



Grado en: DERECHO.  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2017/2018.  
Convocatoria: JULIO.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y COMPARADA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS.  
ESTUDIO ESPECÍFICO DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

HISTORICAL AND COMPARED EVOLUTION OF THE ECONOMIC CRIMES.  
CONCRETE STUDY OF THE UNFAIR ADMINISTRATION

Realizado por el alumno D. AGUSTIN GIL BONILLA.

Tutorizado por el Profesor D. AURELIO SANTANA RODRIGUEZ.

Departamento: DISCIPLINAS JURÍDICAS BÁSICAS.

Área de conocimiento: HISTORIA DEL DERECHO Y LAS INSTITUCIONES  
JURÍDICAS Y DERECHO COMPARADO.

**ABSTRACT**

This work gathers a current analysis of the economic crimes in our country, as well as a study of the economic delinquency along our history.

Likewise, the comparative one appears with other legislative systems, resting on regulation, jurisprudence, and doctrine so much Spanish as foreigner.

Finally, it contains a more specific study of the crime of disloyal administration, as well as a few personal conclusions like closing of the exhibition.

**RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)**

Este trabajo recoge un análisis actual de los delitos económicos en nuestro país, así como un estudio de la delincuencia económica a lo largo de nuestra historia.

Asimismo, se muestra una comparativa con otros ordenamientos jurídicos, apoyándose en normativa, jurisprudencia, y doctrina tanto española como extranjera.

Por último, contiene un estudio más específico del delito de administración desleal, así como unas conclusiones personales a modo de cierre de la exposición.

INDICE.

1. INTRODUCCIÓN. MENCIÓN DE CASOS DE ESPECIAL RELEVANCIA Y ACTUALIDAD DE LOS REFERIDOS DELITOS ECONÓMICOS. ....	4
1.1.Caso Argentia Trust. ....	5
1.2.Caso Banesto.....	5
1.3.Caso Bankia .....	7
2. ESTUDIO HISTÓRICO, POSITIVO Y DESCRIPTIVO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL .....	9
2.1.CP de 1822.....	9
2.2.CP de 1848.....	10
2.3.CP de 1850.....	10
2.4.CP de 1870.....	11
2.5.CP de 1928.....	11
2.6.CP de 1932.....	12
2.7.CP de 1944.....	12
2.8.CP de 1973.....	12
2.9.CP de 1995.....	12
2.10.CP de 1995 reformado por Ley Orgánica 5/2010.....	13
2.11.CP de 1995 reformado por Ley Orgánica 1/2015.....	14
3. DERECHO COMPARADO .....	16
3.1.ALEMANIA. ....	16
3.1.1.Regulación.....	17
3.1.2.Similitudes y diferencias con el derecho español.....	18
3.2.ITALIA .....	18
3.2.1.Regulación.....	19
3.2.2.Similitudes y diferencias con el derecho español .....	20
3.3.ESTADOS UNIDOS. ....	21
3.3.1.Regulación.....	22
4. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LA ADMINISTRACION DESLEAL.....	25
4.1.Introducción .....	25
4.2.Infracción del deber de administración leal desde el punto de vista penal.....	26
4.3.Evolución jurisprudencial. ....	26
4.4.Ámbito de aplicación de la norma y sujetos pasivos. ....	28
4.5. Sujeto activo.....	29
4.6.Conducta típica .....	29
4.7.Tipo subjetivo .....	31
4.8.Consumación del delito.....	31
4.9.Penalidad y persecución procesal .....	31
4.10.Conclusión .....	31
5. CONCLUSIONES. ....	33
6. JURISPRUDENCIA .....	35
7. BIBLIOGRAFÍA .....	36
8. APÉNDICE LEGISLATIVO. ....	37

## 1. INTRODUCCIÓN. MENCIÓN DE CASOS DE ESPECIAL RELEVANCIA Y ACTUALIDAD DE LOS REFERIDOS DELITOS ECONÓMICOS.

Hallar una aproximación al concepto de Derecho penal económico ha supuesto una ardua tarea para la doctrina científica y el legislador en España, pues uno de los pilares fundamentales de esta rama del Derecho, el orden socioeconómico -como bien jurídico protegido- es considerado como un concepto jurídico indeterminado.

Sin embargo, podría entenderse como una institución básica para el funcionamiento del sistema caracterizado por su masividad y universalidad.

Asimismo, es preciso destacar que todos los intentos por llegar a un acuerdo con respecto a la conceptualización de Derecho penal económico han sido en vano, pues no se ha logrado conseguir un consenso. Debido a esto la doctrina científica ha elaborado un concepto estricto y un concepto amplio de Derecho penal económico.

Desde el punto de vista del concepto estricto, el Derecho penal económico comprende el conjunto de normas que protegen el orden económico, concebido en palabras de TIEDEMANN “como el derecho de la dirección de la economía por el Estado”<sup>1</sup>. Como fruto de ello, sólo formarían parte de este aquellos tipos penales que castigan comportamientos contrarios a los preceptos que caracterizan la estructura y funcionamiento económico del país. (P.ej: delito contra la Hacienda Pública, entre otros).

Por otro lado, BAJO FERNÁNDEZ <sup>2</sup> señala que el concepto amplio de Derecho penal económico sería el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Este segundo concepto, englobaría además aquellos delitos producidos en el seno de una organización empresarial, pues debido a su amplitud pueden ser perfectamente enmarcados en este. Así se consideran delitos económicos el delito de corrupción entre particulares <sup>3</sup>, los delitos societarios <sup>4</sup>, o el delito de administración desleal <sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> TIEDEMANN, K. *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pp.18-19.

<sup>2</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, op. Cit., p. 37.

<sup>3</sup> Artículo 286 Bis del Código Penal.

Una vez realizada una aproximación al concepto de Derecho penal económico es necesario hacer un repaso a la historia más reciente de la realidad social de nuestro país. Así se hace preciso mencionar algunos de los casos judiciales más sonados de los últimos años. Estos son entre otros, el caso <<Argentina Trust>>, el Caso <<Banesto>> o el Caso << Bankia>>

### **1.1. Caso Argentina Trust.**

En el juicio Argentina-Trust Mario Conde (presidente de BANESTO), fue condenado en marzo de 1997 a “la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de diez meses con una cuota de cincuenta mil pesetas día, y a la accesoria de inhabilitación especial para ejercer funciones de administración en entidades financieras durante el tiempo de duración de la pena, condenándole asimismo a que indemnice al Banco Español de Crédito en la cantidad de seiscientos millones de pesetas y al abono de las costas causadas en la instancia”<sup>6</sup> por apropiación indebida y falsedad en documento mercantil; concretamente por retirar de Banesto 600 millones de pesetas, que en un primer momento fueron ingresados en una cuenta suiza de la sociedad Argentina Trust como pago. El Tribunal consideró en su sentencia que Conde dispuso de bienes del Banco que le correspondía administrar sin dar ninguna respuesta apropiada y coherente sobre su uso.

### **1.2. Caso Banesto.**

El Banco Español de Crédito (BANESTO) era una entidad financiera presidida por Mario Conde, que había apostado en los años previos a la intervención por una estrategia de crecimiento de la entidad mediante la expansión de los créditos, en un momento en que la morosidad bancaria crecía a un gran ritmo. En 1993, unos meses antes de la intervención, la inspección del Banco de España había detectado un desfase patrimonial cercano a los 2.704 millones de euros.

---

<sup>4</sup> Artículo 290 del Código Penal.

<sup>5</sup> Artículo 252 del Código Penal.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 224/1998, de 26 de febrero de 1998, Parte dispositiva (fallo).

