

La administración desleal societaria en el derecho penal español

Diego-Manuel Luzón Peña

Universidad de Alcalá de Henares

Raquel Roso Cañadillas

Universidad de Alcalá de Henares

Abstract*

El trabajo analiza, dentro de la regulación del CP de 1995 de los delitos societarios, todos los elementos, objetivos y subjetivos, del tipo delictivo de la administración desleal societaria del art. 295, repasando críticamente las diversas posiciones doctrinales con respecto al bien jurídico, que se mantiene en este trabajo que es doble, del sujeto activo y de las modalidades comisivas, ofreciendo interpretaciones de sus elementos desde nuevos planteamientos, que influyen en la delimitación de los casos comprendidos en el tipo y en las relaciones concursales con la apropiación indebida. Defendemos la posición no mayoritaria de que en algunos casos excepcionales la comisión omisiva es equiparable a la activa tanto en la disposición de bienes como en la asunción de obligaciones perjudiciales. Se examina, lo que no está muy tratado en la doctrina española, la posible concurrencia de causas de justificación o exclusión de la tipicidad, como el consentimiento, el riesgo permitido en los negocios de riesgo o la insignificancia. En cuanto a la relación concursal con el delito de apropiación indebida, se fundamenta y sostiene, a diferencia de la doctrina y jurisprudencia dominantes, que no hay concurso de leyes o de normas, sino concurso de delitos, normalmente ideal.

This paper analyzes, in the regulation of the Spanish Criminal or Penal Code (Código Penal, CP) 1995 of corporate crime, all the elements, objective and subjective, of the corporate offense of unfair administration or management of art. 295, critically reviewing the various doctrinal positions with regard to the legally protected interest, which we maintain in this paper is double, the active subject and the committing modalities, offering interpretations of its elements from new approaches, which affect the delimitation of the cases included in the legal description of the offence and the concurrence relations with the misappropriation or embezzlement. We defend the not majority position that in some exceptional cases the omitting commission is comparable to the active one in both the disposal of goods and the assumption of harmful obligations. We examine, which is not very discussed in the Spanish doctrine, the possible occurrence of justifications or exclusion of legal typicity, such as consent, allowed risk in risk business or insignificance or irrelevance. As for the relationship to the crime of misappropriation or embezzlement we base and maintain, in contrast to the prevailing doctrine and jurisprudence, there is no law or norm concurrence, but concurrence of offences, usually an ideal concurrence.

Innerhalb der Regelung der gesellschaftsstrafrechtlichen Delikte im span. StGB 1995 analysiert die Abhandlung alle objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale der Gesellschaftsuntreue des Art. 295. Über das Rechtsgut werden die verschiedenen Lehrmeinungen kritisch überprüft, und hier wird die Ansicht vertreten, dass es sich um ein doppeltes Rechtsgut. Auch werden Täterqualität und Begehungsformen eingehend behandelt, wobei neue Standpunkte gehalten werden, die über die Begrenzung der unter dem Tatbestand zu fallenden Sachverhalte und über die Problematik de

* Este trabajo, en lo sustancial, fue presentado como ponencia el 18.9.2009 por D.-M. Luzón dentro de la Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Köln, Fachgruppe Strafrechtsvergleichung (Präs. Prof. Weigend) y desarrolla y prosigue el trabajo iniciado en nuestro artículo publicado en España: Luzón Peña/Roso, Administración desleal, en Boix (dir.)/Lloria (coord.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 29-68. El trabajo ha sido elaborado en el marco de nuestro proyecto de investigación 2008-02004/JURI: "Protección penal del sistema económico, empresarial y laboral en el marco de los mercados", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación.

Konkurrenz mit der Unterschlagung Einfluss ausüben. Die Arbeit vertritt die nicht mehrheitliche Meinung, dass in manchen Ausnahmefällen die Unterlassung völlig der aktiven Begehung sowohl bei der Verfügung über Güter als auch bei der Übernahme von Verpflichtungen entspricht. Auch wird das mögliche Vorliegen Rechtfertigungs- oder Tatbestandsausschlussgründe wie der Einwilligung, des erlaubten Risikos in Risikogeschäften oder der Geringfügigkeit behandelt, was nicht oft in der spanischen Lehre geschieht. Was das Konkurrenzverhältnis zum Unterschlagungstatbestand anlangt, so wird in Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung die Ansicht begründet und vertreten, dass es keine Gesetzeskonkurrenz, sondern Tatmehrheit, in der Regel Idealkonkurrenz gibt.

Title: The Unfair Management in Spanish Criminal Law

Titel: Die Gesellschaftsuntreue im spanischen Strafrecht

Keywords: Unfair administration or management, missappropriation or embezzlement

Palabras clave: administración desleal, apropiación indebida

Sitchwörter: Untreue, Gesellschaftsuntreue, Unterschlagung

Sumario

- 1. Regulación en el CP español**
- 2. Bien jurídico**
- 3. Tipo objetivo**
 - 3.1. El sujeto activo o autor**
 - 3.2. Acciones típicas**
 - a. Disposición fraudulenta**
 - b. Contracción de obligaciones económicamente perjudiciales para socios o equiparados**
 - c. Comisión omisiva**
 - 3.3. El sujeto pasivo**
 - 3.4. Abuso de funciones propias del cargo (infracción de deberes de lealtad)**
 - 3.5. Resultado de perjuicio**
- 4. Parte subjetiva del tipo**
- 5. Causas de exclusión de la tipicidad y de justificación**
- 6. Iter criminis**
- 7. Autoría y participación**
- 8. Concurso y delimitación. Regulación en el CP español**
- 9. Penalidad y perseguibilidad**
- 10. Bibliografía**

1. Regulación en el CP español

1. El delito de administración desleal tiene la siguiente redacción en el art. 295 del CP 1995 (Código Penal español de 1995)¹:

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

Se encuentra situado en el Cap. XIII “De los delitos societarios”, dentro de la segunda mitad del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, ubicación que corresponde a los delitos que afectan al bien jurídico supraindividual orden socioeconómico además de o en vez de al patrimonio individual.

