

**TRABAJO FIN DE GRADO**  
**Grado en Derecho**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de La Laguna**  
**Curso 2023/2024**  
**Convocatoria: Julio.**

**El concepto de perjuicio en el delito de administración desleal del art. 252 CP.**

The concept of damage in the offence of unfair administration of art. 252 PC.



Realizado por el alumno/a: D<sup>a</sup> Michelle Díaz Ferrera.

Tutorizado por el Profesor/a: D<sup>o</sup> Manuel Rayco Cabello León.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal.



## **RESUMEN**

La finalidad de este trabajo es realizar un análisis desde la perspectiva teórica del delito de administración desleal, haciendo especial inciso en el concepto de perjuicio como elemento imprescindible del tipo para poder apreciar la conducta delictiva mencionada. La reforma del CP del año 2015 dio lugar a una nueva regulación para este tipo en concreto, ampliando su ámbito de aplicación, lo que ha generado numerosos debates por parte de la doctrina. El Tribunal Supremo a su vez, mediante sus resoluciones, ha venido determinando cual es la forma correcta de interpretarlo y cual sería por tanto una definición adecuada para el concepto de perjuicio, pero se pone de manifiesto la necesidad de que el legislador sea más concreto a la hora de establecer las conductas típicas como consecuencia de la ambigüedad que proporciona la nueva regulación del delito en cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** administración desleal, perjuicio, patrimonio, expectativas, responsabilidad penal, responsabilidad civil, apropiación indebida.

## **ABSTRACT**

*The purpose of this paper is to carry out an analysis from a theoretical perspective of the offence of unfair administration, with special emphasis on the concept of damage as an essential element of the offence in order to be able to appreciate the aforementioned criminal conduct. The reform of the PC in 2015 gave rise to a new regulation for this specific type of offence, extending its scope of application, which has generated numerous debates in the doctrine. The Supreme Court in turn, through its rulings, has been determining the correct way to interpret it and what would therefore be an appropriate definition for the concept of harm, but it is clear that the legislator needs to be more specific when establishing the typical conducts as a result of the ambiguity provided by the new regulation of the offence in question.*

**KEY WORDS:** mismanagement, damage, assets, expectations, criminal liability, civil liability, misappropriation.

<b>I. Introducción.</b>	4
<b>II. Análisis general del delito de administración desleal.</b>	5
1. Delimitación del delito histórica y conceptual del delito.....	5
2. Bien jurídico protegido.....	8
3. Conducta típica.....	11
4. Sujetos del delito: sujeto activo y sujeto pasivo.....	15
5. Tipo subjetivo.....	18
6. Delimitación del delito de apropiación indebida.....	21
7. Distinción entre las figuras típicas de administración desleal y apropiación indebida.....	23
<b>III. El concepto de perjuicio como elemento del tipo del delito de administración desleal.</b>	26
1. Concepto de perjuicio.....	26
2. Consideración del riesgo permitido.....	30
3. Cómo se calcula el perjuicio.....	34
4. Expectativas del perjuicio a corto y largo plazo.....	37
5. Responsabilidad civil derivada del delito como resultado del perjuicio.	39
6. Consentimiento como causa de exclusión de responsabilidad.....	42
7. Excusa absolutoria de parentesco.....	44
<b>IV. Conclusiones.</b>	46
<b>Bibliografía consultada.</b>	48
1. Libros y artículos consultados.....	48
2. Webgrafía.....	51
<b>Jurisprudencia.</b>	51



## **I. INTRODUCCIÓN.**

El delito de administración desleal ha sido en numerosas ocasiones objeto de controversia, lo que ha llevado a una dilatada interpretación, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, donde las opiniones no siempre han sido homogéneas.

Como respuesta a lo planteado, el legislador trató de dar solución mediante la reforma del CP del año 2015, donde a primera vista podemos considerar que los problemas planteados han quedado por fin solucionados, pero no ha sido del todo así.

Tal delito puede presentar un carácter realmente subjetivo a la hora de poder evaluar su existencia, ya que se fundamenta en la comisión de un perjuicio que incide directamente en el patrimonio ajeno de aquel que lo administra. Surgen dudas y cuestiones relativas para poder efectivamente condenar aquellas conductas que originan un menoscabo, ya que el legislador no ha sido muy concreto a la hora de calificar cuáles son exactamente aquellas conductas que han de ser penadas.

Entra en juego en este delito una importante figura para nuestro Derecho Penal que es el riesgo permitido. Su entendimiento es necesario para fundamentar una posible resolución condenatoria por delitos que generan un perjuicio, pero no siempre ese perjuicio se va a poder considerar desde una perspectiva penal.

Por otro lado, delimitar este delito con el de apropiación indebida no siempre ha sido tarea fácil, ya que en numerosas ocasiones los tribunales condenan por apropiación indebida, aunque se derive de una administración que pueda ser aparentemente desleal, por la diferenciación que existe de un delito a otro, en el que para que se de administración desleal no puede haber “desaparecido” el bien de forma definitiva, sino que se produce un daño sobre este, sin embargo, es de apreciar también a la hora de diferenciarlos que uno protege la propiedad y otro el patrimonio.

A lo largo de este trabajo abordaremos la teoría que define al delito de administración desleal, tratando de dar respuesta al concepto de perjuicio y a las consecuencias derivadas de este.

## II. Análisis general del delito de administración desleal.

### 1. Delimitación histórica y conceptual del delito.

Para delimitar correctamente esta conducta delictiva debemos remontarnos a su origen. Es por primera vez, en el CP de 1822, donde se recoge en su artículo 778 la penalidad de las actividades realizadas por administradores infringiendo el deber de lealtad<sup>1</sup>. Podemos comprobar, que desde un primer momento lo que se pretendía es que el administrador ejecutase sus actuaciones con un mínimo deber de diligencia para evitar posibles perjuicios en el patrimonio del administrado.

Durante las reformas sufridas después del CP de 1822, este delito fue partícipe de numerosas controversias. En el CP de 1848 desaparece la administración desleal como tal y toma protagonismo la apropiación indebida, considerándose dos posibilidades: por un lado, la despenalización de la conducta, quedando impune o, por otro lado, aplicándose otros tipos penales de forma analógica, evitando así su impunidad<sup>2</sup>. Tales cuestiones dieron pie a que el foco en las conductas delictivas relacionadas con el patrimonio, estuviera puesto en la apropiación indebida. Lo comprobamos en el resto de Códigos Penales que surgieron posteriormente al citado, donde encontramos que se le atribuían como conductas comisivas a la apropiación indebida aquellas que tuvieran que ver con esta en *stricto sensu* o la distracción<sup>3</sup>. Dicha figura tomó tal relevancia que en el Texto refundido de 1973, en el Capítulo IV “*De las defraudaciones*”, se le dedicó la Sección 4ª “*De la apropiación indebida*”<sup>4</sup>. En el año 1995 el CP sufre una reforma y se introduce la administración

---

<sup>1</sup>GÁLVES JIMÉNEZ, A., “La Administración desleal en la codificación penal española”, en *Anuario de Ciencias Histórico-Jurídicas*, Vol.1, Núm X(2023): CODEX, pp10. Recuperado de <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/90185/Aixa%2BG%C3%A1lvez%2BJim%C3%A9nez%2B-%2BLa%2Badministraci%C3%B3n%2Bdesleal%2B%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de la última consulta: 17 de junio de 2024].

<sup>2</sup>Ibidem, pp 3.

<sup>3</sup>JUANES PECES, Á. (2017). El delito de administración desleal y apropiación indebida: Después de la reforma del año 2015: Evolución histórica: Análisis de la jurisprudencia de la sala segunda. Jornadas de Especialistas en Delincuencia Económica, Ministerio Fiscal, pp 4. Recuperado de: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100158/Ponencia+Juanes+Peces%2C+%C3%81ngel.pdf/64ba3de1-dbba-028c-8832-ad3b814686a4?t=1531139906548> [Fecha de la última consulta: 26 de junio de 2024]

<sup>4</sup>CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración desleal y apropiación indebida tras las reforma de 2015: ¿Comportamientos estancos?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, pp 4. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-06.pdf> [Fecha de la última consulta: 17 de junio de 2024].

desleal como un tipo penal independiente, diferenciado de la apropiación indebida, pero únicamente orientado al ámbito societario, en el art. 295<sup>5</sup>.

El Vicepresidente del Tribunal Supremo, pone de manifiesto que muchas veces las conductas abusivas provenientes de los administradores sociales no se integraban en el delito de apropiación indebida, ya que esta requiere un enriquecimiento injusto, un ánimo de lucro, y no todos los comportamientos excesivos conllevan esa intención, sino que se incumplían los deberes de lealtad y fidelidad, poniéndose de manifiesto la existencia de un vacío legal donde se recogieran tales deberes<sup>6</sup>. Nace entonces la necesidad de regular de forma independiente el delito de administración desleal, amparado en un primer momento en el art. 295 del C. Su necesidad se basó en la opinión doctrinal y jurisprudencial<sup>7</sup>, pero aun así supuso controversias a la hora de diferenciarlo del delito de apropiación indebida.

Esta nueva regulación de los delitos de apropiación indebida y administración desleal supone una diferenciación concreta para cada uno de ellos, que permite delimitarlos teniendo en cuenta que para el primero se necesita haber recibido la posesión de un bien de forma legítima, estando obligado a devolverla, cuyo caso contrario daría lugar a cierto ilícito penal; sin embargo, el segundo tiene atribuidas facultades específicas para disponer de un patrimonio ajeno y no realiza los deberes de administración con el cuidado debido, originando un perjuicio al administrado, donde es irrelevante la intención de apropiarse del patrimonio. Aunque la diferenciación es sutil, permite separar un tipo de otro<sup>8</sup>, como veremos más adelante.

Actualmente, el delito de administración desleal se encuentra tipificado en el art. 252 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, el cual señala lo siguiente: “*Serán castigados con las penas del artículo 248 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*

---

<sup>5</sup>CASTELLÓ NICÁS, N.: op. cit. pp 6.

<sup>6</sup>JUANES PECES, Á.: op. cit, pp 6.

<sup>7</sup>GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp 12. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-02.pdf> [Fecha de última consulta 17 de junio].

<sup>8</sup>MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal parte especial, Tirant Lo Blanch, 25ª edición, Valencia, 2023, pp 467.

*negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado<sup>9</sup>.*

A través de esta novedosa redacción, la cual se basaba en el modelo alemán (delito de Untreue del § 266 StGB), se pretendía acabar con todas las controversias e inseguridades jurídicas que planteaba el delito societario, incluyendo en este delito a todo tipo de autores y sujetos pasivos, sin que fuera necesario encontrarse en los lindes de una sociedad<sup>10</sup>, quedando sin contenido el art. 295 y desplazándose el delito de apropiación indebida al art. 253. Pero además de acabar con las controversias planteadas, se amplió el alcance del delito, ya que actualmente ampara cualquier tipo de administración de patrimonio ajeno, no solo el de las sociedades, incluyendo a su vez al patrimonio tanto público como privado. Cuando se trate de patrimonio público, estaríamos ante un delito de malversación de fondos públicos, contemplado en los art. 432 y siguientes del CP (siendo una modalidad del delito de administración desleal)<sup>11</sup>.

Las penas previstas para este delito las encontramos en los mismos artículos que condenan los delitos de estafa y apropiación indebida. En el art. 248 encontramos la modalidad básica, estableciendo una pena de prisión de seis meses a tres años. En el 250, su modalidad agravada, con penas de prisión de hasta uno a seis años y una multa de seis a doce meses, cuando recaiga, entre otros, sobre cosas de primera necesidad, bienes que integran el patrimonio artístico, histórico, revista especial gravedad, atiende a la entidad del perjuicio, etc. Por último, la modalidad atenuada, cuando la cuantía del perjuicio no supere los 400 euros, imponiéndose una pena de multa de uno a tres meses (art. 252.2).

El autor Juanes Peces, considera que para que exista el delito de administración desleal, esta ha de versar sobre un patrimonio ajeno, llevándose a cabo la administración infringiendo las facultades que tiene atribuidas mediante el incumplimiento de deberes y obligaciones, excediéndose en su ejercicio, cuya consecuencia desemboca en un perjuicio patrimonial<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art 252.

<sup>10</sup> GÁLVES JIMÉNEZ, A., op. cit, pp 47.

<sup>11</sup> JUANES PECES, Á.: op. cit, pp 10.

<sup>12</sup> Ibidem, pp 14.

## 2. Bien jurídico protegido.

Determinar el bien jurídico protegido tampoco fue tarea fácil, puesto que no hubo consenso en un primer momento por parte de la doctrina. Cuando el delito de administración desleal aún se configuraba en el antiguo art. 295, se dieron diferentes posiciones al respecto, por un lado se consideraba que se protegía al patrimonio, pese su ubicación sistemática, por otro, que realmente se trata de un bien jurídico colectivo o también la posibilidad de considerarlo mediante una conjunción de los dos puntos de vista<sup>13</sup>.