Las autoridades del Banco de España habían intentado negociar un plan de saneamiento. Mario Conde, de forma desesperada, trató de salvar al banco con una ampliación de capital con la entidad estadounidense JP Morgan.

El resultado consolidado del grupo Banesto correspondiente a 1993, presentó una pérdidas de 585.150 millones de pesetas de los cuales 407.383 millones correspondían al banco matriz.

La existencia de un agujero patrimonial de 3.636 millones de euros (605.000 millones de pesetas) llevó el 28 de diciembre de 1993 al Banco de España a intervenir Banesto y a destituir a todo el consejo de administración, incluido su presidente, Mario Conde. La intervención llevó aparejado el nombramiento de cinco nuevos consejeros procedentes de los principales bancos españoles para que elaboraran un proceso de saneamiento. También se acordó la aprobación de una línea de crédito ilimitada del Banco de España para garantizar los depósitos de los clientes, que habían estado varios días sin poder disponer de su dinero. Poco después se ordena el ingreso en prisión de Mario Conde acusado de apropiación indebida, estafa, falsedad documental y maquinación para alterar el precio de las cosas.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional número 16/2000, de 31 de marzo de 2000 se puede extraer la conclusión de la dificultad procesal que supone la mutabilidad del derecho material a lo largo del tiempo. Pues desde el momento de producción de los hechos hasta el momento del enjuiciamiento -y todas las correspondientes etapas procesales, recursos, diferentes instancias y tribunales, etc.- se produjeron reformas en el código penal que supusieron un problema a la hora de calificar jurídicamente los hechos y su pena, así como una posible prescripción del delito.

De esta forma, recoge la Sentencia que “A los efectos de calificar jurídicamente el hecho debemos plantearnos, en primer término, si es subsumible en el delito de apropiación indebida tipificado en el art. 535 del Código (Penal) de 1973, vigente al tiempo de comisión del delito.

En segundo lugar, si es asimismo subsumible en el tipo del art. 252 del actual Código Penal (CP 1995) en el tipo del art. 295 del mismo Código que tipifica la doctrinalmente denominada administración desleal, y que, en su caso, contiene un régimen sancionatorio más favorable al reo”<sup>7</sup>

Continúa la Audiencia exponiendo que la conducta del acusado puede ser subsumida en cualquiera de los tipos mencionados por lo que se produce un supuesto de los previstos en el artículo 8 del Código Penal, esto es, un hecho susceptible de ser calificado con dos o más preceptos del Código. La solución adoptada por la jurisprudencia es la regla de la alternatividad, según la cual el precepto penal más grave excluye al que castigue con la pena menor.

En la Sentencia del Tribunal Supremo número 867/2002, de 29 de julio de 2002, se tramita el recurso interpuesto a la S. AN número 16/2000. En ella se recoge que el motivo del recurso sostiene la tesis de que entre los dos preceptos de diferente ámbito temporal sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que nuestro Código Penal resuelve a favor de la ley penal posterior mas benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad. Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del art. 535 (Código Penal de 1973) y sí por el contrario en el art. 295 (Código Penal de 1995) procede la aplicación retroactiva de este último. Continúa el TS exponiendo que la sentencia recurrida condena al recurrente por el delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal de 1973, pero puesto que se trata de un concurso de leyes con el art. 295 del Código Penal de 1995, se aplica el primero, en virtud del principio de alternatividad ya expuesto. Finalmente, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso.<sup>8</sup>

### 1.3. Caso Bankia

Bankia salió a bolsa con un precio de 3,75€ cada acción el 20 de julio de 2011. Precio tasado en base a las cuentas de 2011, que tuvieron que ser reformuladas.

---

<sup>7</sup> Sentencia la Audiencia Nacional número 16/2000, de 31 de marzo de 2000, Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 867/2002, de 29 de julio de 2002, Fundamento de Derecho Vigésimoctavo.

Esta operación supuso la captación de 3.100 millones de euros de sus empleados y pequeños inversores. Cuando en marzo de 2013 se recapitalizó Bankia las acciones se valoraron por parte del banco de España a 0,01€.

A instancias de la Fiscalía Anticorrupción, la Audiencia Nacional imputó a 33 directivos (que posteriormente serían 38) entre los que se encuentran Rodrigo Rato, José Luis Olivas, Ángel Acebes y Francisco Verdú, entre otros banqueros y miembros del PP, PSOE e Izquierda Unida.

Por otro lado, en octubre de 2014 se hizo público que, entre 2003 y 2012, los consejeros y altos directivos de Caja Madrid y de Bankia dispusieron de tarjetas de crédito de empresa a las que cargaron gastos personales por valor de 15,5 millones de euros. Las tarjetas se las entregaron al margen de sus sueldos y de los gastos de representación y con ellas se pagaron restaurantes, viajes, ropa, compras, retiradas de dinero en efectivo, etc.

En Bankia, la mayor parte de los gastos correspondieron a Rodrigo Rato (54.800 euros), José Manuel Fernández Norniella (9.700 euros), Sánchez Barcoj (90.900 euros) y Matías Amat.

El escándalo de las tarjetas que salpicó a varias personalidades políticas provocó que el PSOE expulsara a 10 militantes consejeros de Caja Madrid y el PP abriera expedientes a Rato y a otros 12 afiliados.

En definitiva, tras la exposición de estos casos podemos ver como a lo largo de las últimas décadas se han producido transformaciones en el comportamiento la sociedad, así como los constantes cambio en las leyes penales como consecuencia de ello.

## 2. ESTUDIO HISTÓRICO, POSITIVO Y DESCRIPTIVO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

Antes de analizar la codificación a lo largo de la historia de nuestro país, se hace preciso realizar una somera mención a la etapa previa a este fenómeno, para así comprender un poco mejor la evolución que se ha producido. Estamos hablando de las Siete Partidas vigentes durante el reinado de Alfonso X “El Sabio”.

Concretamente interesa aquí la partida séptima y última que posee 34 títulos y 363 leyes, se dedica al derecho penal y procesal penal (de carácter inquisitivo). Tiene una estructura en la que en las primeras leyes de cada título explican los delitos y en las últimas se impone la pena. Con respecto a los delitos sobre los que versa este trabajo, se hallan en los Títulos XIII (de los robos), XIV (de los hurtos et de los siervos que furtan á sí mismos fuyéndose, et de los que los consejan ó los esfuerzan que fagan mal, et de los mudamientos que facen á furto de los mojonos), y XVI (de los engaños malos et buenos de los baratadores) en este último se encuentran delitos como la estafa. Es en la Ley XII (*Qué pena merecen los que facen los engaños, et los que los ayudan et los que los encubren.*) del título XVI donde se castigan estos delitos, y recoge que “*Porque los engaños de que fablamos en las leyes de este título non son iguales, nin los homes que los facen nin los que los reciben non son de una manera, por ende non podemos poner pena cierta en los escarmientos que deben recibir los que los ficieren. Et por ende mandamos que todo judgador que hobiere á dar sentencia de pena de escarmiento sobre cualquier de los engaños sobredichos en las leyes deste título, et sobre otros semejantes dellos, que sea apercebido de catar qual es el engaño et en qué tiempo fue fecho: et catadas todas estas cosas, debe poner pena de escarmiento ó de pecho para la cámara del rey al engañador, qual entendiere que la merece segunt su alvedrio.*”<sup>9</sup>

### 2.1. CP de 1822.

Durante el Trienio Liberal se promulga uno de los primeros Códigos Penales de España, y este es el del año 1822. Así en el artículo 766 y siguientes del Código Penal de 1822 se recoge de manera detallada el delito de estafa, y el de trampas en el juego.