La administración desleal se tipificaba en todos los anteproyectos y proyectos anteriores (desde el Proyecto de CP 1980) al CP de 1995. No así en el anterior CP de 1944/1973, en el que los hechos que podían ser susceptibles de una administración desleal del patrimonio societario sólo se castigaban si constituían una apropiación indebida.

2. La creación del tipo de administración desleal societaria y su introducción en el CP de 1995 obedece a una necesidad real: la de dar una respuesta a una serie de prácticas ilícitas que contienen la suficiente entidad para no bastar la respuesta de las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible, porque, al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador pero sin engaño previo al administrado y sin apropiarse tampoco de bienes, sus elementos no están incluidos ni en la estafa, ni en la apropiación indebida. Eso es lo que el legislador español hizo con la tipificación de la administración desleal, aunque sólo en el ámbito societario, en el art. 295 del CP, ante las peticiones reiteradas de doctrina y jurisprudencia, que ponían de relieve la insuficiencia del resto de delitos patrimoniales y la existencia entonces de una laguna legal².

Aparte del tipo de la figura general de la administración desleal, los arts. 290-294 contienen otros "delitos societarios". Por una parte se castigan diversos actos de administración ilícitos, como en el art. 294 el denegar o impedir la vigilancia o supervisión de la sociedad por las autoridades competentes, o formas específicas de administración infiel: en el art. 290 la falsificación de las cuentas anuales o de otros documentos importantes sobre la situación jurídica o económica de la sociedad como acto conexo con una posterior simultánea o anterior administración fraudulenta, y en el art. 293 el denegar o impedir

¹ Que la introdujo por primera vez en Derecho penal español, pues el anterior CP 1944/1973 no tipificaba éste ni los otros delitos societarios.

² Así, por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 25 y ss.; MATA Y MARTÍN, «Estructura fundamental del delito de administración desleal», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria de Valle Muñiz*, 2001, pp. 1545-1564.

determinados derechos de los socios por parte del administrador³. Por otra parte los arts. 291 y 292 castigan ciertos abusos graves de los socios. Aquí sin embargo sólo vamos a ocuparnos del tipo general de la administración desleal, y no de los otros delitos societarios⁴.

3. Fuera del ámbito societario se prevé asimismo en el actual CP, igual que se tipificaba ya en el art. 535 del anterior CP 1944/1973, el delito de apropiación indebida), regulado así en el art. 252:

“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 cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.”⁵.

Como se ve, en este precepto no se castiga la contracción perjudicial de obligaciones, pero tampoco cualquier disposición perjudicial de bienes ajenos por parte del administrador o de otro poseedor, sino sólo la apropiación o distracción de bienes (al respecto v. ampliamente *infra* III 2.1. a, VIII. 1).

2. Bien jurídico

³ El art. 293 CP supone por ello la realización de específicas formas de deslealtad del administrador frente a los socios a los que impide el ejercicio de Derechos. Art. 293: “Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”.

⁴ En general sobre los delitos societarios en el CP español véase BACIGALUPO, «Los delitos societarios en el nuevo código penal» en BACIGALUPO, (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, pp. 129 y ss.; BAJO, «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español» en AAVV, *La actividad empresarial desde la perspectiva del nuevo CP español*, 1997; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, 1997; FARALDO, *Los delitos societarios*, 1996; FARALDO, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2000; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el CP español*, 1998; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, 1996; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, 1999, pp. 171 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, pp. 339 y ss.; MATA/MARTIN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», RDS 5, 1995, pp. 164 y ss.; MOYA, *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos societarios y otras formas delictivas*, 2007; RODRÍGUEZ RAMOS, «Los nuevos delitos pseudosocietarios», BICAM, 1, 1996, pp. 71 y ss.; DEL ROSAL, *Los delitos societarios en el CP de 1995*, 1998; SÁNCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996; SERRANO BUTRAGUEÑO, «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», AJA 48 1992, pp. 1 y s.; TERRADILLOS, *Empresa y Derecho Penal*, 2001; VALLE/QUINTERO/MORALES, «De los delitos societarios», en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., 2005, pp. 881 ss.; VVAA, *El nuevo CP y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998.

⁵ Prescindimos aquí de las modalidades especiales de apropiación indebida de cosa perdida del art. 253 y de cosa entregada por error del art. 254.

Para la mayoría de la doctrina el bien jurídico es *el patrimonio* –la mayoría de las veces tanto el patrimonio social como el de los socios– y no así el derecho de propiedad⁶, que se salvaguarda por otros tipos como el de la apropiación indebida, que para muchos autores y jurisprudencia está muy cercano a la administración desleal⁷. Ello es cierto, con las matizaciones que ahora veremos. Pero además en este tipo se preserva de manera indirecta la estabilidad del tráfico económico: de manera indirecta porque a nuestro juicio lo que adicionalmente se protege de modo directo es la *fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades*, que a su vez condiciona el funcionamiento del sistema económico.

1. Efectivamente con este tipo se asegura y salvaguarda un *bien jurídico supraindividual*: se suele aludir a la tutela del sistema económico y su estabilidad⁸, pero si concretamos más, hay que referirse al funcionamiento no del propio sistema económico, sino a la *fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario*, de las sociedades como parte y pieza importantísima en la actualidad del sistema económico de un país (en régimen de economía de mercado, pero incluso también en los sistemas de economía mixta: colectivista/de mercado).

