualquier otra actividad semejante*».

<sup>49</sup> Donde se define como un «*contrato sui generis*» o negocio complejo mezcla de mandato y arrendamiento de servicios.

<sup>50</sup> SEGRELLES DE ARENAZA, I., «*El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas*», La Ley Penal nº 121, 1 de julio 2016, pág. 3.

<sup>51</sup> Sobre el tema ampliamente ALONSO UREBA, A. «*Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (Administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)*», en «*La responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital*». GUERRA MARTÍN (Coordinador) La Ley Actualidad 2011, pág. 89 y ss. También GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. en «*La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles*», 5ª ed. Valencia 2013, págs. 359 y ss.

pueda ostentar la condición de administrador, si bien en el apartado 2 del mismo precepto, determina que la sociedad deberá nombrar a una persona para el ejercicio permanente de las funciones propias por lo que, en principio, será esta persona quien a efectos penales puede cumplir el tipo penal, sin perjuicio de que a su autoría puedan coadyuvar cooperadores necesarios<sup>52</sup>.

En la misma línea, sostiene BACIGALUPO ZAPATER<sup>53</sup> que el llamado a administrar un patrimonio debe tener un cierto ámbito de autonomía donde independientemente y con autoresponsabilidad pueda ejercer sus facultades en el puesto que, de carecer de este ámbito de autonomía, no cabría hablar de administración sino de mandato (art. 1709 y ss CC).

Se trata, pues, de partir de un concepto funcional y no formal de administrador de modo que el «quien» típico podrá integrarlo aquel o aquellos (también un órgano colegiado) que participen, material o funcionalmente, de forma autónoma y efectiva en el desarrollo de las competencias a fines de gestión y de representación de una sociedad (o de un patrimonio perteneciente a persona física), al margen de si alguna vez tuvo o tuvieron aquella condición<sup>54</sup>; es decir, aquel o aquellos que están facultados para llevar a cabo una pluralidad de actuaciones de diversa naturaleza, tanto internas (*ad intra*) como externas (*ad extra*) al desarrollo del objeto social y a la consecución del fin social. La restricción vendrá determinada por la exigencia típica de que aquellas facultades emanen de la ley, de una autoridad o de la asunción de un negocio jurídico.

La STS, Sala 1ª de 23 de febrero de 2004, refiriéndose al administrador societario plasma perfectamente este concepto funcional: «*los administradores de una sociedad..., están obligados a dirigir la empresa social y a representar a la sociedad y han de desempeñar su cargo contemplando no su propio interés o el de cualquier tercero sino solo el interés de la sociedad que administran*».

Más allá de requisitos formales, *función, fines y autonomía* constituyen el eje alrededor del que gira la condición de administrador a efectos penales. Por lo tanto, a mi juicio, carece de interés, cualquier debate sobre la posibilidad de ser autores del delito cargos o posiciones tales como el de gerente, apoderado, consejero delegado o el gestor de negocios ajenos previsto como cuasi contrato en el artículo 1888 CC<sup>55</sup>; cualquiera, en posesión de facultades de administra-

---

<sup>52</sup> En relación a los problemas derivados de la administración en el ámbito societario o empresarial y en especial respecto de los órganos colegiados, delegados y apoderados y su posible responsabilidad por el tipo del artículo 252 CP vid. la STS de 29 de octubre de 2020. En sede doctrinal, sobre el mismo tema PASTOR MUÑOZ/COCA VILA ob. cit. pág. 173 y ss.; también VERA RIVERA, ob. cit. pág. 394.

<sup>53</sup> En «*El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código penal*» ob. cit. pág. 4.

<sup>54</sup> GUERRA, G. «*La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital*» en «*La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*» (Coordinador Guerra... G) La Ley, Madrid 2011.

<sup>55</sup> Sobre el tema, extensamente PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., ob. cit. págs. 173 a 181 y VERA RIVERA, M.C., «*El delito de administración desleal: criterios de política criminal*,

ción dimanantes de alguna de las fuentes típicas que ostenta para velar por el patrimonio, conservándolo e incrementarlo a ser posible y que goce de autonomía para ejercerlas, es un administrador a efectos penales.

Resultan excluidos, por expresa disposición legal, el administrador concursal, los depositarios de caudales, fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, así como los particulares legalmente depositarios de efectos públicos y los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad pública aun cuando fueren de particulares. A estos sujetos, el CP en su artículo 435 asocia la misma condición y las mismas consecuencias previstas en el artículo 432 CP en base al interés público existente en la salvaguarda de dichos bienes a favor de los acreedores, la Administración o los titulares de los bienes embargados o secuestrados. No así el cónyuge gestor de los bienes de la sociedad de gananciales o de cuentas corrientes indistintas, considerados patrimonios ajenos a efectos del delito de apropiación indebida y lógicamente también a efectos de administración desleal.

Por otra parte, la doctrina mayoritariamente niega la posible condición de sujeto activo al gestor del contrato de cuentas en participación y al administrador del trust (*trustee*), por lo menos en el modelo anglosajón, en cuanto tanto en el primer supuesto (específicamente previsto en el derogado artículo 295 CP) como en el segundo, las aportaciones del cuenta partícipe que el gestor debe administrar dándole cuenta y abonándole los beneficios, como los bienes que son confiados al *trustee* a los mismos efectos, pasan a formar parte de su patrimonio, motivo por el cual la administración a determinados fines y con determinados objetivos lo es de su propio patrimonio.

Así, –se aduce– en el contrato de cuentas en participación regulado en el Título II del Libro II del CC en sus artículos 239 a 243, el partícipe solo ostenta frente al gestor un derecho de crédito pues este no se obliga a restituir los bienes sino solo a rendir cuentas y entregar las ganancias obtenidas hasta el límite de la aportación (límite que alcanza igualmente a las posibles pérdidas); lo propio sucede en el trust anglosajón, que se construye como una relación fiduciaria en virtud de la cual el *trustee* se obliga a administrar los bienes recibidos del *settlor* en beneficio de los designados en el trust o del fin del mismo. En consecuencia, al exigir el precepto que «el patrimonio administrado» sea «ajeno», la actuación desleal del gestor y del *trustee* no sería incardinable en el artículo 252 CP porque lo impide su propia naturaleza a pesar de que no se discute que la esencia de la prohibición penal de la conducta no gira tanto en torno a la ajenidad (del patrimonio) sino en la causación por parte del sujeto de un perjuicio al patrimonio que debía administrar a favor de otro o a determinado fin<sup>56</sup>.

---

*fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*», Aranzadi, 2016, págs. 380 a 394.

<sup>56</sup> En el mismo sentido MARTÍNEZ BUJAN, C., «El delito de administración desleal de patrimonio ajeno», ob. cit. pág. 86, proponiendo una interpretación distinta pero gramaticalmente posible del término ajenidad que, a su juicio, permitiría incluir estos

Contrariamente, no existiría objeción en orden a admitir la autoría del *trustee* en el marco del modelo continental puesto que en este negocio jurídico, de naturaleza fiduciaria, los bienes no se integran en la esfera dominical del *trustee* sino que los bienes integran una masa distinta y no forman parte del patrimonio del *Trust* tal y como determina el artículo 2 del Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable a los *Trusts* y su reconocimiento de 1 de julio de 1985 que entró en vigor el 1 de julio de 1992; dicha «masa distinta» a la que se refiere el Convenio constituye un patrimonio separado y autónomo y consecuentemente «ajeno» en la misma línea que en el derecho civil catalán los denominados patrimonios protegidos (artículo 227-2.1 CCC) por lo que siendo «ajeno» no existiría obstáculo para que el *trustee* pudiera ser sujeto activo del delito si bien –salvo error– España no ha ratificado el Convenio<sup>57</sup>.

Los denominados patrimonios separados se pueden definir como conjuntos patrimoniales, normalmente gestionados por un administrador, que en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a una responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio, siendo, en consecuencia, sus características la independencia del núcleo patrimonial de que se trate y el origen legal de esta autonomía patrimonial, ya que solo el Derecho objetivo –y para proteger determinados fines e intereses– puede establecer este régimen excepcional el cual no puede constituirse por la mera voluntad del titular del patrimonio.

La doctrina cita como casos de patrimonios separados en nuestro ordenamiento jurídico, la herencia indivisa, la aceptada a beneficio de inventario, los bienes gananciales, el patrimonio del hijo no sujeto a usufructo paterno, la comunidad de bienes, las comunidades de propietarios de la LPH y las uniones sin personalidad; un tipo especial lo sería el patrimonio de destino o en administración que es aquel que no depende de ningún titular y que está adscrito al servicio de un fin de los que son paradigmas el patrimonio del *nasciturus* y la herencia yacente. Todos ellos («el patrimonio administrado») serían calificables de «ajenos» por lo que se abriría la vía para, en su caso y cumplidos los ulteriores requisitos típicos, incriminar al administrador desleal por el artículo 252 CP.

Sea cual fuere la fuente de la que emana la obligación de administrar que vincula al penalmente definible como «administrador», y sea cual sea la amplitud de significado que se otorgue al término en la esfera penal, el tipo previsto en el artículo 252 CP configura un delito especial propio al que alcanzan las cuestiones generales en orden a la participación que tal naturaleza comporta<sup>58</sup>.

---

supuestos en el tipo, propuesta que no puedo compartir porque en estos supuestos no estamos ante algo «impropio, extraño, no correspondiente» sino ante algo titularidad de otro.

<sup>57</sup> Sí lo han hecho –con matices– en su regulación interna Holanda, Luxemburgo, Italia y Suiza.

<sup>58</sup> Naturaleza que le otorga unánimemente la doctrina penal. Excepcional y a mi juicio erróneamente, OSUNA MARTÍNEZ-BONE, en «Evolución del delito de administración desleal en

Ahora bien, el sujeto al que se encomienda la administración de un patrimonio ajeno, sea cual fuere el título típico por el cual adquiere tal condición, asume en relación al patrimonio el deber de protegerlo, mantenerlo y, en su caso aumentarlo y no simplemente no dañarlo; o dicho de otra manera, –siempre siguiendo a SEGRELLES DE ARENAZA– la administración genera un estatus en el administrador que incluye deberes específicos que son el correlato y la razón de las facultades que se le otorgan para cumplir con aquellas finalidades<sup>59</sup>. Deberes de diligencia y de lealtad en su actuación, que le obligan respecto del titular del patrimonio administrado<sup>60</sup> y cuya vulneración genera consecuencias civiles o societarias de diversa naturaleza y, en determinados supuestos, consecuencias penales vía artículo 252 del CP si con ello se causare un perjuicio al patrimonio administrado.

La vulneración de dichos deberes, fundamento de las facultades que su condición le otorga, su contenido y alcance unido al hecho de que el legislador, más allá del dolo, no exige ningún motivo de la acción, va a condicionar –como veremos– la delimitación de la conducta del administrador penalmente relevante.

Admitido, como no puede ser de otra manera, que cada clase de negocio de administración puede configurar en mayor o menor extensión las facultades que se otorgan al administrador, lo cierto es que estas giraran siempre en torno a las de gestión y representación (del patrimonio) que se erige en clave de bóveda del propio concepto de administración y que, en sede penal, como tendremos ocasión de justificar, deberán ser de naturaleza patrimonial. Correlato de dichas facultades patrimoniales (de incidir, decidir y actuar sobre el patrimonio) será siempre la existencia de unos deberes que, como presupuesto de aquellas, deberán ser respetados en su ejercicio.

En una primera aproximación y antes de una ulterior concreción en la esfera penal, se concretan en el deber de diligencia en la gestión y el deber de lealtad al titular del patrimonio administrado, en el sentido de anteponer el interés de aquel y a los fines asignados a cualquier otro y, desde luego, al propio, en evitación de conflictos de intereses.

---

*el Código Penal español» Aranzadi Doctrinal, n° 11/2016, pág. 3, afirma que «tras la última reforma de la ley penal sustantiva el delito de administración desleal deja de entenderse como delito societario (o especial propio) pasando a ser exclusivamente patrimonial (delito común).»*

<sup>59</sup> «El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas», en «Estudios monográficos sobre el nuevo delito de administración desleal» La Ley Penal n° 121, julio-agosto 2016, pág. 5 y ss.

<sup>60</sup> No comparto pues la afirmación de SEGRELLES DE ARENAZA en op. cit. pág. 3 conforme a la cual «la administración es una relación estable entre un patrimonio y un sujeto» habida cuenta que las relaciones jurídicas lo son entre personas (físicas o jurídicas) y por tanto la relación estable lo es entre el administrador y el titular del patrimonio administrado que integra el objeto de la acción.

### 3.1.2. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica titulares de un patrimonio cuya administración ha sido confiada, delegada o encomendada a un tercero, hecha excepción de las personas jurídicas públicas.

En concordancia con este entendimiento, existe acuerdo doctrinal en que pueden serlo las sociedades en formación, la sociedad irregular (en razón de entenderse su patrimonio como patrimonio separado), las comunidades de bienes o de propietarios, la herencia indivisa, la aceptada a beneficio de inventario, los gananciales, el patrimonio del hijo no sujeto a usufructo paterno y las uniones sin personalidad; un supuesto especial sería el patrimonio de destino o en administración que es aquel que no depende de ningún titular y que está adscrito al servicio de un fin, de los que son paradigmas el patrimonio del *nasciturus* y la herencia yacente. No en cambio, según CASTRO MORENO<sup>61</sup> los cuenta-partícipes y los beneficiarios del trust, los terceros no titulares del patrimonio administrado que ostenten intereses patrimoniales y los socios o accionistas de entidades con personalidad jurídica propia, quienes –dice– como perjudicados «*podrán concurrir al procedimiento como acusación particular en defensa del patrimonio social y de sus propios intereses patrimoniales*».

Desde un prisma procesal esta afirmación es en parte cierta y en parte incierta. Efectivamente, admitido que el sujeto pasivo del delito es el titular del patrimonio al que se ha causado perjuicio pero que, en supuestos como los enumerados terceras personas con intereses patrimoniales sobre el patrimonio administrado pueden resultar perjudicadas (también en su caso los socios y accionistas) a raíz de la conducta desleal del administrador, no existe duda de que estos terceros pueden acudir a la vía jurisdiccional y ser parte en el proceso penal incoado contra el administrador.

Ahora bien, ni los socios y accionistas ni los terceros que, por ostentar intereses patrimoniales sobre el mismo, resulten afectados por la conducta del administrador, son los titulares del bien jurídico lesionado sino el titular persona física o persona jurídica que lo sea del patrimonio administrado. Estos son los únicos que, como «*ofendido*» o «*víctima*» del delito, pueden ejercitar la acción penal contra aquel como Acusación Particular y no aquellos sujetos cuya condición es la de sujetos patrimonialmente afectados por la conducta delictiva, esto es, los «*perjudicados*» por el delito; en este sentido y aun cuando –desde mi punto de vista erróneamente– en muchas ocasiones, los Tribunales les otorgan tal condición procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal es clara: el artículo 109 de la citada ley dispone que «*al ofendido por el delito que tuviera la capacidad legal necesaria, le asiste el derecho a mostrarse parte en el proceso*» ... debiendo ser informado de ello por el Secretario «*en el acto de recibirse declaración*»,

---

<sup>61</sup> Ob. cit., pág. 14 y ss.



mientras que en el artículo 110 dispone que «*los perjudicados por un delito ..., podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan...*» en la condición procesal de actor civil, con la excepción de los supuestos y para los sujetos enumerados en los apartados 1 y 3 del artículo 109 bis de la Lecrim., quienes sí podrán personarse en la causa como Acusación Particular.

La ley distingue, pues y sin perjuicio que ambas condiciones procesales puedan concurrir en una misma persona, entre *ofendido por el delito*, al que en otras ocasiones llama «*víctima*», que como peculiaridad de nuestro sistema procesal podrá, como titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, ejercitar la acción penal y también la civil (salvo renuncia expresa) en calidad de Acusación Particular junto a la Acusación Pública, y «*perjudicado*» por el delito, quien como persona sobre la que recaen las consecuencias patrimoniales de la lesión del bien jurídico, podrá ejercitar en dicha causa la acción civil como actor civil.

Ahora bien, se entiende por la doctrina procesal que la acción de responsabilidad civil derivada de delito, que lo es en realidad «por el *daño* causado por el delito» (art. 116 CP) y, por tanto, «*ex damno*», puede ser ejercitada por las personas o entidades «*directamente perjudicadas*» por la comisión del hecho delictivo, es decir, por aquellos en quienes recaen *directamente las consecuencias patrimoniales (negativas)*; pudiera entonces suscitarse la duda acerca de si, en sede societaria, los socios poseen la condición de perjudicados directos (condición que sí posee la sociedad titular del patrimonio administrado) o si, por el contrario, lo son solo de modo indirecto, caso en que, según expresa la STS Sala Civil de 23 de febrero de 2004, al ser los deberes de diligencia y lealtad, deberes que pesan sobre el administrador «*frente a la sociedad y no frente a terceros*»... es esta, según el artículo 238 de la LSC, quien por tratarse de patrimonio social deberá ejercitar la «acción social» de responsabilidad que no puede ser exigida por los socios a título individual o por los acreedores sociales si no es por subrogación, salvo lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la LSC que, en resumen, solo es factible en el caso de inactividad de la sociedad en su ejercicio.

Otra cosa es, naturalmente, que cualquiera de los sujetos mencionados pueda personarse en la causa como Acusación Popular tal y como permiten los artículos 101, 270 y 761.1 de la Ley procesal penal<sup>62</sup>.