---

<sup>9</sup> Ley XII, Partida Séptima de las Siete Partidas.

De la lectura de estos preceptos se extrae que en este texto la regulación era parca y arcaica, pues debido al momento histórico en el que nos encontramos no se hacía necesaria una regulación precisa de un determinado tipo de delitos, como pueden ser los económicos en el caso que nos trata <sup>10</sup>. Por ejemplo, en este CP se castiga con una pena de multa de cinco a cincuenta duros y pena de prisión de un mes a dos años el delito de estafa, que comparado con la pena recogida en el CP actual parece irrisoria.

## 2.2. CP de 1848.

En el año 1848, durante la Década moderada, mientras tiene lugar la dictadura del General Narváez se publica el Código penal.<sup>11</sup> En primer lugar, se puede ver el avance en la técnica legislativa pues se va desarrollando y profundizando en la descripción del tipo y de la pena. Así, por ejemplo, se ve un tipo agravado de estafa cuando esta es llevada a cabo por joyeros o plateros (art. 440.1º). Por otro lado, es destacable también que en este código penal se regula por primera vez la figura de lo que hoy sería la apropiación indebida, a este tenor expone el artículo 441.1º que “*Son aplicables las penas señaladas en el art. 438: A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título, que produzca obligación de entregarla o devolverla.*” Con respecto a las penas recogidas oscilan entre multas pecuniarias hasta las privativas de libertad en función del delito y su graduación.

## 2.3. CP de 1850.

Un año después de la finalización de la Segunda Guerra Carlista y dos años después de la publicación del último código penal, se aprueba el Código penal de 1850, prácticamente igual a su predecesor de 1848, pues como salta a la vista no se produce reforma alguna sobre este texto legal.

---

<sup>10</sup> Capítulo V del Título III del Código Penal de 1822, “De las estafas y engaños”.

<sup>11</sup> Capítulo IV del Título XIV del Código Penal de 1848, “Defraudaciones”.

#### 2.4. CP de 1870.

El código penal de 1870 es aprobado durante la Regencia del General Serrano, una época más democrática que las anteriores pues en la Constitución de 1869 se recogen una serie de derechos inéditos en el país. Lo llamativo de este Código Penal es que, aun siendo veinte años posterior al anterior, y encontrándose en una situación política diferente a la anterior es notablemente similar al de 1850, y, por ende, al de 1848. Una de las pocas diferencias notables es la “refundición” de varios artículos en uno solo <sup>12</sup>. Con respecto a las penas, hay una clara predominancia de las privativas de libertad sobre las pecuniarias, reflejando una mayor dureza frente a sus antecesores.

#### 2.5. CP de 1928.

En los últimos años de la Dictadura de Primo de Rivera se aprueba el Código Penal de 1928. La regulación contenida en este CP es similar a los anteriores, una diferencia que se podría destacar es la recogida en el art. 725.6º que expone que cometen estafa “*Los que directamente o por intermediario ofrecieren desde territorio español a otra persona, residente en España o en el extranjero, aunque sea con apariencia de negocio lícito, participación en fingidos tesoros o depósitos a cambio de cantidades o efectos: considerándose siempre este delito como consumado por la cuantía del importe total de lo pedido, sea para recibido en una o varias veces*”, y serán castigados con las penas del art. 724.

También se recogen otros delitos como el de expedir un cheque o letra de cambio, sin fondos que se podría asemejar a la actual insolvencia punible o falsedad documental. Además, se encuentra la circunstancia agravante de comisión del delito por organización criminal.<sup>13</sup> Las penas previstas en su totalidad son privativas de libertad, un claro ejemplo es la impuesta para una estafa grave (de 250.000 pesetas) de doce a veinte años de prisión o incluso un supuesto aún más grave, cuando lo defraudado exceda en 1.000.000 de pesetas que se impondrá la pena en su grado máximo. <sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Capítulo IV del Título XIII del Código Penal de 1870, “De las defraudaciones”.

<sup>13</sup> Capítulo IV del Título XIV del Código Penal de 1928, “Delitos de defraudación”.

<sup>14</sup> Artículo 724.4º del Código Penal de 1928.

### **2.6. CP de 1932.**

Este Código Penal se enmarca en la II República de España, concretamente durante el Bienio Reformista. El Código Penal continúa en la misma línea que el resto de sus antecesores, con la salvedad de que suprime lo recogido en el art. 725.6º del CP de 1870.

### **2.7. CP de 1944.**

Durante la primera etapa del Franquismo se aprueba el Código Penal de 1944, este sigue el camino de sus versiones anteriores con respecto a las estafas y engaños, sin embargo, aparece la apropiación indebida de manera diferenciada en una sección propia por primera vez.<sup>15</sup>

### **2.8. CP de 1973.**

En 1973 el franquismo da sus últimos coletazos. El Caudillo deja en manos del almirante Luis Carrero Blanco la Presidencia del Gobierno para quedarse sólo con la Jefatura del Estado.

Es en este año cuando se produce una nueva reforma del Código Penal, derogando así su predecesor de 1944. Lo llamativo de este Código penal es que aparece por primera vez lo que hoy conoceríamos como el delito de receptación y blanqueo de capitales<sup>16</sup>, el delito de usura<sup>17</sup> o el delito de alteración de precios<sup>18</sup>. Con respecto al resto de delitos mencionados anteriormente su regulación es la misma.

### **2.9. CP de 1995.**

El primer de los Códigos Penales de la democracia es el del año 1995. Este Código supone una revolución en comparación con los anteriores pues, en primer lugar, regula el delito de estafa de manera clara y detallada; así como la apropiación indebida y la receptación y blanqueo.

---

<sup>15</sup>Capítulo IV del Título XIII del Código Penal de 1944, “De las defraudaciones”.

<sup>16</sup>Capítulo VII del Título XIII del Código Penal de 1973, “Del encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación”.

<sup>17</sup>Capítulo VI del Título XIII del Código Penal de 1973, “De la usura y las casas de préstamos sobre cosas”.

<sup>18</sup>Capítulo V, CP 1973 “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”

El tipo básico de la estafa está castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años, mientras que el tipo agravado está penado con pena privativa de libertad de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Por otro lado, es destacable que aparece regulado por primera vez en la historia de la codificación penal española el delito de administración desleal de manera específica, así, expone el art. 295 que:

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

#### **2.10. CP de 1995 reformado por Ley Orgánica 5/2010.**

La reforma del Código Penal del año 2010 se produce debido a los grandes cambios en la sociedad desde el punto de vista de las tecnologías de la información, de esta reforma, el único cambio a destacar es la adición de dos apartados al art. 248.2, quedando este de la siguiente manera: “2. También se consideran reos de estafa: b) *Los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.* Este apartado regula la denominada estafa informática. c) *Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.»*

También se reforma el artículo 250 pero de manera poco sustancial como para hacer mención especial.<sup>19</sup> Otra peculiaridad de esta reforma es la creación del delito de Corrupción en los Negocios del art. 286 Bis.

---

<sup>19</sup> CP de 1995 reformado por Ley Orgánica 5/2010.

### **2.11. CP de 1995 reformado por Ley Orgánica 1/2015.**

El último de nuestros Códigos Penales y el vigente actualmente. En el aspecto que nos atañe supone una de las reformas más importantes de la historia. Todo ello debido lógicamente a los cambios sociales que se han ido produciendo a lo largo de los años.