En la administración fraudulenta por tanto se protege por una parte *el patrimonio tanto social, como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados* (cuentapartícipes, depositarios, titulares de valores o bienes administrados), pero por otra *también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual*⁹.

Ambos bienes jurídicos van de la mano, porque no se castiga sin más el menoscabo del patrimonio individual, sino el de muchas personas (socios y otros terceros) junto con el patrimonio social, y además mediante la infracción por el administrador de un deber fundamental dentro de las relaciones societarias y consagrado por la legislación mercantil de sociedades: el deber de lealtad en la gestión de la sociedad y de los intereses patrimoniales de ésta y de los socios de modo que no se les causen daños indebidos, produciendo como efecto secundario el consiguiente perjuicio para terceros, empleados y acreedores; la expectativa y razonable seguridad de que no se producirá tal vulneración del deber de lealtad en la gestión social con sus indeseables repercusiones para terceros dentro

⁶ Por todos, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, 2005, pp. 9 y ss.

⁷ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, pp. 570, 584-585; *Los delitos societarios*, 2000, pp. 356 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 26 y ss., 96 y ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 299 y ss., 467 y ss. En la jurisprudencia: STS 224/1998, 26-2 (caso Argentia Trust); siguiéndola y desarrollándola STS 9272/2000, 15-12, STS 8984/2002, 29-7 (caso Banesto).

⁸ Así RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, pp. 134 y ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 64-65; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, 1998, pp. 103 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 32. Se alude también por parte de la doctrina a otros bienes jurídicos colectivos: Vease por todos, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 10 y ss., 219 y ss., 228 y ss., 260 y ss., que defiende como bien jurídico la “permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico”.

⁹ Así LUZÓN/ROSO, «Concurso entre apropiación indebida y administración desleal» en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 33 y s.

del tráfico jurídico es la base de la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento del sistema societario.

El aspecto supraindividual del bien jurídico tutelado en la administración desleal societaria es la base fundamental para sostener que, si la gestión desleal del administrador de una sociedad consiste en una forma especialmente grave de disposición fraudulenta como es la apropiación de bienes de la sociedad, existe, no un concurso de leyes, sino un concurso ideal de delitos entre apropiación indebida del art. 252 y administración desleal societaria del art. 295: v. *infra* VIII.1.

2. Para terminar con esta cuestión, si ponemos en conexión el *bien jurídico individual, el patrimonio*, con los sujetos pasivos relacionados con el propio tipo, se pueden sostener las siguientes posiciones:

a) Algunos autores sostienen que el patrimonio, como bien jurídico protegido, no es el social, sino el individual de cada uno de los sujetos pasivos mencionados en el art. 295 CP: socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital. El patrimonio social sería entonces el objeto material y el patrimonio individual de socios o asimilados el bien jurídico tutelado, dada la falta de mención expresa de la sociedad como afectada por la administración fraudulenta¹⁰.

b) En cambio, la mayoría de la doctrina considera que el patrimonio social es el bien jurídico protegido por la propia naturaleza de las cosas y que hay que bordear en este punto la mala técnica legislativa, pues se argumenta que está claro que para dañar el patrimonio de los socios, cuentapartícipes y demás sujetos pasivos señalados hay que lesionar el patrimonio social y parece imposible dañar los patrimonios individuales, sin lesionar el patrimonio social¹¹.

c) En nuestra opinión, se puede ofrecer una tercera alternativa, que parece la más correcta, ya que es posible sostener que *se protege tanto el patrimonio de los socios o equiparados como el de la sociedad*: alternativamente en la disposición fraudulenta de bienes; y en la asunción de obligaciones el patrimonio de socios o equiparados por sí solo o conjuntamente con el de la sociedad¹² (v. *infra* III 3 b)

d) Por último, conceptualmente la disposición de bienes sociales también podría resultar fraudulenta únicamente para intereses patrimoniales de terceros como acreedores o empleados; pero como veremos (*infra* III d), por diversas razones debe descartarse que se proteja el patrimonio de terceros en sí mismo, es decir, si su afectación no va unida a la del patrimonio social o como repercusión de la defraudación del patrimonio de socios o equiparados.

3. Tipo objetivo

¹⁰ NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, p. 254; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 184-185; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 32.

¹¹ Véase FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, p. 326.

¹² Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 36 y ss.

3.1. El sujeto activo o autor

El sujeto activo o autor del delito de administración desleal no puede ser cualquiera, sino el administrador de derecho o de hecho o los socios.

a) Por ello nos encontramos ante un *delito especial propio* y no impropio, porque no hay ningún delito común paralelo en el CP con el que mantenga la administración desleal una relación de especialidad, ni siquiera la apropiación indebida¹³.

b) *Administrador de derecho* es quien ejerce individual o colegiadamente, p. ej. dentro de un consejo de administración, de modo permanente la función de administrar la sociedad reuniendo todos los requisitos y formalidades legales en cuanto a su nombramiento, inscripción, duración de su cargo, etc.

Pero el CP quiere además reconocer la condición de autor al *administrador de hecho*. Sobre este concepto existen dos interpretaciones: una restrictiva, defendida sobre todo por mercantilistas, que entiende que sólo es administrador de hecho aquel sujeto que desempeña legítimamente y con el correspondiente nombramiento de los socios, de la junta general, etc. el cargo de administrador, pero faltándole algún requisito formal, como la inscripción registral o la publicación en el boletín del Registro mercantil, o dándose alguna otra irregularidad, como el título caducado por haber excedido del tiempo de su mandato, que impiden considerarlo administrador de derecho¹⁴. Y existe una interpretación más amplia, mayoritaria entre los penalistas y que compartimos¹⁵, según la cual es administrador de hecho todo el que fácticamente, incluso sin nombramiento expreso, desempeña *con continuidad* las funciones de administrador de esa sociedad¹⁶.

c) Es muy polémica la inclusión del *socio* dentro de los sujetos activos, pues en la realidad societaria los socios no tienen un papel de gestores, ni tienen la competencia, ni la posición dentro del organigrama social para llevar a cabo labores de gestión o de administración.