### 3.2. *El objeto de la acción: el patrimonio*

Una de las cuestiones más controvertidas doctrinalmente en el contexto de los delitos patrimoniales, es el concepto de patrimonio puesto que, en muchas de las figuras penales que se encuadran en dicho contexto, el concepto de

---

<sup>62</sup> Contrariamente de modo expreso entiende CASTRO MORENO en ob. cit. pág. 14, que podrán defender en la condición procesal de Acusación Particular *el patrimonio social y sus propios intereses patrimoniales los terceros* sobre los que recaigan los perjuicios patrimoniales por la gestión desleal.

que se parta puede conducir a consecuencias jurídico-penales relevantes, especialmente en relación a la delimitación del menoscabo patrimonial o perjuicio típico que integra normalmente el resultado de la infracción. La cuestión no es ajena al delito de administración desleal y por tanto no es de extrañar que haya sido objeto de discusión doctrinal ya en relación a la redacción del anterior artículo 295 CP («*causando directamente un perjuicio económicamente evaluable*» a los sujetos pasivos típicos) y lo siga siendo bajo la nueva regulación en cuanto puede incidir directamente en la delimitación del perjuicio típico («*y de esa manera causen un perjuicio al patrimonio administrado*»).

La cuestión se plantea hoy en relación a si la finalidad de prohibir bajo pena las conductas desleales del administrador y la propia estructura del tipo, abonan la necesidad de partir de un concepto mixto de patrimonio (económico-jurídico) o si la redacción del artículo 252 CP implica un giro legislativo a favor de un concepto personal de patrimonio.

Como es sabido, las disfunciones que comportaba adoptar en sede penal un concepto jurídico o exclusivamente económico de patrimonio, dieron lugar a la formulación del concepto jurídico económico que constituye en la actualidad la posición dominante en la doctrina penal española y que coincide, en lo esencial, con la conceptualización del mismo en el ámbito de la doctrina civil. A efectos penales se define, pues, el patrimonio como el conjunto de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico o que por lo menos revistan una apariencia jurídica (artículos 1305 y 1306 CC) que son susceptibles de ser objeto de una transacción económica.

Desde otra perspectiva y partiendo de un concepto personal del bien jurídico, surge –como correctivo normativo de la teoría mixta del patrimonio– el concepto personal o funcional del patrimonio cuyo núcleo fundamental no es el patrimonio estáticamente considerado sino que parte del entendimiento de que el patrimonio es algo más que un conjunto de bienes con valor económico, pues engloba el poder o dominio, es decir, las facultades de disposición que su titular ostenta sobre las cosas o bienes que lo integran, lo que contribuye al desarrollo de su personalidad. De ahí que el concepto de patrimonio deba ser definido desde un prisma funcional o dinámico y, en consecuencia, como destinado a un fin (a los fines a los que su titular lo destina)<sup>63</sup>.

Creo que por lo menos en lo que se refiere al tipo penal que nos ocupa, el debate doctrinal, no carente de interés, no presenta relevancia alguna y que

---

<sup>63</sup> Aunque referido al delito de estafa con los matices que ello supone y que no son a mi juicio extrapolables sin más a cualquier delito contra el patrimonio, apunta a un concepto personal de patrimonio o mejor dicho de daño patrimonial la STS de 23 de abril de 1992 (caso de la Colza). Especialmente interesante resulta la exposición sobre el alcance y consecuencias de la adopción de un concepto funcional o mixto del patrimonio en sede del delito de administración desleal del antiguo artículo 295 CP, la STS de 29 de abril de 2020 («*Caso Palau de la Música*»).

adoptar, a efectos interpretativos, uno u otro concepto, escasa o nula incidencia puede tener a efectos de delimitación del ámbito típico.

Efectivamente, concebida la figura como un tipo especial («*quien tuviere facultades para administrar...*»), de infracción del deber («*las infringiere con abuso de las mismas*») y de resultado («*causando un perjuicio al patrimonio administrado*») el alcance que se proporcione al concepto «patrimonio» (susceptible de ser perjudicado) de una parte, derivará directamente de la naturaleza, marco y función del negocio de la administración que, como decíamos, citando a DÍAZ PICAZO, es un negocio jurídico que tiene por finalidad la *conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio y los actos dirigidos a obtener de los bienes aquellos rendimientos que normalmente deben proporcionar de acuerdo con su destino económico*, finalidades que constituyen la función/deber del administrador y sustentan las facultades que se le confieren y que no varían si el título por el que se adquiere la condición de administrador es institucional en el sentido que deriva de la ley o del mandato de la autoridad.

Por otra parte, el alcance objetivo del perjuicio (patrimonial) derivará de la interpretación proporcionada a la acción típica, especialmente de la admisión o no de la posibilidad de la comisión por omisión.

Queremos decir con ello que la administración implica necesariamente la gestión autónoma de los *bienes y derechos con valor económico que integran el patrimonio de una persona física o jurídica*, para conservarlo, defenderlo y hacerlo rentable (aumentarlo, dentro de las expectativas económicas razonables), *siendo estos –y solo estos– los fines de este concreto negocio o institución* los cuales fundamentan las facultades que para ello se le confieren y su cumplimiento con diligencia y lealtad la obligación/deber del administrador.

Deberes que, como indica VALPUERTA GASTAMINZA<sup>64</sup> derivan todos ellos del deber general de buena fe objetiva, siendo los deberes básicos o fundamentales el de diligencia en la gestión y el de fidelidad o lealtad al interés social y, como derivación de estos deberes, la exigencia de la comunicación de posibles conflictos de interés y la prohibición de competencia.

### 3.3. La conducta típica

El texto legal define la conducta típica como la *infracción* por parte del administrador *de las facultades* que le fueron otorgadas por la ley, la autoridad o que

---

<sup>64</sup> En «*Comentarios a la Ley de sociedades de Capital*», Bosch 2013, pág. 620. También en este sentido, LLEBOT, J.O, «*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*», en «*Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*» (Rojo/Beltran Directores) Valencia 2013, págs. 33 y ss. y PAZ-ARES, C. «*La responsabilidad de los administradores como instrumentos de derecho corporativo*» Indret, 4/03, pág. 5-12. (Las obras citadas anteriores a la LSC de 2014, esto es, comentan respectivamente la LSC de 2010 y la Ley General de Transparencia de 2003, si bien su contenido en orden a los deberes de los administradores es perfectamente compatible con aquella).

asumió en virtud de un negocio jurídico u otro título típico *excediéndose en su ejercicio*, definición legal profusamente criticada por la generalidad de la doctrina.

### 3.3.1. Precedentes

Resulta conveniente, en cuanto que ello va a incidir en el significado a proporcionar a los elementos típicos de la figura de la administración desleal y de la nueva redacción legal de la apropiación indebida, realizar una breve referencia a la regulación de la misma en el código penal alemán cuya influencia en la remodelación de dichas infracciones penales es clara lo que se pone de relieve en los distintos Anteproyectos y Proyectos que han precedido a la reforma operada por la LO1/2015 de 30 de marzo<sup>65</sup>.

En el código penal alemán la regulación del delito de administración desleal (*Untreue*) es de tal amplitud que, como ha señalado MARTÍNEZ BUJAN<sup>66</sup>, dio lugar a la derogación de las normas penales societarias de administración desleal contenidas anteriormente en diversas leyes especiales; así, el parágrafo 266 del StGB, que en su apartado 2 regula una agravación penológica para supuestos de especial gravedad, en el apartado 1 castiga con una pena de uno a cinco años de prisión o con una pena pecuniaria a «*quien abuse de la facultad que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o lesione el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad y de ese modo cause un perjuicio a los intereses patrimoniales que él tenía que cuidar*».

En la doctrina germánica existe consenso en que el precepto recoge en realidad dos tipos, si bien para el sector mayoritario el primero implica solo una manifestación específica del tipo genérico de la deslealtad, mientras que minoritariamente se otorga al llamado tipo de abuso un contenido y significado autónomo; en el apartado 1 se describe el denominado tipo de abuso (*Treubruchtatbestand*) cuya finalidad es prohibir bajo pena ataques contra el patrimonio concretados en disponer del patrimonio administrado o contraer obligaciones, es

---

<sup>65</sup> Por todos y contundentemente RAMOS RUBIO, C., «*El nuevo delito de administración desleal*», en «*Comentario a la reforma penal de 2015*»; GONZALO QUINTERO, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit. pág. 534. También GILI PASCUAL, «*Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y otras figuras*» en «*Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*», GONZÁLEZ CUSSAC (dir), ob. cit. pág. 782. Excepcionalmente BACIGALUPO ZAPATER, E., descarta la directa influencia de la legislación penal alemana y alude a una semejanza del nuevo artículo 252 CP con el parágrafo 153 del texto punitivo austriaco en «*La reforma de la Ley de sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal*», en *Diario La Ley*, n° 8637, Sección tribuna, 3 de noviembre de 2015, ob. cit. pág. 7/8. El parágrafo 153 ÖSTGB sanciona con una pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 360 cuotas-día a «*quien a sabiendas abuse de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a otro que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, y, de este modo cause a otro un perjuicio patrimonial*».

<sup>66</sup> *El delito de administración desleal*, ob. cit. pág. 71.

decir, abusar de las facultades que se otorgan al administrador de proyectar su actuación en la esfera externa o, lo que es lo mismo, en el tráfico económico jurídico y, en cambio, en el segundo (*Missbrauchtatbestand*) se sanciona penalmente la conducta de quien infringe el deber que le incumbe de preservar los intereses patrimoniales ajenos que le han sido confiados, esto es, la deslealtad/infidelidad con consecuencias económicamente perjudiciales<sup>67</sup>.

El sector mayoritario de la doctrina germánica parte de la consideración de que el parágrafo 266.1 del StGB prohíbe bajo pena cualquier infracción del deber de salvaguardar el patrimonio ajeno que alcanza al administrador pero con la particularidad de que asocia a la conducta genérica de infidelidad una pena pecuniaria y una pena de prisión de uno a cinco años cuando esta infracción causante de perjuicio se concreta en una conducta de abuso en el ejercicio de las facultades de disposición que considera, pues, de mayor gravedad.

Este binomio que, bajo una aparente administración desleal genérica, se traduce en definitiva en la existencia de un tipo penal que acoge dos conductas posibles de deslealtad del administrador (cuya generalidad y extensión corregía el Proyecto Alternativo que acogía en su parágrafo 183 el delito de «*abuso de facultades jurídico sociales*», más restrictivo en cuanto al círculo de autores y a la conducta típica, si bien ampliaba la materia de prohibición<sup>68</sup>), era el que acogían el español Proyecto de Reforma de 2007, el Anteproyecto de 2012 y especialmente el Proyecto 2013 en el curso de cuya tramitación se modificó, mediante una enmienda de Izquierda Unida, la propuesta de tipificación del nuevo delito en el sentido de suprimir el «*tipo de infidelidad*» criticado por la doctrina, por el Informe del Consejo General del Poder Judicial y por el Informe del Consejo Fiscal que hicieron hincapié en la cuestionada constitucionalidad del tipo de infidelidad por parte de la mayoría de la doctrina penal germánica<sup>69</sup>.

Pero como ya apunté en las primeras páginas de este trabajo, el legislador efectivamente copió (el parágrafo 266 del StGB) pero copió mal o, siendo bené-

---

<sup>67</sup> Este segundo inciso del parágrafo 266 que fue introducido en la reforma del StGB de 1933, en pleno auge del nacionalsocialismo, ha sido objeto de importantes críticas, habiéndose puesto en duda incluso su constitucionalidad. Respecto a las cuestiones planteadas en la doctrina y jurisprudencia alemana en torno a la administración desleal vid. PASTOR MUÑOZ, N./ COCA VILA, I., ob. cit. pág. 51 y ss. y SCHÜNEMANN, B., «*La administración desleal de los órganos societarios*» y «*¿Infracción grave del deber en la administración desleal?*» en «*La administración desleal de los órganos societarios*», GÓMEZ JARA DIEZ, C. (coordinador) Atelier 2008, págs. 21 a 80 y 83 a 96; MIR PUIG, C., «*La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*», ADPCP, Vol. LXVIII, 2015, pág. 207 y ss.

<sup>68</sup> Sobre este punto vid. extensamente MARTINEZ BUJAN, «*El delito de administración desleal del patrimonio ajeno*», ob. cit. pág. 73 y ss.

<sup>69</sup> Sobre el contenido y vicisitudes del trámite parlamentario del Proyecto de 2013 de nuevo ampliamente MARTINEZ BUJAN, C. «*El delito de administración desleal...*» ob. cit. pág. 35 y ss.

volos, cuando acordó suprimir el tipo de mera deslealtad, redactó mal el tipo de abuso que al parecer pretendía configurar, dando a luz a una figura atrabiliaria de difícil interpretación. Con ello la polémica doctrinal y el desconcierto de los Tribunales llamados a aplicar el nuevo delito y, en suma, la inseguridad jurídica, estaban servidas.

Adelanto ya que, desde mi punto de vista, la lectura de la descripción típica de la conducta punible del artículo 252 del vigente CP, conectada con la naturaleza del negocio de la administración y, más concretamente con las finalidades que fundamentan el papel que asume el administrador en el mismo (conservar, no dañar y aumentar el patrimonio) así como la relación que establece con su titular, permite considerar que estamos ante un solo injusto típico, caracterizado por causar un perjuicio al patrimonio ejerciendo el administrador sus facultades quebrantando el vínculo de fidelidad que le une al titular del patrimonio y que le obliga a actuar como «*un representante leal*», esto es, gestionándolo con diligencia y lealtad.

La correcta acotación del ámbito de lo prohibido y la reconducción del amplio concepto de «fidelidad» para que no desborde los límites de un Derecho Penal, definido como el último instrumento de control social, vendrá determinado por la interpretación que se proporcione a dichos deberes y la extensión que se otorgue a las facultades cuyo ejercicio, quebrantándolos, causa perjuicio<sup>70</sup>.

### 3.3.2. La infracción de las facultades del administrador excediéndose en su ejercicio: generalidades

Como era fácil presumir, la doctrina penal sin excepciones coincide en denunciar la falta de rigor del legislador, en criticar la redacción típica que anuncia problemas interpretativos de hondo calado y mayoritariamente efectúa ya propuestas de «*lege ferenda*» desde el mismo momento de su entrada en vigor, lo que es más que llamativo; sin embargo, la unanimidad se rompe al tomar posición en relación al significado hermenéutico a proporcionar a la nueva configuración de la conducta típica, quiebra que puede sistematizarse en dos grupos claramente diferenciados.

De la supresión en trámite parlamentario de la figura de deslealtad genérica, calco literal de la *Missbrauchtatbestand* del parágrafo 266 del StGB de cuya constitucionalidad ha dudado la doctrina germánica<sup>71</sup>, un primer grupo infiere

---

<sup>70</sup> SCHÜNEMANN, B. «*Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victima dogmática*», en «*Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*», Atelier, 2006, págs. 81-82.

<sup>71</sup> Sobre ello, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal, Madrid 2013 que tras poner de relieve que el precepto se mantiene en el StGB obedece a la especial configuración normativo-mercantil de las estructuras empresariales, recuerda que su origen se halla en la Ley de 26 de mayo de 1933 y se promulgó en un contexto histórico determinado en el que el control/represión/incautación de las empresas titularidad de los «*enemigos del Reich*» aparecía como instrumento necesario.

que el nuevo tipo, al igual que el anterior, se configura como un tipo de abuso y que, por lo tanto, la supresión del artículo 295 CP anterior a la reforma no resultaba imprescindible<sup>72</sup>. Otro sector doctrinal, sosteniendo igualmente que el legislador ha articulado un tipo de abuso, entiende adecuada la ubicación sistemática en el marco de las defraudaciones y considera, en principio, correcta su redacción en cuanto permite –dicen– delimitar la conducta desleal del administrador del delito de apropiación indebida<sup>73</sup>; en todo caso, especialmente en estos últimos autores, surgen discrepancias en torno a extremos interpretativos más importantes de los que es paradigma la admisión o no de la comisión por omisión.

Al hilo de esta última cuestión, especialmente interesante resulta la tesis expuesta por SEGRELLES PEDRAZA<sup>74</sup> que niega la posibilidad de comisión omisiva del delito de administración desleal sobre la base de los siguientes argumentos que tienen como punto de partida el hecho de que el artículo 11 CP regula solo los delitos que consistan en la producción de un resultado: «*en los delitos de resultado caben varias opciones: la primera es expresar o determinar el resultado mediante el verbo de la acción*» (el homicidio como ejemplo paradigmático). «*La segunda opción es referirse solo al resultado y utilizar como verbo típico un verbo neutro –es decir sin contenido valorativo de bien jurídico– como “causar” .., de este modo es el resultado en que aporta el contenido valorativo y la conducta queda totalmente abierta y separada del mismo*» (así sucede en el delito de lesiones)... *en estos dos supuestos (aun cuando la primera es mas restringida) la conducta está abierta..., de modo que se puede matar o causar lesiones golpeando o no frenar el vehículo, es decir cabe una gran variedad de acciones y cabe también la omisión*» y por tanto «*entran dentro de los delitos que consisten en la producción de un resultado que regula el art. 11 CP. Pero no es el caso del art. 252 CP, lo que nos lleva a detenernos en la tercera opción a la hora de construir los delitos de resultado que consiste en que el resultado no se expresa con el verbo de la conducta (de la acción en sentido amplio) y además dicha conducta se describe de manera concreta, es*

---

Sobre el tema también Mir Puig, C., *La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español*, ob. cit. pág. 206 y ss.

<sup>72</sup> Así, MARTINEZ BUJAN, ob. cit., aludiendo expresamente a la tesis del statu quo, recoge palabras de CONDE PUMPIDO TURON pronunciadas en relación al Anteproyecto que resultan hoy harto significativas atendida la interpretación que la Sala Segunda ha proporcionado a los nuevos artículos 252 y 253 del vigente Código Penal: «*el cambio de modelo responde a una concepción doctrinal respetable pero no es necesario para responder a una demanda social, forense, del mundo económico o del jurisdiccional. No elimina graves lagunas de punibilidad ni aporta mayor seguridad jurídica. Prescinde de la doctrina jurisprudencial de nuestro T.S. dejando vacío de contenido un trabajo clarificador realizado a lo largo de casi dos décadas e introduce un modelo importado que es hoy cuestionado en su propio país de origen y que resulta inseguro, innecesario y perturbador*».