Incluso, se cuestionaba si era solamente el patrimonio en sentido estricto, o si era posible concretarlo en el propio vínculo de fidelidad. Lo que nos lleva a preguntarnos, ¿es la fidelidad/confianza un bien jurídico penalmente protegido? Partimos de la base de que las actuaciones llevadas a cabo desde la infidelidad constituyen el desvalor de la acción, no el del resultado, que viene a significar que la infidelidad no justifica la imputación del delito, sino que era el medio que se empleaba para llevar a cabo el perjuicio patrimonial<sup>14</sup>.

En relación con lo expuesto, Nuria Pastor en uno de sus numerosos artículos relativos al asunto en cuestión, señala que para que la defraudación sea penalmente relevante esta ha de ser “idónea para lesionar el patrimonio ajeno”, no se protege la confianza, sino el resultado de riesgo generado por la infracción de los deberes encomendados<sup>15</sup>.

Por tanto, la idea que obtenemos es que la esencia del delito de administración desleal se basa en la relación que tiene el autor del delito con el patrimonio, que es el bien jurídico que se intenta proteger ya que el tipo se integra en el Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

---

<sup>13</sup> GARCÍA CAVERO, P.: “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2020, pp 8. <https://indret.com/aproximacion-al-estudio-del-delito-de-administracion-fraudulenta-modelos-de-regulacion-y-problemas-dogmaticos/> [Fecha de última consulta 25 de junio de 2024].

<sup>14</sup> FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, pp 355.

<sup>15</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal”, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2016. <https://indret.com/la-construccion-del-perjuicio-en-el-delito-de-administracion-desleal/> [Fecha de la última consulta: 25 de junio de 2024].

Es imperioso entonces que definamos lo que se entiende por patrimonio. Para Francisco Muñoz Conde el patrimonio se puede definir como “*un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero*”. Lo concibe entonces como una concepción mixta jurídico-económica de patrimonio, determinando que el objeto material de un delito patrimonial sólo podrán serlo los bienes que tengan un valor económico<sup>16</sup>. Según la RAE, en su acepción 5, se considera patrimonio: “Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”<sup>17</sup>. Por lo que sería acertado considerar el patrimonio desde una perspectiva amplia, no solo incluyendo bienes muebles, sino que el objeto material de este delito abarca tanto bienes muebles, como inmuebles, valores, entre otros<sup>18</sup>.

Con la finalidad de una mejor delimitación del concepto, es relevante conocerlo a través de las diferentes posiciones doctrinales, tal y como hace Adán Nieto: en primer lugar, como un concepto “jurídico”, es decir, “*la integridad de los derechos patrimoniales de una persona*”; en segundo lugar, como un concepto “económico”, en donde el patrimonio alude a la totalidad de las relaciones jurídicas de carácter económico, sean legales o no; en tercer lugar, como “concepto mixto”, donde ambos se encuentran relacionados, siendo este un conjunto de atribuciones de carácter económico reflejando apariencia jurídica; y por último, como un concepto personal, del cual emana la apreciación subjetiva que puede tener el perjuicio patrimonial, en cuanto al uso personal que se hacía de este<sup>19</sup>.

De igual modo lo hace la autora María Esther Navarrete<sup>20</sup>, que comparte que para esclarecer dicho concepto, es adecuado determinarlo desde una perspectiva jurídica, económica, mixta y personal, considerando dentro de la concepción

---

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 400.

<sup>17</sup> RAE: <https://www.rae.es/drae2001/patrimonio>

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 475.

<sup>19</sup> NIETO MARTÍN, A, “Administración desleal y apropiación indebida”, en AAVV, *Derecho penal económico y de la empresa*, 1º edición, Dykinson, Madrid, 2018, pp 198.

<sup>20</sup> NAVARRETE MORALES, M.E., “Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 30, Almería, 2023, pp 14. Recuperado de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ReflexionesSobreElBienJuridicoProtegidoEnElDelitoD-9290229.pdf> [Fecha de última consulta 22 de junio de 2024].

personal que la pérdida de un patrimonio ajeno no solo supone la pérdida económica, sino también las facultades o poderes que el titular tenía sobre él.

Estaremos entonces a cuatro teorías. Primero: la Teoría Jurídica<sup>21</sup>, concibe al patrimonio como una suma de derechos del titular, por lo que fundamentalmente habrá de estarse a si la persona ostenta una facultad de derecho sobre la cosa, por lo que la pérdida de algún derecho ocasionará la existencia de un perjuicio. Esta teoría excluye del concepto de patrimonio aquellos beneficios ilícitos. Segundo, la Teoría económica<sup>22</sup> configura al patrimonio como la totalidad de los bienes pertenecientes a una persona que son susceptibles de valoración económica, sin que sea importante la forma en la que los hayan obtenido, en otras palabras, tengan o no reconocimiento jurídico, la cual además incluye las expectativas. Esta Teoría se reconoce porque ampara el “principio de saldo”, que determina el perjuicio a través de operaciones contables. Tercero, la Teoría Mixta<sup>23</sup>, es una suma de ambas, donde el patrimonio es conformado por bienes valorables económicamente, siempre y cuando exista apariencia jurídica. Deriva de ella el principio de compensación, que supondrá un incremento de valor de igual cantidad que el perjuicio ocasionado y es la que prima en términos de aplicación jurisprudencial. Y cuarta, la Teoría personal o funcionalista<sup>24</sup>, el patrimonio se concreta en base a las finalidades que el titular disponga sobre sus bienes, la cual se funda en la autonomía de la voluntad del propietario.

Si atendemos al concepto de patrimonio enfocado en el ámbito civil, se destaca que su función radica en satisfacer las necesidades de su titular y además, es una garantía para los acreedores de este, y se compone tanto de bienes y derechos (activos), como deudas u obligaciones (pasivos)<sup>25</sup>.

No obstante, desde la opinión que atañe a la autora de este trabajo, sería apropiado atender al patrimonio desde un punto de vista tanto económico, como jurídico, es decir, como un conjunto de los bienes que corresponden a un individuo, siempre y cuando tengan un reconocimiento jurídico.

---

<sup>21</sup> MUÑOZ CASALTA, V., El delito de administración desleal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Tesis Doctoral, Bellaterra, 2020, pp 369. Recuperado de : <https://tesisenred.net/handle/10803/671274?locale-attribute=es#page=1> [Fecha de última consulta 22 de junio de 2024]

<sup>22</sup> Ibidem, pp 374.

<sup>23</sup> Ibidem, pp 377.

<sup>24</sup> Ibidem, pp 380.

<sup>25</sup> NAVARRETE MORALES, M.E.: op. cit. pp 16.

### 3. Conducta típica.

Una vez fijado el bien jurídico protegido, es imperioso conocer qué conductas son aquellas que lo vulneran. El nuevo art. 252 genera controversia a la hora de concretar qué conducta supone una administración desleal<sup>26</sup>. El autor del artículo, trae a colación la opinión de Maza Martín, que señala que esta nueva redacción *“puede dar lugar a una integración excesiva de supuestos en este tipo penal, como a la reacción contraria de rechazo en su aplicación, por parte de los Tribunales de Justicia, precisamente por esa excesiva amplitud, aplicando criterios muy restrictivos y exigentes, generando incluso ámbitos de impunidad precisamente derivados de esa falta de concreción”*.

Sin embargo, queremos alcanzar la interpretación más apropiada posible, por lo que si interpretamos el art. 252 desde una perspectiva teleológica, las conductas que se recogen serían aquellas derivadas del tipo de abuso y del tipo de infidelidad<sup>27</sup>.

Según Adán Nieto el tipo de abuso es aquella conducta que el autor aprovecha para dañar al patrimonio prevaliéndose del poder que ostenta, y el tipo de infidelidad la que lesiona el patrimonio a través de la gestión, ordenación o toma de decisiones que inciden en los activos patrimoniales<sup>28</sup>. Pero más acertadamente es entender la conducta solamente desde el tipo de abuso, ya que se suprime del texto inicial el tipo de infidelidad<sup>29</sup>, siendo el término “abusar” definido por la RAE como “hacer uso de algo de modo excesivo o indebido”<sup>30</sup>, así que atendiendo al tenor literal del artículo, “infringir excediéndose” encaja perfectamente en el tipo de abuso.

No cualquier infracción del deber de salvaguardar el patrimonio es motivo de aplicación del delito, pero concretar minuciosamente que incumplimientos suponen la existencia de delito ha devenido muchas veces en problemáticas, por el carácter difuso que se le atribuye al término exceso<sup>31</sup>. Se entiende entonces que concretar el

---

<sup>26</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: Compliance: El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo, Recuperado de <https://elderecho.com/el-nuevo-delito-de-administracion-desleal-analisis-del-tipo-objetivo-2#:~:text=a> [Fecha de última consulta 26 de junio de 2024].

<sup>27</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 251.

<sup>28</sup> Ibidem, pp 252.

<sup>29</sup> AGUDO FERNÁNDEZ, E.: “Administración desleal del patrimonio ajeno”, *Derecho Penal Aplicado Parte Especial*, Dykinson, Madrid, pp 117.

<sup>30</sup> RAE: Recuperado de <https://www.rae.es/dpd/abusar>

<sup>31</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 255.

tipo dentro de las posibles actuaciones es tarea difícil porque existe, como veremos más adelante, la figura del riesgo permitido, que conlleva que aunque se lleven a cabo operaciones que pongan el riesgo el patrimonio, no siempre van a incluirse dentro del tipo penal por estar amparadas en el ejercicio básico de sus funciones. Es necesario, por tanto, conocer cuando esas conductas se convierten en un ilícito penal, ya que no todas las actuaciones u omisiones pueden serlo, independientemente de que produzcan un perjuicio, como más adelante veremos. Partimos entonces de la base de que lo fundamental por parte del administrador es el deber de lealtad.

Esto nos lleva a preguntarnos ¿qué conductas son entonces aquellas que se persigue a través del delito de administración desleal? Como el precepto penal es ambiguo, nos puede llevar a pensar que cualquier actuación indebida del administrador quebrantando sus responsabilidades y deberes derivarían en un perjuicio patrimonial<sup>32</sup>, pero como veremos, no es del todo acertado.

Los deberes del administrador surgen por la atribución a éste de un título de disposición, ya sea mediante la ley, autoridad o negocio jurídico. Para conocer entonces cuáles serían las facultades y deberes del administrador, ya que lo dispuesto es bastante impreciso, acudimos a las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico y que nos facilitarán el entendimiento, o por lo menos, nos acercarán a él.

Antes de la reforma del 2015, el delito de administración desleal era un delito societario, por lo que si accedemos al Texto refundido de las Ley de Sociedades de Capital, podemos encontrar una definición del deber de lealtad y del deber de diligencia y extrapolarlo a los deberes inherentes de cualquier administrador de patrimonio ajeno. El primero se encuentra en su art. 227<sup>33</sup>, que dice: “*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”; y el segundo, en el art. 225: “*Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*”.

---

<sup>32</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: Compliance: El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo

<sup>33</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Queda a la vista la importancia que tiene el deber de lealtad, basándose este en que las actuaciones del administrador han de fundamentarse en la buena fe y siempre orientadas a los intereses de la sociedad, o más allá, del administrado, sea sociedad o no. De este modo, estos principios quedan correctamente integrados a través de: el correcto ejercicio de sus facultades, de la obligación de guardar secreto sobre todos aquellos datos relativos a su gestión, anteponiendo siempre los intereses del patrimonio, actuando bajo el principio de responsabilidad<sup>34</sup>

De todo lo anterior, podemos determinar que para realizar correctamente las actividades inherentes a sus funciones, siempre debe primar la diligencia. Este concepto lo encontramos en diversos artículos de nuestro Código Civil. El 164 señala que los padres deberán administrar los bienes de sus hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo con las obligaciones impuestas a cualquier administrador. También, el 228 estipula que el tutor está obligado a administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida. El 1104, en su segundo párrafo, concluye que si la obligación no expresa la diligencia que ha de llevarse en su cumplimiento, lo exigible será aquella que corresponde a un buen padre de familia. Del mismo modo que el 1889, indicando que el gestor oficioso debe realizar sus funciones con toda la diligencia de un buen padre de familia.

En conclusión, las numerosas actividades que pueden incluirse dentro de las facultades y obligaciones del administrador, siempre llevan aparejada el deber de lealtad, a través de la buena fe y sin faltar a la diligencia de un buen padre de familia, anteponiendo los intereses del principal a los suyos propios, es decir, actuar con transparencia<sup>35</sup>.

Estas conductas pueden ser tanto de carácter activo, como omisivo. Los comportamientos omisivos, según la opinión doctrinal, pueden ser por ejemplo el desaprovechar oportunidades de negocio para que se puedan beneficiar otros competidores de la empresa, la no reclamación de deudas intencionadamente, etc.

Por lo que podemos confirmar que este tipo delictivo abarca también esas conductas en las que se deja de ser diligente intencionadamente. Para Adán Nieto el principal filtro de comportamientos omisivos se basa en el criterio de la indefensión

---

<sup>34</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: Compliance: El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo.