La regulación actual viene contenida en el Título XIII “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. Puesto que el elenco de delitos tipificados en este título es tan elevado como para hacer un análisis detallado y preciso; lo realizaré de determinados delitos.

En primer lugar, el delito de Estafa, regulado en la Sección 1º del Capítulo VI del Título XIII. Una de las primeras diferencias con respecto al anterior CP es la disminución de la pena en abstracto del tipo básico, de esta forma en la redacción original la pena recogida era de tres meses a cuatro años de prisión, mientras que en la actual la pena señalada es de seis meses a tres años, resultando el límite superior de la pena inferior a la anterior redacción. Sin embargo, los tipos agravados penológicamente permanecen iguales a la anterior redacción. Sintéticamente se puede deducir que la disminución en un año en el límite máximo de la pena en abstracto del tipo básico y la permanencia de la misma pena del tipo agravado ha sido una estrategia del legislador para diferenciar de manera clara y concisa los tipos básicos y agravados de este delito.

En segundo lugar, respecto al delito de administración desleal desaparece su regulación recogida en el art. 295 de la antigua redacción del Código Penal y se engloban todas las conductas de administración de un patrimonio ajeno, sea de la clase que sea en el actual art. 252 del Código Penal que recoge que “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Esta reforma del delito de administración desleal desde el año 1995 hasta el 2015 ha sido necesaria y acertada ya que durante ese período se han cometido estos delitos y su aplicación por los tribunales ha sido difícil pues en muchas ocasiones se ha castigado una conducta como apropiación indebida cuando fácticamente suponía una administración desleal como sucedió en el caso <<Banesto>>.

En tercer lugar, los delitos societarios permanecen iguales a la anterior redacción con la salvedad de la supresión del art. 295.

Otro de los delitos socioeconómicos por antonomasia es del de receptación y blanqueo de capitales, regulado en el Capítulo XIV del actual Código Penal. Una de las diferencias con respecto al anterior Código Penal es la adición de nuevos supuestos con una pena específica, -superior al tipo básico- para determinados casos como por ejemplo cuando la conducta típica sea realizada sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

En definitiva, a lo largo de los años en nuestro país se han producido hechos notorios y cambios sociales que han determinado la necesidad de reformar el CP.

### 3. DERECHO COMPARADO

Tras realizar un análisis, positivo y descriptivo del Código Penal a lo largo de la historia de España se hace necesario un estudio específico de cómo se legisla este tipo de delitos en el derecho comparado para así realizar una comparativa entre este y nuestro derecho.

#### 3.1. ALEMANIA.

En el derecho alemán no existe un concepto generalmente aceptado ni una codificación totalmente cerrada de los delitos económicos. La doctrina mayoritaria entiende por derecho penal económico el conjunto de delitos y contravenciones cometidos en la actividad económica, con abuso de la confianza en la vida económica y que, afectan intereses colectivos. Este conjunto de delitos económicos se encuentra en el Código Penal (*StGB*), en la Ley de Contravenciones de 1968 (*OWiG*) y en numerosas leyes del derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*).<sup>20</sup>

Entre los tipos cardinales del derecho penal económico se encuentra especialmente, junto con la estafa y sus tipos especiales<sup>21</sup>, el tipo general de administración desleal<sup>22</sup>, que constituye la norma principal contra el ataque doloso al patrimonio ajeno “desde el interior”.

Sin embargo, tanto su interpretación como su aplicación se enfrentan con la dificultad de una descripción poco precisa de la conducta y de una interpretación del perjuicio patrimonial paralela a la de la estafa, con lo cual se introducen en el tipo inseguridades en la determinación del perjuicio, especialmente respecto de la puesta en peligro del patrimonio, así como una imprecisión en los tipos.

La administración desleal, que a diferencia de la estafa no requiere ánimo de lucro, debe aplicarse restrictivamente como un delito puro de perjuicio, algo que la jurisprudencia no siempre respeta.

---

<sup>20</sup> LOUIS, JÜRGEN/ WASS, MARTIN PAUL. Nº9 de la Revista de Derecho Penal del Portal Iberoamericano de las ciencias penales, *Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socio-económicos*. pp. 165 a 169.

<sup>21</sup> §§ 263 - 265 b *StGB*

<sup>22</sup> § 266 *StGB*

En la práctica el tipo de administración desleal posee una gran jerarquía: protege a las sociedades de capital contra negocios riesgosos acometidos con infracción de deberes, contra omisiones o falsedades graves en la contabilidad, así como contra un "vaciamiento", mediante la obligación de mantener el capital mínimo de responsabilidad.

### 3.1.1. Regulación.

La regulación para este tipo de delitos se encuentra recogida en los artículos 263 a 266 del Código Penal Alemán (*StGB*).

En primer lugar, el art. 263 regula la estafa (*Betrug*), el tipo básico castiga al reo de este delito con pena de prisión hasta cinco años o una multa, así mismo recoge que la tentativa será punible también. Algo que queda rotundamente claro es la vaga regulación que contiene el Código Penal Alemán, haciéndose necesario acudir a leyes complementarias.

A continuación, en el apartado 3º se recoge el tipo agravado, que castiga con pena de prisión de seis meses a diez años cuando el delincuente, por ejemplo, actúe en una organización criminal o sea funcionario público, entre otros. La estafa informática se castiga de la misma forma.

Los artículos precedentes contienen una regulación de varios tipos específicos de estafa, como la estafa para conseguir una subvención o la estafa en inversiones de capital castigados con pena de prisión no superior a tres años.<sup>23</sup>

El artículo 266 del Código Penal Alemán contiene el delito de administración desleal (*Untreue*) y expone que quien abuse del poder otorgado por ley, por comisión de una autoridad pública o transacción legal para disponer de los bienes de otro o para hacer acuerdos vinculantes para otro, o viole su deber de salvaguardar los intereses de propiedad de otro titular sobre él por razón de estatuto, comisión de una autoridad pública, transacción legal o relación fiduciaria, y por lo tanto cause daños a la persona, cuyos intereses de propiedad fue responsable, será castigado con una pena de prisión no superior a cinco años o una multa.

---

<sup>23</sup> § 264a y § 265 *StGB*

### 3.1.2. Similitudes y diferencias con el derecho español.

En primer lugar, la primera diferencia entre el derecho alemán y el español es la falta de precisión en la técnica legislativa del primero debido a la elaboración de leyes penales en blanco y la necesidad de acudir a derecho accesorio.

Con respecto al tipo básico de la estafa la pena en Alemania es superior que en España castigándose en el primer país con pena de prisión de hasta cinco años mientras que en nuestro país el límite superior es de tres años; asimismo, el límite superior del tipo agravado (que contiene menos supuestos que el CP español) en Alemania es de diez años, mientras que en España es de seis años. Queda cristalínamente claro que para este delito la pena impuesta en Alemania es más dura.

Con respecto a la conducta típica, cabe decir que son prácticamente iguales, en ambos preceptos se recoge la necesidad de provocar un error mediante engaño con la intención de obtener un beneficio económico.

En lo que respecta al delito de administración desleal, en Alemania está castigado con pena privativa de libertad no superior a cinco años y una multa mientras que, en España, a tenor del art. 252 del CP está castigado “con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250”, o lo que es lo mismo, el legislador español establece una horquilla de entre seis meses y seis años de pena de prisión en la que se puede mover en función de la gravedad del delito. En este caso el límite superior en abstracto es superior en España.

En definitiva, la diferencia más llamativa entre ambos países es la técnica legislativa con respecto a la remisión a leyes especiales, algo que desde mi punto de vista atenta contra la seguridad jurídica por el hecho de que dado el caso haya que acudir a dichas leyes.

