

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019/2020

Convocatoria de Julio

CUESTIONES PRÁCTICAS
DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN
DESLEAL ART. 252 CP

**PRACTICAL ISSUES OF THE FELONY OF DISLOYAL
MANAGEMENT ART. 252 CP**

Realizado por el alumno D. TITO SEGUNDO VILLALOBOS FLORES

Tutorizado por el Profesor D. MANUEL RAYCO CABELLO LEÓN

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento de Derecho Penal.



ABSTRACT

The reform of the Organic Law 1/2015, of march 30 by which it is modified the Criminal Code, brought with it an substantial alteration of it, affecting among others the corporate unloyal management felony and turning it in the unloyal management felony, this new criminal type is characterized by being composed of three elements, the necessary faculty of administer others people patrimony (wheter these were emanating from the law, entrusted by an authority or assumed through a legal transaction), the excess in those powers and causing a patrimonial damage.

The objective of the present work is to analyze different practical questions related to the interpretation of the disloyal management felony Art. 252 CP, the work is made up of two sections, one of an introductory nature and the other of a practical nature, from the description of the elements of the criminal type to a detailed analysis of each of the problematic cases to be resolved, including doctrinal comments and legal precedents.

Key Words: disloyal management, damage, excess in powers, felony

RESUMEN

La reforma de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal, trajo consigo una alteración sustancial del mismo, afectando entre otros al delito de administración desleal societario y convirtiéndolo en el delito de administración desleal genérico, este nuevo tipo penal se caracteriza por estar compuesto por tres elementos, la necesaria facultad de administrar patrimonio ajeno (ya fuesen estas emanadas por la ley, encomendadas por una autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico), el exceso en esas facultades y causar un perjuicio patrimonial.

El objetivo del presenta trabajo es analizar diferentes cuestiones prácticas relativas a la interpretación del delito de administración desleal Art. 252 CP, el trabajo está compuesto por dos secciones una de naturaleza introductoria y otra de naturaleza práctica, aborda desde la descripción de los elementos del tipo penal hasta un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos problemático a resolver, incluyendo comentarios doctrinales y jurisprudencia.

Palabras clave: administración desleal, perjuicio, excesos de facultades, delito

INDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	5
PRIMERA PARTE – INTRODUCCIÓN AL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	7
1. La Reforma de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y el delito de administración desleal con entidad propia.	7
2. El delito de administración desleal	9
2.1 Bien jurídico protegido	9
2.2 Tipo objetivo	10
2.2.1 Conducta típica.....	10
2.2.2 Sujetos de la acción	10
2.2.3 Delito de resultado	11
2.3 Tipo subjetivo.....	11
2.3.1 El dolo	11
2.3.2 La ausencia del ánimo de lucro	12
2.4 Penalidad	13
2.4.1 Tipo básico. Art. 252.1 CP	13
2.4.2 Tipo agravado. Art. 252.1 CP.....	13
2.4.3 Tipo atenuado. Art. 252.2 CP	14
2.5 Relevancia de la cuantificación del perjuicio patrimonial	14
2.6 Perseguibilidad del delito	14
3. Diferencias con delitos afines	16
3.1 Diferencia con el delito de estafa.....	16
3.2 Diferencia con el delito de apropiación indebida	17
SEGUNDA PARTE – ANÁLISIS DE CUESTIONES PRÁCTICAS.....	19
4. Exceso en el ejercicio de las facultades de administración	19
5. Comportamientos penalmente relevantes del administrador	21
6. Facultades y deberes del administrador	23
7. Viabilidad de las conductas omisivas	26
8. El incumplimiento del deber específico de vigilancia.	30
9. La absorción del art. 295 derogado (societario) dentro del art. 252 vigente.....	31
10. El consentimiento como causa de atipicidad.	33
11. El alcance del perjuicio.	35
CONCLUSIONES.....	40



BIBLIOGRAFÍA	42
TABLA DE JURISPRUDENCIA	45



INTRODUCCIÓN

En el año 2015 entró en vigor la reforma de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modificaba el Código Penal alterando una gran cantidad de artículos del mismo, reforma de gran calado sin duda y que afectó casi a la integridad del Código Penal. Dentro de esos cambios en este trabajo estudiaremos el relativo a la supresión del Art. 295 delito de administración desleal societario y nacimiento del actual delito de administración desleal genérico Art. 252 CP, pero más allá de lo expuesto, intentaremos adentrarnos en el análisis del estado actual del delito de administración desleal afrontando diferentes cuestiones prácticas del mismo.

El delito de administración desleal genérico del Art. 252 CP desde sus inicios ha sido víctima de críticas por parte de la más especializada doctrina por su inmensa amplitud a la hora de tratar de cubrir la mayor cantidad de supuestos dándole una mayor defensa al patrimonio de los sujetos cuando éste, está siendo administrado por un tercero. Dicha amplitud es señalada por los autores como un posible ataque al principio de taxatividad, que no es más que una manifestación del principio de legalidad. Intentaremos en este estudio valorar si efectivamente a criterio de esta parte, existe o no un atentado contra la necesaria taxatividad que deben tener las normas jurídicas, más aún las penales, que se caracterizan por imponer penas o medidas de seguridad limitativas del derecho de libertad deambulatorio.

Este trabajo final de grado está compuesto por dos partes: una primera de naturaleza introductiva, donde se desarrollan de forma sucinta la modificación legislativa antes mencionada, los elementos del tipo objetivo y subjetivo del tipo penal a estudiar, así como otros aspectos que tienen como finalidad proveer al lector de las herramientas necesarias para apreciar con mayor rotundidad la segunda parte, ésta de naturaleza práctica compuesta por un total de 8 epígrafes, intentaran dar claridad a asuntos problemáticos nacidos de la entrada en vigor del delito de administración desleal genérico y que han sido discutidos y comentados por los diferentes operadores jurídicos a lo largo de los últimos años.

Finalmente, y con el objetivo de determinar que aporta el presente trabajo, exponemos que, partiendo del entendimiento del estudio del derecho como una herramienta de cara al ejercicio práctico y no como una necesidad en si misma (entiéndase, como mecanismo de solución de problemas reales del ciudadano), intentaremos sintetizar en cada cuestión



práctica los criterios doctrinales que la estudian y discuten y posteriormente la posición más actual de la jurisprudencia sobre ese asunto, y es que, algo latente en la rama de estudio jurídico es que la jurisprudencia es usualmente la que termina resolviendo los debates dogmáticos, terminando de perfilar los asuntos que los legisladores tanto por acción o por omisión decidieron no hacer.



PRIMERA PARTE – INTRODUCCIÓN AL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

1. La Reforma de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y el delito de administración desleal con entidad propia.

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, entre sus muchos cambios, afectó la redacción de los delitos contra el patrimonio y los delitos societarios. A continuación, para tener una visión global del marco legal que estudiaremos en el presente trabajo, se reproducirán aquellos artículos de la reforma que afectan directamente al tema a desarrollar. Veamos:

Art. Ciento veintisiete. Se modifica la rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal» y que comprenderá el artículo 252.

Art. Ciento veintiocho. Se modifica el artículo 252, que tendrá la siguiente redacción:

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

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

Art. Ciento veintinueve. Se añade una Sección 2.^a bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II, con la rúbrica «De la apropiación indebida», que comprenderá los artículos 253 y 254.

Art. Ciento treinta. Se modifica el artículo 253, que queda redactado del siguiente modo:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o



custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

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

Art. Ciento sesenta. Se suprime el artículo 295.

Cuya redacción anterior era:

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

Tales modificaciones dan como resultado que el delito de administración desleal que previamente estaba contenido dentro de los delitos societarios pase a estar comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, ampliando su aplicación no solamente a los supuestos societarios sino a supuestos civiles y mercantiles, públicos y privados.

Para poder encontrar los motivos de dicha modificación legislativa tendremos que trasladarnos al Punto XV del preámbulo de la reforma donde se expone¹: *«La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión.»*

Cosa diferente sería valorar la necesidad de esta modificación, en dichos términos encontramos posiciones doctrinales que la critican:

¹ Preámbulo, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



Según CONDE PUMPIDO²: «*La jurisprudencia ya había establecido una distinción segura entre la apropiación indebida en sentido propio y la apropiación por distracción y de estos dos tipos con el de administración desleal; que no existía una reclamación de la reforma por el mundo económico, forense o jurisdiccional, y que con la reforma no se gana en seguridad jurídica habida cuenta de los problemas que ha planteado en Alemania el precepto de referencia, incluso su constitucionalidad por falta de taxatividad.*»

Según MUÑOZ CONDE³: «*La modalidad de distracción, que se menciona expresamente en la anterior redacción del entonces Art. 252 podía incluir algunas formas de apropiación temporal en las que el sujeto piensa devolver la cosa distraída; como, por ejemplo, la utilización para negocios propios de cosas ajenas que se tienen en administración, exponiéndolas a riesgos que solo puede asumir el propietario o el administrador con autorización expresa del propietario.*»

Y finalmente señalando la Jurisprudencia que ya había establecido que no había problema en equiparar ambas modalidades de disposición indebida del patrimonio ajeno en el delito de apropiación indebida, STS 224/1998, de 26 de febrero, STS 755/1999, de 11 de mayo y Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005.