<sup>35</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 256.

del patrimonio de los ataques del administrador<sup>36</sup>. Siguiendo con el pensamiento del mismo autor, considera que el 252 recoge dos subtipos de administración desleal que comentaremos ahora. Por una parte “excesos en la capacidad de disposición” (pone ejemplos muy claros como la concesión de préstamos no garantizando su devolución o la adquisición de bienes inmuebles a un precio superior de mercado) y “excesos en la capacidad de gestión” (pagar gastos personales con fondos del patrimonio administrado, utilización de los bienes de manera totalmente contraria a la pactada)<sup>37</sup>. Entonces, teniendo en consideración lo expuesto, podemos esclarecer el término “excediéndose” del art. 252 del CP, considerando que las facultades del administrador deben llevarse a cabo bajo la lealtad y diligencia de un buen padre de familia, ya que de lo contrario podrían cometer actuaciones fraudulentas de carácter activo u omisivo.

Resulta por tanto, que para la existencia del delito, es obligatoria la producción de un perjuicio patrimonial, por lo que la administración desleal es un delito que conlleva un resultado, puesto que en virtud de la imputación objetiva, este resultado para ser considerado consumado, se exige además de la conducta fraudulenta, que se haya generado un perjuicio patrimonial derivado de tal conducta. De otra parte, al ser un delito de resultado, puede este no consumarse, quedando entonces en grado de tentativa. El autor ejecuta la conducta típica pero el perjuicio no se origina por circunstancias independientes a la intencionalidad de este<sup>38</sup>.

En definitiva, la conducta típica es resultado de la actuación del administrador, a través de las facultades que ostenta, en contra de los intereses patrimoniales. El administrador está sometido, obligado a actuar bajo las decisiones pactadas con el administrado y en su único interés, dejando a un lado el suyo propio o el de terceros<sup>39</sup>. No obstante, sería atípico el comportamiento cuando se cumplen los deberes de diligencia del que administra, aunque derive en una pérdida patrimonial.

---

<sup>36</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 257.

<sup>37</sup> Ibidem, pp 258.

<sup>38</sup> GARCÍA CAVERO, P.: op. cit. pp 16.

<sup>39</sup> NAVARRETE MORALES, M.E.: op. cit. pp 19.

#### 4. Sujetos del delito: sujeto activo y sujeto pasivo.

Para conocer quién es el sujeto activo de este delito, debemos saber a qué persona se le han atribuido las facultades de disposición y administración del patrimonio, por lo que partimos de la base de que es un delito especial propio, el cual es cometido por la deslealtad del administrador en su ejercicio.

Las fuentes de atribución de facultades de administración según el art. 252 son tres: en primer lugar, la establecida por ley (por ejemplo, la figura de la tutela del art. 222 del Código Civil), en segundo lugar, puede ser determinada por autoridad, ya sea judicial o la administración concursal, y por último, mediante un negocio jurídico, como puede ser el contrato de mandato (art. 1709 del CC), el contrato de comisión mercantil (art. 244 Com), el contrato de administración societaria (art. 249.3 LSC) o la figura del albacea o testamentarios (art. 892 Cc)<sup>40</sup>.

Dicha atribución de facultades otorga al sujeto una posición de garante sobre el patrimonio ajeno, es decir, ostenta una postura privilegiada frente a este. Podemos afirmar entonces que es un garante protección, que actúa como un enemigo interno, semejante a un caballo de Troya<sup>41</sup>.

Para continuar con la determinación del sujeto activo, es pertinente aclarar que el este dispone del patrimonio de forma legítima, lo que nos lleva a diferenciarlo de otras conductas típicas como puede ser la estafa o el hurto, realizados mediante una disposición inicialmente ilegítima<sup>42</sup>.

Adán Nieto, considera que para concretar los autores del delito, es conveniente un criterio formal-material semejante al establecido en el art. 11. El criterio formal responde a que los poderes han de ser atribuidos por ley, negocio jurídico o autoridad, y en relación con el criterio material, serán autores los que tengan un deber de garantía sobre el patrimonio<sup>43</sup>. Por lo que en su parecer, ni los testaferros ni aquellos que no gocen de un grado de autonomía relevante pueden ser considerados sujetos activos del delito. Tampoco los camareros, dependientes o

---

<sup>40</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”, en AAVV, *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

<sup>41</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 250.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 466.

<sup>43</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 259.

comerciales, aun teniendo facultad para realizar negocios jurídicos en nombre del dueño.

Entonces, ¿sería correcto considerar que el administrador formalmente nombrado es el único sujeto activo del tipo? La respuesta es no, ya que no solo se debe incluir al administrador y a aquellos integrantes del consejo de una administración, por ejemplo, sino también a los que tengan atribuidas facultades de hecho, es decir, no sólo de derecho<sup>44</sup>.

Se genera un debate en si ha de incluirse como sujeto activo a los administradores de hecho. El art. 236.2 LSC determina que “tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”, por lo que se puede considerar como sujeto activo, teniendo claro que su existencia no supone la exclusión de la responsabilidad de los administradores de Derecho<sup>45</sup>. Por tanto, consideramos la inclusión del administrador de hecho a través del administrador irregular y el gestor oficioso, previstos ambos en la ley, en los artículos 236.3 LSC y 1889 Cc, respectivamente<sup>46</sup>.

Si nos limitamos solamente al estudio del sujeto activo respecto a la regulación anterior, es decir, al antiguo 295, se consideraba en ese momento, que solo podían ser los administradores de hecho o de derecho y aquellos socios que tengan acceso a realizar la conducta típica<sup>47</sup>. Se recogía la responsabilidad de los administradores en el art. 133 LSA<sup>48</sup>, actualmente derogado, los cuales responden frente a la sociedad, accionistas y acreedores sociales (sujetos pasivos) del daño que generen por un incumplimiento en sus deberes de ejecutar sus obligaciones diligentemente, salvo que prueben que hicieron todo lo posible para evitar el daño.

---

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 475

<sup>45</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 261.

<sup>46</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: op cit.

<sup>47</sup> ALONSO PÉREZ, F.: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Colex, Madrid, 2003, pp 443.

<sup>48</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Como se ha comentado, ya no estamos ante un delito exclusivamente societario, por lo que el abanico de sujetos activos ha quedado ampliado de forma notoria, al igual que ocurre con los sujetos pasivos.

Será sujeto pasivo cualquier titular del patrimonio administrado. Gracias a la reforma de 2015 se deja de diferencia al sujeto pasivo sobre el que recae la conducta y al sujeto pasivo que es titular del patrimonio, que es al mismo tiempo el perjudicado, siendo ahora ambas coincidentes en la misma figura, es decir, el titular del patrimonio<sup>49</sup>.

En la exposición de motivos de la reforma del 2015<sup>50</sup> encontramos que tras esta puede ser víctima no solo una sociedad, sino cualquiera que haya atribuido facultades de administración a otra persona, mediante la protección general del patrimonio, independientemente de si se trata de una sociedad o una persona individual.

Recapitulando lo ya mencionado, las fuentes de atribución mediante las cuales se otorgan las facultades de administración, son: la establecida por ley, por autoridad o negocio jurídico. Retomemos entonces los ejemplos ya planteados. Atendiendo a la figura de tutela del art. 222 del Cc, se consideraría sujeto activo al tutor del menor, el cual ha adquirido legalmente facultades, entre las que se encuentra la de administración de su patrimonio, por lo que si incumple sus obligaciones, el sujeto pasivo sería el menor (art. 228 Cc). En relación con la atribución de facultades por autoridad, si nos centramos en el administrador concursal, es un profesional que ha sido nombrado por el juez mediante auto (art. 37 quarter de la ley concursal) que es el encargado de la gestión empresarial del deudor durante al concurso de acreedores, configurándose como sujetos pasivos los acreedores de este.

En último término, en el caso de la figura del albacea (art. 892 Cc), es el encargado de administrar el patrimonio del causante, el cual está obligado por su cargo al aseguramiento de los bienes, formación del inventario, administración de los

---

<sup>49</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: op cit.

<sup>50</sup> 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.

bienes, pago de deudas, entre otras<sup>51</sup>, por lo que el o los sujetos pasivos derivados de la comisión de este delito por parte de un albacea son los herederos o legatarios.

### 5. Tipo subjetivo.

Para que se de este tipo delictual, el sujeto activo, es decir, el administrador, debe haber orientado su conducta con una finalidad intencionada, lo que conlleva actuar mediante dolo, quedando a un lado la impericia o la negligencia, ya que lo que construye el perjuicio patrimonial ocasionado es el ánimo de querer provocarlo<sup>52</sup>.

Podemos entender entonces que este delito “*se completa con el dolo genérico comprendiendo el conocimiento y la aceptación del perjuicio que se irroga al patrimonio administrado siendo suficiente el dolo eventual*”<sup>53</sup>. La misma opinión por parte de Juanes Peces, Á<sup>54</sup>, que considera que basta con el dolo genérico, requiriendo una cierta intencionalidad y excluyendo las conductas imprudentes, pero no el dolo eventual. Teniendo en cuenta que el sujeto no pretende lucrarse con su actividad. Hay que delimitarlo meticulosamente, puesto que la intención de lucrarse o no supone una valoración distinta y una aplicación de un tipo delictivo, que, puede generar controversias, pero no es el mismo, el cual sería la apropiación indebida, cuyo tipo subjetivo radica en querer hacer la cosa como suya, incluyéndola en su patrimonio o en el de terceros<sup>55</sup>.

Lo que se exige en este tipo subjetivo es que el sujeto activo actúe abusando de sus funciones o para beneficiar a un tercero, dejando claro que las actividades que se ejecuten respetando las obligaciones y deberes que ostentan no se integran en el tipo, ya que la doctrina entiende que los “negocios de riesgo”, salvo que se actúe mediante dolo, deben quedar excluidos<sup>56</sup>. Por consiguiente, el dolo es el motivo fundamental con el que se lleva a cabo el comportamiento fuera de los límites, es la intención de causar un perjuicio consciente, sin embargo, cuando el autor obra

---

<sup>51</sup> OLLIVIER MORÁN, M.: “Las funciones del albacea”, *Revista Abogacía*, 2022. Recuperado de <https://www.revistaabogacia.com/las-funciones-del-albacea/> [Fecha de última consulta: 27 de junio de 2024].

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 476.

<sup>53</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: op.cit.

<sup>54</sup> JUANES PECES, Á.: op. cit, pp 16.

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 470.

<sup>56</sup> ALONSO PÉREZ, F.: op. cit. pp 444.

convencido de que realmente está actuando de acuerdo con sus deberes de diligencia, puede darse pie a la existencia de un error de tipo<sup>57</sup>.

El delito se consuma cuando se genera un perjuicio que sea evaluable económicamente, que no deriva de un incumplimiento definitivo de una obligación de entregar o devolver una cosa, sino que surge del abuso del administrador, extralimitándose en sus facultades u obviando estas intencionadamente<sup>58</sup>, por lo que exige como delito de resultado que exista una relación de imputación objetiva entre la acción y el resultado. Resulta importante para este tipo, la teoría de la imputación objetiva, ya que permite depurar cuales son las conductas que pueden ser incluidas en el tipo y cuáles no, y esta cobra especial relevancia puesto que cuando existen actividades económicas de por medio, aunque se lleven a cabo con la debida diligencia, pueden dar lugar a un perjuicio patrimonial<sup>59</sup>. Por ello si queremos saber cuándo se consuma efectivamente el tipo, tenemos que comprobar que el daño es definitivo y no pueda haber una restitución de la acción, es decir, el menoscabo no puede ser revertido. No siempre las consecuencias a largo plazo han de ser desventajosas, en algunos casos pueden suponer un beneficio, por lo que ha de estarse siempre al criterio del principio del plan global, el cual sirve como instrumento para valorar el patrimonio en su conjunto, tanto en un momento presente como de cara al futuro.

Retomando la cuestión, en el caso de que se dé el dolo pero no llegue a consumarse, nos podríamos situar ante una tentativa. Para Nuria Pastor e Ivó Coca<sup>60</sup>, puede considerarse la existencia de perjuicio desde que se constata el acto que ha generado un peligro (préstamo de dinero sin garantías de cobro), lo único que se le puede imputar al administrador es el resultado del perjuicio derivado de su conducta, por lo que dejan claro que en los casos donde ya existe un peligro de perjuicio, este es un perjuicio efectivo, en otras palabras, desde que el administrador se sitúa en un peligro de riesgo no permitido, ya se ha consumado el tipo. En la misma línea existen

---

<sup>57</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 267.

<sup>58</sup> ALONSO PÉREZ, F.: op. cit. pp 445.

<sup>59</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 266

<sup>60</sup> MUÑOZ PASTOR, N., COCA VIL, I.: El delito de administración desleal, claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal”, Atelier, Barcelona, 2016, pp 161.

otros autores<sup>61</sup> que podría hablarse de un “primer perjuicio”, lo que significa, que desde la puesta en peligro, ya se ha dado el detrimento patrimonial, pudiendo este aumentar considerablemente cuando se dé por cumplida la causa que lo ha provocado, como puede ser una contratación perjudicial, que si esta termina siendo así, tal y como se expuso, supondrá un aumento del perjuicio, pero este habrá de entenderse consumado desde la puesta en riesgo del patrimonio.