<sup>73</sup> Entre otros, JUAN SANJOSE, R.J. «*La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*», Bosch 2016, pág. 125 y ss.

<sup>74</sup> «*El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas*», ..., ob. cit. pág. 8.

*decir, tipos de medios determinados»...», siendo este el caso del art. 252 CP «cuyo resultado es un perjuicio al patrimonio administrado y la conducta..., infringir las facultades excediéndose en el ejercicio de las mismas. En este punto la cuestión de si los tipos de medios determinados, a pesar de ser de resultado, se excluyen de los delitos que consistan en la producción de un resultado que es la exigencia del art. 11 CP».*

Pero como a continuación reconoce el citado autor, aun cuando un nutrido sector de la doctrina se inclina por esta opción que consecuentemente conllevaría la exclusión de la omisión del ámbito de prohibición bajo pena de la administración desleal, se trata de una cuestión abierta sobre la que me pronunciaré en líneas posteriores.

Finalmente, un sector minoritario mantiene que la descripción típica de la conducta permite sostener que el legislador ha configurado una administración genérica (un tipo de infidelidad) que, a diferencia de lo que acaecía en el artículo 295 CP, «no se limita a recoger el abuso de las facultades de disposición o contratación de obligaciones, sino que el legislador español castiga todo ejercicio patrimonialmente lesivo y doloso de dichas facultades en el que el autor se desvía del fin para el que le han sido otorgadas»<sup>75</sup>, tesis que en principio comparto con las particularidades que iré poniendo de manifiesto.

### 3.3.3. El deber de salvaguarda del patrimonio como presupuesto de las facultades del administrador

Al inicio de este trabajo decía que el legislador de la reforma ha copiado mal y lo ha hecho precisamente al configurar la conducta típica no solo de manera imprecisa sino contra el sentido gramatical y normativo de las palabras que utiliza para definirla, dando lugar así a una controversia doctrinal en gran medida estéril pero que, como he puesto de manifiesto anteriormente, da lugar a interpretaciones antagónicas del ámbito de protección típica y a la postre no garantiza, sino al contrario, la seguridad jurídica.

Se impone en consecuencia una interpretación de la conducta que evite, sea una reducción del tipo a un mero tipo de abuso prácticamente idéntico al derogado artículo 295 CP lo que el tenor literal no permite, sea una no deseable incriminación de todas las conductas del administrador causantes de perjuicio con extensión del precepto a comportamientos (del administrador) que, sin embargo, no traspasan el marco de la discrecionalidad empresarial o societaria, es decir, se muevan en el contexto del riesgo permitido. Y de igual modo, se impone tanto evitar que escapen al reproche penal conductas desleales causantes de perjuicio por una rígida interpretación de la cualificación que acompaña al ver-

---

<sup>75</sup> PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I. «El delito de administración...» ob. cit. pág. 71; también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles», Madrid 2015, pág. 333.



bo que describe la conducta típica, (*infrinjan*), «*excediéndose en el ejercicio de las mismas*» (las facultades), como asociar responsabilidad penal a comportamientos del administrador que, aun causantes de perjuicio, deben quedar en la esfera del derecho privado o societario.

Para esta tarea, no fácil y de resultados *de lege lata* no unívocos y poco satisfactorios, debe partirse –creo– de dos premisas:

a) Las facultades en su significado gramatical no se infringen sino que se ejercen o se usan, mientras que son los deberes los que se infringen (o se cumplen). Dicho en otros términos: los deberes constituyen el presupuesto de las facultades que se otorgan al administrador para que conserve (no menoscabe), gestione y aumente en su caso, el patrimonio de un tercero, de manera que el ejercicio de las facultades debe ajustarse a los deberes que le alcancen y desde luego al fin para el cual le han sido entregadas.

b) La conducta típica –siempre y sólo– tendrá lugar en el marco de un negocio/posición de administración (formal o no, dimanante de la ley, de la autoridad o de la conclusión de un negocio jurídico) que asigne penalmente al posible autor, la condición de administrador en el amplio sentido al que antes hemos hecho referencia, por lo que vendrá condicionada por la propia esencia del negocio que comporta que al administrador, en el cumplimiento de su función, le vinculen determinados deberes (de lealtad/diligencia, de fidelidad en definitiva) y que se le otorguen facultades (de representación y de gestión) para alcanzar sus fines.

De ahí, que también normativamente, deberá entenderse que *el administrador cumple sus deberes y usa o ejerce las facultades de disposición sobre el patrimonio ajeno que está llamado a administrar en virtud de la ley, por decisión de la autoridad o por un negocio jurídico. Si se excede en el ejercicio de dichas facultades*, (hace un uso distinto al que le es propio, esto es, un mal uso, un uso indebido o, lo que es lo mismo, abusa de ellas) **infringe los deberes de diligencia y/o lealtad** que está obligado a respetar en su ejercicio y en consecuencia quebranta la buena fe que debe presidir su actuar, **es decir, incurre en infidelidad**.

No se trata, como mantiene mayoritariamente la jurisprudencia para deslindar su conducta de la apropiación indebida, de que el administrador en su actuar vaya más allá de sus facultades (las traspase o «infrinja») situándose deslealmente fuera del título, sino que haga uso del poder jurídico (no fáctico) que su condición le confiere sobre el patrimonio, vulnerando los deberes que integran el presupuesto de aquel poder y causando, desde su posición privilegiada respecto al patrimonio (*ad intra*), un perjuicio patrimonial objetivamente imputable a aquel actuar con infracción del deber. De ahí que **el ataque al patrimonio por parte del administrador constituya un ataque en el ejercicio del haz de facultades en que se despliega el poder jurídico que se le ha otorgado para lograr el fin patrimonial convenido o dispuesto** o lo que es lo mismo **un ataque desde dentro**.

Parece obvio, pues, que, como pone de relieve BACIGALUPO ZAPATER<sup>76</sup> «el núcleo del tipo penal de la administración, está conformado por la infracción del deber de lealtad que incumbe al administrador; ello determina el ya señalado carácter de delito especial propio por los elementos de la autoría y más precisamente de delito de infracción de deber en lo referente a las reglas que rigen la distinción entre autores y partícipes». Infracción del deber llevada a cabo en el ejercicio de sus facultades de las que abusa, hace un uso indebido, (*excediéndose en el ejercicio de las mismas*) es decir, valiéndose de ellas para atacar el patrimonio administrado y causarle un perjuicio desde dentro, por la meridiana razón de que solo puede infringir sus deberes en el marco del ejercicio de sus facultades.

Coincido con el citado autor, en que **el núcleo del injusto de la figura está conformado por la infracción de los deberes que le alcanzan y que lleva a cabo excediéndose en el ejercicio de sus facultades** y causa un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado o era objetivamente idóneo para causarlo. La conducta típica (del administrador) descrita en el artículo 252 CP se concreta, en consecuencia, en excederse en el uso de las facultades que le han sido conferidas a los fines del negocio (y que precisamente por ello deben serlo **de naturaleza patrimonial**) infringiendo así el o los deberes que por su especial posición en relación con el patrimonio administrado debe cumplir.

#### 3.3.4. Naturaleza y extensión de los deberes del administrador y de las facultades cuyo ejercicio indebido los quebranta

Definir las facultades típicas como **facultades de naturaleza patrimonial supone una primera acotación de la conducta típica**: no será subsumible en el tipo del artículo 252 CP el perjuicio causado por el administrador excediéndose en el ejercicio de facultades que no sean facultades **cuyo ejercicio no sea susceptible objetivamente de incidir de modo positivo o negativo en el patrimonio**.

Pero ello no permite aún su estricta delimitación y obliga a dotar de contenido jurídico penal a las siguientes cuestiones:

1º) ¿A efectos de cumplimiento del tipo del artículo 252 CP, cuáles son los deberes que resultan infringidos cuando, por un exceso en el ejercicio de sus funciones, el administrador infiel causa un perjuicio al patrimonio administrado?

2º) ¿Atendido que la administración desleal constituye un delito de lesión patrimonial y que la administración confiere al administrador un amplio elenco de facultades, en qué se traducirán aquellas cuyo ejercicio excesivo integrará la conducta típica? ¿Es factible la realización del tipo en comisión por omisión?

En relación a la primera de las cuestiones, coincido en principio con la posición hermenéutica de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA: el actual artículo 252 CP

---

<sup>76</sup> *La reforma de la Ley de sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal*, diario La Ley n° 8637, noviembre 2015.

acoge un único injusto cuyo núcleo es la infracción del deber de lealtad y que se caracteriza por una modalidad comisiva que se traduce en la infracción por quien las ostenta (el administrador), de unas facultades que le otorgan un poder jurídico de actuar en la esfera patrimonial del administrado y no un mero poder fáctico o material.

Así, el injusto del delito de administración desleal se vertebra en torno a una lesión o daño patrimonial derivada –como hemos dicho– de un ataque al mismo desde dentro de la esfera patrimonial del administrado (*ad intra* no *ad extra*). Y ello solo es posible cuando exista una relación interna entre autor y víctima cuyo eje es *el deber de velar por los intereses ajenos*, deber de lealtad que deriva del artículo 1889 CC de gestión de negocios ajenos como «*un buen padre de familia*», como «*un ordenado empresario*» en términos mercantiles o de los artículos 227 y 228 de la LSC en su nueva redacción dada por la Ley 31/14.

Nos hallamos, por lo tanto, ante un tipo de infidelidad en el **que la infracción del deber de salvaguarda del patrimonio constituye el desvalor de acción de este delito** y no el exceso en el ejercicio de las funciones, entendiéndose por tal el ejercicio de las facultades de representación que ostenta el administrador con traspaso de los límites internos.

Ante la falta de precisión de la descripción típica y el hecho de que la prohibición de la conducta alcance también al administrador de persona física, no resulta ciertamente sostenible que los deberes del administrador a cuya infracción se asocia una sanción penal, se correspondan estrictamente y en toda su extensión a los derivados del artículo 1889 del Código Civil o de los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>77</sup>.

Nos movemos en el marco de una normativa (el Derecho Penal) que selecciona sus parcelas punitivas y que, por tanto, no puede circunscribirse a una función de sanción de comportamientos vulneradores de deberes de naturaleza privada lo que, por otra parte, vaciaría de contenido el enorme y diverso catálogo de sanciones previstas para el administrador societario que infrinja los deberes de lealtad y las responsabilidades civiles del administrador de persona física que no actuare «*con la diligencia de un buen padre de familia*» o de «*un ordenado empresario*».

No estamos, pues, aun cuando pueda parecerlo por la falta de determinación, ante una ley penal en blanco sino ante una **figura penal que se caracteriza por colocar al administrador en una posición de garantía penal en relación al patrimonio que está llamado a gestionar**; y es, precisamente para llevar a cabo su función, que se le otorga un **poder jurídico** sobre el mismo **que se despliega**

---

<sup>77</sup> Sobre esta cuestión y desde posiciones distintas VERA RIVERA, M.C. ob. cit. págs. 318 y ss; MAYO CALDERÓN, B., «*La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 CP español y propuesta de lege ferenda*», Granada 2005, pág. 264 y CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal* (art. 295) Madrid, 1998, pág. 284 entre otros.

## **el haz de facultades que debe ejercer con respeto a los deberes de diligencia y lealtad y de conformidad con los fines establecidos.**

Hecha excepción del origen legal o institucional del deber, es este deber de salvaguarda penal respecto del patrimonio, el que, en su caso, infringe o vulnera el administrador penalmente desleal. Tal conceptualización trae como consecuencia que no necesariamente coincida siempre con todos los deberes jurídico-civiles que, de modo general, se establecen en las diferentes regulaciones jurídico-privadas. Y en razón de la propia naturaleza jurídica del negocio de administración, seguirá siendo el mismo (**deber de salvaguardar el patrimonio**) si no se hace constar explícitamente, supuesto en el que, como señalan PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I.<sup>78</sup> «*el administrador asume..., el deber de diligencia general del art. 1104.1 CC y 1104.2, CC el deber de diligencia del buen padre de familia; en el ámbito de las relaciones jurídico-mercantiles el cuidado del negocio como propio para el contrato de comisión (art. 255.2 CC), la exigencia general de la buena fe, la lealtad y diligencia de un ordenado empresario (art. 9.1 y 9.2 de la Ley de contrato de Agencia) y en el derecho de sociedades la diligencia del ordenado empresario y el representante leal (art. 225 y ss LSC)*».

Estoy afirmando, por tanto, que a pesar de la deficiente redacción, la única interpretación viable del precepto conduce a entender que la conducta típica (el núcleo del injusto penal) se traduce en la **infracción por parte del administrador del deber de garantía (penal) que ha asumido en virtud de alguno de los títulos típicos, haciendo mal uso del ejercicio de las facultades de naturaleza patrimonial que le han sido asignadas** (abusando) a efectos de cumplimiento del fin para el cual se le han otorgado (conservar, evitar el daño e incrementar el patrimonio).

De esta manera se dota a la administración desleal penalmente relevante de un fundamento propio (**quebranto de la garantía penal que asume respecto del patrimonio**), diferenciable de los deberes jurídico-privados del administrador que, como dicen los citados autores, *solo cobran relevancia en la medida en que dichos deberes hayan sido incorporados a la posición de garantía penal*<sup>79</sup>.

Pero obsérvese que tras el dogmáticamente exquisito análisis llevado a cabo por los mismos, se atisba, sin embargo, una realidad innegable: siempre, de un modo u otro (explícita o implícitamente), este deber de garantía penal se reconducirá a deberes de diligencia y de lealtad, de fidelidad en suma, que vinculan y limitan al administrador en el ejercicio de su función en el ámbito patrimonial, los cuales hallan su exacto sentido y contenido en el marco del derecho civil y mercantil al que, por lo menos como punto de referencia normativa, deberá acudir necesariamente el intérprete en la aplicación del artículo 252 CP.

Así acotadas las facultades típicas (facultades de naturaleza patrimonial que quebranten el deber de garantía penal), quedan ex ante excluidas de la figu-

---

<sup>78</sup> Ob. cit., pág. 109 y ss.

<sup>79</sup> Ob. cit. pág. 110.

ra prevista en el artículo 252 CP, las conductas del administrador causantes de perjuicio claramente vulneradoras de la diligencia y/o la lealtad al patrimonio administrado que ha asumido también como deber de garantía, pero que, para su cumplimiento no requiere del ejercicio de facultades patrimoniales.

Estas conductas, susceptibles algunas de ellas de causar también perjuicio económico a la sociedad, o bien se tipifican en los artículos 290 a 294 del CP referidas al administrador societario y sometidas generalmente a la cuestión de procedibilidad de denuncia previa en el artículo 296 del CP, o bien constituirán conductas generadoras de responsabilidad del administrador a exigir por la vía societaria o civil de las que a mi entender, son en principio exponentes en el marco societario las descritas en los apartados 2 y 3 del artículo 225 y en los apartados c) y e) así como en los apartados a), b) y d) salvo que se traduzcan en facultades de naturaleza patrimonial del artículo 228 y apartado e) del artículo 229, todos ellos de la Ley 31/2014 de Sociedades de Capital.

Ejemplos de estas últimas, entre otras, la STS, Sala Civil, de 4 de octubre de 2011 en la cual se establece la responsabilidad civil del administrador que ante una coincidencia en una misma persona de dos funciones diversas en un marco societario, no respetó (a efectos de evitar un conflicto de intereses económicos), el deber de pasividad o de abstenerse de actuar, como concreta manifestación de lealtad que exige no observar comportamientos que causen o puedan causar daños a la sociedad, la STS Sala Civil de 25 de junio que declara la responsabilidad del administrador que percibió «las denominadas “*remuneraciones tóxicas*” contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social», siendo irrelevante que se hubieran acordado en Junta y no hubieran sido impugnadas y la STS, Sala Civil, 3 de septiembre de 2014, que señala que una acción u omisión generadora de responsabilidad no debe suponer siempre la violación de una norma legal concreta..., pues basta que se dé el presupuesto que..., no se actúe con la diligencia exigible de acuerdo con un ordenado empresario y conforme a las exigencias de la buena fe.

La distinción entre la infracción de los deberes generadora de responsabilidades jurídico-privadas y la que genera responsabilidad penal, tampoco es factible acudiendo a la menor o mayor gravedad de la infracción o a la concurrencia o no de lucro propio o ajeno; efectivamente de un lado, es la mayor o menor entidad del perjuicio (superior o no a 400 euros) la que distingue la conducta como delito o como delito leve y, de otro, tampoco acudiendo a un propósito de enriquecimiento, dado que el legislador ha considerado irrelevante la finalidad que guía al autor reflejada en la ausencia del ánimo de lucro o búsqueda de beneficio propio o ajeno, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 295 del CP anterior a la reforma.

En la misma línea de dotar de contenido a la amplitud de la descripción típica SEGRELLES ARENAZA<sup>80</sup>, tras poner de manifiesto lo tremendamente amplio que resulta el nuevo precepto y «*el elevado número de facultades de gestión como de administración que puede llegar a incluir la condición de administrador, como por ejemplo en las sociedades de capital, la criminalización del Derecho de Sociedades, resulta excesiva e infringe los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho Penal*», propone la siguiente tesis: partir del bien jurídico protegido para restringir el tipo de modo acorde a los principios del Derecho Penal y establecer así una línea divisoria con los ilícitos civiles o mercantiles de modo que, atendido que el bien jurídico protegido es el patrimonio, **«la conducta se debe interpretar en el sentido de que solo las facultades de carácter patrimonial sean típicas»**; restricción a la que añade el hecho de que «*sólo sean típicas las infracciones de los deberes que se cometan a través de la infracción de facultades*», lo que comparto y de que sea, a la vez, «*un tipo de acción, que no admite la comisión por omisión*», lo que no comparto.