No son atribuciones que vayan unidas a su condición y hay que buscar situaciones específicas en el que el socio detente una cierta capacidad de gestión¹⁷:

Así en los casos de sociedad en formación o sociedades personalísimas o cuando el capital social tiene como titular al único socio o cuando no se haya estipulado el modo de administrar (art. 1695 CC)¹⁸. También se podría pensar que el término admite no sólo al

¹³ Véase en detalles LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 181 y ss.

¹⁴ Así GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 46; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, pp. 114-115; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, 1999, pp. 112 y s., 247-248; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 270-271.

¹⁵ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 39.

¹⁶ Así BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2001, pp. 103-104; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 332 y ss.

¹⁷ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 39.

¹⁸ Véase para más detalles NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, p. 268; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p. 123; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 67-68.

socio como persona física, sino al socio como órgano colegiado, es decir, el órgano social que corresponde a la Junta General o equivalente y entraríamos en el terreno de las decisiones colegiadas y de los acuerdos tomados en su seno. Acuerdos que pueden consistir en administraciones desleales del patrimonio social y que el administrador ejecuta como *factotum* (aunque puede seguir teniendo responsabilidad mercantil: cfr. art. 133 LSA, 69 LSRL)¹⁹.

En cualquier caso, los supuestos señalados, en donde se ponen en práctica con cierta continuidad estas facultades por el socio, también entrarían en el concepto de administrador, ya sea de hecho o de derecho, y no habría habido ninguna necesidad de hacer mención expresa al socio.

Pero en los casos en que el socio no detenta ningún cargo dentro de la sociedad, no se entiende en absoluto cómo éste puede abusar de las funciones propias de su cargo, si no tiene cargo alguno. Por ello procede efectuar una *interpretación restrictiva de la referencia a los "socios"* (basada a su vez en una interpretación estricta de la exigencia de abuso de las funciones del cargo), en el sentido de que *han de ser también administradores*, aunque sea de hecho. No basta por tanto que un socio se arroge momentánea e indebidamente un acto de gestión o de administración de la sociedad, sino que ha de tratarse justamente de socios que actúen "con abuso de las funciones propias de su cargo", como taxativamente requiere en todo caso el precepto; y tales socios a que se refiere el art. 295 sólo pueden ser los que estén simultáneamente desempeñando *con continuidad*, aunque sea de modo compartido con otros administradores, funciones de administrador de derecho o al menos de hecho, que es quien tiene deberes de gestionar con lealtad, y es por tanto el cargo societario en el que se puede actuar abusando de funciones propias del mismo²⁰. Por esa razón además se sanciona en el 295 a los socios en pie de igualdad con los administradores.

No obstante, hay que reconocer que, de este modo, la mención expresa al socio no es más que un recordatorio de que éste puede desempeñar la posición de administrador, pero resulta realmente superflua²¹.

3.2. Acciones típicas

La acción típica viene descrita de un modo alternativo: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta. Se trata pues de un tipo mixto; el que se considere tipo mixto alternativo o cumulativo, o sea que la realización no de una sino de las dos conductas típicas se considere un único delito (concurso de leyes: consunción de los actos co-penados) o por el contrario concurso de delitos, es una cuestión de interpretación (sobre la solución de la misma v. *infra* VIII. 2).

¹⁹ Véase MORENO CÁNOVES/RUÍZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 337.

²⁰ Así MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, p. 338; LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 40.

²¹ Lo consideran así MORENO CÁNOVES /RUÍZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, pp. 336-337; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, pp. 122-123; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, p. 336; LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 40 y s.

a) Disposición fraudulenta. La primera de las acciones descritas es *la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad*.

1) Disposición de bienes sociales. Aquí nos encontramos con el problema de decidir si esta actuación: la *disposición* fraudulenta, es o no coincidente con las de la apropiación o distracción de dinero, efectos, valores, etc. que constituyen las acciones típicas de lo que la ley considera una apropiación indebida en el art. 252.

a') La discusión se centra en los verbos típicos y sobre todo en dilucidar si 'disponer' se entiende como un acto de dominio que lleva aparejado ya en sí mismo el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, o si por el contrario, siguiendo a la mayoría de la doctrina ²², se describe (en palabras de FARALDO) como la utilización o aprovechamiento por los administradores, en beneficio propio o de un tercero, de los bienes que integran el patrimonio social, sin que la sociedad obtenga compensación alguna, pero excluida siempre la posibilidad de atribución de dominio definitivo, que obligaría a entender presente la apropiación indebida²³.

b') Nuestra interpretación coincide en parte, pero sólo en parte, con la de la doctrina mayoritaria²⁴. Coincide en que también hay actos de disposición distintos de la apropiación o de la distracción de efectos: así, los actos de *disposición temporal* y no definitiva; o aquellos *actos de disposición parcial de las facultades dominicales sobre los bienes y que no impliquen adueñamiento definitivo*, constituyendo sobre los mismos derechos reales tales como gravámenes de garantía (p.ej. *hipotecas*) o sujeción a otros derechos reales limitadores del uso o disfrute, como *usufructos o servidumbres*, o mediante la sujeción de los bienes a derechos obligacionales o de crédito como el *arrendamiento*; o finalmente *los actos de disposición definitiva (como la venta) sin despojo total pero en condiciones desventajosas* (aunque este último supuesto es considerado desde otra posición como auténtica apropiación indebida (cfr. infra 2.1 a c' 2). Este verbo típico del art. 295 -disponer de bienes- no es idéntico, sino más amplio que los verbos utilizados en el art. 252, apropiarse o distraer, y supone por tanto, respecto de las acciones previstas en la apropiación indebida, una ampliación de las conductas típicas abarcando también acciones menos graves en sus repercusiones, lo que (unido a que aquí el perjuicio causado no ha de exceder de 400 € para constituir delito como en la apropiación indebida) explica que sea algo más benigna la pena de la administración desleal.