Ante esta tesis se enfrenta la postura de Víctor Muñoz Casalta<sup>62</sup>, el cual la rechaza, ya que supone que tener en cuenta tal consideración desvirtuaría la posibilidad de una tentativa, “convirtiendo un delito de resultado en un delito de peligro”, conforme al art. 16 del CP, puesto que, como el patrimonio y el perjuicio son realidades cambiantes y dinámicas, puede darse la posibilidad de que el administrador consiga eliminar el perjuicio, ello supone la necesidad “*lege ferenda*” de que pueda existir la figura de desistimiento post consumativo. Si nos ceñimos en la regulación actual, se podría apreciar una atenuante de reparación<sup>63</sup>. Por tanto en cuanto, la tentativa ha de basarse en que el sujeto ha tenido la intención de generar un daño, pero por causas ajenas a su voluntad, eso no se produce, pudiendo haber provocado daños considerados, pero habría que basarse en el deber de lealtad y diligencia, puesto que pueden haberse provocado daños por haber asumido un riesgo, pero no suponer un tipo penal sino la reclamación de una responsabilidad civil derivada de una incorrecta actuación no subsumible en un tipo delictivo por la falta del tipo subjetivo, en este caso, el dolo.

En relación a los actos preparatorios, no se condena ni la conspiración, ni la proposición y tampoco la provocación, ya que si leemos atentamente el art. 269 CP, este no hace mención al delito de administración desleal<sup>64</sup>. Es de sorprender que en la reforma del CP de la LO 1/2015 no se haya incluido este delito para castigar dichos

---

<sup>61</sup> AYALA GÓMEZ, I., “Administración desleal”, en AAVV, *Memento Penal y Económico de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

<sup>62</sup> MUÑOZ CASALTA, V., El delito de administración desleal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Tesis Doctoral, Bellaterra, 2020, pp 431. Recuperado de : <https://tesisenred.net/handle/10803/671274?locale-attribute=es#page=1> [Fecha de última consulta 28 de junio de 2024]

<sup>63</sup> AYALA GÓMEZ, I: op. cit.

<sup>64</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El Delito de Administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp 95.

actos, puesto que si se incluyen el delito de estafa y apropiación indebida, y aunque se quisiera aplicar por analogía, esta quedaría prohibida, ya que no recoge el tipo<sup>65</sup>.

## **6. Delimitación del delito de apropiación indebida.**

Antes de proceder a analizar un poco más en profundidad el delito de administración desleal, concretamente el concepto de perjuicio, que es el núcleo de este trabajo, consideramos que es preciso analizar brevemente el delito de apropiación indebida, ya que ambos han sido históricamente objeto de controversias, debido a que delimitarlos no era tarea fácil en algunas ocasiones.

Antes de la reforma del CP por la LO 1/2015, tanto la jurisprudencia como la doctrina, interpretaban que el antiguo art. 252<sup>66</sup>, además de hacer referencia al delito de apropiación indebida, estableciéndolo como un tipo delictivo cuyo bien jurídico protegido es la propiedad, también se configuraba dentro de este la administración desleal cuando se hacía alusión a la distracción de dinero o cualquier otro activo patrimonial que hubiese sido encomendado para su administración, siendo este un delito contra el patrimonio<sup>67</sup>.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, pretendió diferenciar entre una administración desleal genérica, contenida en el antiguo art. 252 CP, debido a la conducta típica de distracción de dinero, y una administración desleal aplicada en el ámbito societario, antiguo art. 295 CP<sup>68</sup>.

Un claro ejemplo lo podemos encontrar en una Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, concretamente la STS 163/2016<sup>69</sup> donde por un lado hace mención a la gestión desleal del antiguo art. 252 antiguo, por tratarse de una conducta en donde el administrador que gestiona el patrimonio ocasiona un perjuicio, abusando de su cargo y con intención de hacer suyo lo que realmente pertenece al dueño del patrimonio que tiene administrado, teniendo

---

<sup>65</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: op. cit. pp 154.

<sup>66</sup> Redacción del art 252 CP antes de la reforma de 2015: “*Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable*”.

<sup>67</sup> AGUDO FERNÁNDEZ, E.: op. cit. pp 74.

<sup>68</sup> Ibidem, pp 75.

<sup>69</sup> STS (Sala de lo Penal) 2 de marzo de 2016, nº 163/2016, rec 1151/2015.

que hablarse en ese caso de apropiación indebida en la modalidad distracción si se trata de dinero u otros bienes fungibles y por otro lado, en la STS 47/2010<sup>70</sup> de la que hace mención el propio tribunal en sus argumentos, encontraríamos el delito de administración desleal en el ámbito societario, tipificado en el anterior art. 295 CP, cuando lo que se infringen son los deberes de lealtad, pero resaltando que si lo que se administrar deslealmente es dinero por parte de un administrador, con la intención de hacerlo suyo, este será castigado con el delito de apropiación indebida del 252.

La doctrina reclamaba que se acabase con la problemática que suponía diferencia un delito de otro, (porque lo que ocurría es que se aplicaba de forma extensiva el delito de apropiación indebida, quedando reducido el delito de administración desleal al ámbito societario), cuya solución consideraban que radicaba en la supresión del delito societario del antiguo 295 CP y que este se trasladase a la sección de los delitos contra el patrimonio en todos los ámbitos<sup>71</sup>. Es más, si realizamos una lectura precisa de dicho art. 295, podemos comprobar que en ese momento lo que se castigaba es la conducta del administrador que abusando de su cargo obtenía beneficios tanto para sí mismo como para un tercero, siendo ahora dicho requisito de la apropiación indebida del actual art. 253 CP<sup>72</sup>.

Por lo que gracias a la reforma de 2015, el legislador pretende arrojar un poco de luz e intentar diluir las situaciones problemáticas que derivan de la aplicación de ambos delitos. Actualmente queda derogado el art. 295 del anterior CP, por lo que nos encontramos ahora con un delito de administración desleal ubicado en los delitos contra el patrimonio, siendo sujetos pasivos no solo las sociedades, sino cualquier titular de un patrimonio que está siendo administrado, regulado en el art. 252 CP<sup>73</sup> y en el nuevo art. 253 queda establecido el delito de apropiación indebida, donde se incluye tanto la expropiación de bienes muebles como de dinero<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> STS (Sala de lo Penal) 2 de marzo de 2010, nº 47/2010, rec 1207/2009.

<sup>71</sup> AGUDO FERNÁNDEZ, E.: op. cit. pp 76.

<sup>72</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: op. cit. pp 23.

<sup>73</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 239.

<sup>74</sup> CASTELLÓ NICÁS, N.: op. cit. pp 23.



La nueva regulación del art. 253 establece lo siguiente: “1. Serán castigados con las penas del artículo 248 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”. Con ello se ponen de manifiesto las mismas penas, tanto para el delito de apropiación indebida como el delito de administración desleal. Para poder aplicar las penas al delito en cuestión, igual que ocurre con el de administración desleal, hemos de acudir a los artículos 248 y 250 CP. En el 248 se encuentra el tipo básico y el 250 señala las conductas que suponen la aplicación de una pena más grave, tal y como la apropiación indebida de cosas de primera necesidad, sobre bienes que integran el patrimonio artístico, entre otras. Dentro del art. 253 encontramos una modalidad más leve, que impone una pena de multa cuando la cuantía apropiada no supera los 400 euros.

#### **7. Distinción entre las figuras típicas de administración desleal y apropiación indebida.**

Después de este breve análisis del delito de apropiación indebida, es ideal establecer sus diferencias con el de administración desleal, para una mejor comprensión y delimitación.

Recapitulando lo que hemos estudiado, en el delito de administración desleal lo que se protege es el patrimonio, desde una esfera económica-jurídica, donde lo que ocurre es que este se ve perjudicado por el incumplimiento de las normas y acuerdos establecidos entre el administrado y administrador, siendo el sujeto pasivo el primero, y el activo el segundo. Por otro lado, tras la reforma el abanico de sujetos tanto activo como pasivo se ha visto ampliado, ya que al dejar de ser un delito exclusivamente societario, pueden ser sujetos pasivos no sólo las sociedades, sino también personas físicas.

Sin embargo, lo que se pretende cuidar en el de apropiación indebida, es la propiedad, por lo que la función que se ha destinado para este tipo es la de proteger ataques realizados por aquel que posee de manera legítima un bien el cual pretende incorporar a su patrimonio de manera injustificada, es decir, al igual que ocurre con la administración desleal y a diferencia de la estafa, el sujeto activo en un primer momento ostenta el bien de forma legal, a través de un título que le permite su posesión<sup>75</sup>, por lo que comete el delito de apropiación indebida el que recibe la posesión de una cosa mueble por un título que le obliga a devolverla o entregarla y realiza algún acto que implica el incumplimiento definitivo, es decir, ostentan en un primer momento de forma lícita la posesión, derivando en una propiedad ilícita o antijurídica por habérsela atribuido, ya sea mediante actos de disposición, o negando haberlas recibido<sup>76</sup>.

En resumidas cuentas, la apropiación indebida, según los aspectos fundamentales destacados por Adán Nieto<sup>77</sup>: el bien que se protege es un bien mueble o dinero, puesto en manos del sujeto activo mediante un título legítimo que le impone la obligación de entregarlo, devolverlo o emplearlo en una actividad específica, siendo la conducta del autor contraria, llevando a cabo un acto de disposición sobre el bien, incorporándolo a su propio patrimonio o beneficiando a un tercero, dando lugar a una expropiación definitiva del bien y originando un perjuicio sobre aquel que tiene el derecho de propiedad, mediando en todo momento el tipo subjetivo del dolo<sup>78</sup> y un “*animus rem sibi habendi*”<sup>79</sup>.

Ahora trataremos las diferencias desde un punto de vista jurisprudencial, trayendo a colación las siguientes sentencias:

- STS 528/2020<sup>80</sup>.
- STS 700/2016<sup>81</sup>.
- STS 407/2020<sup>82</sup>.

---

<sup>75</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 241.

<sup>76</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 468.

<sup>77</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 241, 242, 243.

<sup>78</sup> STS (Sala de lo Penal) 11 de junio de 2020, nº 300/2020, rec. 3305/2018

<sup>79</sup> AYALA GÓMEZ, I.: op. cit.

<sup>80</sup> STS (Sala de lo Penal) 21 de octubre de 2020, nº 528/2020, rec. 2965/2018

<sup>81</sup> STS (Sala de lo Penal) 9 septiembre de 2016, nº 700/2016, rec. 41/2016.

En un primer momento, antes de la reforma del CP por la LO 1/2015, el delito de administración desleal se situaba en el art. 295, donde se castigaban las conductas abusivas llevadas a cabo por el administrador de una sociedad, siendo solo aplicable en el ámbito societario, cuyo bien jurídico protegido era el patrimonio, y el delito de apropiación indebida se ubicaba en el art. 252, donde se pretendía proteger la apropiación de cosas muebles, configurándose en este un tipo de gestión desleal cuando se trataba de distracción de dinero. Actualmente el art. 295 ha quedado desierto, regulándose entonces la administración desleal en el art. 252, cuya conducta típica corresponde a un hecho abusivo sobre los bienes del administrado, en perjuicio de su titular, sin pérdida definitiva de este pero suponiendo un menoscabo en el patrimonio, se contraponen a tal conducta el nuevo delito de apropiación indebida, contenido ahora en el art. 253, en donde la conducta penada se basa en la disposición de los bienes de manera definitiva ocasionando un perjuicio a su titular.

Ambos delitos ahora se encuentran bajo la misma rúbrica, “delitos contra el patrimonio”, ampliándose de esa manera los sujetos tanto pasivos y activos dentro del delito de administración desleal, puesto que antes solamente se protegía desde una perspectiva societaria, es decir, independientemente del origen que ha atribuido las facultades de administración. Se castiga en este caso el abuso dentro de sus facultades, y para que pueda haber condena no solo se atiende al abuso, sino al perjuicio ocasionado a consecuencia de este.

No obstante, retomando el delito de apropiación indebida, este abarca actualmente la expropiación definitiva de cosas muebles, con la novedad de que se le atribuye como apropiación indebida aquella que se realiza a través de dinero. Se pretendía zanjar con la nueva redacción del 253, la problemática derivada del dinero, siendo como exigencia jurisprudencial lo que se denomina “punto sin retorno”, es decir, debe constatarse la voluntad definitiva de la no devolución o entrega o la imposibilidad para poder hacerlo. También debemos recalcar, que a diferencia de lo que ocurre con delitos como por ejemplo hurto, robo o estafa, en los delitos de apropiación indebida o administración desleal se

---

<sup>82</sup> STS (Sala de lo Penal) 20 de julio de 2020, nº 407/2020, rec. 3603/2018.

tiene algún “poder” sobre los bienes a través de un título que los legitima tanto para disponer de estos y cumplir con obligaciones jurídicas de entregar o devolver un dinero, o como para administrarlos diligentemente.