2. El delito de administración desleal

2.1 Bien jurídico protegido

Como hemos observado, posterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 del Código Penal, hemos visto el nacimiento del delito de administración desleal genérico. Previamente, el delito de administración desleal societario protegía el patrimonio, pero no cualquiera, sino entendido exclusivamente en el contexto societario, dejando a un lado cualquier otra manifestación del mismo. En la actualidad, el delito de administración

² CONDE PUMPIDO, Tourón, Cándido. *Observatorio de Derecho Penal Económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal, una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal*. Diario la Ley nº 8350, 9 de Julio de 2014.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte Especial*. 20a edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Pg. 392.

desleal genérico del Art. 252 CP, contiene como bien jurídico protegido el patrimonio⁴, en concreto, la norma defiende los intereses de los sujetos que hayan confiado su patrimonio a un tercero.

Sobre este hecho concreto encontramos referencia directa en el Preámbulo (XV) de la reforma 1/2015 de 30 de marzo, donde en lo relativo al desplazamiento del delito societario a patrimonial explica, que se realizó porque es allí donde debe estar ubicado, viniendo exigido por la naturaleza del delito, un delito contra el patrimonio.

2.2 Tipo objetivo

2.2.1 Conducta típica

Consistentes en infringir las facultades previstas para la administración, excediéndose en las mismas. La conducta debe ser realizada antes del suceso dañoso para poder ser calificado como perjudicial al patrimonio administrado. Si el propietario de forma expresa autoriza la transacción que eventualmente genera en perjuicio, la gestión quedará fuera de este tipo por cuanto el patrimonio es un bien jurídico disponible.

Y es que nuestro Código Penal define en su art. 252 este delito en 3 aspectos:

- Ostentar las facultades de administración en un patrimonio ajeno (ya fuesen estas emanadas por la ley, encomendadas por una autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico).
- Excederse en el ejercicio de las facultades, ya sea por el ejercicio indebido o extralimitación de las atribuciones dadas.
- Causación de un perjuicio.

2.2.2 Sujetos de la acción

El sujeto activo puede ser cualquiera siempre y cuando tenga facultades de administración sobre el patrimonio ajeno en cuestión.

⁴ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 66.

Y sujeto pasivo será el titular del patrimonio afectado, ya sea una persona física o jurídica y estas últimas podrán ser privadas o públicas.

2.2.3 Delito de resultado

Existiendo una cantidad variada de formas de clasificar los diferentes delitos, encontramos una donde el elemento diferenciador es el efecto exterior que la acción de este produce, encontramos, los delitos de mera actividad y los delitos de resultado. En los delitos de mera actividad su descripción se limita a la acción, sin que para su completa realización se exija un resultado determinado mientras y en sentido contrario los delitos de resultados requieren necesariamente una efectiva lesión del bien jurídico o en su defecto una acción peligrosa que ponga en peligro el mismo⁵. Y es que cuando se realiza un tipo penal de resultado mediante una acción positiva, por ende, un hacer, afectando el curso natural de los hechos, el sujeto activo realiza de modo objetivamente imputable un resultado típico. El comportamiento del sujeto ha modificado una situación pacífica afectando el bien jurídico tutelado, estableciendo así la estructura del delito de resultado⁶.

Finalmente, en cuanto a la caracterización del tipo administración desleal del Art. 252 CP como delito de resultado la doctrina tiene una posición pacífica en cuanto a que efectivamente lo es. Sobre este asunto se manifiesta GÁLVEZ JIMÉNEZ⁷, al afirmar que es el mismo Art. 252 CP en su redacción el que exige un resultado concreto derivado de la conducta ilícita realizada, que no es más que la causación de un perjuicio patrimonial.

2.3 Tipo subjetivo

2.3.1 El dolo

⁵ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 188 y 119.

⁶ FIGUEROA NAVARRO, Carmen; *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2017, Pág. 212.

⁷ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 122.

Es necesario el dolo, no admite la comisión imprudente. Por ende, es necesario que el sujeto activo tenga conciencia del deber de velar por el interés ajeno administrado a sabiendas de la posible causación de un perjuicio patrimonial como resultado de sus decisiones.

Seguidamente, en cuanto a la inadmitida acción imprudente, es relevante hacer referencia a la literalidad del Art. 12 CP: «*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*».

2.3.2 La ausencia del ánimo de lucro

En cuanto a la ausencia del ánimo de lucro, es efectivamente cierto que en algunos delitos patrimoniales se exige el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, ejemplos encontramos en la estafa (Art. 248 CP *Cometen estafa los que, con ánimo de lucro...*) y en la apropiación indebida (Art. 253 CP *...los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero...*).

Para definir el ánimo de lucro, podemos atender a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Núm. 1206/2005 de 14 de octubre, que expone: «*Como hemos visto, es la existencia de ánimo de lucro en el agente delictivo, entendiendo por tal una ventaja económica de cualquier género que produzca, a su vez, el oportuno perjuicio en el sujeto pasivo del delito*».

Relativo a la finalidad del mismo, NÚÑEZ CASTAÑO⁸, refiere, que cuando se incluye el ánimo de lucro en los diferentes delitos se hace con el objetivo de limitar el ámbito de aplicación del mismo. Y es que, la ausencia de este elemento implicaría la presencia de una causa de exclusión de la tipicidad, dando como resultado una imposibilidad de reproche penal, porque cuando no se darían todos los elementos del tipo.

Dicho lo anterior es de interés analizar las razones por las cuales el legislador ha decidido remover de la redacción del delito de administración desleal el ánimo de lucro, que, si se encontraba contemplado en la redacción del antiguo delito de administración desleal societario derogado, ampliando considerablemente el ámbito de aplicación de este. Sobre

⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena; *Elementos del tipo subjetivo (i) El Dolo*, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, (Coord. GÓMEZ RIVERO, M.), Volumen II, Editorial Tecnos, 2015, Pág. 211 y 212.



este asunto refiere GÁLVEZ JIMÉNEZ⁹, que señala que la exclusión de este elemento subjetivo del tipo se debe a la posibilidad que tendrían algunos administradores que posterior a haber realizado un perjuicio patrimonial, aprovechen la complejidad del entramado societario para hacer imposible la prueba de su propósito de lucrarse.

Finalmente en atención a lo expuesto por la Jurisprudencia atenderemos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) Núm. 23/2019 de 11 de diciembre que desarrolla: *«De manera que son tres sus elementos, el ostentar facultades de administración de un patrimonio ajeno; excederse en el ejercicio de sus facultades, tanto abusando de las mismas como no actuando con la diligencia exigible, hasta tal punto que causa perjuicios frente a terceros; y finalmente, efectivamente, el perjuicio patrimonial que puede configurarse tanto como una pérdida patrimonial efectiva, como de ganancia. Y en cuanto al elemento subjetivo no se exige ánimo de lucro bastando con el dolo genérico de actuar con el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se está ocasionando (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016).»*

2.4 Penalidad

2.4.1 Tipo básico. Art. 252.1 CP

En este caso vemos cómo el legislador ha optado por remitirnos a los Art. 249¹⁰ (Tipo básico de estafa). Estableciendo la pena de prisión de 6 meses a 3 años.

2.4.2 Tipo agravado. Art. 252.1 CP

Atenderemos a lo expuesto en el Art. 250¹¹ (Tipo agravado de estafa). Siendo la pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses siempre que concurran ciertas circunstancias.

⁹ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 283 y 284.

¹⁰ Art. 249 Código Penal: *«Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción».*

¹¹ Art. 250 Código Penal: *«I. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:
1.º Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.*

2.4.3 Tipo atenuado. Art. 252.2 CP

En atención a la baja cuantía del perjuicio patrimonial resultante, estableciendo ésta en cualquier monto inferior a los 400 euros o menos, se impondrá una pena de multa de 1 a 3 meses.

2.5 Relevancia de la cuantificación del perjuicio patrimonial

Hemos tenido la oportunidad de analizar los elementos del tipo del Art. 252 y podemos observar la ausencia de cuantificación del perjuicio causado para efectos de la realización o no del mismo (al menos en cuanto a la aplicación del tipo básico o al agravado), pero lo que sí queda reflejado por la misma redacción del artículo es que tal cuantificación es absolutamente necesaria para determinar:

- Si siendo igual o inferior 400 euros aplicamos la pena del Art. 252.2
- O si siendo superior a 400 euros, aplicamos la pena del Art. 252.1. Siendo esto insuficiente ya que tendríamos que tomar también en consideración las circunstancias expuestas en el Art. 250 para la correcta determinación del marco penológico aplicable.

2.6 Perseguibilidad del delito

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

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

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

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

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

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

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

2. Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.»