Pero la cuestión no se resuelve con la reducción de la materia de prohibición derivada de lo antes expuesto, ni tampoco –a mi juicio– con el criterio propuesto por Pastor Muñoz/Coca Vila conforme al cual, para incidir (gestionar) en el patrimonio del administrado, el administrador debe gozar de una autonomía, de una amplitud tal que le sitúe en la misma posición del dueño, quien le cede el poder de decisión, configuración y control del mismo, (en su totalidad o en parte), por lo que *siempre que tal autonomía sea inexistente no cabrá hablar de garantía penal* (de velar por el patrimonio) y *por tanto, aun cuando se infrinja el deber de no lesionar el patrimonio ajeno, la conducta no constituirá administración desleal*, poniendo como ejemplo, el cajero y el recadero que hacen suyos un bien ajeno. El exceso típico en el ejercicio causante de perjuicio penalmente relevante lo sería, pues, solo de aquellas facultades patrimoniales que le otorgaren autonomía de actuación.

Les asiste la razón, pero olvidan a mi parecer que civil o mercantilmente no hay negocio de administración sin una mayor o menor parcela de autonomía, esto es, una libertad en la configuración y gestión del patrimonio administrado que es objeto incluso de específica protección a través de la denominada «protección de la discrecionalidad empresarial» en el artículo 226 de la LSC. En mi opinión, no se trata de una cuestión de autonomía en sentido estricto, de la que obviamente debe gozar, sino de que al administrador se le confiere un poder jurídico sobre los elementos integrantes del patrimonio mientras que el cajero (hurto con abuso de confianza o apropiación indebida), el recadero (apropiación indebida), el comisionista, el depositario o quien no siéndolo tenga la custodia del bien, solo ostentan un poder fáctico sobre determinado bien, no pueden ser llamados «*administrador*» y jamás podrán ser autores del delito del artículo 252 CP.

---

<sup>80</sup> Ob. cit. págs. 5/19.

Hasta aquí, lo único que puede inferirse, sin mayor complicación, es que el artículo 252 CP acoge un **tipo de lesión patrimonial (perjuicio) causada por el administrador en el ejercicio abusivo o indebido de sus facultades patrimoniales quebrantando dolosamente de este modo el deber de fidelidad que le alcanza (deber de diligencia y de lealtad).**

Entonces, ¿cuáles son las posibles soluciones dogmáticas que se ofrecen al intérprete para dotar de un contenido penal operativo pero lejos de cualquier interpretación extensiva, a la descripción de la conducta típica?

Partiendo de la ya anunciada necesidad de tomar como referencia interpretativa la regulación en el ordenamiento jurídico privado de los deberes de diligencia y lealtad que obligan a todo fiel representante<sup>81</sup> una posible primera solución podría venir determinada por la exacta conceptualización del deber de diligencia, que excluiría del ámbito de lo punible, la mayoría de las conductas del administrador en la gestión del patrimonio cuya salvaguarda le ha sido confiada, carentes de diligencia y causantes de perjuicio, por tratarse de conductas meramente infractoras de la norma de cuidado, obviamente no punibles en base a la articulación en nuestro sistema punitivo de la imprudencia como «*crimina culposa*».

El deber general de diligencia en el tema que nos ocupa, solo es reconducible en nuestro sistema a los preceptos de los textos de derecho privado citados en líneas anteriores, y se especifica en toda su extensión en el artículo 225 de la LSC, razón por la que, si bien se formula para el marco societario, es perfectamente útil a efectos interpretativos incluso en lo que atañe al «*ordenado empresario*» y al «*buen padre de familia*»: «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 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 para que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».

Como señala HERNANDO CEBRIA, L.<sup>82</sup> a las exigencias enumeradas en el precepto, deberá sumarse un estándar de conducta especial, en relación con la gestión de una empresa actuante en un mercado en competencia que exige de la actuación prudente que en el ámbito civil puede reclamarse del «*pater familias*». «*Y ello se ha de entender así a partir de una labor no meramente conservativa del patrimonio social que ha dado lugar, en buena medida al amparo que el adminis-*

---

<sup>81</sup> ALFARO AGUILA REAL, J. «Comentarios a los artículos 225 y ss. de la Ley de sociedades de Capital», Capítulo III, en ALFARO/JUSTE, (JUSTE Coordinador), «Comentario de la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo» (Ley 31/2014) Cizur Menor 2015.

<sup>82</sup> «El deber general de diligencia» en «Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital» Bosch 2015, pág. 65.

trador recibe a través de la formulación legal de una específica regla de protección de la libertad empresarial en el artículo 226 de la LSC, labor no meramente conservativa que le obliga a tomar decisiones patrimoniales sobre el patrimonio para obtener beneficios.

Este artículo/regla de protección establece que «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», presunción de actuación diligente del administrador en la gestión que exigirá también la racionalidad y la motivación, esto es, de la denominada «diligencia procedimental»<sup>83</sup>.

En principio, pues, puede concluirse que:

a) Las conductas de gestión del patrimonio por parte de administrador que siendo de naturaleza patrimonial se atengan al deber de diligencia normativamente exigible, aun cuando causaren un perjuicio, no generaran responsabilidad alguna. Se enmarcan dentro de los riesgos inherentes a toda actividad empresarial o societaria que opera en el tráfico jurídico económico.

b) Contrariamente, aquellas causantes de un perjuicio objetivamente imputable al incumplimiento de su deber de salvaguarda patrimonial por infracción de la norma de cuidado que le era exigible, es decir, conductas negligentes o imprudentes, generarán responsabilidad civil y/o societaria.

c) En cambio, tendrá cabida en el artículo 252 del CP la conducta del **administrador que con mal uso de una facultad de naturaleza patrimonial, dolosamente vulnera la diligencia que le era exigible causando un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado**. La subsunción es posible en cuanto la amplitud de la fórmula legal empleada para describir la conducta típica permite acogerla sin incidir en analogía prohibida aun cuando si bien existen en nuestro sistema punitivo tipos dolosos de estructura imprudente (piénsese en el delito de conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas del artículo 379 CP) estos se hallan normalmente tipificados de forma específica.

Por otro lado, la fidelidad del administrador en la gestión y representación del patrimonio a la que hacíamos referencia, exige que además de ser diligente se comporte con lealtad en el ejercicio de su función. Este deber de lealtad se define en el artículo 227 de la LSC en el sentido de que «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», definición legal en la que destacan dos puntos: a) Que deberá actuar con fidelidad a la sociedad como titular del patrimonio que administra, en las relaciones o actuaciones que en nombre de esta establezca con o frente a terceros; y b) Que deberá evitar cualquier tipo de conflicto de intereses.

---

<sup>83</sup> HERNANDO CEBRIA, L. ob. cit. pág. 90.



También un detenido análisis de lo que supone el deber de lealtad en relación al ejercicio de las facultades patrimoniales del administrador puede ayudar, creo, a una exacta delimitación de las conductas de deslealtad.

La LSC recoge en su artículo 228, como imperativas y por tanto de carácter no dispositivo (con excepción de la dispensa regulada en el artículo 230 LSC), las siguientes manifestaciones/exigencias del deber de lealtad que califica de básicas: «a) *No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos por los que le han sido concedidas;* b) *Guardar secreto sobre las informaciones, datos informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el ejercicio de su cargo, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera;* c) *Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos y decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto...*; d) *Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal o criterio, con libertad de juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de tercero;* 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».*

Y detalla con precisión los supuestos de evitación de conflicto de intereses en el artículo 229 en el siguiente sentido: «*En particular el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo anterior obliga al administrador a abstenerse de:* a) *Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose portales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio. De la utilización financiera y de los resultados de la entidad;* b) *Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas;* c) *Hacer uso de los activos sociales. Incluida la información confidencial de la compañía con fines privados;* d) *Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad;* e) *Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, asociadas a su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía;* f) *Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen, una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.»*

Señala HERNANDO CEBRIA<sup>84</sup> que «*los deberes del administrador (societario) pivotan sobre dos ejes: el deber general de diligencia y el deber de lealtad. Ambos deben ser comprendidos desde una relación de complementariedad por la distinta función a la que teleológicamente están destinados. Por lo tanto esta summa divisio encuentra su fundamento en las propias características de la actuación de los administradores en el plano societario y empresarial como delimitación del campo*

---

<sup>84</sup> «Presupuesto del deber de lealtad: art. 227.1» en «Régimen de deberes...» ob. cit. pág. 142 y ss.

*de juego en el cual depurar la conducta exigible»* vertebrada, según venimos exponiendo, alrededor de un eje nuclear: la fidelidad.

Desde este punto de vista *«el deber general de diligencia comprende desde el marco de las facultades de gestión como el estrictamente organizativo-societario o empresarial. Ad extra, a partir del concepto de “representante leal”, la lealtad se expresa, en mayor medida, en el ámbito de la representación de la sociedad y de las conductas del administrador o en su particular posición respecto de terceros que pueda de cualquier modo colidir con la función representativa»*.

Así las cosas, manifestada ya mi posición respecto de los supuestos en los cuales la infracción dolosa del deber de diligencia puede cumplir el tipo del artículo 252 CP y el no encaje en el mismo de la conducta del apartado e) del artículo 229 LSC, la **infracción dolosa del deber de lealtad (de las obligaciones enumeradas en el citado artículo 229 LSC)** que cristalizaran en el no cumplimiento de las obligaciones específicamente impuestas en sus diversos apartados, será susceptible de integrar la conducta típica cuando halle causa en el ejercicio concreto de facultades patrimoniales por parte del administrador con la precisión siguiente: cuando me refiero a facultades de naturaleza patrimonial estoy aludiendo no a un concepto abstracto de *«naturaleza patrimonial»* sino a **ejercicio de facultades que por su naturaleza sean objetivamente idóneas en el caso concreto para incidir positiva o negativamente en el patrimonio**, condición que, en principio, puede concurrir en las descritas (prohibiéndolas) en el artículo 229 LSC, **a las que podrán sumarse ulteriores facultades derivadas de los estatutos o del título que confiere el carácter de administrador al sujeto que asume los deberes que constituyen su presupuesto.**

### 3.3.5. El exceso en el ejercicio de las facultades

Como hemos visto, el actual artículo 252 CP, a diferencia del anterior artículo 295 CP, para nada fija la conducta típica en realizar actos de disposición de los bienes o contraer obligaciones, sino que utiliza la amplísima fórmula de infringir el administrador las facultades que le fueron conferidas, realidad legal que nos ha obligado a intentar dotar de contenido penal a la misma. Pero es que, además, para que la conducta sea típica no basta *«la infracción de las facultades»* sino que debe serlo *«excediéndose en el ejercicio de las mismas»*, expresión cuyo sentido normativo no es unívoco.

Pues bien, de ninguna manera, acudiendo a los criterios por los que debe regirse el llamado a interpretar y aplicar la ley, puede sostenerse jurídicamente que el artículo 252CP tipifica exclusivamente los actos patrimonialmente lesivos al patrimonio causados por el administrador disponiendo de los bienes o contrayendo obligaciones al excederse en el ejercicio de sus facultades. De igual forma que tampoco lo es que, cuando de administrar dinero se trate, solo sean subsumibles en el precepto los usos no dominicales del mismo y no su apropiación definitiva como insiste en afirmar la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Más allá de lo hasta aquí razonado, no creo factible salida interpretativa alguna que no sea remitir al intérprete a dotar de contenido preciso al tipo a través de sus resoluciones, señalando, a través del recurso al caso concreto, cuales facultades patrimoniales cuyo exceso en su ejercicio quebrantando el deber de salvaguarda, causa un perjuicio patrimonial, constituyen delito de administración desleal y cuales deben quedar extramuros de la normativa penal.

A pesar de ello aún dos cuestiones, controvertidas doctrinalmente, deberán ser tenidas en cuenta: el significado a proporcionar al *exceso en el ejercicio* de las facultades y, por consiguiente, la posibilidad (o no) de realización del tipo en comisión por omisión.

Respecto de la primera estoy de acuerdo con la opinión de CASTRO MORENO<sup>85</sup> conforme a la cual la amplitud de **la conducta típica permite la subsunción en el tipo del artículo 252 CP tanto de conductas de apropiación definitiva de bienes administrados como conductas desleales no apropiatorias de mero uso o utilización, los denominados usos ilícitos no dominicales**. A ello apunta el hecho de que el legislador ha eliminado de la apropiación indebida el negocio de la administración, sin que desvirtúe esta tesis el hecho de que conserve en la nueva redacción (artículo 253 CP) *el dinero* como objeto posible de apropiación, extremo que integra una de las razones en las que descansa, aún hoy, la distinción jurisprudencial entre exceso intensivo (administración desleal) y exceso extensivo (apropiación indebida) defendida también por BACIGALUPO que, calificando el delito del artículo 252 CP como tipo de abuso, reitera que los usos dominicales por parte del administrador hallan todavía encaje en la apropiación indebida del actual artículo 253 CP.

Y aunque sobre este punto volveré en el último epígrafe del trabajo, resulta interesante adelantar que el hecho de que «el administrador reciba facultades de disposición sobre el dinero no significa que el dinero pase a formar parte de su patrimonio personal ni que haya adquirido su propiedad, a no ser que además de recibir dichas facultades reciba parte o la totalidad del dinero de modo que ingrese en su patrimonio»<sup>86</sup>, por ejemplo, mediante un préstamo mutuo o tal y como vimos sucede en los supuestos del Trust anglosajón y del cuenta partícipe. No entiendo discutible, de una parte, que el negocio de la administración no constituye un título de trasmisión del dominio y de otra, que la condición de administrador le otorga «un poder jurídico» sobre los bienes (también sobre el dinero) de los que puede disponer a los fines del negocio y siempre en el marco del deber de salvaguarda patrimonial que ha asumido.

Como bien indica este autor, la generosa vaguedad con que el legislador ha configurado la conducta del artículo 252 CP (el exceso en el ejercicio de las facultades de administración) no debe entenderse en aquel sentido sino que «el

---

<sup>85</sup> Ob. cit. pág. 10.

<sup>86</sup> Ob. cit. pág. 6.

**término exceso debe referirse a cualquier infracción del empleo de las facultades de administración, ya sea de los límites internos, ya externos.** *De ahí que la enorme amplitud típica, al consistir el nuevo delito en una simple infracción del deber de lealtad en el uso (mal uso) de las facultades de administración causante de un perjuicio»* permite la inclusión no solo de las facultades dispositivas o de contracción de obligaciones, sino también otras de distinta naturaleza.

Como decíamos, la mayoría de la doctrina, interpretando la expresión *excediéndose en el ejercicio de las mismas* (las facultades patrimoniales) en un sentido de actuar positivo del administrador, niega la posibilidad de la realización del tipo en comisión por omisión, aun reconociendo que estamos ante un delito de infracción de deber, de resultado y la innegable posición de garante del administrador en relación al patrimonio (asumida o encomendada por la autoridad o emanada de la ley), negativa que anudan normalmente a su calificación como tipo de abuso.

En este sentido CASTRO MORENO<sup>87</sup> expresa que *«la aplicación del tipo requiere del exceso en el ejercicio de las facultades, y no de una mera infracción de deberes de administración. Aun cuando pudiera entenderse que el ejercicio de las facultades se refiere al desempeño de las mismas y que este desempeño puede ser activo u omisivo, lo cierto es que el precepto tipifica el exceso en el ejercicio, no el defecto en el mismo, que es lo que sucede en los casos de omisiones dolosas y perjudiciales de las facultades de administración»*.

No lo entiendo así. Administrar un patrimonio es gestionarlo para lo cual el administrador deberá gozar de autonomía, entre otros, para disponer del mismo y para contraer obligaciones con terceros como *alter ego* («en lugar de») del titular, siempre a los fines establecidos y en esencia de no dañarlo, conservarlo (no menoscabarlos) y, en su caso, incrementarlo. Es precisamente esta condición de «alter ego» que implica actuar como si fuera el dueño sin serlo lo que legitima actuaciones como el enajenar, gravar o donar que la doctrina civilista considera actos de estricto dominio.

Y ello es así porque la disponibilidad con plena autonomía, es una facultad/condición inherente a una correcta y eficaz gestión del patrimonio, integrando, a su vez, el presupuesto necesario para concluir negocios jurídicos y actuar con y frente a terceros (facultad de representación). Igualmente, incluso semánticamente, una facultad se ejerce siempre tanto si el ejercicio se traduce en un hacer (contraer una obligación, gravar un bien) como en un no hacer debiéndolo hacer (no reclamar un crédito vencido); por lo tanto, excederse en su ejercicio es equivalente a usarla indebidamente, abusar de la misma, lo que tendrá lugar tanto cuando dolosamente la ejerza empleando a fines propios capital per-

---

<sup>87</sup> Ob. cit. pág. 11. Igualmente SEGRELLES DE ARENAZA, ob. cit. págs. 8/9 *«la configuración del delito de administración desleal que ha plasmado el Código Penal en 2015 no admite la comisión por omisión porque es contrario al principio de legalidad y, más específicamente al principio de taxatividad»*.

teneciente al patrimonio que administra, menoscabándolo y causando por tanto un perjuicio económico al titular, como cuando dolosamente en el ejercicio indebido o abuso de su facultad de disponer, omite la acción que le era debida dejando de reclamar un crédito vencido o una indemnización a favor del administrado causando de nuevo un perjuicio. El administrador infringe el deber de salvaguarda patrimonial tanto en un caso como en el otro.

Y de la admisión de la posibilidad de realización del tipo en comisión por omisión surge la necesidad de determinar con la mayor precisión posible hasta donde pueden y deben hallar respuesta penal las omisiones del administrador (no actuar debiendo hacerlo, es decir, haciendo lo contrario a lo ordenado por la norma) infractoras del deber de salvaguarda patrimonial.