Es importante diferenciar a su vez el bien jurídico protegido. En el delito de administración desleal se protege el patrimonio del administrado, desde una perspectiva jurídico-económica<sup>83</sup>, sobre el que recae el perjuicio cuando se produce la acción típica. Lo que se pretende evitar es el menoscabo de dicho patrimonio, y para ello el administrador debe de ejecutar sus tareas sin excederse en sus facultades y cumpliendo las instrucciones para ello, ya sean determinadas por la ley o a través de acuerdos entre el administrador y administrado. En cambio, en el de apropiación indebida se protege la propiedad, puesto que si la conducta persigue la atribución de la propiedad por parte de persona que no es propietaria sino poseedora<sup>84</sup>, lo consecuente es proteger dicha propiedad para que nadie pueda despojar a su dueño de lo que le pertenece, ya sea mediante actos de disposición que obligan a entregar o devolver una cosa, o por negar haberla tenido, incluso, por haber incurrido en falsedad diciendo que ya la entregó o devolvió.

### **III. El concepto de perjuicio como elemento del tipo del delito de administración desleal.**

#### **1. Concepto de perjuicio.**

Tal y como hemos estudiado, el bien jurídico que se pretende proteger a través del delito protagonista en este trabajo, es el patrimonio, que se ve perjudicado cuando el sujeto activo realiza la conducta típica. Ello arroja que no existe delito contra el patrimonio sin perjuicio, por lo que de acuerdo con la opinión de Nuria Pastor, podemos afirmar que “el perjuicio depende sustancialmente del concepto de patrimonio”<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 264.

<sup>84</sup> Ibidem, pp 252.

<sup>85</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2016, pp 13.

Para poder concretar qué es entonces el perjuicio patrimonial, debemos traer a colación las diferentes teorías que configuran el concepto de patrimonio, ya que el perjuicio es la otra cara de la moneda<sup>86</sup>.

Existe un tendido debate sobre cómo configurar el perjuicio, si desde un punto de vista económico, como hace Martínez Buján, indicando que sería consecuente considerar que el perjuicio es el resultado de una pérdida evaluable económicamente<sup>87</sup>. Además, el apartado segundo de dicho artículo estipula el tipo atenuado, que consiste en ocasionar un detrimento que no supere los 400 euros, dejando ver claramente la perspectiva económica a la que se debe vincular el perjuicio<sup>88</sup>.

De otra parte, en los textos de los Anteproyectos de 2012 y 2013, se perseguía la frustración del fin como acto de perjuicio, estableciendo como posibles actuaciones perjudiciales aquellas derivadas del tipo de abuso y otras del tipo de infidelidad. El tipo de abuso lo señalaba desde un punto de vista económico o mixto y el de infidelidad atendía a la perspectiva personal, que atribuía el deber de salvaguardar los intereses del titular<sup>89</sup>. El autor Víctor Muñoz Casalta pone de manifiesto que no sería viable interpretar lo que dice el art. 252 CP desde una visión personal, porque lo que se protege es el patrimonio administrado, no a su titular. Además, Vera Rivera, considera atribuir al patrimonio un concepto mixto, es decir, se conforma el patrimonio como aquel conjunto de bienes económicamente valorables con apariencia jurídica<sup>90</sup>. A todo esto, Nuria Pastor pretende destacar que no solo el mero menoscabo del patrimonio puede suponer la aplicación del tipo penal, sino que este ha de estar integrado en una conducta típica<sup>91</sup>. Lo ideal sería concebir al perjuicio como un concepto amplio, que no solo incluye la pérdida patrimonial, sino que puede suponer también la frustración de un incremento patrimonial o el resultado de un incumplimiento de los deberes que vulneran los intereses del administrado<sup>92</sup>, por lo que podríamos definirlo entonces como aquella

---

<sup>86</sup> MUÑOZ PASTOR, N., COCA VIL, I.: op. cit. pp 140.

<sup>87</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: op. cit. pp 77.

<sup>88</sup> MUÑOZ CASALTA, V.: op. cit. pp 406.

<sup>89</sup> Ibidem, pp 408.

<sup>90</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. pp 165.

<sup>91</sup> MUÑOZ PASTOR, N.: op. cit. pp 7.

<sup>92</sup> JUANES PECES, Á.: op. cit, pp 17.

disminución económicamente evaluable del acervo patrimonio que jurídicamente corresponde a una persona<sup>93</sup>.

El patrimonio, dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico concede a su titular, puede ser gestionado libremente<sup>94</sup>, de tal manera que a través de pactos y acuerdos, el dueño puede determinar cómo desea que sus bienes sean gestionados por los administradores. El administrador, cuando asume las responsabilidades de disposición y gestión del patrimonio ajeno, adquiere una posición de garante respecto a este<sup>95</sup>, por lo que a tenor de lo establecido en el art. 252 CP,<sup>96</sup> queda vinculado por un compromiso de deber de lealtad subsumido en la propia norma, es decir, debe evitar en la medida de lo posible, cualquier menoscabo patrimonial.

En base a lo expuesto, es relevante volver a señalar que no todas las conductas que producen un detrimento del patrimonio suponen la comisión de un hecho delictivo, debido a que dentro de la relación entre patrimonio y libertad existe una figura llamada “riesgo permitido”<sup>97</sup>. Al tratarse de un bien jurídico que tiene capacidad para ser evaluado económicamente, muchas veces se plantean situaciones que difícilmente son evitables y que suponen una pérdida de su valor, ya que la gestión patrimonial conlleva intrínsecamente la posibilidad de un riesgo. Cuando se encuentra la acción dentro de dicho riesgo, aunque suponga la pérdida de patrimonio, no siempre constituye el ilícito penal<sup>98</sup>. Ello significa que las acciones que se han llevado a cabo con la diligencia y lealtad debida por parte del administrador, valorando la información necesaria y actuando en consecuencia de esta, siempre que no se superen los umbrales que pueden determinar la tipicidad, nos encontraremos con una conducta que no se circunscribe dentro del ilícito penal, aun habiéndose producido un perjuicio patrimonial<sup>99</sup>, pero que puede generar otro tipo de sanción, como puede ser el surgimiento de una indemnización a favor del administrado. El perjuicio es el resultado material del delito, siendo el delito de administración un delito de resultado.

---

<sup>93</sup> MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. pp 353.

<sup>94</sup> MUÑOZ PASTOR, N.: op. cit.

<sup>95</sup> Ibidem, pp 15.

<sup>96</sup> MUÑOZ CASALTA, V.: El delito de administración desleal: análisis de la conducta típica” Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp 655.

<sup>97</sup> MUÑOZ PASTOR, N.: op. cit pp 16.

<sup>98</sup> Ibidem, pp 17.

<sup>99</sup> MUÑOZ CASALTA, V.: op. cit. pp 670.

Pero si tenemos en cuenta la actual regulación, el art. 252 deja a un lado que el perjuicio solo sea visto desde un punto de vista “económicamente evaluable”,

Este concepto cobra vital importancia en la apreciación de la existencia del delito de administración desleal, ya que sin perjuicio, no se daría amparo a imponer una pena, siendo evidentemente una exigencia.<sup>100</sup>, configurándose como el resultado de la infracción del deber de fidelidad. Su existencia puede producirse de diversas formas, mediante una disminución patrimonial, cuando se ha impedido un aumento patrimonial que era claramente esperable, a través de actuaciones que han hecho perder prestigio a la sociedad, generando así una pérdida de clientes, que se traduce al final en pérdidas de carácter económico, entre otras<sup>101</sup>.

Así se pone de manifiesto en una Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal<sup>102</sup> donde el Tribunal, en base a la doctrina y a la jurisprudencia, recalca que el perjuicio patrimonial no solo supone una pérdida del valor de este, sino que ha de ser entendido en un sentido amplio, pudiendo surgir por la ausencia de un incremento que era totalmente posible y esperado, haciendo referencia a otra sentencia que determina que *“la propia existencia del perjuicio supone, al menos, una disminución de los derechos propios sin una contraprestación que pueda ser considerada adecuada”*. Por ello entendemos por perjuicio toda situación que provoca una pérdida del valor actual o una pérdida de la obtención de una suma de dinero que iba a ser integrada en el patrimonio, que aunque no se haya visto reducido, se ha visto perjudicado por no producirse el incremento esperado.

Es tarea difícil muchas veces apreciar la conducta delictiva que supone la imputación de una administración desleal, pero poder determinar con precisión el concepto de perjuicio como elemento del tipo del delito de administración desleal, teniendo en cuenta lo tratado en este trabajo, ha quedado recalcado que no todas las actividades realizadas por los administradores que derivan en un perjuicio patrimonial pueden suponer la imposición de una pena. De las actuaciones de los administradores pueden surgir riesgos, que estos deben analizar con cautela antes de tomar una decisión dentro del ejercicio de sus funciones, pero en numerosas

---

<sup>100</sup> GARCÍA CAVERO, P.: “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2020, pp 14.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp 15.

<sup>102</sup> STS (Sala de lo Penal) de 7 de junio de 2023, nº 436/2023, rec.1699/2021.

ocasiones, aunque apliquen adecuadamente las normas y sean diligentes, es inevitable que surja un riesgo, por lo que como veremos en los párrafos posteriores, entra en juego la figura del riesgo permitido dentro de las conductas no punibles ejercidas por el administrador.

## 2. Consideración del riesgo permitido.

Como ya hemos venido tratando, dentro de la gestión patrimonial, existen ciertos umbrales que si no son superados, aunque se haya desvalorizado el patrimonio, este es un riesgo inherente que se asume, por lo que la posibilidad de existencia de un riesgo es inherente a la actividad de administración,<sup>103</sup> por lo que a la hora de estudiar este concepto pueden surgir numerosas cuestiones a resolver.

¿Qué es el riesgo? ¿Cómo podemos evitarlo? ¿Todos los riesgos asumidos por el administrador constituyen un tipo penal?

Recopilando brevemente lo que hemos tratado en el primer apartado de esta investigación, la administración desleal lo que penaliza, por tanto, castiga, es infringir las facultades atribuidas al administrador, excediéndose y ocasionando este un perjuicio al patrimonio ajeno incluyendo en el tipo las conductas activas y las omisivas.

Sería lógico pensar que para evitar el riesgo lo único que debe hacer el administrador es actuar bajo la diligencia de un buen padre de familia, mediante la buena fe y deberes de lealtad. Pero la realidad se separa de ese pensamiento, ya que muchas veces, sobre todo en negocios donde es insoslayable el riesgo, se ocasiona un perjuicio, radicando la cuestión en qué riesgos pueden estar penados y cuáles no.

A través de la imputación objetiva se permite relacionar una acción que lesiona un bien jurídico vinculándolo con una persona, ya que una conexión causal física entre una acción y su consecuencia lesiva no siempre resulta suficiente para el surgimiento de la imputación de una pena, tal y como hemos venido comentando. Uno de estos límites lo establece el riesgo permitido<sup>104</sup>. En consecuencia, no todas

---

<sup>103</sup> MUÑOZ PASTOR, N.: op. cit pp 16.

<sup>104</sup> BACIGALUPO, E.:” *Derecho Penal parte general*”, Hammurabi SRL, 2ª edición, Buenos Aires, 1999, pp 268.

las acciones son típicas, aquellas que causalmente producen un resultado sin superar los umbrales del riesgo permitido, no serán imputables objetivamente<sup>105</sup>.

El hecho de que cualquier situación de peligro que pudiera suponer un resultado de riesgo estuviese penada, supondría un problema para el correcto funcionamiento de la sociedad, ya que nadie se colocaría en ninguna posición que pudiera dar lugar a una condena. Existen ciertas actividades que llevan aparejada situaciones de riesgos, tales como la actividad económica, en donde el derecho se muestra tolerante y no castiga sino aquellas que sobrepasan las normas o los acuerdos establecidos<sup>106</sup>. Bacigalupo en la misma línea considera que “*no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción*”<sup>107</sup>, tomando protagonismo el principio de intervención mínima, por lo que para determinar el perjuicio patrimonial es importante establecer la merma de la capacidad económica del titular del patrimonio para satisfacer las obligaciones presentes y futuras.

Por tanto, ¿qué es el riesgo permitido? Para Carlos Martín Buján Pérez es “*una institución dogmática que posibilita reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de vulneración de bienes jurídicos siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y de control impuestas precisamente para disminuir el peligro de vulneración de dichos bienes jurídicos*”<sup>108</sup>. Por lo que si queremos determinar la existencia de este, habremos de atender a las normas o autorizaciones reglamentarias expresas, y en defecto de estas, para poder establecerlo será necesario realizar una ponderación de bienes e intereses<sup>109</sup>, en la que ha de estarse a al grado de peligro al que se ha expuesto el bien jurídico amenazado, su valor y si ha habido

---

<sup>105</sup> BACIGALUPO, E.: op. cit. pp 269.

<sup>106</sup> CRUZ ARTICO, J.: “El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación” en Revista Pensamiento Penal, 2015, pp 8. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42070.pdf> [Fecha de última consulta: 21 de junio de 2024]

<sup>107</sup> BACIGALUPO, E.: op. cit. pp 268.

<sup>108</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Económico penal y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2023, pp 277.