Pero no coincide nuestra posición con la mayoritaria en la medida en que ésta sostiene que los actos de disposición fraudulenta del art. 295 no pueden consistir en apropiarse o

²² P. ej., MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 46-48; GÓMEZ-JARA, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 181 y ss.

²³ Así textualmente FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 570.

²⁴ Sobre lo que sigue véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 41 y ss.

distraer, pues –se argumenta– de otro modo el delito de administración desleal no tendría entidad propia y se confundiría con el delito de apropiación indebida²⁵.

Esto no es admisible. En efecto, *las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias*, pues implican *eo ipso* un acto de disposición fraudulenta de bienes. No hay acto de disposición de bienes más claro ni mayor deslealtad y fraude en la administración que la indebida y definitiva disposición dominical de apropiación de los bienes o distracción del dinero o efectos por el administrador social.

Pero por eso mismo, como con esa acción también se realiza el tipo del delito (más grave) de apropiación indebida del art. 252 si la disposición excede de 400 €, –apropiación indebida que es totalmente independiente de la administración de una sociedad–, hay un concurso ideal entre ambos delitos, la administración desleal societaria y la apropiación indebida, y no simplemente un concurso aparente o de leyes entre los arts. 295 y 252, ya que ninguno de los tipos delictivos abarca todo el desvalor de acción y de resultado y todos los bienes jurídicos afectados por tal conducta (v. infra VIII).

c') Otros supuestos dudosos²⁶:

1) Un administrador *vende a un precio ventajoso*, generando beneficios para la sociedad, *pero sin autorización*²⁷. De entrada habría disposición definitiva indebida y se puede entender entonces que ha habido un *perjuicio para la sociedad: en la pura venta no autorizada aunque sea a precio correcto o ventajoso* habrá siempre un perjuicio jurídico por perder la sociedad la propiedad de un bien que no quería perder.

Ciertamente que ese perjuicio no es directamente un perjuicio económicamente evaluable, sino sólo indirectamente (porque, aun habiendo obtenido un buen precio, si el vendedor muestra su interés en re-comprar, ello producirá normalmente un aumento y encarecimiento para el precio de la nueva venta). Una parte de la doctrina considera que el requisito típico de actuar “*causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios*” y asimilados afecta por igual a las dos modalidades de acción típica²⁸; y en tal caso aquí no habría delito en el administrador por faltar la causación de un perjuicio

²⁵ Un desarrollo de esta cuestión se puede ver en MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 45 y ss.

²⁶ Sobre lo que sigue véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 44 y ss.

²⁷ Consideran el caso como disposición fraudulenta, en supuestos muy parecidos, CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 318 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 55-56; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, p. 285; STS 8984/2002, de 29-7 (caso Banesto). En contra véase por todos, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 316 y ss.

²⁸ Véase por todos QUINTERO/MORALES, en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios a la Parte Especial*, 8ª ed., 2009, p. 921; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 38 y ss., 56.

directamente económico. Pero es más correcto entender que *el requisito de directo perjuicio económico va vinculado directa y únicamente a la asunción de obligaciones*, la segunda alternativa de conducta típica (v. infra 2.2), mientras que *tal resultado no se requiere en la primera alternativa, en la disposición de bienes de la sociedad*²⁹:

En contraposición a la asunción de obligaciones, que requiere daño económico directo, en la disposición de bienes, por su mayor repercusión jurídica como tal (modificación de la situación de cosas y derechos reales), el tipo se conforma con *que sea "fraudulenta", es decir – aparte de con mala fe– perjudicial, que produzca perjuicio a la propia sociedad o a los socios o equiparados; y basta que dicho perjuicio sea jurídico, aunque no sea directamente económico*.

2) El administrador *con atribuciones para llevar a cabo una compraventa, vende la cosa por menor precio de su valor*. La venta vuelve a suponer un acto de dominio, pero si esta clase de negocios jurídicos está contemplada dentro del ámbito de sus funciones, en principio, no habrá apropiación indebida, ya que no ha habido un adueñamiento no autorizado, sino sólo administración desleal³⁰.

Ahora bien, pasando a las circunstancias concretas del negocio jurídico, si el precio de venta fuera tan excesivamente bajo que casi equivaliera a una donación, entonces sin duda hay que entender que el acto se convierte en un adueñamiento no autorizado con total despojo del bien a la sociedad propietaria: en tal caso habría una apropiación indebida del art. 252 al mismo tiempo que administración desleal del art. 295. Pero incluso cuando el precio de venta sea claramente inferior al normal, aun sin llegar a ser ínfimo, cabe sostener que, salvo en casos de pequeña inferioridad respecto del precio normal, sí existe también apropiación indebida; o bien, formulado de otro modo seguramente más plausible, que ello es así cuando la desventaja es considerable en un grado que se puede entender que el poder o acuerdo de autorización para enajenar se supedita implícitamente a que la venta no se haga en condiciones que puedan considerarse infundadamente desventajosas.