Aunque ciertamente la restricción del ámbito de lo punible es factible *ex post* en el marco del perjuicio (resultado), que debe ser objetivamente atribuible a la omisión (equivalente según el sentido del tipo a su realización positiva) según las reglas de la imputación objetiva, parece conveniente marcar en lo posible ya en el ámbito de la conducta cuáles de ellas deben quedar al margen del tipo del artículo 252 CP aun siendo vulneradoras del deber de salvaguarda patrimonial. *Desde mi punto de vista únicamente ostentarán relevancia penal el no ejercicio (debiendo haberlo hecho) por parte del administrador de las facultades de naturaleza patrimonial que debió haber ejercido causando de este modo un perjuicio al patrimonio que se habría evitado de haberlo hecho.*

En consonancia con lo dicho, no puedo más que estar de acuerdo con los siguientes ejemplos propuestos por PASTOR MUÑOZ/COCA VILA<sup>88</sup>: «no ejercitar un derecho de crédito en tiempo y forma, no presentar en el plazo previsto la documentación necesaria para cobrar una indemnización de la compañía de seguros a la que se tiene derecho, no aceptar la oferta de un contrato lucrativo...»; mayor dificultad ofrece, a mi juicio, la exigencia de responsabilidad penal al «administrador que omite medidas debidas de vigilancia de las personas a las que ha delegado determinadas tareas, así, por ejemplo, si deja de controlar a sus ejecutivos y permite que estos celebren negocios desastrosos y empleen a la empresa para sus intereses particulares», porque, en todo caso debería tratarse de delegación de facultades de naturaleza patrimonial y, a lo sumo, al administrador le alcanzaría solo el deber de control del buen uso de aquellas, resultando difícil construir un supuesto en el que no por imprudencia sino dolosamente el administrador deje de controlar conociendo que su omisión del control causará un perjuicio patrimonial.

Y, desde luego, no coincido con estos autores (que también dudan de ello pero parecen inclinarse en sentido positivo) en dotar de relevancia penal vía artículo 252 CP a aquellos casos en los que el administrador no actúa para poner fin a una situación perjudicial para la empresa cuyos efectos negativos van a proyectarse en el futuro..., «como sería el supuesto en el que la sociedad tiene un

---

<sup>88</sup> En ob. cit. pág. 123.

*empleado que trabaja de forma negligente y afecta negativamente a los intereses de la sociedad si el administrador no lo despide, pudiendo hacerlo...»; y no lo hago por una parte, ya que si bien toda la estructura, funcionamiento y organización de una empresa o sociedad tiene un componente patrimonial, pues es con el fin de obtener beneficios que actúa en el mercado y el administrador ocupa un lugar de suma importancia y goza por ello de amplias facultades, a efectos del tipo penal objeto de estudio que pueda despedir a un trabajador (o no, pues normalmente es ocupación del jefe de recursos humanos) no es una facultad de naturaleza patrimonial en el sentido que he venido defendiendo y por otra, porque «colocar a la empresa en una situación perjudicial» (trabaja mal, luego rinde menos) no equivale al perjuicio típico que además debe ser cierto o por lo menos previsible sin que a ello equivalgan «unos efectos negativos a proyectarse en el futuro».*

En definitiva, mi propuesta interpretativa en orden a la conducta típica del artículo 252 CP puede sintetizarse del siguiente modo: cumple el tipo del delito de administración desleal **«el administrador que en el ejercicio de facultades que le otorga su condición y que sean objetivamente idóneas para incidir en el patrimonio, dolosamente las use de modo indebido, bien mediante una acción positiva o bien omitiendo una actuación a la que venía obligado, infringiendo de este modo el deber de fidelidad y cause con ello un perjuicio económico a su titular».**

Así configurada la conducta prohibida, el tipo objetivo halla una ulterior restricción posible en la exigencia de que el resultado (el perjuicio patrimonial) sea objetivamente atribuible a la conducta conforme a las reglas de la imputación objetiva.

#### 3.4. *El perjuicio patrimonial como resultado típico*

El perjuicio constituye el resultado típico de un delito que se estructura como un tipo de resultado y de lesión que debe ser naturalmente de naturaleza patrimonial o económica y como bien señala CASTRO MORENO<sup>89</sup> la remisión penalógica al artículo 249 CP lo es *ad integrum*, esto es, a los criterios de determinación de la pena referidos en dicho precepto (importe de lo defraudado, quebranto económico causado al perjudicado, etc.) y al artículo 250 CP cuya mera lectura evidencia la dificultad –cuanto no imposibilidad– de aplicación al delito de administración desleal muchos de los supuestos agravados que contempla.

El perjuicio patrimonial, en palabras de PASTOR MUÑOZ y COCA VILA<sup>90</sup>, debe hallar causa en un comportamiento típicamente relevante, es decir, idóneo para generarlo y este debe concurrir como resultado del delito.

La norma prohíbe precisamente causar al patrimonio un perjuicio objetivamente imputable al uso indebido por parte del administrador, en su ejercicio, de

---

<sup>89</sup> En «*Malversación, administración desleal y apropiación indebida*» ob. cit. pág. 27.

<sup>90</sup> Ob. cit. pág. 153 y ss.

las facultades patrimoniales que le han sido otorgadas. No parece entonces jurídico penalmente temerario mantener que la teoría de la imputación objetiva (nexo causal conforme a la teoría de la equivalencia de causas más relación de riesgo) puede constituir un eficaz criterio limitador de la responsabilidad penal del administrador por el tipo del artículo 252 CP; la limitación será mucho más rigurosa si partimos de la tesis sostenida por MIR PUIG en relación a los elementos que deben conformar la misma<sup>91</sup>.

Para este autor *«la teoría de la imputación objetiva debe extender su alcance más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado»* en cuanto *«la imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo de que se trate. Si el resultado se puede imputar objetivamente a una conducta es, entonces, porque esta realiza la parte objetiva del tipo.»*

Hasta aquí la clásica concepción de la teoría de la imputación objetiva. Ahora bien –sigue diciendo–, *«para que una conducta realice la parte objetiva del tipo en los tipos de autoría»* (como el que es aquí objeto de análisis)..., requiere algo más que la creación del riesgo típico realizado en el resultado..., el tipo de autoría *«requiere, además, que el hecho pueda imputarse al sujeto como suyo»*. Consecuentemente, *la completa realización de la parte objetiva del tipo de autoría en los delitos que exigen la producción de un resultado supone, tres elementos: 1) la realización de causalidad; 2) una determinada relación de riesgo que cristalice en el resultado; y 3) la relación de autoría.*

La pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿Cuándo cabrá hablar de que, cumplidos los dos primeros elementos, se cumple dicha relación de autoría que permitirá exigir responsabilidad penal por el artículo 252 CP al administrador como autor de un delito de administración desleal?

La respuesta nos la ofrece el mismo autor: de entre todos los sujetos que intervienen en un hecho, el delito solo pertenecerá como autor a *«aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas en el tipo (esto es importante en los delitos especiales) aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización»*. *«La ejecución material del hecho o su control efectivo pueden ser un criterio que permita afirmar dicho protagonismo (autoría directa o autoría mediata con dominio efectivo del hecho) pero ello no siempre será así.»*...

*«La autoría..., supone una relación de pertenencia»*, pertenencia que, en primer lugar, *«corresponde al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito cuando es el único causante del hecho porque no existe posibilidad de atribuirle a otro dicha pertenencia...»* y también *«al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control»*. Este criterio que, según su tesis que compar-

---

<sup>91</sup> *«Derecho Penal. Parte General, 10ª edición actualizada y revisada»* Repperton, Barcelona 2015 pág. 263.

to, es aplicable igualmente en supuestos de delitos especiales en los que la generalidad de la doctrina niega la posibilidad de autoría mediata por quien no reúna la cualificación legal pero sí si es el *intraneus* quien se sirve de un *extraneus* como instrumento *incluso en el supuesto de instrumento doloso no cualificado*, esto es, cuando el instrumento actúa con plena libertad, porque la pertenencia del delito solo es predicable del sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele el delito, no solo su realización fáctica, como suyo, porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo.

La exigencia de esta relación de autoría para entender cumplidos los elementos que otorgan virtualidad a la imputación objetiva de un resultado (el perjuicio, en este caso) a la conducta típica del administrador causante del mismo, resultará útil para negarla también –y por tanto su responsabilidad penal– en supuestos similares a los que en sede omisiva planteaban VERA RIVERA y PASTOR MUÑOZ/COCA VILA<sup>92</sup> (estos últimos acudiendo al dolo eventual en algunos de los ejemplos propuestos) tales como, no llevar un control sobre los gastos superfluos o excesivos que subordinados o miembros del consejo pudieran hacer con el uso de tarjetas de crédito, no despedir a un empleado que no realiza todo el trabajo que le sería exigible de acuerdo a su retribución o hacerlo deficientemente (ya citado en páginas anteriores), no impedir mediante su voto un acuerdo lesivo para la sociedad o no impugnarlo pudiendo hacerlo y entre otros, omitir deberes de vigilancia sobre sus ejecutivos y permitir por tanto que estos empleen a la empresa a sus fines particulares. La atribución de la autoría del delito de administración desleal al administrador se sustenta en partir de la base de que el deber de diligencia vinculado a la gestión le obliga a la prevención y control de riesgos por regir, por lo menos en el ámbito societario, el «principio de desconfianza»; ahora bien, entiendo que la infracción del cuidado debido, la negligencia, en su función de control de riesgos de lesión patrimonial no es suficiente para imputarle penalmente como autor (atribuírsela como suya) la lesión al patrimonio causada por la conducta de otro u otros, vía delito de administración desleal, sin perjuicio de la responsabilidad civil o societaria en que pueda haber incurrido.

Hechas las anteriores consideraciones, ninguna duda cabe que constituirá perjuicio típico el daño emergente o menoscabo del patrimonio administrado que, atendida nuestra posición en relación al negocio de la administración y sus fines, del concepto de patrimonio y del contenido y alcance proporcionado a las facultades del administrador, integrará no solo la disminución o menoscabo material del mismo sino también la no aportación material de elementos o activos patrimoniales formal y jurídicamente pertenecientes a dicho patrimonio, como lo sería la no reclamación de un crédito a favor del administrado o no ejercitar una acción de responsabilidad que daría lugar a una indemnización a favor del titular del patrimonio.

---

<sup>92</sup> Obs. cit. págs. 351 y ss y 123 y ss. respectivamente.



Este perjuicio será directo al contrario que el lucro cesante que, tal como indica GILI PASCUAL<sup>93</sup>, constituirá un perjuicio indirecto perfectamente subsuible ahora en la figura del artículo 252 CP mientras que no se entendía posible en la anterior regulación de la administración desleal en cuanto el artículo 295 CP exigía la causación directa del perjuicio por lo que solo podía hallar acomodo en la responsabilidad civil. La redacción del artículo 252 CP –sigue el autor– permite que afirmar que «*hay perjuicio siempre que se disponga de un patrimonio de forma contraria al deber*», hay que entender patrimonial. Desde otra perspectiva interpretativa, podría sostenerse, sin embargo, que también en la anterior regulación el lucro cesante tenía cabida en el «*perjuicio económicamente evaluable*»: si considerásemos que la expresión «*causando directamente un perjuicio...*» era el reflejo de la exigencia de la imputación objetiva del resultado/perjuicio a la conducta desleal, tanto más cuanto que el precepto citaba expresamente al cuenta partícipe cuyo único posible perjuicio se limita al lucro cesante.

La problemática se desvanece con la actual redacción típica que, sin ulteriores elucubraciones, permite sostener que perjudicar económicamente el patrimonio administrado, no es solo menoscabarlo sino gestionarlo y/o representarlo (relación con terceros) deslealmente, lo que incluye también privarle de una ganancia/rendimiento plausible. Y así, en la expresión realizar actos de disposición no puede dejar de incluirse el no concluir un negocio que objetivamente hubiera reportado beneficios, esto es hubiera incrementado o aumentado el patrimonio. En efecto, ejerce sus facultades el administrador que concluye un negocio jurídico pero lo hace igualmente quien dolosamente se abstiene de hacerlo (dispone no hacerlo) sabiendo que resultaría provechoso, contraviniendo su obligación de incrementarlo y causando un perjuicio patrimonial. Y así debe ser, porque resulta innegable que el abuso de las facultades no se agota en las de disposición entendidas estas en un sentido exclusivamente de actuación positiva (contraer obligaciones o disponer material o jurídicamente de los bienes que integran el patrimonio) sino en privar al titular del mismo, en cuya posición se encuentra el administrador, de una ganancia que sabía segura y cierta o prácticamente cierta.

Las posiciones doctrinales que niegan o discuten tal posibilidad parten, como bien pone de relieve VERA RIVERA, M.C.<sup>94</sup> de «*vincular el cálculo del resultado de lesión o perjuicio patrimonial a una cuestión eminentemente contable desde el valor que integra el patrimonio antes de la realización del comportamiento*», «*desconectada de los diversos fundamentos de las teorías del patrimonio*» (económico, mixto o personal). El punto de partida debe ser otro.

Efectivamente, lo esencial será la constatación de que de la conducta del administrador deriva un menoscabo/daño (figuradamente entendido este últi-

---

<sup>93</sup> Ob. cit. pág. 775.

<sup>94</sup> «*El delito de administración desleal; criterios de política criminal...*» ob. cit. pág. 366 y ss.

mo), en el sentido de frustración de las expectativas objetivas de conservación y aumento (ganancias/beneficios) del patrimonio, que dan legitimidad a las facultades que para ello se le otorgan y generan a su vez el deber de ejercerlas con diligencia y lealtad. Siguiendo a la antes citada autora<sup>95</sup>, en el ámbito económico «*lo importante no es solo lo que reflejen los números contablemente sino el valor económico de una transacción*», de manera que si la conducta del administrador se traduce en la no adquisición de unas acciones que darían lugar a una mayoría, de un inmueble que facilitaría la producción del objeto de un negocio del titular o de una marca determinada que supondría una ganancia para el titular del patrimonio administrado (el incremento del mismo), se está causando un perjuicio penalmente relevante a efectos del tipo del artículo 252 del actual CP, suscitándose exclusivamente una cuestión de naturaleza procesal: la prueba de la imputación objetiva de la ganancia dejada de percibir a la conducta desleal del administrador.

Otra cosa sucede en relación a los denominados negocios de riesgo, respecto de los cuales existe práctica unanimidad en entender que deben quedar al margen del ámbito de prohibición penal dado que lo contrario supondría, en múltiples ocasiones, el estrangulamiento del tráfico jurídico económico. En este sentido parece plausible que el fracaso de un negocio de riesgo no puede en sí mismo considerarse perjuicio a efectos del delito de administración desleal, resultando esclarecedoras al respecto las palabras de GILI PASCUAL<sup>96</sup>: «*nunca puede situarse una decisión de gestión empresarial que rebase los business judgment rule en el punto de mira del reproche penal*».

Ahora bien, creo que la afirmación es en parte precipitada. Es cierto que la obtención de ganancias en el tráfico económico requiere a veces acudir a los denominados negocios de riesgo, posibilidad que por lo general (y salvo indicación en contrario) forma parte de la discrecionalidad empresarial, esto es, de la autonomía de decisión del administrador, al que se ha encomendado la gestión del patrimonio físico o social; sin embargo, señala NIETO, A.<sup>97</sup> «*una de las funciones del delito de administración desleal es la sanción de operaciones de riesgo o altamente especulativas*» precisamente porque su frustración es susceptible de causar un daño/perjuicio al patrimonio administrado.

Partiendo de lo expuesto y admitiendo que, en principio, los negocios de riesgo fallidos causantes de perjuicio deben quedar fuera de cualquier responsabilidad o sanción siempre que el administrador actúe en el marco de sus facultades y cumpliendo los deberes de diligencia y lealtad que su cargo conlleva, pueden distinguirse tres supuestos:

a) Si esta gestión empresarial –ex post fallida– del administrador, fue tomada con las precauciones debidas en orden a la valoración del binomio riesgo/

---

<sup>95</sup> Ob. cit. pág. 367.

<sup>96</sup> Ob. cit. pág. 776 y ss.

<sup>97</sup> Ob. cit. pág. 798.

ganancia posible, la conducta, aun siendo de riesgo se mantuvo en el marco del riesgo permitido, esto es, fue diligente, el perjuicio constituirá una consecuencia posible y asumida de operar como sujeto activo en el tráfico jurídico mercantil.

b) Si, por el contrario y siempre en el marco del riesgo permitido, existió negligencia, precipitación o falta de información y valoración por parte del administrador y la conclusión del negocio de riesgo causó un perjuicio, aquel podrá incurrir en las responsabilidades previstas en la normativa jurídico civil o societaria.

c) Y finalmente, si el administrador concluyó un negocio patrimonial altamente especulativo conociendo las posibilidades objetivas de su fracaso y, consecuentemente, yendo más allá del riesgo permitido y con ello causó un perjuicio al patrimonio administrado, actuó deslealmente y su conducta le es atribuible a título de dolo eventual<sup>98</sup>.

#### 4. *El tipo subjetivo*

El tipo subjetivo está integrado exclusivamente por el dolo, incluido como hemos visto, el dolo eventual.

La doctrina ha puesto de relieve la ausencia de cualquier otro motivo de la acción en el artículo 252 CP, a diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 295 CP que regulaba la administración desleal societaria y, concretamente, la ausencia de la exigencia, antes prevista, de que la conducta desleal lo fuera «*en beneficio propio o de tercero*» (lucro) que dotaba a la figura de la naturaleza de delito de enriquecimiento.

La no exigencia de un elemento subjetivo del injusto en el sentido indicado, apoya la tesis formulada por CASTRO<sup>99</sup>, conforme a la cual el tipo se configura como un «*delito patrimonial de daño*», «*siendo dogmáticamente difícil alejarlo de los daños con abuso de confianza castigados con pena de multa*», realidad que, como mínimo, resulta jurídicamente exótica. Como exótico es que el legislador penal prescinda en el delito de administración desleal, de toda mención a un propósito de enriquecimiento propio o ajeno que el legislador societario da por supuesto que concurre en los casos de infracción del deber de lealtad del artículo 229 de la LSC al abarcar la responsabilidad del administrador desleal la devolución del enriquecimiento obtenido. Y es que escapa de la lógica de lo razonable que debe presumirse de los actos humanos, del administrador medio para ser más precisos, que este vulnere su deber de fidelidad y especialmente las obligaciones impuestas en evitación de conflicto de intereses, persiguiendo, aceptando como inevitable o conociendo con una probabilidad rayana casi en la seguridad, la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, por venganza, maldad o puro divertimento que, a lo sumo, serían siempre motivaciones excepcionales ajenas a cualquier valoración penal.