### 3.2. ITALIA.

Como pasa en otros países europeos en Italia no existe una legislación específica correspondiente a los delitos económicos, sin embargo, dentro de la parte especial del código penal, se puede encontrar una regulación aproximada, de la materia penal económica.

Por lo tanto, el Derecho penal de la economía, se trata de un concepto de pura creación doctrinal y relativamente reciente, que se ha hecho común sólo a partir de la década de los setenta.

Tiene más tradición, especialmente en la ordenación didáctica universitaria y en los manuales, la expresión “*diritto penale commercialé*” (Derecho penal mercantil), en la que originariamente se incluían solamente los delitos concursales y societarios.

Hoy en día, sin embargo, el ámbito del Derecho penal de la economía es mayor: con este término generalmente se hace referencia a todos los sectores de incriminación relativos a las actividades económicas y de los comportamientos económicos, que tiene como punto de referencia esencial las figuras del empresario y de la empresa en las diversas formas en que ésta se puede ejercitar.<sup>24</sup>

### 3.2.1. Regulación.

Los delitos ya referidos se encuentran en el “*TITOLO XIII - Dei delitti contro il patrimonio*” (Delitos contra el patrimonio) del “*Codice Penale*”. Concretamente en el Capítulo 2º “*Dei delitti contro il patrimonio mediante frode*”; así en primer lugar en el artículo 640 que castiga el tipo básico del delito de estafa (*truffa*) con penas de prisión de tres meses a tres años y multa de 51€ a 1.032€.

El apartado segundo del mismo artículo recoge el tipo agravado y castiga con prisión de uno a cinco años y multa de 309€ a 1.549€, entre otros supuestos al que cometa estafa en detrimento del Estado u otro organismo público o haya concurrido alguna de las agravantes del artículo 61. 5º (haberse aprovechado de circunstancias de tiempo, de lugar o de persona, así como por la edad, con el fin de obstaculizar la defensa pública o privada).

Por último, en el apartado segundo del art. 640 se recoge un requisito de procedibilidad que es la querrela del perjudicado salvo que concurren las circunstancias agravantes del párrafo anterior.

---

<sup>24</sup> FOFFANI, LUIGI N°9 de la Revista de Derecho Penal del Portal Iberoamericano de las ciencias penales, *Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socio-económicos*, pps. 188 a 190.

En segundo lugar, el artículo 646 del “*Codice Penale*” se regula la apropiación indebida (*appropriazione indebita*) y castiga a toda persona que, se apropie del dinero o los bienes muebles de otras personas que esté poseyendo bajo cualquier título con prisión de hasta tres años y con una multa de hasta 1.032€. Recoge el mismo artículo la querrela del perjudicado como requisito de procedibilidad.

Continúa el segundo apartado exponiendo que la pena aumentará si lo apropiado era un depósito necesario.

El tercer y último apartado recoge que se actuará de oficio si concurre la circunstancia agravante del artículo 61. 11º (haber cometido el delito con abuso de autoridad o relaciones domésticas, o con abuso de relaciones de trabajo, desempeño del trabajo, convivencia u hospitalidad).

En último lugar, con respecto a la administración desleal, es necesario acudir al código civil italiano pues el código penal no hace mención alguna a esto. Así, el artículo 2634 del *Codice Civile* castiga a los administradores, directores generales o liquidadores que obtengan una ganancia injusta, realicen o contribuyan a la comisión de actos deliberados de disposición de bienes sociales, causando intencionalmente a la empresa un daño pecuniario, con prisión de seis meses a tres años.

### **3.2.2. Similitudes y diferencias con el derecho español.**

En primer lugar, es necesario destacar la gran similitud existente entre la regulación italiana y la española. Con respecto al tipo básico de la estafa no hay mucho que destacar, pues tanto la conducta típica como la pena son prácticamente iguales; con respecto al tipo agravado, el catálogo de circunstancias que agravan la pena, en el CP español es más amplio y protege más bienes que su homólogo italiano, así como el límite máximo de la pena que en España es de un año más de prisión. (cinco años en Italia frente a seis en España).

Con respecto al delito de apropiación indebida sucede lo mismo que con la estafa, tanto la conducta típica como la pena son similares en ambos países, exceptuando la diferencia de los tipos agravados, pues en Italia es más grave la conducta si lo apropiado estaba en depósito mientras que en España este hecho forma parte del tipo básico.

Otro aspecto que me llama personalmente la atención de la regulación italiana es el requisito de procedibilidad de la querrela del ofendido y la actuación de oficio en determinados casos, algo que no está presente en España con relación a estos delitos. Esto podría justificarse en los principios de celeridad y economía procesal, que harían que los procesos por estos delitos no se dilataran innecesariamente en el tiempo.

Por último, de la administración desleal, la mayor, y más sorprendente, diferencia a mi juicio entre ambos países es dónde está regulada, pues tanto la conducta como la pena son similares tanto en España como en Italia.

Este hecho me ha llamado bastante la atención y hace que me cuestione por qué un país tan parecido al nuestro, tanto social como legislativamente regula esta conducta en una norma de carácter civil y no lo añade a una norma penal, reuniendo todo el conjunto de delitos en una misma norma.

### 3.3. ESTADOS UNIDOS.

En Estados Unidos la realidad criminológica de la delincuencia económica ha estado presente a lo largo de toda su historia, sin embargo, su mayor desarrollo, desde el punto de vista científico y teórico, surge a partir de la segunda mitad del S. XX.

Concretamente con la expresión *White collar crime*, que fue acuñada por el sociólogo EDWIN H. SUTHERLAND, al que se le atribuyen los primeros antecedentes teóricos de esta temática.<sup>25</sup> Esta expresión fue empleada por este autor por primera vez en una conferencia en la *American Sociological Society*. Así, SUTHERLAND define el *White collar crime* como “un delito cometido por una persona respetable y de posición social alta en el ejercicio de su profesión”<sup>26</sup>. En resumen, de la definición de este autor se pueden extraer dos notas básicas que debe poseer el autor para que su conducta pueda ser considerada *white collar crime*. En primer lugar, debe ser una persona con un estatus socioeconómico alto y aparentemente respetable y en segundo lugar, que se realice en el ejercicio de su profesión.

---

<sup>25</sup> BENSON, M.L/SIMPSON, S.S., *White-Collar Crime, An Oppurtunity Perspective*, Roudledge, NY, 2009, p.4.

<sup>26</sup> SUTHERLAND, E.H., *White Collar Crime*, NY, 1949, p.9.

Esta corriente es la que se basa en las características relativas al autor del delito (*offender-based*) que es apoyada por autores como REISS o BIDERMAN<sup>27</sup>.

Sin embargo, también existe otra vertiente que basa la definición de esta tipología criminal en las características relativas al delito (*offense-based*). Así, en 1970, HERBERT EDELHERTZ planteó una definición del *White collar crime* como un hecho ilegal cometido por medios no violentos y mediante ocultación o engaño, a fin de obtener dinero o propiedades, o de evitar pagos o perder dinero o propiedades o al fin de conseguir negocios o ventajas personales<sup>28</sup>.

En esa misma línea en 1980 definía el FBI la delincuencia de cuello (o guante) blanco como “hechos ilegales, caracterizados por el engaño, la ocultación o la violación de confianza y que no dependen de la aplicación de la amenaza o fuerza física o violencia. Las personas físicas o las organizaciones cometen estos hechos para obtener dinero o servicios; o bien para asegurarse ventajas personales o comerciales”<sup>29</sup>

En definitiva, tras esta pequeña aproximación a la concepción en EE. UU. de la delincuencia económica se puede extraer que, en primer lugar, cronológicamente este país está algo más avanzado con respecto a España en este tema, y que, en cierta medida, estas concepciones guardan similitud con las que desarrollan los autores españoles.