Pues bien, en aquellos supuestos de venta *tan desventajosa* para la sociedad que puedan considerarse *como venta no autorizada* con adueñamiento indebido del bien (en el fondo donación bajo apariencia de venta), la administración desleal convierte a la compraventa en una apropiación indebida³¹, porque consiste en una apropiación fraudulenta en el momento en que trae causa de una falta de autorización y hay que aplicar un concurso ideal entre ambos delitos, pero para la doctrina mayoritaria concurso de leyes (v. infra VIII.1).

²⁹ Así LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 44 y s. En contra una buena parte de la doctrina y jurisprudencia, que opina que la exigencia de daños económico directo afecta a ambas modalidades de acción típica: véase *supra* nota 28.

³⁰ Así, rechazando como regla la apropiación indebida pero aceptando administración desleal: MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 316-317.

³¹ Así, aceptando la apropiación indebida: CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 318 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 55-56; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, p. 285; STS 8984/2002, de 29-7 (Caso Banesto).

3) El administrador, *sin competencia para ello, vende bienes sociales y, como en el caso anterior, a un precio muy inferior al de mercado*. La solución es idéntica a la del supuesto anterior, es decir, que habrá concurso ideal de delitos entre el de apropiación indebida³² y el de administración desleal societaria.

b) “Fraudulentamente” es un concepto de carácter mixto, objetivo y subjetivo³³. Como veremos más ampliamente a continuación, por una parte supone disponer de bienes defraudando y perjudicando legítimos intereses patrimoniales (de la sociedad o de socios y asimilados), y por otra parte implica la connotación subjetiva de la mala fe.

1) Ciertamente también se puede interpretar sólo subjetivamente el concepto³⁴, sosteniendo que significa actuación *de mala fe* (aunque no necesariamente engañosa).

2) Pero cabe y parece correcta, combinada con el integrante subjetivo de la mala fe, una interpretación objetiva de “disposición fraudulenta” de bienes como aquella que *defrauda legítimos intereses y expectativas con el consiguiente perjuicio* para los mismos. Fraudulenta será por tanto en sentido objetivo la disposición de bienes sociales que es capaz de producir y produce (acción y efecto) un fraude, una defraudación de esos intereses, en el mismo sentido en que el CP utiliza el concepto en diversas figuras típicas, entre otras en las “defraudaciones” del Cap. VI del Tít. XIII (no sólo estafa, sino también apropiación indebida o defraudación de energías o similares) o en las conductas del Tít. XIV consistentes en “defraudar” a la Hacienda pública o a la Seguridad social.

Esta interpretación, que creemos que en cualquier caso ha de defenderse, no obsta a que además se le dé al término fraudulentamente también una carga subjetiva en el sentido de mala fe, como parece que es lo coherente con su significado: ‘fraudulenta’ es la actuación del administrador que no persigue el beneficio de la sociedad y los socios.

La adicional connotación objetiva del término “fraudulentamente” supone que los intereses patrimoniales legítimos que se pueden ver defraudados con la disposición de bienes sociales pueden pertenecer en principio a varios sujetos: a la sociedad, a los socios o los otros equiparados en el art. 295.

b. Contracción de obligaciones económicamente perjudiciales para socios o equiparados³⁵. La segunda de las alternativas típicas se describe como el *contraer obligaciones perjudiciales a cargo de la sociedad*. Estas conductas, que no implican siquiera disposición de bienes y

³² Así, aceptando la apropiación indebida, la doctrina mayoritaria: CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 318 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 55-56; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta*, 2002, p. 285; STS 8984/2002, de 29-7 (Caso Banesto). No obstante, igual que en el supuesto 2, la doctrina dominante aprecia concurso de leyes en vez de concurso ideal de delitos.

³³ Véase más extensamente sobre lo que sigue LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 48 y ss.

³⁴ Así p. ej. NIETO, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 277 y s., indicando su significado literal de engañoso o con abuso de confianza, pero también que de ese modo el requisito es superfluo, como sostiene una numerosa posición.

³⁵ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 50 y s.

derechos reales, sino sólo endeudamiento (excesivo y abusivo) de la sociedad, suponen un segundo ámbito de ampliación de la tipicidad en la administración desleal societaria respecto del delito de apropiación indebida. Al igual que en la disposición de bienes, el administrador contraerá obligaciones en nombre de la sociedad de un modo habitual y usual, y al representar a la sociedad y de cara a terceros el negocio será válido en principio aunque sea abusivo. Pero en la esfera interna estas obligaciones directamente perjudiciales para los socios o equiparados no son jurídicamente legítimas, desde el momento que no se respeta el deber de lealtad y se priman intereses de terceros o propios que conllevan un descalabro económico para la sociedad y los socios y similares.

Así p. ej. solicitar un préstamo aceptando innecesariamente unos intereses desmedidos, o arrendar para la sociedad unos locales de un tercero pactando abonarle una renta excesiva, o comprometer a la sociedad a abonar a directivos o empleados indemnizaciones por despido o jubilación abusivamente elevadas y gravosas.