Previo a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, el delito de administración desleal de patrimonio ajeno se encontraba regulado dentro del Capítulo XIII «de los delitos societarios» en nuestro Código Penal, por ende, para efectos de la perseguibilidad del mismo seguíamos los criterios que tienen estos, aplicábamos el Art. 296¹² CP, permitiendo que se inicie el proceso solo mediante denuncia del agraviado y tomando como excepción el supuesto de que el mismo fuera menor de edad (en relación Art. 105.2¹³ Lecrim), todo esto por cuanto los delitos societarios son tratados procesalmente como delitos semipúblicos (o semiprivados)¹⁴. Sobre este asunto, FARALDO CABANA¹⁵ propuso, la eliminación de *lege ferenda* de las condiciones de perseguibilidad en relación con los delitos económicos, por cuanto nos podríamos encontrar en supuestos de chantaje donde el sujeto determinado por ley para denunciar podría no ejercer la acción por contraprestación económica, por miedo, por desconocimiento que ha puesto en peligro un bien jurídico tutelado o por falta de medios. A continuación, y posterior a la reforma 2015, vemos como se suprime el Art. 295 CP y se crea el actual Art. 252 CP ahora dentro de los delitos patrimoniales, haciendo que las exigencias del Art. 296 CP no se apliquen. Y dando carácter de delito público al delito de administración desleal. Por ende, están legitimados para ejercitar la acción penal, el agraviado, el perjudicado o perjudicados, los socios o terceros perjudicados indirectamente y cualquier persona que sin ser afectado por la comisión del delito tenga conocimiento de este, así como sería también perseguible de oficio.

Y finalmente, otra de las consecuencias de la nueva localización del Art. 252 CP dentro de los delitos patrimoniales sería la aplicación de la llamada “Excusa Absolutoria” en

¹² Art. 296 Código Penal: «1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.»

¹³ Art. 105.2 Lecrim.: «En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.
La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.»

¹⁴ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pg. 367.

¹⁵ FARALDO CABANA, Patricia; *Los Delitos Societarios*. 2da edición. Editorial Tirant lo blanch, Pg. 86 a 88 y 100 a 102.



atención al Art. 268¹⁶ CP, que expone el supuesto de exención de responsabilidad penal siempre que el delito patrimonial tenga como sujeto activo y sujeto pasivo, parientes. Sobre este asunto se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 618/2010 de 23 de junio, donde expone: *«La razón de ser de la «excusa absolutoria» de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, suele provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad».*

3. Diferencias con delitos afines

3.1 Diferencia con el delito de estafa

El delito de estafa se contempla en nuestro Código Penal en los Arts. 248¹⁷, 249, 250, 251 y 251 Bis. Siendo el primero de los mencionados el que desarrolla el tipo básico.

¹⁶ Art. 268 Código Penal: *«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.*

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.»

¹⁷ Art. 248 Código Penal: *«1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.*

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.»



Según la Jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 31/2017 de 26 de enero, en su apartado duodécimo numeral 1, el delito de estafa requiere: 1º Un engaño precedente o concurrente. 2º Que dicho engaño sea «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos. 3º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la maniobra engañosa. 4º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente 5º Ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto. 6º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado.

Según GÁLVEZ JIMÉNEZ¹⁸, hay 3 diferencias claves entre estos delitos.

- Mientras que el delito de estafa se erige sobre el engaño, que debe ser bastante para producir error en el otro sujeto, en el delito de administración desleal existe un abuso de confianza, pero no un engaño previo. El engaño no es un elemento necesario para que se de este delito, en cualquier caso, el engaño es posterior y no antecedente o previo.
- El acto de disposición de la estafa es realizado por el mismo sujeto pasivo que ha sido previamente engañado, en cambio, el sujeto pasivo en el delito de administración desleal no realiza ningún acto de disposición, sino que, deposita su confianza en el administrador.
- En el delito de estafa un requisito esencial es que concurra el ánimo de lucro en el sujeto activo, y es que, en este delito la finalidad principal del engaño es que el sujeto pasivo realice un acto de disposición patrimonial que le resulte en beneficio al sujeto activo. En contrario, el ánimo de lucro no es un requisito para la configuración del delito de administración desleal.

3.2 Diferencia con el delito de apropiación indebida

¹⁸ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pg. 86 a 89.

El delito de apropiación indebida se encuentra tipificado en nuestro Código Penal en los Arts. 253¹⁹ y 254.

En legislador sobre este asunto, ya se manifiesta en el Preámbulo de la reforma 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el apartado XV, 4to párrafo: *«Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida....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.»*

Finalmente la Jurisprudencia se manifiesta sobre este asunto en Sentencias como la 163/2016, de 2 de marzo, donde en su apartado Sexto, expone: *«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), por todas STS 476/2015 , de 13 de julio. 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 art 253.»*

¹⁹ Art. 253 Código Penal: *«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*

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

SEGUNDA PARTE – ANÁLISIS DE CUESTIONES PRÁCTICAS

4. Exceso en el ejercicio de las facultades de administración

Sin duda, uno de los elementos más problemáticos en la actual redacción del delito de administración desleal ha sido poder concretar qué debemos entender por *exceso de las facultades*, a continuación, atenderemos a diferentes autores y sobre todo a la jurisprudencia para intentar resolver esta duda.

Dentro del análisis del Art. 252 CP uno de los elementos de mayor relevancia sería la determinación del comportamiento ilícito, ya que sobre este es que observaremos el debido reproche penal del sujeto activo. Dicho esto, y en atención al Principio de Taxatividad²⁰, tal descripción del comportamiento activo debería ser lo suficientemente claro y preciso como para determinar con facilidad qué hechos considera delictivos y qué pretende prohibir. En nuestro Art. 252 CP de estudio, el comportamiento típico consiste en infringir las facultades de administración delegadas en relación con un patrimonio ajeno provocando un perjuicio al mismo, quedando de manifiesto que no se ha determinado específicamente cuáles son los comportamientos que se intentan prohibir, es decir, el legislador ha optado por un concepto amplio al utilizar la expresión, *facultades para administrar patrimonio ajeno*, dando como resultado la posibilidad de una aplicación desproporcionada de comportamientos, y finalmente, para minimizar esta aplicación desproporcionada comentada, decide incluir la expresión, *las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas*, con el objetivo de determinar la acción típica concretando la conducta punible. Y es que es ese exceso requerido, lo que configura el desvalor de la acción del ilícito.

Posteriormente, y analizando en mayor profundidad la expresión, *excediéndose*, que incluye el artículo, nos encontramos con la posibilidad de incluir dentro de éste, los excesos extensivos (aquellos que ocurren cuando hay una extralimitación de los poderes de administración, (se realizan actuaciones y decisiones sobre las cuales no se tienen competencias) y los excesos intensivos (aquellos que ocurren sobre el uso indebido de los

²⁰ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 41.

poderes de administración delegados). Tal posibilidad es relevante a efectos de nuestro estudio, por cuanto:

- A. Si afrontamos que la expresión *excediéndose* solo implican los excesos extensivos, daría como resultado la impunidad penal de los comportamientos excesivos intensivos en relación con el Art. 252 CP (sin ignorar en ningún momento la posibilidad de responsabilidades de naturaleza civil que podrían exigirse).
- B. En el supuesto de aplicar exclusivamente los excesos intensivos, se reduciría considerablemente el ámbito de aplicación del tipo penal en cuestión, y es que a tenor de la comparación de la modificación legislativa del derogado Art. 295 CP con el actual Art. 252 CP es evidente que el interés del legislador fue ampliar la aplicación del delito de administración desleal, al por ejemplo, modificar su aplicación exclusivamente societaria.
- C. Como tercera posibilidad estaría, la inclusión dentro del término *excediéndose*, tanto de los excesos intensivos como excesivos.

Sobre esta situación GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA²¹ exponen: «*En el nuevo delito de administración desleal tendrán cabida la práctica totalidad de conductas que hasta la presente fecha se consideraban jurisprudencialmente como gestión desleal incardinadas en la apropiación indebida en su modalidad típica de distracción*» (anterior 252) como las que lo eran en el societario de administración fraudulenta (derogado 295).»

En el mismo sentido se manifiesta DE PORRES ORTIZ DE URBINA²², al tratar el asunto sobre la falta de claridad del Art. 252 CP para supuestos de excesos intensivos y extensivos, por cuanto se posiciona admitiendo una interpretación amplia del término *exceso*, en la que se incluyen el uso indebido de las facultades y la extralimitación de estas, ya que afirma, no existen elementos para afirmar lo contrario.

Finalmente, la jurisprudencia en contraposición a los autores anteriormente referenciados se decanta por admitir solo los excesos intensivos, exponiendo como ejemplos: Sentencia

²¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu., GÓMEZ MARTÍN, Víctor., (Coords.); *Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, Tomo 2, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2016, Pg. 279.

²² DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. Elderecho. Septiembre, 2016.



del Tribunal Supremo 700/2016, de 9 de septiembre, 414/2016, de 17 de mayo, 163/2016 de 2 de marzo y más recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Núm. 26/2019 de 6 de mayo que expone: «*Previamente a examinar esta esencial cuestión hemos de recordar que la jurisprudencia, en relación con el delito que nos ocupa, 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. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas*».