### 3.3.1. Regulación.

En EE. UU. se puede distinguir una legislación Federal (delitos contra el timbre o la moneda), para delitos federales y una Estatal, para los delitos estatales, la regulación de los delitos estatales en EE. UU. viene recogida en el *Model Penal Code*<sup>30</sup> del año 1962, que establece las bases y principios de la legislación penal en el país norteamericano.

---

<sup>27</sup> REISS, A./BIDERMAN, A. *Data Sources on White Collar, Lawbreaking*, Washington DC: National Institute of Justice, 1980, p.4.

<sup>28</sup> EDELHERTZ, H., *The nature, impact, and prosecution of White collar crime*, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970, pp.3-4.

<sup>29</sup> US Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, *White-Collar Crime: A Report to the Public*, Washington DC, 1989.

<sup>30</sup> Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962

Así, podemos encontrar en esta norma las definiciones y principios de cada delito. En primer lugar, en el artículo 223 (*THEFT AND RELATED OFFENSES*), se encuentra la regulación de aquellos delitos económicos básicos como el robo entre otros.

En la sección 223.0 de esta norma nos encontramos con una serie de definiciones básicas, como las de *property* (propiedad) ó *property of another* (propiedad ajena), entre otras.

Sin embargo, los *White Collar Crimes* no vienen recogidos en esta norma, sino que han sido desarrollados y definidos por agencias externas, como el FBI, o las diferentes instituciones estadounidenses encargadas del estudio de este tema.

A esto cabe añadir, que estas instituciones han elaborado una lista con los delitos más famosos o más cometidos de los denominados *White Collar Crime* que implican ser crímenes cometidos por engaño y motivados por ganancias financieras. Así encontramos, los siguientes: *Fraud/Theft by Deception* (estafa), *Misrepresentation* (falsedad), *Embezzlement* (malversación), *Tax Evasion* (evasión fiscal), *Money Laundering* (blanqueo de capitales), *Bribery* (soborno) entre otros muchos.

Por otro lado, cabe destacar que en Estados Unidos no existe una figura como la administración desleal, pues es englobada los delitos de robo, estafa, y los anteriormente mencionados, y es absorbida por los preceptos del art. 223 del *Model Penal Code*. Esto es así por ejemplo en el art. 223.2 *Theft by Unlawful Taking or Disposition* que expone que una persona es culpable de robo, si toma o ejerce un control de manera ilegal la propiedad ajena con el propósito de privársela. Esto podría subsumirse en el tipo de administración desleal del CP español.

A continuación, el art. 223.3 *Theft by Deception* (robo mediante engaño) define lo que nosotros denominaríamos la estafa y las múltiples variables de comisión que existen. Así el citado artículo expone que una persona es culpable de estafa si deliberadamente obtiene la propiedad de otro mediante engaño.

A tenor del precepto el autor incurriría en este delito si:

- a) crea o refuerza una falsa opinión, incluido el engaño relativo a alguna disposición legal, intención u otro estado mental sobre la víctima.
- b) impide la adquisición de información que pueda afectar al juicio de la víctima en una transacción determinada.

- c) evita corregir una falsa impresión que antes ha creado o reforzado, o que sabe que puede influir en otro con quien tiene en una relación fiduciaria o confidencial.
- d) no revela un gravamen conocido, reclamo adverso u otro impedimento legal para el disfrute de la propiedad que transfiere o grava en consideración por la propiedad obtenida.

## 4. ESTUDIO ESPECIFICO DE LA ADMINISTRACION DESLEAL.

### 4.1. Introducción.

En primer lugar, hay que destacar que según el artículo 209 LSC “Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.”

A continuación, hay que señalar, en palabras de JUAN LUIS IGLESIAS PRADA<sup>31</sup>, que “los administradores están sujetos a un conjunto de deberes, que configuran las pautas o criterios con que deben desempeñar su cargo, y que determinan en caso de incumplimiento, su eventual responsabilidad.

Concretamente son dos los deberes que tienen que cumplir los administradores: el deber de diligencia y el deber de lealtad o fidelidad. El primero se concreta en el estándar del <<ordenado empresario>> (art. 225.1 LSC) y alude al nivel de competencia, dedicación, información y conocimientos que requiere la gestión de cualquier empresa... El deber de lealtad, y concretamente su incumplimiento, sobre el que me centrare en el trabajo se refleja en el estándar del <<fiel representante>> (art. 227.1 LSC) y exige que los administradores actúen de buena fe sin interés personal y de manera informada.”

Por otro lado, el artículo 252 CP expone que “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.”

A su vez el segundo apartado de este artículo recoge lo siguiente: “Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

---

<sup>31</sup> FELIU REY, JORGE. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Editorial Universidad Carlos III, año 2015

#### **4.2. Infracción del deber de administración leal desde el punto de vista penal.**

En este ámbito sólo deben entenderse infracciones del deber de lealtad, aquellas vulneraciones de las Leyes realizadas en perjuicio de la sociedad o, por ser más preciso, no realizadas en beneficio o provecho de la empresa.

El empleo de recursos sociales para la comisión de delitos a favor de los intereses de la empresa no resulta sancionable por la vía del delito de administración desleal de, lo que no quita para que el delito que se cometa mediante el empleo de aquellos bienes sí sea naturalmente sancionable.

Así sucedería, por ejemplo, cuando se «desviara» dinero de la sociedad para pagar la dádiva de un cohecho y conseguir un contrato público para la empresa. O, incluso, por los delitos cometidos para ocultar la utilización de los fondos sociales para fines ilícitos provechosos para la empresa, por ejemplo, mediante la realización de determinadas falsedades documentales para dar apariencia de legalidad u ofrecer cobertura a las disposiciones de fondos efectuadas por los administradores.

#### **4.3. Evolución jurisprudencial.**

Según CARLOS GÓMEZ<sup>32</sup>, la evolución jurisprudencial que resuelve la problemática de la administración desleal se puede dividir en varias etapas: Una primera etapa que se centra fundamentalmente en el tipo de infidelidad del delito de administración desleal del art. 252 CP. A este respecto el autor menciona la STS de 26 de febrero de 1998 que recoge que “Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

---

<sup>32</sup> GÓMEZ, CARLOS. *La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal español*.

En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su estatus”.

Así, señala la sentencia que la conducta llevada a cabo por el administrador “es uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina tipo de infidelidad. La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo. El acusado, como Presidente del Consejo de Administración de Banesto, en quien habían sido delegadas las más amplias funciones de administración, tenía el deber de ser el más celoso gestor de los intereses del Banco, pese a lo cual incumplió, de la forma más clamorosa, dicho deber realizando un acto de disposición mediante una orden de transferencia, no justificada por contraprestación alguna en beneficio de «Banesto», en favor de una entidad que, por sus peculiares características, permite asegurar fue meramente vehículo para orientar el dinero en dirección desconocida. Nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado «tipo de infidelidad», subsumible en el art. 252 del CP vigente como delito de apropiación indebida”.