El tipo exige que la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad sea “*causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*” [scil. los administradores]. Ya hemos visto (*supra* 2.1. a c’ 1 y 2.1. b 2) que esta exigencia afecta sólo a la contracción de obligaciones (a la que va directamente unida, sin una coma de separación tras “a cargo de ésta” que pudiera hacer pensar que el inciso siguiente se refiere a las dos modalidades anteriores unidas entre sí sin coma de separación), y no a los actos de disposición de bienes sociales, en los que basta que sean fraudulentos, perjudiciales, pero con perjuicio jurídico, aunque no sea directamente económico; mientras que en la contracción de obligaciones su menor repercusión jurídica (no modificación de la situación de cosas y derechos reales, como en la disposición de bienes, sino sólo surgimiento de derechos de crédito/obligaciones) se compensa exigiendo que cause *directamente un perjuicio evaluable económicamente* (v. *infra* 5 c) y además que *afecte en todo caso a los socios o equiparados*. Como veremos con más detalle (y con ejemplos en el apartado del sujeto pasivo o titular del bien jurídico: *infra* 3 b), en esta modalidad de contraer obligaciones el patrimonio de estos últimos se protege por sí solo, o sea, aunque sólo se vea perjudicado el mismo y no el de la sociedad, mientras que el patrimonio social sólo se protege si es perjudicado simultáneamente con el de socios o asimilados, pero no por sí solo³⁶.

c. Comisión omisiva. Se plantea la cuestión, relacionada ya con las dos actuaciones típicas descritas, de si cabe la *comisión por omisión*³⁷ en este delito de resultado, englobando

³⁶ Desde la defensa de un concepto personal de patrimonio, pero sin identificar el patrimonio social con el patrimonio de los socios y asimilados, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, pp. 2005, 213 y ss., 321 y ss. y en particular 252-253, en donde defiende una posición cercana a la nuestra y afirma que: «cuando de la acción de administración fraudulenta se derive un perjuicio para el patrimonio de la sociedad pero no un perjuicio para socios y terceros únicamente podrá aplicarse el delito en grado de tentativa». De modo totalmente diferente a nuestra posición, la mayoría de la doctrina parte de la identidad entre ambos patrimonios. así p.ej. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 259 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p. 125.

³⁷ Sobre todo ello véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 50 y ss.

entonces actuaciones en las que el sujeto activo realiza una mala gestión que conlleva un perjuicio económicamente evaluable, cuando debido a su inactividad se produce una lesión o perjuicio económico para la sociedad o por su dejadez en la gestión la empresa o sociedad va acumulando pérdidas y deudas, o incluso si deja pasar ocasiones que hubieran redundado en un beneficio patrimonial para la sociedad.

Para poder orientar esta cuestión, teniendo en cuenta que la administración desleal societaria es un delito resultativo, que requiere en todo caso la causación de un resultado de perjuicio, son de aplicación las exigencias del art. 11 CP: “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. Por tanto, dado que el administrador social sí tiene por su cargo un deber específico de no producir perjuicios a la sociedad o a los socios (deber de garante), habrá que examinar si hay equivalencia entre la omisión y la causación activa: hay que fijar, por un lado, la atención en los verbos típicos: disponer y contraer obligaciones y, por otro lado, optar por un criterio de equivalencia entre la acción y la omisión³⁸. Ambos verbos

³⁸ En la doctrina española, la posición seguramente mayoritaria sostiene, a diferencia de lo que ocurre en la doctrina alemana (que sí admite la comisión omisiva para la modalidad de deslealtad y también, aunque con alguna posición en contra, para la modalidad del abuso: Véase MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito societario de administración fraudulenta (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales)», *EPCr*, XVII, 1994, pp. 281 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 60 y s.), que no cabe comisión por omisión, porque, aunque sí hay posición de garante, el deber específico del administrador, las conductas omisivas no equivalen a las modalidades típicas de disponer u obligar, además con abuso de la función, que son activas: así p.ej. MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 342; FARALDO, *Los delitos societarios*, 1996, p. 581; BAJO, *Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español en AAVV, Jornadas sobre Derecho Penal económico. La actividad empresarial desde la perspectiva del nuevo Código Penal español*, Oviedo, 1997, p. 280; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios*, 1998, pp. 336 y s.; MATA MARTÍN, *CuadDJ*, 1998, Núm. 5, pp.348 y s.; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios», en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2004, 619 y ss. Otra posición sostiene, como aquí, que excepcionalmente puede haber algunas conductas omisivas que materialmente equivalgan a las conductas típicas de disponer con salidas patrimoniales o de tener obligaciones perjudiciales así NIETO, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 118, 276 y ss. (con un criterio muy restrictivo, admitiendo con razón el ej. de permitir el administrador por silencio la prórroga de un contrato que por cambio de circunstancias resulta muy desventajoso para la sociedad, rechazando supuestos como no realizar una conducta obligada para incrementar el patrimonio, no evitar la causación de un daño o permitir fallos en la producción); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 426 y ss. (más amplio: admite no sólo el caso de no cumplir una obligación de la sociedad en plazo y provocar el deber de indemnización –que creemos que sí supone contraer obligaciones–, sino también el supuesto de un administrador encargado de vender unas acciones que a sabiendas no lo hace en su momento privando a la sociedad del beneficio, en el que es como mínimo muy dudoso que haya disposición de bienes –en el texto a continuación nos pronunciamos negativamente– y no hay asunción de obligaciones); MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 60-63 (que comparte el ejemplo de NIETO y no se opone a los de Castro); MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 322 y ss., especialmente 324 y s., que, siguiendo el criterio de Gracia Martín de exigir para la equivalencia asunción de un compromiso de contener el riesgo y tener capacidad de realizar la acción de dominio de la causa fundamental del resultado, admite comisión por omisión en los casos del administrador que deja pasar la oportunidad de concluir un negocio con una sociedad para llevarlo a cabo

típicos (disponer de bienes, contraer obligaciones) tienen un claro contenido normativo y la cuestión depende de la interpretación que se sustente de ellos.