---

<sup>98</sup> NIETO MARTÍN, A., ob. cit. pág. 798.

<sup>99</sup> Ob. cit. pág. 771.

Tiene pues razón GILI PASCUAL<sup>100</sup>, cuando sobre esta ausencia señala que es perturbador el hecho de que el legislador haya prescindido de las finalidades subjetivas que sí contemplaba el anterior artículo 295 CP que permitían configurar con mayor precisión el tipo, habida cuenta que una de las funciones del delito de administración desleal se concretaba (y se concreta) en sancionar operaciones de riesgo altamente especulativas llevadas a cabo por el administrador, supuestos en los que el dolo aparece normalmente como dolo eventual, lo cual es cierto.

Sin embargo y como he manifestado en páginas anteriores, por un lado, creo posible la sanción en los términos expuestos aun en ausencia de cualquier elemento subjetivo añadido; por otro lado, no puedo estar de acuerdo con su propuesta de recomendar «*en orden a la necesaria restricción del ámbito típico*» que sean los Tribunales quienes lleven a cabo dicha limitación por vía interpretativa puesto que crear *extra legem* una supuesta finalidad lucrativa, supondría ir más allá del ámbito típico e infringir el principio de legalidad, al margen de que hacerlo así, por lo menos en el ámbito societario, en algunas ocasiones podría «*situarla por encima del listón que establece la legislación mercantil para la protección de la discrecionalidad empresarial* (art. 226 LSC)».

#### IV. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACIÓN INDEBIDA: DE NUEVO UN INTENTO FALLIDO DE ZANJAR LEGISLATIVAMENTE EL PROBLEMA DE DELIMITACIÓN ENTRE AMBAS FIGURAS

Una de las razones –tal vez la de mayor importancia– de la creación del nuevo delito de administración desleal así como de su reubicación sistemática, era marcar legislativamente los límites entre esta figura y el delito de apropiación indebida poniendo, definitivamente fin a una doctrina jurisprudencial que había generado no pocas críticas doctrinales para lo cual –se dijo– era inevitable reformar también la apropiación indebida que tuvo lugar en los términos expuestos.

Esta modificación, indica la Exposición de Motivos, debía comportar las siguientes consecuencias:

a) «**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; por ello quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.**»

b) Por tanto, «**esta conducta que pasa a formar parte del ámbito de la administración desleal queda ya fuera del ámbito de la apropiación indebida que**

---

<sup>100</sup> Ob. cit. pág. 76, citando a NIETO MARTÍN, A. en «*Administración desleal*», en «*Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Código Penal de 2012*», ALVAREZ GARCIA, F.J. (coordinador), 2013, pág. 798.

**se regula en sección diferente»** y cuya materia de prohibición, por lo que al tipo básico se refiere, abarca la conducta de **«quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla»**.

### 1. *Posición doctrinal y tesis que se propone*

Pero como hemos venido poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, la revisión del tipo tradicional de la apropiación indebida se concretó exclusivamente en la supresión del término *«distraer»* y de uno de los títulos de recepción de la cosa o efectos, *«la administración»* (que se substituyó por la custodia), en lógica concordancia con la finalidad de que las conductas del administrador, hasta entonces subsumidas por la jurisprudencia en una de las modalidades de apropiación indebida, pasaran a integrar, junto a otras, la materia de prohibición de la administración desleal, dejando sin embargo *«el dinero»* como cosa susceptible de apropiación en sentido estricto; esta decisión que, como apuntó inmediatamente la doctrina penal, posibilita diversas interpretaciones, desdibuja los motivos que según el legislador fundamentaron la reforma por necesarios.

En el ámbito doctrinal, unos autores sostienen que el nuevo delito de administración societaria engloba también la apropiación indebida del administrador, otros dudan y finalmente, aquellos que defendieron que en la antigua redacción del delito de la apropiación indebida y que, como modalidad de la misma, se subsumía la administración desleal del dinero, mantienen que su tesis sigue siendo sostenible tras la reforma.

Entre estos últimos, BACIGALUPO ZAPATER<sup>101</sup>, el verdadero *«padre»* de aquella tesis jurisprudencial, es rotundo cuando afirma que el legislador *«ha tenido el grave error de mantener como objeto de la apropiación indebida al dinero recibido, que por ser un bien fungible no es susceptible de apropiación como cosa ajena»*, creyendo ingenuamente que *«al suprimir la administración entre los títulos de la recepción del dinero había resuelto el problema de la recepción del dinero que venía siendo discutido desde la STS 224/1998 del caso Argentia Trust, es decir, el de la existencia en el art. 252 de un tipo de administración desleal junto al de apropiación indebida en sentido estricto»*; *«tipo de administración desleal que no ha desaparecido pues el nuevo artículo 253 mantiene junto a la apropiación de cosas muebles, la distracción del dinero, aunque llamándola erróneamente apropiación»* precisamente porque mantiene la fórmula abierta de *«cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos»* que permite seguir subsumiendo la distracción del dinero en el contexto de la apropiación indebida con lo que *«la problemática originada por dos tipos de adminis-*

---

<sup>101</sup> En *«La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal»*, ob. cit. págs. 6 a 8.

*tración desleal, por tanto seguirá siendo la misma, aunque atenuada considerablemente por la identidad de las consecuencias jurídicas».*

Otro sector doctrinal<sup>102</sup> se inclina por considerar que no es solo la voluntad manifestada en la Exposición de Motivos de crear un nuevo delito de administración desleal sino la gran amplitud con la que el legislador ha configurado la conducta típica, lo que conduce a concluir que en el tipo del actual artículo 252 CP son subsumibles tanto las conductas de apropiación definitiva de los bienes administrados como las conductas no apropiatorias (los antes llamados «usos no dominicales») con las que se causa dolosamente un perjuicio patrimonial.

En este punto, partiendo del hecho de que la administración es un delito patrimonial y la apropiación indebida es un delito contra la propiedad, es especialmente interesante la cuestión planteada por PASTOR MUÑOZ/COCA VILA<sup>103</sup> (Nota ob. cit. pág. 253) en los supuestos en los que el administrador se apropia de bienes pertenecientes al titular del patrimonio y la apropiación no es fruto del mero aprovechamiento de acceso fáctico al bien (tomar del domicilio del administrado un valioso jarrón) sino que «*se produce como forma del ejercicio de las facultades del administrador (transferir fondos de la sociedad a fondos propios)*» ..., entonces, «*se plantea un verdadero problema concursal*» entre la administración desleal y la apropiación indebida cuya «*solución es compleja puesto que el artículo 252 CP es más específico en cuanto al deber del autor y el artículo 253 más específico en lo referente al objeto de la agresión y la conducta (la propiedad mediante un acto de apropiación)*». A entender de estos autores, solamente el delito de administración desleal «*absorbe todo el injusto propio de la conducta del administrador puesto que solo este delito recoge la infracción del deber de velar por los intereses administrados cosa que no hace el artículo 253 ...*», sin que sea relevante la objeción de que el artículo 252 CP no absorbe el injusto de la agresión contra la propiedad, habida cuenta que cuando se habla de protección de la propiedad referida a la apropiación indebida, se está hablando de protección del derecho de propiedad «*en cuanto portador de un valor patrimonial y dicha dimensión patrimonial es absorbida por el art. 252 CP*», por lo que este último precepto es suficiente para abarcar todo el injusto del autor/administrador.

La solución propuesta coincide con mi posición expuesta en páginas anteriores al analizar la conducta típica del nuevo delito de administración desleal: el tipo penal que la configura penalmente abarca también la conducta del administrador consistente en apropiarse definitivamente de los bienes, elementos y dinero sobre los cuales en virtud del título posee un poder jurídico que le permite, operar y disponer de ellos a los fines propios del negocio. El administrador en virtud del título *se coloca*, como he dicho, *en relación al patrimonio en la posición del titular del domi-*

---

<sup>102</sup> CASTRO MORENO, A., «*Malversación, administración desleal y apropiación indebida...*», pág. 9 y ss.

<sup>103</sup> Ob. cit. pág. 253.

*nio, pero no adquiere la propiedad que sigue perteneciendo al administrado que ostenta contra el administrador y contra cualquier tenedor, la acción reivindicatoria*<sup>104</sup>.

Tal conclusión nada tiene que ver con la supresión del marco de la apropiación indebida del término «*distraer*» cuya equivocada y extensiva interpretación ya denuncié en su día y del término «*administración*» puesto que ni alcanza al administrador el deber de «*entregar o devolver*» los bienes muebles que administra ni la administración es título jurídicamente idóneo para transmitir el dominio, por lo que si, haciendo mal uso de las facultades patrimoniales de disposición de los bienes (y bien es el dinero) cuya titularidad dominical sigue siendo del sujeto cuyo patrimonio administra, los incorpora a su esfera patrimonial, infringe el deber de lealtad que es presupuesto de ese poder jurídico.

Recibir dinero en administración no es equivalente a recibir un préstamo dinerario ni, desde luego, gozar solo de un «*poder fáctico*» sobre el mismo como sucede en los ejemplos propuestos por la doctrina: mandatario con o sin custodia, comisionista, cajero o recadero. Estos últimos, en caso de apropiarse de los bienes o dinero que tenían que «*entregar o devolver*» atacan la propiedad quebrantando la *fiducia* inherente al título y cometen el delito de apropiación indebida (o hurto con abuso de confianza en el caso del cajero) mientras que si el administrador lleva a cabo la misma conducta respecto de los bienes o dinero recibidos para administrarlos, ataca el patrimonio (al que menoscaba) y quebranta el deber de lealtad (*fidelitas*).

Desde mi postura, no existe posibilidad de punto de encuentro alguno entre la administración desleal y la apropiación indebida más allá de que ambas figuras se insertan bajo la rúbrica común «De las defraudaciones» y en el Título dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; siquiera en el bien jurídico protegido que en una es el patrimonio como unidad jurídica económica y en la otra, la propiedad de las cosas muebles. Su estructura típica es asimismo distinta en cuanto la administración indebida es un delito de apropiación de cosa mueble ajena cuya única diferencia respecto del hurto es que el autor tiene ya en su poder fáctico o material y temporalmente la cosa, con la obligación de entregarla (a tercero) o devolverla a su dueño, mientras que la administración desleal es un delito que se caracteriza por un ataque al patrimonio (menoscabándolo o no incrementándolo) llevado a cabo por quien (el administrador) ha asumido el deber de salvaguardarlo, otorgándosele para ello un poder jurídico sobre el mismo que colocándole en la posición del titular abarca un haz diverso de facultades de gestión y de representación. De igual manera, el dinero es susceptible de apropiación porque no toda entrega del mismo implica la trasmisión del dominio y, desde luego, no la entrega de dinero en depósito, comisión, custodia o títulos de naturaleza semejante ni en administración.

---

<sup>104</sup> Como también señalan dichos autores pág. 253 en nota quienes entienden que el *animus rem sibi habendi* que se exige en el artículo 253 CP constituye un elemento subjetivo del injusto o plus al dolo abocan la solución a un concurso ideal de delitos entre el 253 y el 252 CP.

Aun cuando así pudiera interpretarse la nueva regulación legal, esta sigue siendo paradigma de una labor legislativa más que discutible y presenta ulteriores disfunciones que no pueden dejar de ser señaladas.

En primer lugar, la mayoría de la doctrina considera que, a pesar de ello, las deficiencias de la nueva regulación de ambas figuras resultan poco trascendentes porque se anuda a su comisión pena de idéntica gravedad (de seis meses a tres años de prisión); sin embargo, desde una perspectiva que vaya más allá de la mayor o menor gravedad de la infracción a efectos del concurso de leyes del artículo 8,4º CP y del concurso de delitos de los apartados 2 y 3 del artículo 77 del CP, reviste mayor gravedad el delito de apropiación indebida por castigar los actos preparatorios en el artículo 269 CP, es decir, por el adelantamiento de la protección penal al lejano peligro de lesión del bien jurídico que suponen los actos preparatorios.

En segundo lugar, la realidad social de la dimensión del negocio de la administración en la actualidad, incluso cuando del patrimonio de una persona física se tratare, pone en evidencia la irreflexión legislativa que implica la articulación de un delito leve de administración desleal, es decir, de un menoscabo patrimonial inferior a 400 euros a cuya comisión se asocia una pena de uno a tres meses de prisión (que no se cumplirá) cuando, en la que califica de profunda reforma, no se toma en consideración la necesidad de regulación penal de los necesarios delitos financieros y bancarios, auténtica lacra económico social de nuestro tiempo en nuestro país. Y en mayor medida cuando en el artículo 963.1.1ª, b) configura el delito leve de administración desleal como delito prácticamente público mientras que delitos objetivamente más graves como los tipificados en los artículos 290, 291 y 292 CP se sujetan siempre a la cuestión de procedibilidad de denuncia previa del ofendido o su representante legal.

Finalmente la administración desleal se incluye entre las infracciones patrimoniales que se benefician de la excusa absolutoria o causa personal del levantamiento de pena si se llevan a cabo entre los parientes enumerados en el artículo 268 CP, excusa de la que no se podía beneficiar el administrador societario cuya conducta hubiere sido subsumible en el derogado artículo 295 CP. Entonces, si uno de los motivos de la reforma era la protección del patrimonio de la persona física frente a los posibles ataques del administrador, ¿para qué habrá servido la reforma en los casos más que frecuentes en los que aquel sea uno de los parientes descritos en el precepto?

## 2. *¿Hacia una nueva jurisprudencia? El desencanto*

Especialmente significativa fue la prontitud con la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se aprestó a pronunciarse respecto a la naturaleza y las distintas esferas de protección típica de las dos nuevas figuras, formulando unos iniciales criterios interpretativos que, en puridad, debieran ser entendidos como *«obiter*



*dicta*» en cuanto se contienen en resoluciones resolutorias de recursos de casación contra sentencias dictadas bajo la vigencia de la legislación anterior; pronunciamientos que apuntaban a una línea difícilmente compatible con aquellas confesadas razones del legislador y que desafortunadamente se han consolidado.

Si bien en las SSTS de 10 de noviembre de 2015 y de 26 de enero de 2016 se apuntaba ya la posición de la Sala Segunda («*el legislador ha zanjado la cuestión al mantener específicamente el dinero como objeto de apropiación indebida en el nuevo 253*»), se señala como pionera la STS n° 163/2016 de 2 de marzo (Ponente, Excmo. Sr. Conde Pumpido Turón) que parte literalmente de la Exposición de Motivos –que transcribe– para señalar críticamente:

«*Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación del dinero, calificándola en todo caso como un supuesto inserto en el tipo de apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al legislador y sostener que, pese a la mención expresa del dinero en el artículo 253 CP, la apropiación de dinero por su naturaleza fungible no puede sancionarse como apropiación indebida (diga lo que diga el legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el artículo 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados)*» y que este no es el criterio de la Sala, sino el sostenido desde hace ya más de veinticinco años partiendo de la interpretación del artículo 535 del Código Penal de 1973 por el que se juzgaron hechos cometidos antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Realizada la crítica a la doctrina penal, sigue manifestando:

«*La reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como **criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de administración desleal)**...*», lo que, según hemos expuesto, no es cierto o, por lo menos, no existe, ni en la Exposición de Motivos ni en la redacción de los nuevos tipos delictivos, dato alguno para sustentar tal contundente afirmación que prescinde tanto de la «*mens legislatoris*» (vid. supra «*diga lo que diga, el legislador*») como la «*mens legis*», la cual, por cierto, no es merecedora de análisis o comentario alguno a pesar del cambio sustancial de la descripción típica de los nuevos artículos 252 y 253 CP.

Y concluye: «*En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el artículo 252 recoge el tipo de delito de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administrado-*

ras; y la apropiación indebida en los supuestos en los que el perjuicio al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de los bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el artículo 252 y ahora en el 253».

Esta interpretación que perpetúa, como línea distintiva entre ambos injustos, los denominados *exceso intensivo* (dentro del título) y *exceso extensivo* (más allá del título) es de inmediato acogida por el Alto Tribunal en las sentencias que la siguen (SST n° de 30 de marzo de 2016, de 2 de junio de 2016, de 13 de julio de 2016, de 26 de julio de 2016 entre otras) poniendo de relieve la STS n° 414/2016 de 17 de mayo que cuando se alcanzaba el jurisprudencialmente denominado «*punto de no retorno*» donde de manera definitiva los bienes salen del patrimonio de la víctima, «*la conducta será subsumible en el nuevo artículo 253 CP, esto es, constituye una apropiación indebida*». Este «*punto de no retorno*», frontera entre administración desleal y apropiación indebida, es procesalmente idóneo para generar confusión en la aplicación de una u otra figura atendidas las facultades de disposición inherentes a la administración. ¿Cómo, en qué casos y en qué momento podrá el intérprete afirmar que los bienes que el administrador, excediéndose en sus facultades, ha destinado a un fin distinto (administración desleal) han pasado a formar parte de su esfera patrimonial (apropiación indebida)?

La consideración del dinero como bien fungible, cuya entrega, a diferencia de otros bienes muebles que forman parte del patrimonio, conlleva siempre la transmisión del dominio y que dio lugar a la criticada –y criticable– creación jurisprudencial del entonces inexistente tipo de administración desleal, planea como una sombra sobre la interpretación del ámbito de protección típica de las nuevas figuras penales; e igualmente persiste, tozudamente, la distinción entre *exceso intensivo* o usos no dominicales del dinero administrado por parte del administrador y *exceso extensivo* o apropiación definitiva del mismo como criterio delimitador entre administración desleal y apropiación indebida.