La segunda etapa se centra en el tipo de abuso en el tipo de administración desleal recogido en el artículo 252 del Código penal. De lo anterior se extrae que el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo la existencia en el Derecho penal español de un tipo de administración desleal en su variante del «tipo de infidelidad» en el artículo 252 CP. Sin embargo, en tiempos recientes puede apreciarse una, al menos parcial, «rectificación» del rumbo emprendido, en dos importantes sentencias dictadas a lo largo del año 2006. Se trata de los casos BSCH y BBVA, en los cuales el resultado final alcanzado fue el mismo: sentencias absolutorias sin que concurriera ni el tipo de administración desleal del artículo 252 ni el del artículo 295.

Comenzando por la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del BSCH, de 17 de julio de 2006 (Ponente: Sánchez Melgar), en lo que a la esencia del delito de administración desleal interesa, “el delito del artículo 252 contiene dos modalidades delictivas: la apropiación en sentido estricto, que supone la incorporación de la cosa al patrimonio del autor; y la distracción, que se produce cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva.” Por tanto, de lo que acaba de exponerse puede deducirse que el Tribunal Supremo considera que el fundamento de distinción entre las modalidades de administración desleal contenidas en los artículos 252 CP y 295 CP radica en el segundo elemento del tipo objetivo: la infracción de deber de fidelidad / lealtad.

El Tribunal Supremo, perfectamente consciente de los peligros inherentes al delito de administración desleal, decide resolver la disyuntiva planteada acogiendo la modalidad más restrictiva –esto es: la referida al abuso del poder de disposición o, como se le conoce comúnmente en la doctrina alemana, «tipo de abuso»–.

Para finalizar, la evolución jurisprudencial ha llevado la noción primitiva de que el tipo penal de la infidelidad se subsumía dentro de la administración desleal como una “subespecie” de este delito, hasta la noción de que la administración desleal no se debe ver como una infidelidad hacia la empresa sino como un abuso de la posición que se tiene dentro de la misma.

#### **4.4. Ámbito de aplicación de la norma y sujetos pasivos.**

El nuevo delito protege el patrimonio ajeno de conductas desleales realizadas por los administradores de patrimonios. Por tanto, el ámbito de aplicación del nuevo delito resulta más amplio que el recogido en el anterior art. 295 CP, limitando las entidades recogidas en el art. 297 (cajas de ahorro, entidades financieras o de crédito, etc.), así como las sociedades en formación e irregulares, al poseer los administradores designados facultades de administración en virtud del contrato jurídico fundacional.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Lecciones de derecho penal parte especial..* Editorial Atelier 4ª edición, año 2015.

En cuanto a la determinación del perjudicado en los casos de sociedades o entidades con personalidad jurídica propia, la titularidad del patrimonio administrado corresponderá exclusivamente a ésta y no a sus socios o accionistas.<sup>34</sup>

#### 4.5. Sujeto activo.

Los sujetos activos se delimitan por el ejercicio material de facultades de administración sobre un patrimonio ajeno. A este respecto, no tiene por qué haber problemas en considerar incluidos en el ámbito subjetivo del precepto a los apoderados de sociedades o exadministradores que continúan ejerciendo el cargo después de cesar en el mismo hasta la cancelación registral de su nombramiento. Lo relevante a efectos típicos es la posesión de facultades de administración por algún de las fuentes señaladas en el art. 252 CP.

#### 4.6. Conducta típica

La acción típica del nuevo delito se configura de una forma mucho más amplia que en la anterior redacción, al no identificarse modalidades específicas de comisión, lo que obligará a delimitar el nuevo tipo penal por vía de la interpretación jurisprudencial.

De cara a la concreción de la nueva conducta, la enorme amplitud con que el legislador ha configurado el delito abarca tanto conductas apropiatorias del administrador, como conductas desleales no apropiatorias (usos ilícitos o desproporcionados de los bienes de la sociedad) realizadas conscientemente con el fin de perjudicar patrimonialmente a la empresa.<sup>35</sup>

Uno de los interrogantes fundamentales del nuevo delito es determinar qué debemos entender por «exceso en el ejercicio de las facultades de administración». El exceso funcional constituye el específico desvalor de la acción punible. Se trata del elemento que define la acción ilícita. En el derogado art.295 CP no se utilizaba esa expresión sino la locución “abuso de funciones, disponiendo de los bienes o contrayendo obligaciones fraudulentamente”.

---

<sup>34</sup> SSTS 20 de abril de 1991; 298/2003, de 14 de marzo; 863/2002 de 16 de mayo

<sup>35</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARÍA. *Lecciones de derecho penal parte especial*. Editorial Atelier 4ª edición, año 2015.

Puede observarse que el actual precepto es menos preciso que el anterior y la primera duda que se nos presenta es concretar si el exceso se refiere al indebido ejercicio de las facultades conferidas al administrador o si debe entenderse como la extralimitación de tales facultades, esto es, las acciones realizadas más allá o al margen de las facultades conferidas. Piénsese en un administrador que concede un préstamo a un socio cuando para tal acto se precisa la autorización de la Junta General o el caso del empleo de fondos del patrimonio en operaciones no autorizadas.

La falta de precisión del texto obliga a indagar de nuevo en la justificación del delito. Para unos “la administración desleal supone actuar dentro de las funciones del administrador, dentro de los límites, pero indebidamente ejercidas, lo que equivaldría a un ejercicio abusivo”<sup>36</sup> -y esa es la posición actual de la jurisprudencia-. Para otro sector, actuar con abuso de las funciones propias del cargo o excederse en el ejercicio de esas funciones significa hacerlo sin respetar los límites de las atribuciones concedidas a los administradores por la ley o los estatutos sociales, y por tanto, sobrepasando los límites normativos establecidos.<sup>37</sup>

La expresión que utiliza el Código («excederse») parece referirse al exceso extensivo, a las conductas que vayan más allá de las facultades que el administrador tiene por lo que, de admitirse esta interpretación, quedarían fuera del tipo todos los excesos intensivos que no conlleven apropiación ya que en el nuevo delito de apropiación indebida se ha eliminado toda conducta de distracción.

La posición contraria podría apoyarse en los actuales criterios jurisprudenciales. La STS 91/2013 -EDJ 2013/11098-, entre otras muchas, indica que “el administrador desleal (del art.295) actúa en todo momento como tal administrador, y lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico”. Si la administración desleal sólo comprende los excesos intensivos también se reduciría el ámbito de aplicación del nuevo tipo al dejar fuera los excesos extensivos del administrador.

---

<sup>36</sup> STS de 17 de julio de 2005

<sup>37</sup> SAN 13 de abril de 2005

#### 4.7. Tipo subjetivo

De conformidad con la naturaleza defraudatoria del delito, el mismo sólo es apreciable en su forma dolosa, es decir es imposible que se pueda cometer de forma imprudente, pues tan sólo el ánimo de dañar o perjudicar el patrimonio social refleja la incompatibilidad con una posible desviación del deber objetivo de cuidado o de un desempeño diligente de la actividad. Por otro lado, cabe destacar también la existencia de la posibilidad de la concurrencia de dolo eventual respecto del resultado perjudicial.<sup>38</sup>

#### 4.8. Consumación del delito

La consumación del delito requiere de la causación de un perjuicio económico a la sociedad que se administra, ya sea desviando caudales al propio fondo del administrador, como haciendo que la empresa tenga unas notables pérdidas (lucro cesante).

#### 4.9. Penalidad y persecución procesal

Al configurarse el nuevo delito como una defraudación patrimonial de resultado lesivo, su penalidad se establece en los mismos términos que la estafa y la apropiación indebida, por remisión a los artículos 249 (prisión de 6 meses a 3 años) 250.1 CP (prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses en unos supuestos tasados) y 250.2 CP (prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses). El nuevo delito, a diferencia del antiguo recogido en el art. 295, no está sometido a condición de perseguibilidad similar a la establecida en el artículo 296 (sólo son perseguibles mediante demanda de la parte agraviada) para los delitos societarios, de modo que será perseguible de oficio.