5. Comportamientos penalmente relevantes del administrador

Este epígrafe tiene como finalidad abordar los posibles comportamientos que tendrían relevancia penal de cara al Art. 252 CP sobre este asunto lo primero que llama la atención es que dicho artículo tiene una inmensa amplitud en cuanto a los tipos de conductas ilícitas contemplables por cuanto no delimita en absoluto el comportamiento penalmente relevante. Sobre este asunto sería interesante atender a otros tipos penales como el Art. 259 CP de las insolvencias punibles, que tienen una extensa lista de comportamientos precisamente delimitados y que simplifican considerablemente la subsunción de los hechos en el tipo.

Sobre esto se pronuncia DE PORRES ORTIZ DE URBINA²³, el autor explica que en el derogado Art. 295 CP los comportamientos penalmente relevantes eran los dispositivos y de contracción de obligaciones teniendo como algunos ejemplos, la enajenación a terceros de bienes administrados por precio inferior al real o de mercado, auto concesión de préstamos en condiciones más favorables que las de mercado, concesión de préstamos de dudoso cobro sin adoptar las garantías ordinarias para favorecer a los prestatarios, afianzamiento con el patrimonio administrado de deudas personales del administrador, adjudicación de contratos en favor de oferentes que ofertan peores condiciones que alguno de los demás partícipes en el concurso o reconocimiento de créditos ficticios. Pero posterior a la promulgación del Art. 252 CP actual, no solo no nos encontramos exclusivamente en el ámbito societario, sino que, además, no se limita a actos dispositivos y de contracción de obligaciones, ya que la literalidad del artículo vigente solo expone,

²³ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. Elderecho. Septiembre, 2016.



excederse en las funciones ocasionando un perjuicio al patrimonio administrado. Es allí cuando el autor nos ofrece una plétora de posibles comportamientos ilícitos: La revelación de secretos, la violación de las normas de competencia y, en general, el incumplimiento de las leyes aplicables en el concreto sector de actividad, la adopción de una decisión perjudicial al patrimonio por existir un conflicto de intereses omitido conscientemente, la adopción de una decisión sobre el patrimonio sin tomar en consideración una información que debió tenerse en cuenta y que estaba a su disposición, causando un perjuicio al patrimonio administrado, la desatención absoluta de sus obligaciones por el administrador o, la participación en negocios especulativos o de riesgo elevado.

Finalmente, con el fin de estudiar la visión práctica de este epígrafe procedemos al análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª, Num. 30/2019 de 3 de junio. El supuesto de hecho versa sobre una sociedad mercantil administrada solidariamente por 3 administradores. Las enjuiciadas A y B que ostentaban a su vez el 67.50% del capital social y C titular del 32.50%. Posteriormente, A y B tienen unas discrepancias con C sobre el curso que estaba llevando la mercantil y deciden en el ejercicio de sus funciones y mientras materializaban el cese en funciones de C, transferir los fondos de la cuenta de la sociedad a una cuenta de su titularidad personal, esto con el fin de salvaguardar los fondos. Dichas cantidades fueron devueltas a la cuenta de la sociedad después del cese en el cargo de administrador de C.

Tales hechos fueron enjuiciados por la Audiencia Provincial de Las Palmas, absolviendo de A y B de los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

Dicha sentencia absolutoria fue apelada ante la TSJ, que resuelve, en referencia al delito de administración desleal, en el fundamento de derecho tercero, que no se constata el elemento subjetivo del dolo en las actuaciones de las querelladas y, por ende, se confirma la sentencia de instancia.

Tomamos como ejemplo esta sentencia por cuanto entra a valorar un supuesto donde nos encontramos con que el comportamiento ilícito sería la disposición patrimonial de los bienes administrados y que posteriormente son devueltos a la sociedad, entendiéndose que la misma podría llegar a ser delictual siempre que se hubiera acreditado el elemento subjetivo del tipo.



6. Facultades y deberes del administrador

En el presente epígrafe analizaremos las fuentes que establece la redacción actual del delito de administración desleal para determinar el nacimiento de las facultades y deberes del administrador y el supuesto problemático de los administradores de hecho.

El Art. 252 CP establece que para determinar quién puede ser el sujeto activo del delito deberemos atender al título constitutivo que le proporciona las facultades de administración, la literalidad de la norma expone que las facultades serán, *emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*, esto en comparación con la redacción derogada del delito de administración desleal societaria Art. 295 que sobre este asunto exponía, *Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación*, nos da como resultado que en la redacción actual se ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación del delito de administración desleal, ya que no solo afectaría a los administradores mercantiles sino a cualquiera con facultades de administración. En este sentido RAMOS RUBIO²⁴ comenta que tanto un apoderado, como un liquidador, etc. mientras tenga facultades para administrar podrá realizar el delito del Art. 252 CP aunque no sean denominados administradores por alguna norma específica.

En lo relativo, la Jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 719/2015 de 10 de noviembre, expone: *«Este nuevo precepto castiga a 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. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como en el derogado art. 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal»*

Sobre este asunto vemos relevante el análisis de las tres fuentes contenidas en la norma de estudio, esto con el fin de poder determinar los límites de la norma penal.

- a) Facultades emanadas por la ley.

²⁴ RAMOS RUBIO, Carlos; *El nuevo delito de administración desleal* en QUINTERO OLIVARES, G.(dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, Pág 533.

Tenemos como ejemplo los Art. 164 CC y siguientes, en cuanto se le impone a los padres la administración de los bienes a sus hijos.

b) Facultades encomendadas por autoridad.

En este caso podríamos valorar como ejemplo las figuras de interventores o administradores judiciales, del Art. 630 LEC y siguientes.

c) Facultades asumidas por negocio jurídico.

De todas las formas de obtener las facultades de administración, esta es sin duda la más usual. En este caso lo podemos ejemplificar con las figuras de los administradores de fincas, administradores de patrimonios, administradores de sociedades mercantiles, entre otros.

En líneas generales, los supuestos de facultades emanadas por la ley y encomendadas por la autoridad, se le habrán impuesto al sujeto sin que éste lo haya elegido, sino que tendrá el cargo porque así lo establece la norma o lo decide la autoridad.

Así también, existen supuestos donde la fuente de las facultades de administración no puede ser únicamente identificadas con un forma exclusiva de adquisición de las mismas, sino que una funcionaría como primaria y otra tendría carácter subsidiario o de complemento, como ejemplo, señalamos un supuesto donde un administrador mercantil que adquiere sus facultades de administración a través de un negocio jurídico, pero a su vez la Ley de Sociedades de Capital (Art. 209 y siguientes) ya establece un régimen normativo que le obliga en cuanto a sus facultades y obligaciones.

En cuanto a la necesidad y valoración de la inclusión en la literalidad del artículo del delito de administración desleal en cuanto al origen de las facultades de administración del sujeto activo se pronuncia GÁLVEZ JIMÉNEZ²⁵, afirmando su utilidad por cuanto delimita el ámbito de aplicación del delito genérico de administración desleal favoreciendo en gran medida a la concreción del mismo.

Procederemos ahora a analizar un supuesto conflictivo, pero de constante encuentro en la práctica forense, y que consiste, en la realización de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de administración desleal Art. 252 CP por una persona a la cual manifiestamente no se le han dado facultades para ello, los llamados administradores de

²⁵GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 133 y 134.



hecho. En la norma derogada Art. 295 CP ya se incluía de forma expresa a los administradores de hecho, pero se nota la ausencia de la misma en la redacción actual, sin menoscabo de que en la redacción antigua solo nos podríamos referir a los administradores de hecho societarios. Dicho esto, si partimos del criterio estricto impuesto por la literalidad de la redacción actual nos veríamos en supuestos de atipicidad cuando el sujeto activo fuese el administrador de hecho, ocasionando que el objetivo del tipo penal que es la protección del bien jurídico tutelado (patrimonio administrado) se vulneraría sin reproche penal (admitiendo que, en cualquier caso, igual se podrían exigir las responsabilidades civiles correspondientes). A este menester hace alusión la doctrina, valorando positivamente la idea de considerar a los administradores de hecho como sujetos activos pero con razonamientos jurídicos diferentes, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²⁶, lo fundamenta en base a que el administrador de hecho obtiene sus facultades de administración en base a un negocio jurídico, definiendo este como «Declaración de voluntad que se celebra por palabra o por escrito y produce efectos jurídicos», naciendo a partir de esto la relación entre el administrador de hecho y el patrimonio administrado. RAMOS RUBIO²⁷, fundamenta su aceptación de la inclusión del administrador de hecho como sujeto activo en base a que, a su criterio, este ha obtenido las facultades emanadas por ley, en aplicación de los Art. 1888 CC. y siguientes relativos a la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Por su parte la Jurisprudencia expone en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 656/2014, de 16 de octubre: *«Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho». Añadiendo, mas adelante, que "... en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección". Nada impide, a los efectos de establecer la condición de administrador, que las funciones encomendadas, aun*

²⁶ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *la reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Editorial Aranzadi, 2015. Pág. 195 a 198.