<sup>109</sup> BACIGALUPO, E.: op. cit. pp 269.

oportunidades de control sobre este, sin dejar de lado la forma en la que incide socialmente tal conducta y si se proporcionan beneficios<sup>110</sup>

Este riesgo no se calcula de igual manera para todas las actividades, ya que su determinación va a depender considerablemente del ámbito de actuación del que se trate, cuales son los bienes jurídicos que entran en juego, teniendo en cuenta la repercusión que puede generar en términos sociales<sup>111</sup>.

En consecuencia, el juzgador a la hora de considerar la posible existencia de un delito, en este caso, de una administración desleal, deberá ejecutar una exhausta evaluación del riesgo, considerando cual es aquel que es permitido por la norma y cual se excede de los límites establecidos, tanto en estas como los propuestos por las partes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, (como ocurre por ejemplo, en los contratos, donde las partes, respetando los lindes legales, deciden libremente cual es el correcto funcionamiento orientado a la toma de decisiones que pueden acarrear un perjuicio).

Para resolver las controversias que pueden plantearse en la posibilidad de la existencia o no del delito de administración desleal, es esencial conocer que esta se realiza en diferentes ámbitos, ya sea en el marco de una sociedad, la encomendada por ley mediante la figura de la tutela o por el albacea encargado de velar por el patrimonio del causante.

Dentro de esta cuestión surge un supuesto bastante discutido, que son los negocios de riesgo. Los podemos definir como decisiones empresariales que llevan aparejada una alta probabilidad de producción de un daño que genere un perjuicio<sup>112</sup>.

Cuando hacemos referencia a negocios de riesgo llevados a cabo por el administrador, originando un perjuicio patrimonial, se debe estar a estos criterios delimitadores de la tipicidad: por un lado, el eventual consentimiento otorgado por el titular patrimonial y por otro lado, la racionalidad de la conducta en atención a los fines del patrimonio administrado<sup>113</sup>, por lo que para que exista administración

---

<sup>110</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: op cit. 280.

<sup>111</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: op cit. 283.

<sup>112</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 278.

<sup>113</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: op. cit.

fraudulenta, las operaciones de riesgo deben de estar considerablemente apartadas de la finalidad pactada, ya que no cabría el ilícito si este se realiza, como señala acertadamente Percy García, “*en el marco del giro comercial previsto*”<sup>114</sup>, por lo que si queremos analizar la tipicidad o no de estos negocios, debemos estar a que todo administrador por el ejercicio de sus funciones se expone a que puedan surgir daños inevitables, por lo que entraría a colación la posibilidad de un dolo eventual, y la correcta forma de poder comprobar su existencia ponderando la discrecionalidad derivada de la actuación del administrador y teniendo en cuenta, según el tipo de gestión patrimonial, cual es el nivel de riesgo permitido que evade la penalidad de la conducta<sup>115</sup>.

El nivel de riesgo que puede asumir un administrador no siempre es concretado por el titular de los bienes, muchas veces se ciñe al contexto de la actividad económica que esté llevando a cabo, por lo que a través de la regla de apreciación empresarial, los negocios de riesgo serán impunes cuando: “se ha recogido la información suficiente” (es decir, se ha cumplido con el deber de diligencia), “no existe conflicto de intereses” (no hay infracción del deber de lealtad) y “se han respetado los procesos internos”<sup>116</sup>. Por lo que es preciso saber que no cualquier infracción de los procedimientos va a suponer la existencia del delito de administración desleal, para que este se dé, es imprescindible que dicha infracción haya supuesto una consecuencia grave, derivada en un perjuicio patrimonial. Podemos comprobar la importancia de cumplir con los procedimientos establecidos internamente, ya que su incumplimiento es relevante a la hora de determinar la existencia o no del tipo, como bien hemos referido.

Es importante tener en consideración que no es necesaria la existencia de un riesgo previo para determinar un posible perjuicio, aunque muchas veces esa puesta en peligro pueda suponer el daño del mismo, por lo que es imperioso saber que en ese caso no estaríamos ante una tentativa, sino que el delito ha quedado consumado desde un primer momento cuando surgió el peligro. Para la doctrina, como se trata de un delito de resultado, es inapropiado considerar que una puesta en peligro sea lo mismo que un perjuicio patrimonial, pero si tenemos en cuenta el cálculo del

---

<sup>114</sup> GARCÍA CAVERO, P.: op. cit. pp 17.

<sup>115</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 278

<sup>116</sup> Ibidem, pp 279.

perjuicio, no solo desde un punto de vista contable, sino atendiendo a que el patrimonio es un concepto jurídico-económico, este podría verse mermado por la frustración de las expectativas de ganancias que estaban amparadas en un título legal, entre otros<sup>117</sup>.

Otra forma de poner en riesgo al patrimonio es a través de los daños reputacionales, esto es muy interesante, porque por ejemplo, una sociedad que ha sido condenada por la existencia de una contabilidad B, con la que pagaban sobornos, va a sufrir una serie de consecuencias negativas, como son las pérdidas en las ganancias, también la falta de prestigio, que podrá suponer que empresas que tengan contratos suscritos con esta, los finalicen, dando lugar a un déficit de ingresos ocasionados por la mala reputación que ha adquirido la sociedad en vista de una administración fraudulenta del patrimonio, siendo evidente la existencia de un perjuicio económico<sup>118</sup>.

Podemos deducir que no todas las puestas en peligro suponen una punibilidad de un posterior resultado, sino que la puesta en peligro ha de sobrepasar las barreras de los deberes de los administradores.

### **3. Cómo se calcula el perjuicio.**

Para poder calcular el perjuicio patrimonial debemos atender a la valoración de la conducta del autor, para conocer si esta ha sido contraria al deber que tiene encomendado, para poder así determinar la tipicidad o no de su actuación,<sup>119</sup> por lo que resulta oportuno ponderar las labores de información y comprobación llevadas a cabo por el posible sujeto activo<sup>120</sup>.

Según Adán Nieto<sup>121</sup>, la forma correcta para apreciar la existencia de un perjuicio, es decir, de un daño que dé lugar a la consumación del delito, no es tanto la pérdida de forma permanente de un bien, sino que el patrimonio disminuya su valor debido al comportamiento.

---

<sup>117</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. pp 423.

<sup>118</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. pp 426.

<sup>119</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: op. cit. pp 19.

<sup>120</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: op. cit.

<sup>121</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 262.

Para poder fijar la existencia o no de un menoscabo patrimonial, podemos imaginar una balanza, tal y como hace Adán Nieto, en la que por una parte colocaremos los beneficios derivados de la actuación del administrador y por otro lados los perjuicios de la misma, por lo que a través del “principio de saldo” podremos concretarlo. Aunque es una forma bastante lógica para medir las ganancias y las pérdidas patrimoniales, el autor mencionado, trae a colación dos posibles problemas que derivan de este, en primer lugar, el perjuicio patrimonial puede ir incrementándose a medida que transcurre el tiempo y en segundo lugar el comportamiento resultante del administrador puede generar tanto pérdidas como ganancias<sup>122</sup>, pero independientemente de ello, lo que debemos tener claro, es que el perjuicio se mide en base a la totalidad del patrimonio, es decir, el patrimonio en su conjunto.

Pero ¿Por qué el riesgo de pérdida puede suponer un perjuicio? ¿Son solo las pérdidas la que lo originan? Para poder responder estas preguntas, debemos atender a las siguientes cuestiones.

A la hora de determinar el perjuicio ha de estarse al acto de gestión en su contexto concreto<sup>123</sup>, por lo que será imprescindible tener en cuenta una serie de aspectos: el tipo de acto y el posible riesgo permitido que puede derivar de él, las expectativas a corto y a largo plazo (incorporarse a una multinacional, disolver contratos con proveedores) y aquellas expectativas que no siempre resulta fácil cuantificar, como puede ser la mejora o empeoramiento de la imagen social, además del criterio del “plan global”.<sup>124</sup> Y, ¿en qué consiste dicho criterio que hace necesaria su aplicación? Para calcular debidamente el posible perjuicio, no solo han de tener relevancia los efectos negativos, sino también es fundamental considerar los positivos. Por lo que volvamos a pensar en nuestra balanza imaginaria, donde del lado derecho colocaremos los beneficios y del izquierdo las pérdidas. En el grupo de los beneficios podemos establecer el cobro de deudas, la venta de un bien a un precio competente en el mercado, entre otros y en el lado de las pérdidas podemos incluir la disminución del valor económico del patrimonio por la contracción de deudas desorbitadas, la superación del valor de los gastos con los beneficios obtenidos.

---

<sup>122</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 263.

<sup>123</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: op. cit. pp 18.

<sup>124</sup> NIETO MARTÍN, A.: op. cit. pp 264.

En esta clasificación se pueden incluir además del menoscabo del patrimonio, la no aportación de activos patrimoniales, es decir, las pérdidas de posibles ganancias, ya que ha generado un perjuicio provocando una ausencia de beneficio, ya que perder no siempre significa restar, en algunos casos se pierde por no sumar. Por ejemplo, un administrador de una sociedad deja pasar consciente e intencionadamente una posibilidad clara de ganancia porque a este le beneficia más que su empresa sea la que asuma el negocio, aquí no hay una disminución del patrimonio que existía en un primer momento, si no que se le ha impedido aumentar su valor por una mala praxis en el ejercicio de sus funciones, lo cual también genera una pérdida ganancial<sup>125</sup>. Podemos denominar de este modo al perjuicio como directo o indirecto (lucro cesante), siendo irrefutable que las conductas que lo ocasionan pueden ser tanto activas, como omisivas.

Para calcular el perjuicio correctamente es necesario establecer una visión global del patrimonio. Esta nos permite no solo ver lo que ocurre en el momento presente, sino que incluye que se puedan valorar expectativas, ya sea a corto o largo plazo, que se realiza a través de “*pronósticos de pérdida o de ganancia*”<sup>126</sup>. De ello trataremos en el apartado siguiente.

Otra manera de interpretar el cálculo del perjuicio patrimonial, es concretar la capacidad que resulta de la gestión para posteriormente poder satisfacer las obligaciones que posean en ese momento presente o en el futuro<sup>127</sup>. Si sólo atendemos al principio de saldo, solamente tendremos en cuenta asuntos contables, pero realmente el problema que se plantea para calcular el perjuicio no solo se basa en operaciones matemáticas que impliquen una suma o una resta, sino que trasciende más allá, es un problema jurídico-económico como acertadamente expone Vera Rivera<sup>128</sup>.

En efecto, según todo lo anteriormente expuesto, además de la vulneración del deber de lealtad y la vinculación de esta a la indebida gestión por parte del administrador, es esencial que dicha conducta sea “*idónea para perjudicar el*

---

<sup>125</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J.: “El delito de Administración desleal en el sistema español: pasado y presente”, En Acadèmia De Jurisprudència I Legislació De Catalunya, Barcelona, 2021, pp 72. Recuperado de: <https://www.ajilc.cat/assets/img/pdf/DISCURS-INGRES-Magaldi-1.pdf> [Fecha de última consulta 21 de junio de 2024].

<sup>126</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: op. cit. pp 19.

<sup>127</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. pp 419.

<sup>128</sup> Ibidem.

*patrimonio administrado*”<sup>129</sup>. Esta conducta “idónea” puede suponer la inexistencia del tipo cuando se produce lo que se conoce como compensación. Por lo que será necesario para determinar el perjuicio patrimonial la merma de la capacidad económica del titular del patrimonio para satisfacer las obligaciones presentes y futuras.

#### **4. Expectativas del perjuicio a corto y largo plazo.**

Como ya hemos venido comentando, no todos los perjuicios se incluyen dentro del ilícito penal, por lo que para calcular el perjuicio correctamente es necesario establecer una visión global del patrimonio. Esta nos permite no solo ver lo que ocurre en el momento presente, sino que incluye que se puedan valorar expectativas, ya sea a corto o largo plazo, que se realiza a través del ya mencionado “pronósticos de pérdida o de ganancia”<sup>130</sup>.

Para esta investigación, la autora Nuria Pastor ha sido un referente a la hora de exponer sus críticas y opiniones sobre el delito, de esta manera, ella considera, con la que nos encontramos de acuerdo, que a través de dicha visión global del patrimonio se pueden valorar posibles perjuicios o beneficios, pero siempre teniendo en consideración el conjunto de este, no de forma individualizada. Pone de manifiesto que es imprescindible para poder conocer la existencia de un deterioro patrimonial teniendo en cuenta las consecuencias desde una visión de futuro, es decir, expectativas a largo plazo, contemplando las posibilidades de aumentar el patrimonio mediante ganancias o, al contrario, sufrir pérdidas, dejando claro que al ser considerado el patrimonio desde una perspectiva económica como teoría dominante, son consecuencias casi imposibles de eludir. Ella considera que para poder atender mejor a lo que pasa en el momento presente, se pueden llevar a cabo “pronósticos de pérdida o de ganancia” y pone como ejemplo de pérdida al cierre temporal de una fábrica y de ganancia, fidelización de clientes a largo plazo<sup>131</sup>.

El tema de las expectativas ha sido objeto de controversia, puesto que según la doctrina dominante ha de producirse una desvalorización del patrimonio, un daño

---

<sup>129</sup> PASTOR MUÑOZ, N.; COCA VILA, I.: op. cit. pp 18.