Y sin embargo, como hemos venido sosteniendo, siempre se ha tratado de una controversia/cuestión artificialmente creada bajo el anterior código penal con olvido (o «*ignorancia deliberada*») por utilizar una expresión penal en boga) de que, como atinadamente señala SEGRELLES ARENAZA, I.<sup>105</sup>, «*del hecho que el administrador reciba facultades de disposición sobre el dinero (como dice la Exposición de Motivos) no cabe extraer que el dinero pase a formar parte de su patrimonio personal ni que haya adquirido su propiedad*», porque una cosa es hallarse en una posición jurídica que posibilita a una persona a actuar sobre el patrimonio administrado como si fuera el dueño (inclusive sobre el dinero), y otra es ser el dueño (del dinero). A partir de ahí, la diferenciación entre *exceso intensivo* o *exceso extensivo* en el ejercicio de sus facultades por parte del administrador, como criterio delimitador entre administración desleal y apropiación indebida, carecía –y carece ahora en mayor medida– de sentido jurídico.

---

<sup>105</sup> Ob. cit. pág. 4.

Lo expuesto en el párrafo anterior constituiría una perogrullada jurídica si la consideración contraria no hubiera hecho correr inútilmente ríos de tinta y –lo que me parece más preocupante– no hubiera dado lugar a un número indeterminado de condenas por apropiación indebida a administradores que habían hecho un uso no dominical de bienes, aplicándolos a un fin distinto sin que los hubieran integrado en su esfera patrimonial.

Finalmente, quiero dejar constancia de que quien firma este trabajo, haciendo gala de ingenuidad jurídica, a la vista del importante acervo doctrinal que la reforma de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida ha generado sin que pueda hablarse aún de consenso, esperaba que, tras las primeras sentencias de los años 2015 y 2016, la Sala Segunda del Tribunal Supremo habría ido profundizando y matizando la inicial interpretación de dos tipos penales que tanta controversia habían planteado, especialmente por la importancia práctica actual del delito de administración desleal perceptible por la mera lectura de la prensa.

No ha sido así, por lo menos hasta finales del año 2020 que supone el límite de las sentencias consultadas para la elaboración del trabajo. Podría pensarse que todavía no se ha conformado una doctrina jurisprudencial consistente, cohesionada y que haya tenido en cuenta, aunque fuera para refutarlas con fundamento, la intención manifestada por el legislador en la Exposición de Motivos de la reforma y la profunda modificación de la materia de prohibición de ambos delitos, por no haber tenido ocasión de pronunciarse sobre casos concretos cometidos tras la entrada en vigor de la misma, pero me temo que no es este el motivo.

La razón de mi temor viene determinada por lo siguiente: todas las sentencias dictadas por la Sala Segunda hasta la actualidad en sede de administración desleal/apropiación indebida, coinciden en los siguientes puntos: 1º) Todas ellas, tras señalar que se trata de un supuesto de hecho anterior a la reforma, se pronuncian extensamente sobre qué ha supuesto aquella en relación a la anterior doctrina de la Sala Segunda y lo hacen en el mismo sentido: *«como muy bien explica la sentencia nº 163 de 2 de marzo de 2016»*; 2º) Todas ellas en los Fundamentos Jurídicos acuden a dicha sentencia que transcriben casi literalmente de manera que el Ponente, Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido ha sentado jurisprudencia<sup>106</sup> como en su día lo hiciera el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo

---

<sup>106</sup> Valgan por todas las SSTS de 20 de mayo de 2020 Ponente Ferrer García y de 10 de junio de 2020, Ponente Sr. Marchena Gómez:

*«La sugerente controversia doctrinal suscitada por la defensa ya ha obtenido respuesta en numerosos precedentes de esta Sala. Las SSTS 700/2016 de 9 de septiembre y 163/2016 de 2 de marzo compendian el actual estado de la jurisprudencia, a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, al tiempo que rechazan aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un malentendido criterio de subsunción.»*

A lo allí razonado hemos de remitirnos. Basta ahora recordar que ..., *«la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción del dinero, pero*

Zapater con la sentencia del caso *Argentina Trust* de 26 de febrero de 1998 de cuyo Tribunal formó parte.

El desencanto –que no es sólo de hoy– surge por las consecuencias que comportan para aquellos sobre los cuales va a recaer la ley penal (los justiciables) y por el hecho de que, ante la profunda reforma de una figura penal muy importante en el marco de los delitos económicos (la administración desleal), el Tribunal, llamado por ley a ser el faro jurídico de los órganos judiciales penales inferiores, no se haya detenido a analizar los elementos esenciales que la conforman («*infringir las facultades excediéndose en su ejercicio*»), tan distintos a los que conformaban la/s figura/s en que sustentaron su anterior posición interpretativa, aunque cuando fuere solo para reconducirlos a su tradicional posición, y en mayor medida, cuando la doctrina penal se ha volcado en su estudio desde la fase de Anteproyectos y Proyecto.

Tal modo de actuar, es exponente del divorcio existente en nuestro país entre la doctrina penal, que tal vez no se ocupa lo suficiente de seguir la necesaria evolución de las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su función de «*creación/renovación*» constante del Derecho vigente, y la jurisprudencia penal que, con suficiencia («*algún sector doctrinal... pretende ahora enmendar la plana al legislador...*») en la citada STS 163/16), simplemente la ignora. Dos mundos aparte que no debieran serlo.

---

*mantiene en el ámbito de la apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos de que el acusado se apropiare para sí o para otros el dinero que hubiere recibido en depósito, comisión o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido».*

*«Algún sector doctrinal que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art. 253 CP, la apropiación de dinero por su naturaleza fungible no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio)...» Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015 que «sigue manteniendo con efectos retroactivos (nota, es de entender para los hechos acaecidos bajo la vigencia del 295), la tipicidad de la apropiación indebida del dinero».*

*«En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el 253.»*

CONTESTACIÓ  
de l'acadèmica de número  
Excma. Sra. ENCARNA ROCA TRIAS



M<sup>a</sup> José Magaldi Paternostro ha estat des que va acabar la seva carrera universitària, un referent en l'àmbit del Dret penal a Catalunya. Va acabar la llicenciatura en Dret l'any 1970 i és Doctora en aquesta matèria des de 1975. Des de la finalització de la carrera va estar col·laborant com a professora a la Facultat de Dret sota el mestratge de l'enyorat Octavio Pérez Vitoria i de Joan Córdoba Roda, ambdós acadèmics en aquesta Acadèmia i va obtenir per oposició nacional en 1978 la plaça de professor adjunt. Però per aquelles coses de la vida, la M<sup>a</sup> José va decidir dedicar-se a la judicatura i va accedir pel quart torn, una «oposició» camuflada que ha permès exercir aquesta funció fonamental en qualsevol societat ben organitzada, persones ben preparades professionalment que, per les raons que siguin, cadascú les seves, no han pogut fer les oposicions habituals. Va ser jutge, doncs, pel quart torn en 1992 i després va accedir com a Magistrada a l'Audiència Provincial de Barcelona, on va servir en la Secció segona fins l'any de la seva jubilació, 2020.

Recordo que un company meu al TS, l'ara President de la Sala 1<sup>a</sup>, Francisco Marín Castan, em va dir un dia que les oposicions, en qualsevol dels seus aspectes, són el sistema més democràtic per accedir a la funció pública i el menys discriminatori. I a la vista està, que en els darrers anys, un alt nombre de dones han obtingut places en sectors importants, com ara la mateixa judicatura. Però deixem aquest tema que ara no toca, però l'he volgut treure ara i aquí perquè és el cas de la Dra. Magaldi.

Compartim la M<sup>a</sup> José i jo alguns aspectes en les nostres respectives carreres: hem fet carrera universitària, hem accedit a la judicatura, però això és només professió. Jo crec que tenim a més, un orgull d'haver fet la nostra feina d'una forma rigorosa i escrupolosa. Hem servit a l'Estat amb lleialtat, en els llocs on ens ha tocat treballar, ja sigui a la Universitat o a la Judicatura, tenint sempre present el justiciable. Ella ha tingut més ocasions que no pas jo, perquè la seva magnífica carrera com a Magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona, a la Secció 2<sup>a</sup>, ha durat molts més anys i la doctrina expressada en les sentències de les que ha estat ponent ha estat acceptada moltes vegades, per la Sala 2<sup>a</sup> del TS,

perquè sempre ha fonamentat les seves decisions en la interpretació correcta i adequada de la norma jurídica. En definitiva, ha aplicat el dret, sense influències de cap tipus que allunyin la justícia de la decisió.

Per aquestes raons agraeixo de tot cor que l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya a la que m'honor en pertànyer, m'hagi designat com a la seva representant per contestar el discurs presentat per M<sup>a</sup> José Magaldi, acadèmica electa, per complir el tràmit estatutari de ser rebuda com a acadèmica de número en aquesta Corporació. Haig de dir que el tema que presenta avui M<sup>a</sup> José Magaldi no pertany ni de bon tros a la part del Dret a la que m'he dedicat tota la vida. I no em sap greu reconèixer que la contestació hauria d'haver-la realitzat l'acadèmic Dr. Joan Córdoba Roda, per la seva competència en aquests aspectes i per la seva condició de mestre de l'actual recipiendària. La mort del Dr. Córdoba ha impedit que això pogués ser així. Lamentant aquest fet, em complau molt poder substituir l'estimat mestre i amic Joan Córdoba en una tasca que li esqueia molt més que a mi. Us demano que sabeu perdonar les meves mancances, però creieu que he acceptat aquesta designació amb agraïment i respecte per l'Acadèmia i amistat amb la recipiendària.

## 1. OBJECTE DEL DISCURS

La Dra. Magaldi ens ha presentat, per forçar la nostra discussió dins de les tasques acadèmiques, un discurs, llargament pensat i elaborat, sobre «El delito de administración desleal en el sistema penal español: pasado y presente». Començar amb una cita de l'intel·ligent Oscar Wilde demostra la cultura de M<sup>a</sup> José, en les seves lectures, més enllà de les jurídiques. Aquestes són obligades i se suposa que les fem habitualment o les hauríem de fer, però les altres... Hi ha qui pensa que són una pèrdua de temps, però només cal fixar-se en el que diu Wilde: *quan tinc converses amb mi mateix algun cop penso que soc molt intel·ligent perquè no entenc ni una paraula del que estic dient*. Això és molt habitual entre els juristes. El discurs, però, no cau en aquest defecte, perquè explica de forma molt clara, en primer lloc, la introducció del delictes d'administració deslleial en el sistema penal espanyol, les interpretacions del Tribunal Suprem i les conseqüències fins a la reforma operada per la LO 1/2015, de 30 de març. Assenyala que fins aquesta data, la jurisprudència va configurar el delictes sobre uns fonaments jurídics «cuando menos discutibles». Segons Magaldi, «la jurisprudència creó de la nada legal un tipo de administración desleal genérico que el legislador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestra área de cultura no reguló hasta el año 1995». Acaba dient que les raons de la fonamentada crítica a l'anterior regulació i la feblesa dogmàtica en aquell moment, fonamentada únicament en la decisió polític-criminal d'emplenar un buit legal de punició, van comportar la confusió entre l'apropiació indeguda i l'administració



deslleial societària, un cop el legislador va crear aquest delicte en la reforma de 1995.

La citada LO 1/2015 va redactar de nou l'art. 252 CP, introduint algunes modificacions, que segons l'exposició de motius de la llei, obeïen a la necessitat de regular un delicte d'administració deslleial modern que abastés tots els casos «dolosa gestión desleal causante de perjuicio». Es va incloure també l'administració deslleial del patrimoni d'una persona física, atorgada per llei o negoci jurídic, a més d'altres modificacions dels delictes d'apropiació indeguda. Penso que la millor descripció que es pot fer és la que conté el mateix discurs, a partir de la qual presentaré les meves reflexions en nom de l'Acadèmia:

«Coincido con el citado autor [Bacigalupo Zapater], en que **el núcleo del injusto de la figura está conformado por la infracción de los deberes que le alcanzan y que lleva a cabo excediéndose en el ejercicio de sus facultades** y causa un perjuicio patrimonial al patrimonio administrado o era objetivamente idóneo para causarlo. La conducta típica (del administrador) descrita en el artículo 252 CP se concreta, en consecuencia, en excederse en el uso de las facultades que le han sido conferidas a los fines del negocio (y que precisamente por ello deben serlo **de naturaleza patrimonial**) infringiendo así el o los deberes que por su especial posición en relación con el patrimonio administrado debe cumplir».

## 2. EL DRET PENAL ECONÒMIC

L'autora és una coneguda especialista en Dret penal econòmic i per aquesta raó ens ha proposat aquesta temàtica. La discussió sobre la necessitat o no de crear o de treballar un aspecte del dret penal, relatiu a delictes que tinguin a veure amb la legitimitat d'aquest aspecte segueix essent motiu de reflexió, sobretot en relació als anomenats delictes «de coll blanc» o de «guant blanc», fonamentalment, delictes contra el patrimoni de les persones, físiques o jurídiques, entre els que estaria inclòs el delicte de l'administració deslleial<sup>107</sup>, en tant que produeix un perjudici en el patrimoni administrat. Darrerament KUBICIEL, des d'Alemanya, assenyalava que el dret penal econòmic resulta imprescindible en una societat com l'europea i que en realitat no hi ha delictes prescindibles, perquè si es vol reparar o impedir un problema econòmic que té conseqüències socials potencialment perjudicials, el legislador disposa d'un ampli ventall de possibilitats normatives, que inclouen el dret penal; ara bé, segueix dient l'autor, «se considera que los medios especialmente intrusivos solo deben utilizarse como "último recurso; es decir, empleándose de forma especialmente modera-

---

<sup>107</sup> Michael KUBICIEL. «Derecho penal económico indispensable, delitos prescindibles». Diario La Ley.

da”»<sup>108</sup>, perquè, en definitiva, «el derecho penal también debe garantizar la estabilidad del marco normativo económico»<sup>109</sup>. Fins aquí la justificació.

He portat aquí aquesta cita i més en relació a la veritable especialitat de la recipiendària, perquè certament, els problemes que es plantegen en la regulació del tipus penal fan referència a la intersecció i a més, col·lisió, amb normes de dret privat, civil i mercantil bàsicament, en les quals cal fonamentar el tipus descrit en l'article 252 CP, en la redacció actual, posterior a la reforma de 2015. L'article 252 CP estableix el que segueix:

«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.»

La lectura que d'aquest tipus portarà a qualsevol persona no especialment experta en dret penal a pensar que ens trobem davant d'una absoluta penalització de l'administració deslleial, sigui en l'àmbit mercantil, l'administrador de societats que comet delictes econòmics que el beneficien i perjudiquen la societat, sigui en l'àmbit civil, com pot passar en els contractes especialment destinats a l'administració, com el mandat, o les obligacions legals imposades a progenitors, en relació als béns dels menors que estan subjectes a la potestat dels pares, dels discapacitats als que s'ha imposat una administració externa, etc. I a més cal precisar que aquesta remissió es fa a les normes de dret privat en tots aquells casos en què tinguin facultats per administrar «emanadas de la ley», de manera que també s'inclouen aquí les normes civils autonòmiques que atribueixen, per llei, facultats d'administrar un patrimoni aliè.

D'aquesta manera i per determinar la naturalesa i l'extensió dels deures de l'administrador, cal configurar la conducta típica, tal com exposa la recipiendària, «[...] ante una **figura penal que se caracteriza por colocar al administrador en una posición de garantía penal en relación al patrimonio que está llamado a gestionar**; y es, precisamente para llevar a cabo su función, que se le otorga un **poder jurídico** sobre el mismo **que se despliega el haz de facultades que debe ejercer con respeto a los deberes de diligencia y lealtad y de conformidad con los fines establecidos**». Aquí entrem en un dels problemes que aquesta relació planteja des del punt de vista del dret privat: l'administració deslleial no consisteix en l'incompliment dels deures inherents al càrrec que atorga l'administració del patrimoni aliè, sinó solament davant de la infracció del deure de salvaguardar el patrimoni administrat. La qual cosa ens portarà a diverses conseqüències:

---

<sup>108</sup> KUBICIEL, cit. p. 7, con cita de Kaspar.

<sup>109</sup> KUBICIEL, cit. p. 8.

i) que poden coexistir diferents tipus de reclamacions, com veurem, penals i civils quan els deures s'hagin incomplert i a més, s'hagi produït una agressió al patrimoni administrat; ii) per tant, solament es pot cometre aquest delictes quan ha tingut lloc un perjudici patrimonial per mal exercici de les facultats que li atorguen a l'administrador la llei, els acords en el negoci jurídic de constitució de l'administració o en altres casos previstos a l'art. 252 CP, i iii) el que està sancionant el Codi Penal és, per tant, el resultat conseqüència de l'administració tal com s'ha dut a terme; no està sancionant exactament que l'administració hagi sigut deslleial, sinó que aquesta deslleialtat hagi aconseguit produir un perjudici econòmic en el patrimoni administrat al seu càrrec. Hipotèticament, podria haver-hi una deslleialtat que no produís aquest resultat i llavors, la conducta deslleial, però no perjudicial, no seria objecte de penalització, d'acord amb el que estableix l'art. 252 CP.

### 3. L'ADMINISTRACIÓ: NEGOCI JURÍDIC I ADMINISTRACIÓ LEGAL

No deixa de sorprendre que el nostre sistema jurídic encara sigui tributari d'expressions, com *negoci jurídic*, institució inexistent en el nostre Codi civil i que s'arrossega i fins i tot apareix a les lleis, com en la modificació del Codi Penal de 2015, per una pura influència acadèmica periclitada i perquè es considera que és més fàcil la referència al «negoci jurídic», que a contracte, testament, etc., etc. Deixem-ho córrer, però en el fons és això.