²⁷ RAMOS RUBIO, Carlos; *El nuevo delito de administración desleal en QUINTERO OLIVARES, G.(dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, Pág 533.

siendo las características de la administración, se limiten, bien en atención a su contenido o bien en atención a sectores concretos del giro de la empresa. Lo que importa es que en el ámbito en el que se ejecutan los hechos que se pretenden delictivos, el sujeto haya actuado desempeñando las funciones que corresponderían a un administrador, aun con facultades parcialmente limitadas.»

Como conclusión en este apartado, queda claro que tanto la doctrina como la jurisprudencia han optado por valorar positivamente la incorporación de la figura de los administradores de hechos (tanto civiles como mercantiles), como posibles sujetos activos dentro del delito de administración desleal del Art. 252 CP.

Y finalmente atenderemos al supuesto de las decisiones perjudiciales al patrimonio tomadas por un sujeto que siendo administrador sea también socio partícipe o socio único. Queda claro que el interés del legislador era incluir la ajenidad como un elemento clave del tipo, elemento compartido con la antigua redacción Art. 295 CP derogado. Así pues, en los supuestos demarcados y atendiendo a la doctrina, vemos como GÁLVEZ GIMÉNEZ²⁸, explica, que en los supuestos donde el administrador sea socio participé de la sociedad, puede configurarse el supuesto del Art. 252 CP por cuanto las sociedades son titulares de su propio patrimonio y tienen personalidad jurídica propia, Art. 33 Ley de Sociedades de Capital²⁹, por ende, aunque el administrador-socio partícipe, ostente un derecho sobre una alícuota de las acciones que formen parte de la sociedad, no afectaría la posible responsabilidad penal devenida de realizar un delito de administración desleal. En sentido contrario, en el supuesto de ser el administrador socio único, usando como ejemplo la figura de la Sociedad Limitada Unipersonal (Art. 12 al 17 Ley de Sociedades de Capital), nos encontraríamos en un supuesto de atipicidad, pero no porque no nos encontremos frente a la ajenidad que requiere el tipo penal, sino y como expone la autora, por cuanto el titular del patrimonio ha prestado su consentimiento.

7. Viabilidad de las conductas omisivas

²⁸ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pg. 232 y 233.

²⁹ Art. 33 Ley de Sociedades de Capital: «Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.»

Uno de los elementos más debatidos en la doctrina relativos al Art. 252 CP consiste en determinar si efectivamente el delito de administración desleal podría configurarse a través de la comisión por omisión. Es claro que el precepto no lo contempla expresamente y solo hace referencia a la acción. Partiendo de la premisa anterior tendremos que analizar si la comisión por omisión tiene cabida en este tipo penal.

Según ROMEO CASABONA³⁰ entendemos como comisión por omisión u omisión impropia (en contraposición con los delitos de omisión pura o propios de omisión), aquellos resultantes de la suma de cualquiera de los delitos de resultado de la Parte Específica del Código Penal y de la cláusula general del Art. 11 CP

Por ende, en un estado muy primario del análisis tendríamos que afirmar que como hemos resuelto anteriormente el Art. 252 CP es sin duda un delito de resultado (en base a la expresión *causen un perjuicio al patrimonio administrado*) y posteriormente analizar el Art. 11 CP³¹, que permite que los delitos de resultado pueden realizarse en comisión por omisión en los casos en que la no evitación del mismo equivalga a su causación, sobre esto el Tribunal Supremo ha desarrollado consolidada Jurisprudencia³², que exponen los siguientes requisitos: a) Una situación típica, b) Ausencia de la acción determinada que le era exigida, c) Capacidad de realizarla (estos 3 primeros requisitos que compartidos con los delitos de omisión pura) así como, d) La posición de garante, e) La producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

a) Una situación típica

Entendida como aquella que pone en riesgo la protección dada a un determinado bien jurídica tutelado, entendido en este caso como la protección del patrimonio administrado.

³⁰ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 155.

³¹ Art. 11 Código Penal.: «*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:*

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.»

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, (Sección 1ª) 537/2005 de 25 de abril, 64/2012 de 27 de enero y Núm. 459/2013 de 28 de mayo.



b) Ausencia de la acción determinada que le era exigida

Si partimos del criterio que la omisión se construye desde la no realización de la acción que de acuerdo el tipo específico se le requiere al sujeto, el sujeto que realiza la conducta omisiva ha hecho lo contrario a lo que se exige en la norma penal. Un ejemplo claro lo encontramos en el administrador de una sociedad mercantil que a sabiendas de que prontamente caducarán unos derechos de crédito a favor de esta, decide no exigir el pago de las mismas produciendo un perjuicio en el patrimonio administrado.

c) Capacidad de realizarla

Partiendo del criterio que efectivamente se admite la realización de la conducta omisiva en nuestro caso particular, tendríamos que acreditar que el administrador tiene dentro de sus facultades específicas (derivadas de la ley, encomendados por la autoridad o asumidos a través de un negocio jurídico) la capacidad de realizar la acción omitida. En relación con el ejemplo anterior, si dentro de los estatutos de la sociedad mercantil en cuanto a las facultades del administrador no se encontrara de forma expresa la facultad de exigir el cumplimiento de los créditos favorables a la misma, pues no veríamos acreditado este requisito.

d) La posición de garante

Definido por ROMEO CASABONA³³ como: «*Aquellos obligados por un especial deber jurídico, ... por tanto, solo podrá cometer un delito en comisión por omisión aquel que, por su estado, posición, cargo o actuar precedente esté especial y jurídicamente obligado (sin que baste una con una obligación ética, como la que provendría, p. ej. De un Código deontológico) a evitar el resultado*». Dicho esto, aquel que ostenta las facultades de administración debe velar por la protección del patrimonio administrado, tomando en su caso medidas necesarias que eviten la posibilidad causación de un perjuicio patrimonial.

e) La producción del resultado y la posibilidad de evitarlo

³³ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 158.

Finalmente, será necesario establecer una relación causal entre si el sujeto tenía la opción de evitar el resultado y si siendo así, este se ha producido. En otras palabras, será necesario establecer el nexo causal entre un resultado perjudicial al patrimonio y la omisión de las facultades de administración encomendadas al sujeto.

Analizados los requisitos que establece la jurisprudencia y concatenados con el Art. 252 CP es momento de estudiar lo expuesto por la doctrina sobre si se pueden incluir la omisión como forma comitativa en el delito de administración desleal.

Sobre este asunto se manifiesta negativamente CASTRO MORENO³⁴, por cuanto aduce que el Art. 252 CP tipifica el exceso, requiriendo una conducta típica, no así al defecto en el ejercicio de las facultades. Afirma incluso, que de admitirse el supuesto contrario (entiéndase la admisión de la comisión por omisión) se estaría sancionando la simple infracción de un deber.

A su vez y en sentido contrario se manifiesta GÁLVEZ JIMENEZ³⁵, al afirmar que el delito de administración desleal admite la comisión por omisión. Partiendo de una crítica al legislador por la no incorporación expresa de la admisión de la comisión por omisión, analiza los requisitos expuestos por la jurisprudencia y los encuentra como perfectamente ajustados a los supuestos del Art. 252 CP Finalmente afirma la autora que: «...*Tomando como referencia el concepto de perjuicio que hemos defendido, consideramos que las conductas omisivas que pueden ser enjuiciadas a través del art. 252 CP, son aquellas en las que el administrador omite un comportamiento que hubiese generado un aumento patrimonial social esperado, o bien, otras en las que el administrador no impide que el patrimonio social sufra una disminución a pesar de que podría haberlo evitado*»

Por último, atenderemos a lo expuesto por la Jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal Sección 1ª) Núm. 906/2016 de 30 de noviembre, que responde de forma categórica a la duda planteada en este epígrafe, y expone: «*Con carácter general, la cuestión debe ser respondida afirmativamente, pues, desde el punto de vista teórico, los delitos de infracción de deber se cometen ordinariamente mediante la omisión del acto debido. La causación de un perjuicio, prevista en el tipo, puede tener lugar por una*

³⁴ CASTRO MORENO, Abraham; *Comentarios prácticos al Código Penal*, Editorial Thomson Reuters. Pág. 206.

³⁵ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pg. 254 al 256.



conducta tanto activa como omisiva. En la redacción actual del artículo 252, pudiera plantear algún problema interpretativo la expresión típica "excediéndose en su ejercicio", que parece referirse a una conducta activa. Sin embargo, en principio, las facultades para administrar comprenden tanto la posibilidad de adoptar una decisión de hacer como de no hacer. La decisión de no hacer es igualmente ejercicio de la facultad de administrar, puede considerarse un exceso, según el caso, y puede ser el origen del perjuicio.»