<sup>130</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: op. cit. pp 19

<sup>131</sup> PASTOR MUÑOZ, N.: op. cit. pp 19.

económico, el cual no se da si lo que ocurre es la ausencia de un incremento, en otras palabras, un lucro cesante. Al contrario de esta opinión doctrinal, no es conveniente dejar a un lado las expectativas a la hora de calcular si realmente se ha dado un perjuicio o no. Hay expectativas que derivan de un derecho subjetivo, como lo es un derecho de crédito, y otras que carecen de respaldo por no estar sujetas a tal derecho subjetivo, que significa que la posibilidad de que no se produzca un aumento patrimonial no depende exclusivamente del administrador<sup>132</sup>.

Si sólo atendemos al principio de saldo, solamente tendremos en cuenta asuntos contables, pero realmente el problema que se plantea para calcular el perjuicio no solo se basa en operaciones matemáticas que impliquen una suma o una resta, sino que trasciende más allá, es un problema jurídico-económico como acertadamente expone la autora Vera Rivera<sup>133</sup>. Deja claramente en claro que las frustraciones de posibilidades fehacientes de ganancia perjudica de manera indiscutible el patrimonio, como puede ser el fracaso de un proceso de compra por motivos imputables al administrador, provocando así una pérdida ganancial, por lo que el cálculo del perjuicio habrá de considerar todo lo que se podía haber adquirido y no se obtuvo. Lo que ocurre entonces es que a la hora de administrar, su actuación ocasiona pérdidas basadas en expectativas, en posibilidades, donde el patrimonio no solo puede mermar, sino puede verse estancado por una pérdida de beneficios.

Retomando que dentro de las facultades del administrador encontramos la capacidad de disposición de los bienes y la posibilidad de contraer obligaciones, para calcular el valor del perjuicio se tendrá en cuenta la circunstancia que ha derivado en una pérdida de aumento patrimonial o aquella que haya generado una disminución de este, con la cantidad exacta que hubieran añadido si no se hubiera frustrado.

Por lo que, ¿cuándo se produce el perjuicio? atendiendo al art.252 CP puede producirse tanto por comportamientos de disposición, provocando que disminuya el valor patrimonial, contrayendo obligaciones que suponen un incremento de las deudas que son respondidas con el patrimonio, o a través de comportamientos que frustran expectativas de beneficios<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Ibidem, pp 16.

<sup>133</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. pp 420.

<sup>134</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. pp 421.

## 5. Responsabilidad civil derivada del delito como resultado del perjuicio.

Cuando hablamos de la comisión de ilícitos o actuaciones que se salen fuera de la norma, es tendente pensar que la consecuencia derivada de dichos actos sea penal. Pero hay que tener en cuenta que de estas actuaciones contrarias a las normas pueden derivarse, además de las penales, consecuencias administrativas o civiles, como la responsabilidad civil derivada del delito.

Por lo que también se pueden incluir otras sanciones, considerándose en un sentido amplio, podemos encontrar: una multa administrativa, multa conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis CP cuando se trate de personas jurídicas, una responsabilidad civil, una multa por vulnerar las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, la consecuencia de la disolución de la sociedad, o a través de prohibiciones de realizar ciertas actividades, todas ellas orientadas a la existencia de un perjuicio patrimonial<sup>135</sup>.

Los administradores pueden generar riesgos para los demás cuando incumplen el deber de diligencia, pero no siempre se puede imputar un delito, ya que puede existir perjuicio, pero este ha de ser provocado intencionadamente para que quepa una condena, de otro modo, aunque se genere un menoscabo patrimonial, cuando hay ausencia de dolo, no cabe el delito de administración desleal, pero sí una responsabilidad civil directamente exigible al autor del perjuicio.

Un estudio hecho sobre la responsabilidad civil derivada del delito que protagoniza este trabajo, por parte de Enrique Gandía Pérez, pretende determinar cuales son las normas que han de aplicarse respecto a la responsabilidad civil, como consecuencia de la acción. En este, pretende determinar si las normas a aplicar son de derecho privado o de derecho público, Podría ser lógico pensar que cuando la actividad desleal dentro del ámbito societario no se incluya dentro del marco delictivo, la responsabilidad civil quedará determinada por las normas de la Ley de Sociedades de Capital, pero si el acto constituye el tipo, surge la cuestión de si sería

---

<sup>135</sup> PASTOR MUÑOZ, N.; COCA VILA, I.: op. cit. pp 3.

apropiado aplicar los artículos 109 y siguientes del CP donde se regula la responsabilidad civil derivada del delito<sup>136</sup>.

Esto supone para el autor un debate, porque el resultado práctico sería distinto según que norma entre en juego. Si hacemos alusión al plazo de prescripción de la acción, en el Código Civil sería entre uno y cinco años, (arts. 1968.2º o 1964.2) y en la LSC el plazo son cuatro años (art. 241 bis). Otra cuestión relevante sería en función del grado de participación, ya que si se comete el delito por un órgano colegiado de la sociedad, pudiendo imputarse los hechos de forma distinta en base a su contribución, algunos van a ser penados por su condición de autor y otros de cómplice, respondiendo los unos de los otros de forma subsidiaria si atendemos a las normas del CP (art. 116.2) o de forma solidaria si nos centramos en la LSC (art. 237).

Este autor más adelante considera que lo conveniente en el caso de las sociedades, es que se tengan en cuenta las normas de la LSC a que el delito debe de estar ajustado a las funciones inherentes del administrador que en dicha ley se proclaman, por lo que el régimen jurídico de la acción social de responsabilidad de civil de los administradores ha de venir determinada por las normas que regulan su deber y funcionamiento. La tesis que avala tanto a la doctrina como a la jurisprudencia es considerar que responsabilidad civil según se haya cometido o no un ilícito penal. En el caso de que de la conducta del administrador, esta se configure dentro del tipo, la responsabilidad civil se ajustará a la normativa resultante del derecho penal, como sería bastante lógico pensar, y por otra parte, la responsabilidad civil podrá ser configurada a través de las normas societarias cuando lo que haya ocurrido sea un incumplimiento contractual que no se puede condenar penalmente, pero que sí supone la necesidad de resarcir los daños ocasionados, sin haber mediado dolo<sup>137</sup>.

Por tanto, cuando se deriven consecuencias penales de las conductas de los administradores, además del cumplimiento de una posible pena privativa de libertad, podrá suponer también la imposición de una responsabilidad civil derivada del delito, no del incumplimiento contractual tal y como se menciona en el párrafo precedente.

---

<sup>136</sup> GANDÍA PÉREZ, E.: “La responsabilidad derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital”, en *Dialnet*, nº 73, 2020, pag 3. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7655331>

[Fecha de última consulta: 24 de junio de 2024].

<sup>137</sup> GANDÍA PÉREZ, E.: op. cit. pp 10.

Así mismo, es relevante esclarecer que no pueden darse al mismo tiempo una responsabilidad contractual (derivada del incumplimiento del contrato) o extracontractual (derivada del incumplimiento que ha dado lugar a un delito), por lo que es necesario que se califique el hecho dañoso, ya sea dentro del ámbito del derecho penal o del ámbito de responsabilidad contractual por la infracción derivada de un posible incumplimiento de contrato<sup>138</sup>.

Cabe resaltar que el art 31 bis CP establece cuando son penalmente responsables las personas jurídicas, además, señala la existencia de una posibilidad de exoneración de la responsabilidad a la persona jurídica, cuando han sido las personas físicas que la componen las que han cometido el delito bajo esta, lo que significa que la comisión de un delito de administración desleal cometido por los administradores en perjuicio de la sociedad acarrea la consecuencia de la responsabilidad civil derivada del delito en favor de dicha sociedad, quedando liberada la persona jurídica de los cargos, considerándose la víctima del delito, la cual ha de ser indemnizada por los daños y perjuicios que se le han provocado.

Ahora bien, acudiendo al art. 116 CP “toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”. Encontramos entonces respuesta a lo mencionado, si el daño se considera de relevancia penal, este generará también una obligación de responsabilidad civil.

Por consiguiente, las conductas realizadas por el administrador pueden dar lugar a diferentes escenarios<sup>139</sup>:

- a. Aquellas que den lugar a un perjuicio, pero habiéndose atendido al deber de diligencia, no dan lugar al nacimiento de una responsabilidad, ni civil, ni penal, puesto como bien se ha aclarado en epígrafes anteriores, existe la figura de riesgo permitido que es fundamental en los negocios donde opera el tráfico jurídico
- b. Las que dan lugar a un perjuicio imputable objetivamente al autor por la negligencia y deficiencia de sus actos en el deber de administrar correctamente el patrimonio, pero sin mediar una intención de generar un daño, es decir, sin la existencia de ánimo de hacerlo, surgiendo por tanto, una responsabilidad civil.

---

<sup>138</sup> GANDÍA PÉREZ, E.: op. cit. pp 39.

<sup>139</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J.: op. cit. pp 64.

- c. Se concretarán dentro del ilícito penal del art. 252 CP aquellas actuaciones llevadas a cabo sin el corrector deber de lealtad e infringiendo las normas de manera intencionada y consciente, generando un daño con toda la intención, a través de la figura del dolo, ocasionando como resultado un perjuicio al patrimonio administrado, imponiéndose una pena tipificada y la correspondiente responsabilidad civil derivada del delito.

## **6. Consentimiento como causa de exclusión de responsabilidad.**

La base para la existencia del delito de una administración desleal es el incumplimiento de las normas que son inherentes a los administradores de un patrimonio ajeno, incluyendo aquellas limitaciones y restricciones que además de venir establecidas legalmente, pueden haber surgido de acuerdos entre las partes, donde el administrado interpone una serie de conductas a considerar por parte del administrador, por lo que sería coherente pensar que un consentimiento, ya sea tácito o expreso por parte del titular del patrimonio, excluye la responsabilidad penal al sujeto que gestiona tal patrimonio.

Abordemos entonces la figura del consentimiento. ¿Qué es el consentimiento desde una perspectiva del derecho penal?<sup>140</sup> Para los estudiosos del derecho ha sido un asunto controversial la institución del consentimiento, ya que esta supone la causa de supresión de la responsabilidad penal y esta ni si quiera se encuentra reflejada expresamente en nuestro CP.

Podemos definirlo como “un 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 amparo”<sup>141</sup>, es decir, en atención a los delito contra el patrimonio, donde se configura nuestro delito de administración desleal, este queda sin relevancia penal cuando el titular del patrimonio administrado autoriza, permite y aprueba una conducta determinada sobre la gestión y llevanza de

---

<sup>140</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: op. cit.

<sup>141</sup> CUELLO CONTRERAS, J.: El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría jurídica del delito, 3ª, 2002, pp 723

este. El efecto del consentimiento es excluir la tipicidad, pero no excluye el perjuicio derivado de la conducta permitida.

Si volvemos a determinar brevemente qué es el patrimonio, este se puede considerar como un conjunto de bienes y derechos evaluables económicamente y con reconocimiento jurídico que posee una persona. Por lo que la base para la existencia de este tipo delictivo es el incumplimiento de las normas que son inherentes a los administradores de un patrimonio ajeno, incluyendo aquellas limitaciones y restricciones que además de venir establecidas legalmente, pueden haber surgido de acuerdos entre las partes, donde el administrado interpone una serie de conductas a considerar por parte del administrador<sup>142</sup>. Entonces, una actuación que deriva en un perjuicio, pero que fue previamente consentida, por el titular del patrimonio, quedará fuera del tipo delictivo. Dicho consentimiento puede ser expreso, que permite que una acción que podría haberse considerado típica deje de serlo, o tácito, por el hecho de que el administrado ha consentido otras gestiones muy similares.

Un ejemplo claro de consentimiento podría ser: el titular del patrimonio manda al administrador a hacer una donación a la Iglesia Católica derivada de su conjunto de bienes. Aunque dicha conducta pueda suponer un perjuicio patrimonial, esta queda exenta de tipicidad porque el administrado ha dado su autorización/consentimiento para que esta se ejecute, con independencia de que sea prudente o no para evitar un perjuicio<sup>143</sup>.

La problemática de esta figura surge cuando no existe un solo titular de los bienes patrimoniales, sino que este tiene diferentes dueños, como ocurre con las sociedades.

Podemos configurar los supuestos desde dos perspectivas:

1. Se puede dar consentimiento a un acto que puede ser típico, pero cuyo contenido es lícito, lo que supondría que dicho acto queda fuera del ilícito penal, y en segundo lugar, cuando se esté a un negocio ilícito (pagos de sobornos), es irrelevante que exista un acuerdo por parte de la mayoría de los socios, ya que se trata de un acto que es contrario a las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>142</sup> AYALA GÓMEZ, I.: op. cit.

<sup>143</sup> VERA RIVERA, M.C.: op. cit. 418.

2. Pero en contra de ello, cabe la posibilidad de que si todos los socios han consentido el acto ilícito, este quede impune, pero atribuyéndose el comportamiento al tipo penal correspondiente, como podría ser cohecho o corrupción entre particulares<sup>144</sup>.