Alguns autors defineixen els «negocis jurídic» d'administració com aquells que tenen com a objecte la conservació, el gaudi i la millora del patrimoni sobre el qual s'exerceix, sense comprometre l'existència del patrimoni o d'una part considerable del mateix. Ara bé, l'atribució de facultats del tipus descrit pot tenir diversos orígens, com el mateix article 252 CP admet: legal, voluntària o judicial. Partint de la idea expressada en l'anterior apartat, crec que és important fer una breu referència a les diferents fonts que atribueixen per poders per administrar.

1. *Negocis jurídic d'administració*. Ja m'he pronunciat sobre la utilització de l'expressió «negoci jurídic». En principi, cal aplicar les normes generals d'incompliment, contingudes en els arts. 1101-1104 CC, que ajuden a determinar quin és l'estàndard de conducta de l'obligat a administrar. En realitat, inclou diversos tipus de contractes que inclouen per definició aquestes facultats i que de forma molt esquemàtica, són:

–*El contracte de mandat*, en les seves modalitats de mandat i les especialitats mercantils<sup>110</sup>. En l'art. 1719 CC s'estableix el nivell estàndard d'actuació del

---

<sup>110</sup> El tipus anglosaxó de l'agent, ve definit en els *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH

mandatari, que haurà de comportar-se segons les instruccions del mandant i en cas de no haver-n'hi en general o en aquell cas concret, haurà de fer tot allò que segons la naturalesa del negoci faria un bon pare de família. A més i, com a conseqüència, l'art. 1726 CC declara responsable el mandatari no solament del dol, sinó també de la culpa, que es podrà moderar pels tribunals segons si el mandat és retribuït o no<sup>111</sup>. En aquest mateix sentit, els contractes de comissió mercantil (art. 288 C. de C), la gestió de negocis aliens sense mandat (art. 1889 CC), que inclou l'obligació estàndard de l'actuació del gestor amb la diligència del bon pare de família i altres contractes basats en el deure genèric de fidelitat engendrat per la confiança<sup>112</sup>.

–*L'administració dels béns hereditaris*. Des del marmessor, fins els administradors voluntaris i judicials poden concórrer en les successions diverses figures jurídiques que tenen atribuïda la facultat d'administrar els béns hereditaris, ja sigui perquè el testador ha imposat aquesta càrrega als seus hereus o legataris, ja sigui perquè ha nomenat un marmessor amb aquestes facultats (possible segons l'art. 902 CC), ja sigui perquè la llei preveu aquesta situació, p.e. en el cas de l'art. 1020 CC, que preveu l'administració establerta notarialment mentre dura la formació de l'inventari en l'acceptació a benefici d'inventari.

També hi ha figures d'aquest tipus en el Codi civil català, en els articles 426-28, on estableix que l'hereu fiduciari ha d'administrar «amb la diligència que cal esmerçar en els béns propis»; l'administració de l'herència beneficiària (art. 461-21 CCC) i el marmessor universal (art. 429-8 CCC).

–*L'administrador deslleial*. El cas que va donar lloc a la introducció del tipus delictiu consistent en l'administració deslleial és el de l'art. 236 de la Llei de societats de capital<sup>113</sup>, que refonia en un únic text les lleis especials de societats anònimes, societats limitades, entre d'altres. Diu la recipiendària que la «joia de la corona» de la introducció dels delictes societaris, fou en el seu moment, l'administració deslleial. L'article 262 LSC estableix:

«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».

Per començar, cal dir, amb la generalitat de la doctrina mercantilista, que els administradors de la societat hi estan vinculats mitjançant els contractes de

---

GROUP ON EC PRIVATE LAW. Sellier, 2009, p. 546, on es diu que un agent, «*is a person who is authorised to act for another*». En el contracte de mandat, article IV.D-3:103 se li imposa l'obligació d'actuar «*with the care and skill that the principal is entitled to expect under the circumstances*».

<sup>111</sup> DIEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. T. IV. *Las particulares relaciones obligatorias*. Civitas, 2010, p. 493.

<sup>112</sup> DIEZ PICAZO. cit. p. 530.

<sup>113</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

mandat, d'arrendament de serveis, o d'altres tipus, de manera que Alfaro aclareix que estan units amb la societat a través d'una relació contractual i una relació orgànica<sup>114</sup>. Resulta necessari, per tant, determinar quan els administradors incorren en responsabilitat d'acord amb l'article transcrit. Cal dir que en tot cas, la responsabilitat dels administradors socials correspon a la derivada de l'incompliment del contracte que els atorga les facultats per a administrar. Però l'article 236 LSC no permet atribuir responsabilitat als administradors en aquells casos en què les accions perjudicials hagin estat preses per la majoria dels socis. I això perquè l'article citat exigeix que hagi actuat amb dol o culpa. La responsabilitat es trasllada en aquest cas a la mateixa societat o al responsable de la decisió errònia, que ha estat executada per l'administrador. És cert que el desenvolupament d'aquest tema donaria per a un altre discurs. Deixeu-m'ho aquí. Però cal tenir en compte aquesta problemàtica pel que després diré.

2. *L'administració atribuïda per la llei.* La llei, els Codis civils en general, atribueixen a aquelles persones que exerceixen funcions en benefici d'altres necessitats de protecció, l'obligació d'administrar-los els béns que tinguin. Així, començant per la pàtria potestat, pàtria potestat com a responsabilitat parental (art. 154.2 CC), o potestat parental (art. 236-1 CCC) s'inclou com a deure, «representar[los] y administrar sus bienes». L'art. 236-21 CCC, estableix: «1. Els progenitors que exerceixen la potestat han d'administrar els béns dels fills amb la diligència exigible a un bon administrador, segons la naturalesa i les característiques dels béns». No hi ha un efecte específic per a la manca de diligència en aquest tipus d'administració. S'hauran d'aplicar les regles generals, tenint en compte, però, les característiques que el Codi Penal estableix en relació amb els delictes econòmics entre pares i fills. Efectivament, l'art. 268 CP insereix la que es coneix com a «excusa absolutòria» de l'art. 268.1 CP, on s'estableix que:

«1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.»

Aquesta excusa abasta tots els delictes recollits en els Capítols I-X del Títol XIII CP, entre els quals es troba l'administració deslleial. De manera que cal interpretar aquesta contradicció entre l'art. 268 CP i l'art. 252 CP, en el sentit

---

<sup>114</sup> ALFARO AGUILA-REAL. «Los administradores sociales: introducción». Almacén de derecho. Julio 10, 2018.

que, malgrat que l'art. 268 CP inclou entre els casos d'administració deslleial la infracció de les facultats per administrar un patrimoni aliè, com és el del fill subjecte a la potestat parental, facultats que s'atribueixen per la llei, d'acord amb el que disposen els articles 154.2 CC i 236-1 CCC, serà d'aplicació la norma especial, art. 252 CP, sobre la general, art. 268 CP. En conseqüència, el fill afectat no podrà demandar per la via penal el progenitor administrador i haurà d'utilitzar els remeis civils generals.

No passa el mateix en el cas de les infraccions al deure d'actuació lleial en l'administració dels béns de persones discapacitades, segons la reforma del Codi civil i altres lleis concordants realitzada per L 8/2021, de 2 de juny. La nova regulació estableix dos sistemes de protecció:

a) *La tutela*, que es constitueix en relació als menors d'edat no emancipats que es trobin en situació de desemparament o que no estiguin sotmesos a la pàtria potestat (art. 199 CC). En aquest cas el tutor exerceix l'administració dels béns del tutelat<sup>115</sup>, que li correspon d'acord amb l'art. 228, 4 CC. Però en aquest supòsit, el Codi civil estableix una regla de responsabilitat molt clara, perquè l'art. 234.1 estableix que respondrà dels danys i perjudicis que el tutor hagi causat al menor «por su culpa o negligencia». Per tant, en aquest cas es podrà demanar també la responsabilitat del tutor per la via penal, en aplicació de l'art. 252 CP.

b) La modificació del Codi civil realitzada per la Llei 8/2021 no estableix un sistema de protecció únic per a les persones discapacitades que requereixin un recolzament o ajut. Crea diverses mesures possibles (art. 250 CC)<sup>116</sup>, sempre adaptades a la situació de cada persona discapacitada en concret i en casos «excepcionals», es poden autoritzar funcions de representació (art. 249.3 CC). S'aplica la mateixa regla de responsabilitat pels danys causats per culpa o negligència del curador que ja hem vist s'aplicava al tutor. L'art. 294.1 CC estableix que «el curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que prestó apoyo». Per tant, el perjudicat també podrà exercir l'acció penal de l'art. 252 CP.

c) A Catalunya s'ha modificat recentment la regulació de la protecció dels discapacitats. El Decret-llei 10/2021, de 31 d'agost pel que s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procés de modificació judicial de la capacitat, declara extingida la institució de la tutela i dona pas a la figura de l'assistència. Ara bé, se segueix mantenint la norma de l'art. 222-40 CCC, on s'estableix la regla estàndard a la que s'han d'ajustar els càrrecs assistencials respecte a l'administració del patrimoni, cas que s'hagi constituït, que es fixa en «la diligència

---

<sup>115</sup> Llevat que el menor en aquelles circumstàncies hagi estat afavorit a títol gratuït o en testament amb una atribució patrimonial i el disposant estableixi regles específiques per a l'administració d'aquests béns. Art. 205 CC.

<sup>116</sup> Les que l'art. 250 CC anomena «medidas de apoyo», seran dutes a terme pels qui s'hagin establert de forma voluntària; la guarda de fet; la curatela i el defensor judicial.

d'un bon administrador». A més, «responen dels danys causats per llur actuació». Aquests supòsits, doncs, estan inclosos en el delicte de l'art. 252 CP.

La conclusió on ens porta aquest ràpid i incomplet examen dels tipus d'administració que poden donar lloc a la conducta tipificada en l'art. 252 CP és que, excepte en l'administració derivada de l'exercici de la potestat parental per les seves especials característiques, en gairebé tots els casos l'ordenament jurídic permet una doble via per a la reparació dels danys. En alguns, s'exigeix que l'actuació de l'administrador s'hagi produït concorrent dol o culpa. De manera que la caiguda en l'àmbit penal del que ha estat fins ara qualificat com a un il·lícit civil crec que planteja més problemes que no pas ajuda a resoldre els que ja tenim. Per tant, el que Magaldi nomena «delito de administración desleal genérico» i la tendència a convertir en penal qualsevol infracció, incompliment, abús, etc., sense tenir en compte si té o no ja una via per a la resolució en el dret privat serveix per fer-nos pensar, però ens obliga a preguntar-nos si resulta d'utilitat en aquest complex món de les relacions entre institucions privades i el seu ingrés en la criminalitat. I això és tant més així quan existien ja altres figures jurídiques penals que podien acollir aquests tipus de delicte.

#### 4. RESPONSABILITAT CIVIL DERIVADA DEL DELICTE: QUIN ÉS EL DANY?

Un dels efectes de la coincidència de l'il·lícit civil i el penal correspon a la responsabilitat civil a càrrec de la persona condemnada per haver comés un delicte tipificat en l'art. 252 CP. Voldria aturar-me un moment en la reflexió sobre aquesta qüestió.

S'han de posar de relleu algunes qüestions que deriven de la coneguda divisió entre la responsabilitat que s'origina pels danys ocasionats per la comissió del delicte de què es tracti. Aquí només m'interessa posar de relleu que la doble regulació de la responsabilitat per danys té el mateix tractament en el Codi civil i en el Codi penal i que com afirma Díez Picazo, no existeix una diferència substancial entre la responsabilitat civil extracontractual de caràcter general regulada en el Codi civil (arts. 1902 i ss) i la responsabilitat civil pels danys causats per fets que tinguin la consideració de delicte<sup>117</sup>. Sé que en aquest aspecte no estaré d'acord amb la recipiendària, però el dret està fet d'aquests desacords i de l'amistat per mantenir la distància sense caure en l'ofensa.

La dualitat de regulacions, que té un origen històric molt clar i es manté malgrat totes les advertències acadèmiques sobre la necessitat de la unificació de regulacions<sup>118</sup>, deixa de banda que el fonament de l'atribució de l'obligació de

<sup>117</sup> DIEZ PICAZO, cit. T. V., *La responsabilidad civil extracontractual*, 2011, p. 244.

<sup>118</sup> DIEZ PICAZO, cit. T. V., p. 243.

respondre es troba sempre en el dany causat<sup>119</sup>. Així s'estableix a l'art. 109 CP, de manera que qui ha dut a terme un fet que la llei considera delicte, serà responsable dels danys causats a la víctima del dany, perquè el fonament de la responsabilitat no és el delicte, sinó el dany. Fins aquí la doctrina general.

Ara bé, hi ha normes que plantegen seriosos problemes no tant pel que fa a la determinació dels danys, sinó respecte a quins danys han produït en realitat. Un exemple típic el trobem en els delictes d'impagament de pensions i aliments, regulat en l'art. 227 CP, on s'estableix que:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

El supòsit de fet del delicte i els danys a la víctima de l'impagament inclouen les pensions/aliments deixats de pagar, que constitueixen precisament el tipus delictiu. S'hi ha guanyat gaire? No s'exclouen altres danys, com quan s'ha hagut de demanar un crèdit, per exemple, però en realitat es tracta de forçar el compliment d'una obligació per la via penal.

He estudiat en la tercera part d'aquesta contestació precisament quins són els efectes que els il·lítics civils per administració deslleial s'estableixen en les lleis que els tipifiquen i això condueix a una reflexió que ja es fan alguns autors: no es tractarà de sancionar la mateixa conducta per dues vies diferents?<sup>120</sup> És cert que en la majoria dels casos estudiats, l'il·lícit penal és pràcticament idèntic al civil, fins i tot s'exigeix la concurrència de dol o culpa en alguns casos, com ja s'ha posat de relleu. És a dir, que perquè neixin les accions corresponents al perjudicat en l'administració deslleial per incompliment del contracte de mandat, l'art. 1726 CC exigirà que el mandatari hagi actuat amb dol o culpa i el mateix en relació a les accions per l'incompliment del deure d'administrar res-

---

<sup>119</sup> ROCA TRIAS, a Roca Trias, Navarro Michel. *Derecho de daños*. 8ª ed. València 2020, p. 69.

<sup>120</sup> GANDÍA. «¿Qué normas se aplican a la responsabilidad civil en que incurre el administrador de una sociedad de capital que comete un delito de administración desleal?» Almacén de derecho, Dic. 10, 2020. <https://almacendederecho.org/que-normas-se-aplican-a-la-responsabilidad-civil-en-la-que-incurre-el-administrador-de-una-sociedad-de-capital-que-comete-un-delito-de-administracion-desleal>.



pecte dels discapacitats, segons l'art. 294 CC, que exigeix que els danys ocasionats pel curador seran indemnitzables quan hagi actuat amb culpa o negligència. Per tant, la raó de l'il·lícit civil és la mateixa que la penal. Aquesta coincidència, eliminaria la responsabilitat civil derivada dels danys produïts pel delicte?

Crec que la resposta ha de ser absolutament negativa, de la mateixa manera com ho és per al delicte de l'impagament de pensions i aliments. I per aquestes raons, penso que s'hauria d'arribar a les conclusions següents:

1<sup>a</sup>. La condemna per la comissió d'alguns dels delictes d'administració deslleial tal com estan tipificats en l'art. 252 CP implica la responsabilitat pels danys causats amb aquest delicte, ja que no s'exceptuen en l'art. 109 CP, que és el que determina l'obligació de respondre segons els arts. 1089 i 1092 CC.

2<sup>a</sup>. La doble via a què dona lloc la col·lisió de regulacions, de dret privat, civil i mercantil per una banda, i penal per l'altre, no exclou l'acció penal.

3<sup>a</sup>. El perjudicat per aquest delicte podrà reservar-se la reclamació de la indemnització corresponent en la via civil, perquè les accions originades pels danys, contractuals o no, causats per l'administrador deslleial seguiran el que disposa l'art. 109.2 CP que estableix que el perjudicat podrà optar en tot cas, per exigir la responsabilitat en la via civil.

Més problemes planteja la determinació del dany. Cal partir de la base que en la via penal el tipus delictiu exigeix que l'incompliment de les obligacions d'administrar (que així s'ha d'entendre l'expressió «facultades») ha produït un dany en el patrimoni administrat. Aquest dany és l'objecte de l'obligació d'indemnitzar, però això no impedirà que en una acció civil independent per incompliment de contracte es pugui demanar la indemnització que correspongui segons les regles de l'incompliment de les obligacions, establertes als articles 1101-1104 CC.

## 5. REFLEXIÓ FINAL

M'agrada caminar pels boscos. He vist arbres de diferents famílies vivint: roures, alzines, pins, faigs, alzines sureres, cedres. Fins i tot he vist arbres centenaris, sequoies als jardins d'El Escorial, portats d'Amèrica: no tots els arbres són iguals. Però tots formen part del mateix bosc. En el bosc del sistema jurídic, hi ha moltes institucions que tenen finalitats semblants, en el cas que ens ocupa, la protecció dels titulars de béns, mobles i immobles, que per les seves circumstàncies personals, no es poden fer càrrec de la seva administració. O que prefereixen els serveis de professionals perquè no poden o no saben administrar. O societats de capital que en ser persones jurídiques, necessiten de les persones físiques per gestionar el capital de què són titulars, igual que les associacions i les fundacions. Sempre es tracta del mateix: la gestió que inclou l'administració dels béns està basada en el principi de confiança i si aquest falla, haurem

de buscar els remeis civils o penals que restableixin el que la deslleialtat ha fet trontollar. Si es legisla oblidant aquest principi, apareixen rareses com les que M<sup>a</sup> José Magaldi ha posat de relleu en el seu discurs. Jo m'he limitat a confirmar, des d'un punt de vista complementari, el que ella ha estudiat amb la profunditat requerida en una acadèmica.

L'Acadèmia s'ha de sentir orgullosa de comptar entre els seus membres a tan excel·lent jurista, que sens cap dubte, ens ajudarà en els nostres debats. Benvinguda.

Madrid, agost 2021