8. El incumplimiento del deber específico de vigilancia.

Cuando analizamos el Art. 252 CP observamos que el legislador ha decidido determinar al sujeto activo utilizando un concepto amplio, *los que teniendo facultades para administrar*, dicho esto, nace la duda de que sucedería si el perjuicio patrimonial viene dado como resultado del incumplimiento del deber específico de vigilancia que debe tener el administrador, en los casos donde estas funciones se encuentren fragmentadas en otras personas.

Ya en epígrafe anterior hemos admitido la posibilidad de la comisión por omisión de este delito, pero partiendo de que dentro de las organizaciones empresariales sobre todo en las de mayor tamaño y relevancia, es altamente común la división de las funciones, incluyendo las relativas a las funciones de vigilancia y control recayendo éstas por sobre personas diferentes a la del administrador, nos podríamos encontrar en supuestos donde un trabajador no administrador realiza un acto perjudicial al patrimonio, así que, tendríamos que determinar en ese caso si la responsabilidad penal recaería sobre el administrador por omisión a su deber de vigilancia o sobre el trabajador en sí mismo.

Sobre este asunto se manifiesta DE PORRES ORTIZ DE URBINA³⁶, al afirmar, que el sujeto activo del delito de administración desleal del Art. 252 CP es aquel que tenga facultades de administrar el patrimonio, sea cual sea su denominación (apoderado, gestor, albacea, etc.) y cual sea el origen del mismo (legal, judicial, testamentario, etc.) lo que no se puede equiparar es el deber de control y vigilancia que podría llegar a ostentar algún trabajador dentro del entramado empresarial, con las facultades de administración. Y es que, a criterio de este autor, lo que es realmente fundamental para determinar el sujeto

³⁶ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. Elderecho. Septiembre, 2016.

activo de este tipo penal es si a quien se le imputa el mismo, realiza la actividad con facultades de administración. Finalmente, el autor expone, que el delito está orientado a sancionar la administración desleal, y no el incumplimiento de algunas funciones de vigilancia y control que pueden señalarse a otras personas que no ostenten funciones de administración.

Así la jurisprudencia afirma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) Núm. 15/2019 de 24 abril, «*Castiga el art. 252 CP como autores a los que "teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico". No se debe limitar, por ello, a los administradores de derecho o, de hecho, o a los socios, sino que lo relevante es que, cualquiera que sea el título del cargo, el autor tenga facultad para administrar, siendo irrelevante la forma o funciones en que lo haga.*» Añadiendo expresamente que en el caso de no tener poder de decisión entendida estas dentro de las facultades de administración, se podrá entonces ir por la vía civil, ya que el reproche penal del delito de administración desleal se dirige al que posea dichas facultades.

9. La absorción del art. 295 derogado (societario) dentro del art. 252 vigente.

Como resultado de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se suprime el Art. 295 CP delito de administración desleal societario y se da nacimiento al Art. 252 CP delito de administración desleal genérico.

El supuesto planteado en este epígrafe versa sobre los efectos de dicha modificación legal sobre los procedimientos en fase de instrucción, juicio o en ejecución de hechos que se subsumían en el Art. 295 CP derogado, entendiendo el criterio de las respectivas defensas por cuanto se entiende que la supresión del mismo tiene como resultado lógico la destipificación del delito.

Como punto de partida es necesario recordar que la extinción de las normas penales se puede dar por dos vías, por su derogación por medio de una ley posterior del mismo rango o por su expulsión del derecho positivo a través de la declaración de inconstitucionalidad emanada del Tribunal Constitucional³⁷.

³⁷ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 66.



Para resolver este asunto atenderemos a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 220/2016 de 15 de marzo. El supuesto de hecho analizado versa sobre un sujeto que, por la Audiencia Provincial de Castellón en 2013, fue condenado por el delito de administración desleal societario del Art. 295 CP vigente al momento de realizado los hechos delictivos, posteriormente, en fase de ejecución se solicita la revisión de la referida sentencia en base a la reforma legislativa 1/2015 de 30 marzo del Código Penal. La Audiencia Provincial deniega la revisión de la misma y la parte interpone recurso de casación. Como nota de interés se hace mención a los argumentos jurídicos expuestos por la representación letrada del condenado en cuanto a la revisión de la sentencia: a) que las conductas entonces previstas en dicho precepto no pueden subsumirse ahora en el artículo 252 pues, habiendo declarado probado que el recurrente destinó una cantidad de dinero a un fin distinto del de la sociedad, varía el bien jurídico y b) el artículo 252 no se menciona el carácter fraudulento de la actuación ni la actuación en beneficio propio o de tercero como elemento subjetivo que debe informar la conducta; los socios no pueden constituirse en sujetos pasivos del delito; solo es aplicable al administrador de una persona jurídica. Finalmente, la Sala afirma (resolviendo el asunto en cuestión de forma clara): *«Las reformas legales de los tipos penales, e incluso la supresión de un tipo penal, solamente determinan la atipicidad de los hechos cuando los declarados probados en la sentencia, calificados con arreglo a la norma vigente al tiempo de los hechos, no resulten subsumibles en la nueva redacción de las normas que sustituyen a las anteriores.»* continua resolviendo la Sala: *«Del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, al contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se exige que actúe en beneficio propio o de tercero, sino que basta con que de la infracción de las facultades resulte un perjuicio para el patrimonio administrado; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contracción de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable.»*

Y es que, a pesar de que en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal 1/2015 de 30 de marzo, y a criterio de esta parte, quedaba bastante claro que el interés de la supresión del Art. 295 CP y nacimiento del Art. 252 CP no tenían como fin la destipificación del delito de administración desleal societario, sino por el contrario, ampliar sus criterios de aplicación, en la práctica forense quedaban dudas sobre este hecho.

Dicho lo anterior, lo que se observa por lo expuesto por la Sala Penal del Tribunal Supremo es, a criterio de esta parte, un supuesto de absorción donde los elementos típicos del antiguo delito de administración desleal societario se entienden incorporados dentro del actual delito de administración desleal genérico del Art. 252 CP.

10. El consentimiento como causa de atipicidad.

¿Qué sucedería si un administrador que, con suficientes facultades y emanadas estas de un negocio jurídico, realiza actos de exceso ocasionando un perjuicio al patrimonio en cuestión, pero teniendo como particularidad que el titular del patrimonio manifestó previamente que estaba de acuerdo con la decisión tomada y que admitía los riesgos del posible resultado? Esta es la cuestión que intentaremos responder en el presente epígrafe, la relevancia del consentimiento como causa de atipicidad y por ende, eximente de la responsabilidad penal.

El consentimiento es definido por la doctrina como el acto de disposición por parte del titular del bien jurídico protegido en el tipo delictivo, en virtud del cual aquél renuncia a la protección y, como consecuencia de ello, decae también el interés del Estado en la persecución penal de la conducta realizada bajo su amparo³⁸. Sobre el mismo vale la pena acotar que, aunque no lo encontramos recogido dentro del catálogo de eximentes de la responsabilidad penal del Art. 20 CP seguramente por tener un ámbito de aplicación más reducido³⁹, se encuentra ampliamente aceptado por la doctrina como causa de atipicidad

³⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª Edición, Editorial Dykinson, 2002, Pág.723.

³⁹ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 254.

en los delitos patrimoniales^{40 41} por cuanto en estos, además de proteger el bien jurídico se protege también la libertad de disposición del mismo⁴². Expuesto lo anterior y concatenado con el Art. 252 CP objeto de estudio en el presente trabajo, entendemos que el consentimiento se considera una causa de atipicidad pues la acción típica desarrollada en el artículo parte de que el sujeto activo actúa en contra o sin la voluntad de la víctima del delito.

En lo relativo a los requisitos de validez y eficacia penal, basta con que el consentimiento se manifieste libremente y este exento de coacción o engaño, se otorgue de forma escrita o oral (pero no presunta), que sea anterior o simultáneamente a la ejecución de la acción y que el interesado tenga capacidad natural de juicio y comprensión que le proporcione en el caso concreto conocimiento respecto a la trascendencia que para el bien jurídico supone la prestación del consentimiento a que un tercero ejecute la acción que le afecte a aquél⁴³.

Dicho lo anterior, se plantea la duda, de quien es el legitimado activo para prestar el consentimiento. Según MORRILLAS CUEVAS⁴⁴, el consentimiento debe ser emitido por el titular del bien jurídico protegido. Sobre este asunto no vemos mayor complejidad cuando nos encontremos frente a patrimonios cuya titularidad recaiga sobre una singular persona determinada ya sea física o jurídica, en cambio, se vuelve más complicado el análisis cuando encontramos que el patrimonio perjudicado está vinculado a una sociedad mercantil, en este caso tendríamos dos posibilidades, la primera sería tomar como titulares a los que el Art. 295 CP derogado señalaba en la antigua redacción (socios, depositarios, cuentapartícipes y titulares de bienes, valores y capital) y la segunda sería tomar como

⁴⁰ PASTOR MUÑOZ, Vila; *El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal*, en *IURIS*, núm. 194, 15 a 28 de junio de 2013, Ed. La Ley.