#### 4.10. Conclusión.

Para concluir se pueden exponer varias premisas acerca de las infracciones de los deberes de los administradores.

---

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Lecciones de derecho penal parte especial..* Editorial Atelier 4ª edición, año 2015.

En primer lugar, aunque ya esté regulado y penado, debería haberlo estado desde hace ya tiempo, ya que de esta forma se podrían haber evitado, los delitos cometidos por administradores a través de la función ejemplar del Derecho Penal.

Por otro lado, también hubiese sido muy importante para poder prevenir esta mala praxis de los administradores, el haber exigido una mayor diligencia a las propias empresas. Sin embargo, aunque se pueda legislar acerca de esto, la comisión de delitos con estos tintes, están relacionadas intrínsecamente con la condición de cada persona, ya que, las personas que actúen con buena fe y con honradez no los cometerían o sería muy difícil que cometiesen estos delitos.

Así que en definitiva se podría llegar a la reflexión utópica de que, si las personas que ostentasen esos altos cargos fuesen íntegras y honradas, tal vez nuestra sociedad actual estaría de otra manera.

## 5. CONCLUSIONES.

Para finalizar con la exposición de este trabajo, es interesante mostrar, según el orden de exposición, una serie de conclusiones que se pueden extraer a lo largo de la elaboración de este, así como de la tarea de investigación realizada. Estas conclusiones son:

PRIMERA. Los casos judiciales mencionados al inicio son reflejo de la naturaleza en ocasiones corrupta del ser humano. En este sentido, es necesario cuestionarse por qué el hombre es capaz de cometer actos contrarios a lo social y moralmente establecido, actos como matar, robar, violar, etc.; qué es lo que lleva a un hombre a cometer tales actos, ¿su propia naturaleza, su entorno social, su propio proceso de toma de decisiones? Estas cuestiones pueden ser resueltas, aunque no de manera profunda o satisfactoria por la psicología, psicología social, la sociología y otras muchas ciencias sociales que estudian comportamientos humanos. En definitiva, la existencia del Derecho Penal justifica de modo alguno esa forma socialmente incorrecta de actuar de un sujeto frente al resto, pues este trata de castigar y reformar al autor y proteger a la sociedad.

SEGUNDA. Tras el análisis realizado al Código Penal español, se puede extraer que nuestra sociedad ha ido sufriendo un y constante avance y una gran evolución desde un punto de vista económico y social que ha cambiado la forma de percibir la realidad generación tras generación; y como reflejo de ello se encuentra la legislación penal, que se ha ido adaptando a las nuevas formas de cometer delitos. Así, es posible señalar por ejemplo la aparición de nuevos delitos como la estafa informática -debido al avance producido en las tecnologías de la información- o como es el caso el delito de administración desleal que es relativamente reciente.

TERCERA. Echando un vistazo a la regulación penal de otros países, es posible destacar que de una manera u otra existen ciertas similitudes y diferencias entre los ordenamientos jurídicos extranjeros y el nuestro. Así, por ejemplo, una de las cosas que más interesantes me ha parecido de Italia, es que regula la administración desleal en su *Codice Civile* aunque recoge y castiga una conducta constitutiva de delito, hecho llamativo cuanto menos.

CUARTA. Otro aspecto que destacar es la diferencia temporal en la regulación de la delincuencia económica en EE. UU y en España, pues en el primer país a partir de la segunda mitad del S.XX ya se tienen ciertos conceptos y nociones acerca de esta tipología criminal e incluso años más tarde se regula, mientras que en España no se obtienen hasta finales del mismo siglo, lo que refleja evidentemente las disparidades coyunturales desde todos los ámbitos entre estos países. Tal vez una explicación a esto puede ser el retraso y aislamiento con respecto al resto de países que se produjo durante la etapa franquista.

QUINTA. La legislación española cada vez se va haciendo más extensa y compleja y sus preceptos cada vez son más amplios y precisos, con la finalidad de dotar de una mayor seguridad jurídica al ciudadano.

## 6. JURISPRUDENCIA.

1. STS 20 de abril de 1991.
2. STS 224/1998.
3. STS 863/2002 de 16 de mayo.
4. STS 867/2002, de 29 de julio de 2002.
5. STS 298/2003, de 14 de marzo.
6. STS de 17 de julio de 2005.
7. STS 719/2015.
8. STS 163/2016.
9. SAN 16/2000, de 31 de marzo de 2000.
10. SAN 13 de abril de 2005.
11. SAP Santa Cruz de Tenerife 72/2016.

## 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. BAJO FERNÁNDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, op. Cit., p. 37.
2. BENSON, M.L/SIMPSON, S.S., *White-Collar Crime, An Oppurtunity Perspective*, Roudledge, NY, 2009, p.4.
3. EDELHERTZ, H., *The nature, impact, and prosecution of White collar crime*, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970, pp.3-4.
4. FELIU REY, JORGE. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Editorial Universidad Carlos III, año 2015
5. FOFFANI, LUIGI N°9 de la Revista de Derecho Penal del Portal Iberoamericano de las ciencias penales, *Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socio-económicos*, pps. 188 a 190.
6. GÓMEZ, CARLOS *La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal español*.
7. LOUIS, JÜRGEN/ WASS, MARTIN PAUL N°9 de la Revista de Derecho Penal del Portal Iberoamericano de las ciencias penales, *Sistemas penales comparados. Tratamiento de los delitos socio-económicos*. pp. 165 a 169
8. REISS, A./BIDERMAN, A. *Data Sources on White Collar, Lawbreaking*, Washington DC: National Institute of Justice, 1980, p.4.
9. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA. *Lecciones de derecho penal parte especial*. Editorial Atelier 4º edición, año 2015.
10. SUTHERLAND, E.H., *White Collar Crime*, NY, 1949, p.9.
11. TIEDEMANN, K. *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pp.18-19.
12. US DEPARTAMENT OF JUSTICE, F.B.I., *White-Collar Crime: A Report to the Public*, Washington DC, 1989.

## 8. APÉNDICE LEGISLATIVO.

1. Las Siete Partidas.
2. Código Penal de 1822: Capítulo V del Título III, “De las estafas y engaños”.
3. Código Penal de 1848: Capítulo IV del Título XIV, “Defraudaciones”.
4. Código Penal de 1850. Título XIV
5. Código Penal de 1870: Capítulo IV del Título XIII, “De las defraudaciones”.
6. Código Penal de 1928: Capítulo IV del Título XIV, “Delitos de defraudación”
7. Código Penal de 1932
8. Código Penal de 1944: Capítulo IV del Título XIII, “De las defraudaciones”.
9. Código Penal de 1973: Capítulo VII del Título XIII del, “Del encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación”; Capítulo VI del Título XIII, “De la usura y las casas de préstamos sobre cosas” y Capítulo V del Título XIII, “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”.
10. Código Penal de 1995.
11. Código Penal de 1995 reformado por Ley Orgánica 5/2010.
12. Código Penal de 1995 reformado por Ley Orgánica 1/2015: Artículo 286 Bis; Artículo 290 del y Artículo 252.
13. StGB §§ 263 - 266 (Código Penal Alemán)
14. *Codice Penale: TITOLO XIII - Dei delitti contro il patrimonio* (Código Penal Italiano)
15. *Codice Civile* (Código Civil Italiano)
16. Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962