## 7. Excusa absolutoria de parentesco.

Por otra parte, encontramos la excusa absolutoria de parentesco, regulada en el art. 268 del CP. Dicha exención recae solamente sobre:

- Los cónyuges que no se encuentren separados de hecho o derecho y tampoco inmersos en un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad.
- Los ascendientes, descendientes, afines y hermanos, ya sea por naturaleza o adopción.
- Y por último, los afines en primer grado, si conviven juntos.

Tal y como expone el artículo, para que pueda ser de aplicación es necesario que no haya concurrido violencia, intimidación o abuso de la vulnerabilidad de la víctima.

En la fundamentación jurídica de una Sentencia emitida por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada en el año 2022<sup>145</sup> se hace mención a una STS de 12 de diciembre de 2018, cuyo ponente fue Magro Servet, en donde señala que, a diferencia de lo que ocurre con el art. 103 de la LECRIM<sup>146</sup>, que prohíbe el ejercicio de la acción penal a algunas personas cuando tengan una relación de parentesco con los presuntos sujetos activos, la excusa absolutoria actúa después, es decir, permite la existencia de un proceso, pero queda extinguida la responsabilidad criminal en virtud de las relaciones de parentesco mencionadas en el art. 268 CP, cuando el bien jurídico protegido es de carácter patrimonial.

Un ejemplo de su aplicación, ya sea en sentido positivo o negativo, lo encontramos en una resolución de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de

---

<sup>144</sup> AYALA GÓMEZ, I.: op. cit.

<sup>145</sup> AP Granada, sec. 2ª, A 12-05-2022, nº 363/2022, rec. 295/2022.

<sup>146</sup> Art 103 LECRIM: *¡Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros”.*

Madrid<sup>147</sup>, que ha resuelto un recurso de apelación interpuesto por los sobrinos de un fallecido por la posible existencia de un delito de estafa, administración desleal u otro, por haber dispuesto la hermana del fallecido de dinero que este tenía en su cuenta bancaria y por ende, pertenecía al caudal relicto sobre el que se harían las operaciones de reparto de la herencia, determinando que no es de aplicación la excusa absolutoria del art. 268 del CP porque la relación de parentesco entre los intervinientes era en tercer grado de consanguinidad.

En relación a las cuestiones que puedan surgir cuando el sujeto pasivo sea una sociedad, los Tribunales han intentado darle una respuesta:

- Por un lado, una Sentencia del Tribunal supremo <sup>148</sup>, considera que debe establecerse una independencia de la entidad respecto de los socios, aunque los socios sean aquellos que vienen determinados por el art. 268 como posibles sujetos exentos de responsabilidad penal, por lo que supone su inaplicación.
- De otro modo se concibe en una resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla<sup>149</sup>, que aplica la teoría del velo, la cual se basa, citando literalmente las palabras de la resolución, en “La idea esencial que constituye el substrato de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas radica en que no puede separarse el patrimonio de una persona jurídica y el de una o varias personas físicas, cuando en realidad se trata de un único patrimonio, para conseguir un fin fraudulento y se aprecia siempre en el caso de sociedades o entramados familiares controlados por unas mismas personas física”. De tal manera que se considera de aplicación el 268 con independencia de que se trate de una sociedad compuesta por familiares.

Pero a pesar de que, como hemos visto, puedan darse pronunciamientos contradictorios por parte de los juzgadores, para poder evitar posibles conflictos, habrán de tenerse en consideración, a la hora de tomar como referencia, las resoluciones del Tribunal Supremo, en virtud de lo expuesto en el art. 1.6 CC, que dice: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina*

---

<sup>147</sup> AP Madrid, sec. 4ª, A 10-11-2017, nº 926/2017, rec. 1077/2017.

<sup>148</sup> STS (Sala de lo Penal) 22 de octubre de 2010, nº 933/2010, rec. 634/2010.

<sup>149</sup> AP Sevilla, sec. 1ª, A 02-03-2018, nº 183/2018, rec. 996/2018.

*que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.*

## **V. Conclusiones.**

A lo largo del estudio del delito de administración desleal en mayor medida, y del delito de apropiación indebida, me he percatado de que por un lado han habido avances a la hora de solucionar las controversias que plantean ambos delitos.

Debemos tener claro que lo que se perseguía con la reforma del CP de 2015 era dar luz a al debate planteado por la posible “falta” de claridad a la hora de condenar por un delito u otro, y a su vez, evitar que algunas conductas quedasen impunes, por estar el delito de administración desleal ubicado en un tipo societario, siendo imperioso su extensión a todo tipo de patrimonio, no solo al que respecta a una sociedad.

Con la nueva regulación se pretendía entonces delimitar de una manera más eficaz ambos tipos delictivos. Pese a que se consideren delitos distintos, desde mi punto de vista se puede determinar a la apropiación indebida como un subtipo de administración desleal, ya que el fondo de la cuestión radica en condenar a aquel individuo que tiene encomendadas determinadas facultades y obligaciones y este las incumple originando un perjuicio. Aunque tenemos que tener en cuenta que la finalidad que persigue cada uno es distinta, ya que en la apropiación indebida se pretende un lucro y en el de administración desleal un perjuicio patrimonial.

Pero en la opinión que me atañe, al igual que a otros autores que hemos estudiado, el legislador no ha sido muy preciso a la hora de determinar qué conductas efectivamente son aquellas que pueden ser condenadas por un delito de administración desleal, teniendo los Tribunales que delimitarlo a través de la interpretación y la aplicación de este en atención al caso concreto, generando muchas veces dificultades.

Como he señalado, la problemática que se plantea es que, aunque el legislador haya tratado de establecer un “*numerus clausus*” de conductas punibles, a través de la redacción del tipo, donde señala que se castiga a aquel que ostente facultades de administración sobre patrimonio ajeno y este las realice excediéndose, originando como consecuencia un perjuicio, el concepto excediéndose es abstracto y

ambiguo, lo que contrapone que no es un “*numerus clausus*” de conductas típicas, sino que en realidad deja la puerta abierta a un “*numerus apertus*”, puesto que según el caso concreto, puede una conducta u otra totalmente distinta generar un perjuicio, aunque eso sí, el denominador común ha de ser siempre excediéndose en sus facultades, pero desde la opinión de quien redacta este trabajo, sería preciso e imperioso que se acotase de alguna manera qué tipo de perjuicio, ya que tal y como hemos visto, no todos los perjuicios son punibles.

Podemos comprobar que el “perjuicio” también es un concepto que genera un extenso debate, puesto que en el tipo delictivo no se establece concretamente que se puede considerar perjuicio y que no. A lo largo de esta investigación he podido comprobar que interpretarlo en un sentido restrictivo es limitar el amplio espectro de conductas delictivas que pueden ocasionarlo, es decir, el perjuicio no solo es la pérdida del valor patrimonial, no puede reducirse simplemente a un daño cuantificable partiendo de un valor determinado, sino que este se vea menoscabado además de por las pérdidas, por la frustración de ganancias que eran totalmente esperables o, por pérdida de prestigio de la sociedad, debido a actuaciones dudosas como pueden ser los sobornos, que pueden dar lugar a la pérdida de clientes. El perjuicio no se calcula solamente a través de una simple operación matemática que se basa en una resta, sino que también han de tenerse en cuenta todas aquellas posibilidades de obtener beneficios que se han visto truncadas por una gestión deficiente del administrador. Por lo que han de considerarse a la hora de determinar el menoscabo tanto el perjuicio real, que son las pérdidas, como el perjuicio potencial, que son aquellas perspectivas de ganancias que no se obtuvieron.

Es correcto afirmar que el perjuicio ha de ser considerado a corto y a largo plazo. No obstante, hay autores como Nuria Pastor e Ivó Coca Vila, consideran que el perjuicio existe desde el momento en el que se genera el riesgo, pero en este caso, acompaño a la opinión de Víctor Muñoz Casalta, la cual plantea en su Tesis Doctoral sobre “*El delito de administración desleal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015*”, que si consideramos que el momento de comisión del delito es el momento en el que puede ser previsible que se de la existencia del perjuicio, no estaríamos ante un delito de resultado, sino de peligro, por lo que parece acertado determinar la posibilidad de una tentativa, ya que muchas veces el menoscabo no se produce, aunque se haya ejecutado una conducta contraria a las establecidas, pero

por causas ajenas a la voluntad de aquel que pone en riesgo al patrimonio, siempre mediando la figura del dolo, no se produce. Ello da lugar a que pueda surgir no sólo una responsabilidad penal, sino también civil, la cual puede ser resultante de una negligencia a la hora de actuar el administrador, pero no imputable penalmente por la clara ausencia de un ánimo de provocar un daño, en vista de que en ámbitos como los negocios de riesgo, no siempre puede el administrador controlar y evitar que se genere un detrimento patrimonial.

Por todo ello, creo que el legislador ha estado acertado a la hora de incluir el delito de administración desleal dentro de los delitos contra el patrimonio, pero creo que ha de ser más concreto en su redacción a la hora de establecer qué se puede considerar perjuicio, ya que al no determinarlo, su precepto es equívoco y puede suponer que, aunque se interprete en un sentido amplio, tal y como ha hecho la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, queden impunes conductas delictivas por la ausencia de una meticulosa precisión conceptual.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

### **1. Libros y artículos consultados.**

AGUDO FERNÁNDEZ, E.: “Administración desleal del patrimonio ajeno”, *Derecho Penal Aplicado Parte Especial*, Dykinson, Madrid.

BACIGALUPO, E.:” *Derecho Penal parte general*”, Hammurabi SRL, 2ª edición, Buenos Aires, 1999.

CASTELLÓ NICÁS, N., “Administración desleal y apropiación indebida tras las reforma de 2015:¿Comportamientos estancos?, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017.

CUELLO CONTRERAS, J.:El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: Compliance: El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo.

FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 2015.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “La Administración desleal en la codificación penal española”, en *Anuario de Ciencias Histórico-Jurídicas*, Vol.1, Núm X(2023): CODEX.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015.

GANDÍA PÉREZ, E.: “La responsabilidad derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital”, en *Dialnet*, nº 73, 2020.

GARCÍA CAVERO, P.: “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2020.

GARCÍA CAVERO, P.: “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2020  
introduccion. Teoría jurídica del delito, 3ª, 2002.

JUANES PECES, Á.: El delito de administración desleal y apropiación indebida: Después de la reforma del año 2015: Evolución histórica: Análisis de la jurisprudencia de la sala segunda. Jornadas de Especialistas en Delincuencia Económica, Ministerio Fiscal.

MAGALDI PATERNOSTRO, M,J.: “El delito de Administración desleal en el sistema español: pasado y presente”, En *Acadèmia De Jurisprudència I Legislació De Catalunya*, Barcelona, 2021.



MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Económico penal y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2023.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El Delito de Administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”, en AAVV, *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

MUÑOZ CASALTA, V., *El delito de administración desleal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015*. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, Tesis Doctoral, Bellaterra, 2020.

MUÑOZ CASALTA, V.: *El delito de administración desleal: análisis de la conducta típica*” Rev. Boliv. de Derecho Nº 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, 25ª edición, Valencia, 2023.

MUÑOZ PASTOR, N., COCA VIL, I.: *El delito de administración desleal, claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal*”, Atelier, Barcelona, 2016.

NAVARRETE MORALES, M.E., “Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 30, Almería, 2023.

NIETO MARTÍN, A, “Administración desleal y apropiación indebida”, en AAVV, *Derecho penal económico y de la empresa*, 1º edición, Dykinson, Madrid, 2018.

OLLIVIER MORÁN, M.: “Las funciones del albacea”, *Revista Abogacía*, 2022



PASTOR MUÑOZ, N.: “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2016.

PASTOR MUÑOZ, N.: “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, en *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho*, nº2

## **2. Webgrafía.**

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: Compliance: El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo, Recuperado de <https://elderecho.com/el-nuevo-delito-de-administracion-desleal-analisis-del-tipo-objetivo-2#:~:text=a>

RAE: <https://www.rae.es/drae2001/patrimonio>

RAE: <https://www.rae.es/dpd/abusar>

## **JURISPRUDENCIA.**

STS (Sala de lo Penal) 2 de marzo de 2016, nº 163/2016, rec 1151/2015.

STS (Sala de lo Penal) 2 de marzo de 2010, nº 47/2010, rec 1207/2009.

STS (Sala de lo Penal) 11 de junio de 2020, nº nº 300/2020, rec. 3305/2018

STS (Sala de lo Penal) 21 de octubre de 2020, nº 528/2020, rec. 2965/2018

STS (Sala de lo Penal) 9 septiembre de 2016, nº 700/2016, rec. 41/2016

STS (Sala de lo Penal) 20 de julio de 2020, nº 407/2020, rec. 3603/2018

STS (Sala de lo Penal) de 7 de junio de 2023, nº 436/2023 rec. 1699/2021.

STS (Sala de lo Penal) 22 de octubre de 2010, nº 933/2010, rec. 634/2010.

AP Granada, sec. 2ª, A 12-05-2022, nº 363/2022, rec. 295/2022.

AP Madrid, sec. 4ª, A 10-11-2017, nº 926/2017, rec. 1077/2017.

AP Sevilla, sec. 1ª, A 02-03-2018, nº 183/2018, rec. 996/2018.