⁴¹ MIR PUIG, Carlos; *la malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma del 2015 del código penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, Fasc/mes 1, 2015, Pág. 212.

⁴² ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 207.

⁴³ ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, Pág. 254.

⁴⁴ MORRILLAS CUEVAS, Lorenzo; *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Nociones Generales. El Delito Doloso: Juicio de Antijuricidad*, Tomo II, Volumen I, Editorial Dykinson, 2008, Pág. 211.

titular directamente a la sociedad mercantil *per se*. Para decidir sobre este asunto se toma el criterio de GÁLVEZ JIMÉNEZ⁴⁵, desarrollando que a partir de la nueva redacción del delito de administración desleal los legitimados activos para consentir el acto perjudicial al patrimonio o potencialmente perjudicial al patrimonio sería la sociedad mercantil (a través de la junta general, como forma de manifestar la voluntad de la sociedad) y no de forma particular los sujetos que se señalan en el Art. 295 derogado, fundamento el criterio en la base de la personalidad jurídica propia de la sociedad (Art. 33 Ley de Sociedades de Capital⁴⁶) en contraposición con la de los socios y demás sujetos mencionados.

En cuanto a lo expuesto por la jurisprudencia, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 316/2018 de 28 de junio, en cuyo supuesto de hecho vemos como, sentenciado el administrador de una mercantil por entre otros delitos uno de administración desleal, su defensa dentro de los argumentos de casación expone que: *«la expresa autorización a través de su ratificación, por el socio único de la sociedad CARBUASTUR S.L. de la totalidad de las actuaciones de administración realizadas por D. Baltasar durante el tiempo en que ejerció el cargo de Administrador de la misma, excluye a nuestro juicio la tipicidad de los hechos... Dicho consentimiento de la sociedad, expresado a través del socio único de la misma, constituye a juicio de esta parte una causa de atipicidad por irrelevancia jurídica general»*. Este motivo es desestimado por la Sala por cuanto a su criterio no se encuentra suficientemente acreditado tal autorización, respuesta que a criterio de esta parte implica que, si efectivamente se hubiera acreditado el consentimiento por el socio único de las actuaciones del administrador, podría haberse valorado el consentimiento como causa de atipicidad.

11. El alcance del perjuicio.

El último de los elementos del tipo del delito de administración desleal del Art. 252 CP expone, la necesaria causación de un perjuicio en el patrimonio del administrado. De todos los elementos objetivos del tipo este es, sin dudas, el que más conflictos ha generado

⁴⁵ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 290.

⁴⁶ Art. 33 Ley de Sociedades de Capital: *«Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.»*

tanto en la doctrina como en la práctica forense en cuanto a su falta de concreción (entiéndase, adopción del mismo por el legislador para ampliar el ámbito de aplicación del tipo penal), y es que, para mayor abundamiento tampoco encontramos referencias en la exposición de motivos de la reforma del Código Penal 1/2015 de 30 de marzo sobre la definición del concepto de perjuicio. Y es que en comparación con la redacción derogada del Art. 295 CP del delito de administración desleal societario, vemos como se pasa desde la determinación concreta de «...causando directamente un perjuicio económicamente evaluable...» a la redacción actual del Art. 252 CP que expone: «causen un perjuicio al patrimonio administrado».

Como elemento previo al análisis de este epígrafe, vemos útil la necesidad de desarrollar los conceptos que vemos en el elemento del tipo, patrimonio y perjuicio.

Sobre el primero de los conceptos, tenemos que admitir que no hay una definición concreta aplicada al Art. 252 CP por parte de la doctrina. Por ende, primariamente haremos referencia a las distintas concepciones del patrimonio⁴⁷:

- Concepción estrictamente jurídica
Que expone que el patrimonio de un sujeto está formado por la totalidad de derechos patrimoniales reconocidos por normas jurídicas. Resultando irrelevante el valor numérico de cada bien o derecho.
- Concepción estrictamente económica
Contraria a la anterior, en lugar de tomar como elemento relevante los derechos que se tengan sobre los bienes para definir el patrimonio, utiliza como relevante el valor material o económico de la cosa⁴⁸. Esta es la concepción que se venía aplicando mayoritariamente en relación con el derogado Art. 295 CP en cuanto expone, *perjuicio económicamente evaluable*. Y en relación con el Art. 252 CP es defendida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁹.

⁴⁷ GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson, Pág. 220 y 221.

⁴⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016, Pág. 8.

⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *el tipo de acción del nuevo delito de administración desleal del art. 252 del Código Penal en Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Editorial Comares, Granada, 2016. Pág. 3.

- Concepción mixta (o jurídica-económica)
Con mayores seguidores dentro de la doctrina, combina las dos anteriores, determinando el patrimonio como el conjunto de bienes y derechos que teniendo una valoración económica están vinculados al sujeto por una normativa jurídica. Esta teoría en relación con el Art. 252 CP es respaldada por NURIA PASTOR y COCA VILÁ⁵⁰ así como por MUÑOZ CONDE⁵¹.
- Concepción personal
Tiene naturaleza subjetiva, ya que observa el fin que el sujeto le da al patrimonio. Por ende, si se ha producido un perjuicio o no, dependerá del fin que se le ha otorgado al bien. Sin tomar en referencia alguna el valor económico de la cosa. Defendida en relación con el Art. 252 CP por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁵².

De las teorías expuestas creemos que la teoría mixta sería más adecuada en atención a los elementos del actual art. 252 CP.

Al momento de analizar el patrimonio nace la necesidad de valorar si lo podemos entender en su sentido estático o dinámico. Si nos decantamos por la primera posibilidad veremos limitado el patrimonio exclusivamente al conjunto de bienes y derechos con valor económico, pero al admitir la segunda posibilidad incluimos también dentro del concepto anterior, las variaciones (incremento o disminución) del mismo como resultado del devenir del tráfico jurídico y las expectativas de generación de beneficios o obtención de pérdidas. Sobre este asunto y aunque en referencia al derogado Art. 295 CP se manifestó el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Núm. 91/2013 de 1 febrero, donde expone: «...en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.»

⁵⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILÁ, Ivó; *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2016, Pág. 261.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, (20ª edición), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, Pág. 324.

⁵² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *la reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Editorial Aranzadi, 2015. Pág. 77.

Llegado el momento del análisis del segundo concepto, el perjuicio (desde la perspectiva del patrimonio como concepto económico-jurídico y dinámico), y que, a criterio de esta parte, debería de estar mejor definido por el legislador en el Art. 252 CP ya que es el elemento concéntrico sobre el cual pivota el reproche penal que alberga el tipo, nos encontramos con la visión (más pragmática) de DE PORRES ORTIZ DE URBINA, que lo entiende no solo como una disminución patrimonial, sino también como frustración de un incremento o la aplicación del patrimonio a un fin no autorizado o contrario a los intereses del administrado⁵³. Siendo este concepto el que a criterio de esta parte más se aproxima al interés del legislador (por cuanto a decidido utilizar el perjuicio en su sentido más amplio, hecho que se demuestra tanto por la modificación legislativa en sí, así como por la omisión de inclusión de las diferentes maneras de concretar el perjuicio ofrecidas por los anteproyectos de ley previos al 2015). Y es que dicho criterio no solo incluiría los supuestos límites de faltas de exigencia de créditos a favor del patrimonio administrado sino también los supuestos de perjuicio por adquisición de bienes inútiles o que siendo útiles no se adaptan a las necesidades del patrimonio.

A título siguiente, y dentro del análisis del alcance del perjuicio, hemos de confrontarnos con la afirmación de si todo perjuicio patrimonial se deberá entender como típico entendido dentro del supuesto del Art. 252 CP. A esto hemos de responder de forma negativa en base al principio del riesgo permitido como causa de atipicidad. Y es que como afirma PASTOR MUÑOZ⁵⁴: «*Si pretendemos que la figura de la administración de patrimonios ajenos tenga sentido, debe existir un espacio de riesgo permitido – de lo contrario, la norma del art. 252 CP exigiría del autor que renuncie a su puesto de administrador, pues ese sería el único modo de eliminar todo riesgo para el patrimonio administrado*». Partimos entonces de que toda actividad de administración patrimonial lleva un determinado riesgo para la misma (más aún cuando nos referimos a la actividad mercantil que está constantemente expuesta al tráfico), dicho esto lo que debemos valorar como adecuado es el uso del análisis *ex ante* al momento de subsumir los hechos dentro del art. 252 CP, las decisiones tomadas por el administrador tendrán que superar en ese

⁵³ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. Elderecho. Septiembre, 2016.

⁵⁴ PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016, Pág. 16.

instante los umbrales del riesgo para ser entendidas como típicas. Siendo así y para poder aplicar el principio del riesgo permitido, según PASTOR MUÑOZ⁵⁵, deberemos atender:

- a) El nivel de riesgo adecuado a la clase de gestión asumida por el autor.
Entendiendo, que debemos estudiar el supuesto concreto y ver si el patrimonio en cuestión tiene o no naturaleza de exclusiva conservación y, por ende, un mayoritario comportamiento poco riesgoso o si por el contrario estamos frente a un patrimonio que requiere su constante aumento, por ejemplo, los fondos de inversión. Siendo en este caso especialmente relevante hacer referencia a los negocios de riesgo, estos según NIETO MARTÍN⁵⁶: *«Son aquellos que versan sobre decisiones empresariales en los que existe una alta probabilidad de que la decisión tomada sea errónea, acarreando un grave perjuicio patrimonial a la empresa. Se trata de algo intrínseco a patrimonios empresariales destinados no solo a conservar una situación, como por ejemplo ocurre con el tutor o el albacea, sino a incrementar el patrimonio»*.
- b) Las expectativas a corto y largo plazo vinculadas a la conducta incluyendo aquellas de difícil cuantificación.
- c) Atender al plan global de gestión del autor.

En síntesis, el perjuicio que incorpora el art. 252 CP se tendrá que dar (para ser típico), como manifestación de una decisión tomada más allá de un riesgo permitido (desde un juicio *ex ante*) para el patrimonio.

⁵⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016, Pág. 17.

⁵⁶ MATA BARRANCO, Norbeto; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan; NIETO MARTÍN, Adan; *Derecho penal económico y de la empresa*, (1ª Edición), Editorial Dykinson, 2018, Pág. 278.

CONCLUSIONES

Después de haber tenido la oportunidad de estudiar el delito de administración desleal genérico del Art. 252 CP, sobre todo enfocado en diferentes asuntos problemáticos de naturaleza práctica y atendido tanto a la doctrina más especializada como a la jurisprudencia más actual, hemos de pronunciarnos y posicionarnos sobre temas claves que han sido debatidos, así como algún otro devenido de la necesaria investigación realizada para la confección del trabajo.

Primero.-

En cuanto a la reiterada crítica por parte de la doctrina referida a la ausencia de taxatividad en la determinación de las conductas típicas del delito de administración desleal y por ende, un menoscabo al principio de legalidad, es criterio de esta parte, que efectivamente nos encontramos un tipo delictivo tan genérico en su descripción de conductas típicas que para poder determinar si el mismo cumple o no los elementos del tipo tenemos siempre que ir al caso concreto, significando un deterioro de la seguridad jurídica. Dicho esto, se valora positivamente la recomendación doctrinal de una modificación de *lege ferenda* sobre este asunto que sea capaz de concretar las conductas típicas del tipo penal.

Segundo.-

En lo relativo al punto 4to del trabajo, entendemos que la posición lógicamente correcta es la defendida por los autores GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA y DE PORRES ORTIZ DE URBINA, en cuanto al entendimiento de los excesos intensivos y excesivos dentro de la expresión *excediéndose en el ejercicio de las mismas*. Esto en base a que, confrontando las redacciones preliminares ofrecidas por las propuestas legislativas previas con la final, se pone de manifiesto que el interés del legislador era ampliar el tipo penal lo más posible.

Tercero.-

En cuanto a la utilidad de la jurisprudencia en la interpretación del delito de administración desleal, así como en su momento en la introducción adelantamos, sin duda a perfilado los elementos tan genéricos que en él se engloban, ha realizado un trabajo considerable de subsunción y posterior delimitación del tipo evitando la aplicación desmedida del delito.

Cuarto.-

Por último, en el estado jurisprudencial actual del delito de administración desleal genérico, vemos como los cinco años de vigencia de éste, dan como resultado dos situaciones que son a criterio de esta parte llamativas.

Por un lado, hemos encontrado una inmensa cantidad de sentencias muy actuales cuyos hechos se produjeron previo a la modificación legislativa del 2015 y se resuelven en la actualidad (por la escasa celeridad de nuestro sistema judicial) teniendo que aplicar para su resolución los criterios jurisprudenciales propios del delito de administración desleal societario vigente al tiempo de realización de los hechos (tomando como ejemplos, Sentencia Audiencia Provincial de Madrid Núm. 42/2020 de 24 de enero y Núm. 440/2019 de 12 de julio; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Núm. 26/2019 de 6 de mayo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª) Núm. 7/2019 de 19 de marzo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) Núm. 43/2019 de 17 de enero ; Sentencia Audiencia Nacional Núm. 21/2019 de 28 de noviembre; entre otras).

Y por otro lado, la utilización de un criterio jurisprudencial poco desarrollado en los casos cuyos supuestos de hechos fueron realizados posterior al 2015 y solucionados bajo la actual redacción del delito (señalando como ejemplos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª) Núm. 638/2016 de 1 de diciembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª) Núm. 41/2020 de 4 de febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) Núm. 87/2019 de 27 de febrero; entre otras). Y es que, en las sentencias antes expuestas encontramos que en lo relativo al delito de administración desleal genérico se mencionan los elementos del mismo pero el desarrollo, fundamentación y consolidación jurisprudencial necesario brilla por su ausencia, poniendo de manifiesto a criterio personal, que todavía la evolución necesaria del tipo delictivo se encuentra en una etapa muy temprana, dando como resultado una carencia palpable de criterio jurisprudencial maduro y consolidado.

BIBLIOGRAFÍA

CASTRO MORENO, Abraham; *Comentarios prácticos al Código Penal*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2015.

CONDE PUMPIDO, Tourón, Cándido. *Observatorio de Derecho Penal Económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal, una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal*. Diario la Ley nº 8350, 9 de Julio de 2014.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito*, 3ª Edición, Editorial Dykinson, 2002.

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *El nuevo delito de administración desleal. Análisis objetivo del tipo*. Revista de jurisprudencia. Elderecho. Septiembre, 2016.

FARALDO CABANA, Patricia; *Los Delitos Societarios*. 2da edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

FIGUEROA NAVARRO, Carmen; *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2017.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa; *El delito de administración desleal (Art. 252 del Código Penal en el ámbito de las sociedades de capital*. 1ª edición. Editorial Dykinson. 2016.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Editorial Aranzadi, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El tipo de acción del nuevo delito de administración desleal del art. 252 del Código Penal en Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Editorial Comares, Granada, 2016.

MATA BARRANCO, Norbeto; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan; NIETO MARTÍN, Adan; *Derecho penal económico y de la empresa*, (1ª Edición), Editorial Dykinson, 2018.

MIR PUIG, Carlos; *La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma del 2015 del código penal español*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Tomo 68, Fasc/mes 1, 2015.

MORRILLAS CUEVAS, Lorenzo; *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Nociones Generales. El Delito Doloso: Juicio de Antijuricidad*, Tomo II, Volumen I, Editorial Dykinson, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte Especial*. 20a edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena; *Elementos del tipo subjetivo (i) El Dolo*, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General* (Coords. GÓMEZ RIVERO, M.), Volumen II, Editorial Tecnos, 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILÁ, Ivó; *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2016.

PASTOR MUÑOZ, Nuria; *La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal*, en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, octubre 2016.

PASTOR MUÑOZ, Vila; *El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal*, en *IURIS*, núm. 194, 15 a 28 de junio de 2013, Ed. La Ley.

RAMOS RUBIO, Carlos; *El nuevo delito de administración desleal* en QUINTERO OLIVARES, G.(dir.) *Comentario a la Reforma Penal de 2015*”, Aranzadi, Pamplona, 2015.



ROMEO CASABONA, Carlos., SOLA RECHE, Esteban., BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. (Coords.); *Derecho penal. Parte General*. 2da edición. Editorial Comares, 2016.



TABLA DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Núm. 224/1998, de 26 de febrero

Núm. 755/1999, de 11 de mayo

Núm. 1206/2005, de 14 de octubre

Núm. 618/2010, de 23 de junio

Núm. 91/2013, de 1 febrero

Núm. 656/2014, de 16 de octubre

Núm. 719/2015, de 10 de noviembre

Núm. 163/2016, de 2 de marzo

Núm. 220/2016, de 15 de marzo

Núm. 414/2016, de 17 de mayo

Núm. 700/2016, de 9 de septiembre

Núm. 906/2016, de 30 de noviembre

Núm. 31/2017, de 26 de enero

Núm. 316/2018, de 28 de junio

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Núm. 21/2019 de 28 de noviembre

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Islas Canarias Núm. 30/2019, de 3 de junio

Aragón Núm. 26/2019 de 6 de mayo



SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

AP Madrid Núm. 638/2016 de 1 de diciembre

AP Madrid Núm. 43/2019 de 17 de enero

AP Almería Núm. 87/2019 de 27 de febrero

AP Segovia Núm. 7/2019 de 19 de marzo

AP Salamanca Núm. 15/2019, de 24 abril

AP Aragón Núm. 26/2019, de 6 de mayo

AP Madrid Núm. 440/2019 de 12 de julio

AP Guadalajara Núm. 23/2019, de 11 de diciembre

AP Madrid Núm. 42/2020 de 24 de enero

AP Cáceres Núm. 41/2020 de 4 de febrero

OTROS

Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005.

Preámbulo, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.