Así si p. ej. disponer implica negocios jurídicos que extraigan de la esfera de dominio los bienes o que los sometan a gravámenes de garantía o a otros derechos reales o los sujeten a restricciones de uso por contratos como el arrendamiento o que dispongan definitivamente de los bienes sin despojo pero en condiciones desventajosas, o si por el contrario por disponer se puede entender algo distinto como dilapidar no sacando el mayor beneficio y frutos a la cosa, con lo que se está realizando una mala disposición de los bienes, como sinónimo de gestión. La definición de lo que es disponer ha sido efectuada anteriormente, y se resuelve en el primer sentido y no en el segundo tan extensivo³⁹ (v. *supra* 6.1. a b'); por ello en principio puede parecer que las conductas pasivas no equivalen a los actos de disposición de los bienes. Pero hay que hacer la salvedad de los casos excepcionales en que la pasividad del administrador tenga los mismos efectos que la disposición activa de bienes. Así cuando su omisión de denuncia, interrupción, etc., permita indebidamente a terceros adquirir la propiedad (por prescripción adquisitiva o usucapión) o adquirir o consolidar derechos reales, como servidumbres, a la vista, ciencia y paciencia del administrador, o que el arrendatario obtenga la prórroga automática de un arrendamiento de bienes de la sociedad al no denunciarlo el administrador pese a tener instrucciones de hacer concluir el contrato.

E igualmente hay que decidir si contraer obligaciones supone realizar actos o negocios jurídicos en los que la sociedad asuma el papel de deudora o si también se puede sostener que se contraen obligaciones cuando simplemente se deja subsistir una obligación, p.ej. si no se da la orden de cancelación del préstamo, teniendo la sociedad activo suficiente para hacerlo y el administrador, sólo con el propósito de endeudarla y perjudicarla, no se determina a realizar la cancelación del préstamo; en esta segunda hipótesis hay que negar la equivalencia, porque la omisión de la actuación no supone contraer nuevas obligaciones, sino sólo mantener las obligaciones ya existentes. Ahora bien, al igual que en la disposición de bienes, también aquí hay que hacer la excepción para los supuestos en que la omisión de actividades debidas por el administrador precisamente haga surgir obligaciones para la sociedad perjudiciales para los socios, como sucederá si, pudiendo pagar la deuda (p.ej. el préstamo), el administrador incurre conscientemente en mora o niega el cumplimiento, generando obligación de indemnizar⁴⁰, o también en la omisión dolosa, no por mera

con una sociedad vinculada a él, con lo que la sociedad que administra obtiene mucho menos beneficio, o el que no ejercita una acción contra una sociedad controlada por él y con ello causa la pérdida de importantes derechos económicos a la sociedad que administra; LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 50-53, con los ejemplos que se exponen en el texto. Parece inclinarse también por la comisión por omisión, a diferencia de su posición en 1996, FARALDO, *Los delitos societarios*, 2000, p.339.

³⁹ Por ello a nuestro juicio no hay disposición de bienes fraudulenta en el ejemplo de CASTRO (véase la nota anterior) de un administrador encargado de vender unas acciones que a sabiendas no lo hace en su momento privando a la sociedad del beneficio.

⁴⁰ Este ejemplo, que ya se pone y se fundamenta en LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 52, coincide con el propuesto por NIETO, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 276, 278 (véase *supra* nota 38).

negligencia, de deberes de control que terminen perjudicando patrimonialmente a la sociedad, p.ej. en la omisión consciente de precauciones o medidas de seguridad en una actividad peligrosa de la empresa, lo que provoca accidentes con la consiguiente obligación de indemnizar a las víctimas: empleados o terceros, o en una pésima gestión de los riesgos laborales que termine implicando la sanción de la misma con una multa administrativa de miles de euros.

3. 3. El sujeto pasivo del delito

El sujeto pasivo del delito es, por definición, el titular del bien jurídico afectado.

a) Y como hemos visto que el bien jurídico es doble, supraindividual e individual, hay por ello *al menos un doble sujeto pasivo, colectivo y personal*⁴¹: la comunidad o colectividad como titular del legítimo interés comunitario en la fiabilidad del correcto funcionamiento de las sociedades y del sistema societario como presupuesto indispensable del buen funcionamiento del sistema económico; y la persona (jurídica) o personas (físicas) titular o titulares del patrimonio(s) afectado(s).

b) En cuanto al bien jurídico individual, el patrimonio, la cuestión es si la decisión normativa del art. 295 ha sido proteger *alternativamente* o, por el contrario, *conjuntamente el patrimonio social y el patrimonio individual* de socios y equiparados⁴².

Fácticamente, puede haber actos de administración desleal que afecten alternativamente a uno o a otro patrimonio, es decir perjudiciales únicamente para el patrimonio social o únicamente para el patrimonio de socios o equiparados. Por una parte, puede haber operaciones en las que no se dañe el patrimonio social y sí el de los socios: así p. ej. en una ampliación de capital social en la que el patrimonio social salga favorecido pero no así el patrimonio individual de socios o de terceros equiparados, que tampoco han podido ejercitar su derecho de suscripción preferente de acciones, o que carecen de capacidad económica para hacerlo cuando la ampliación era objetivamente innecesaria, traduciéndose como poco en una pérdida en su porcentaje en el capital social. O, por otra parte, puede darse el caso contrario, en el que se dañe el patrimonio social, sin perjudicar el de los socios: así pensemos en los supuestos de descapitalización de la sociedad en los que el administrador, por indicación de los socios, dispone de todos los bienes y valores a favor de otras empresas pertenecientes a estos mismos socios.

Normativamente cabe considerar que ambas clases de causación de perjuicio están desvaloradas y se consideran ilícitas (en general, sin entrar aún en si son penalmente típicas): Lo son las actuaciones fraudulentas perjudiciales sólo para el patrimonio de socios o equiparados, porque ya en el Derecho privado se establece un deber de representación leal y de consiguiente responsabilidad del administrador no sólo frente a la sociedad sino también frente a los socios o accionistas (arts. 127 y 133 LSA, 61 y 69 LSRL). Y son igualmente desvalorados e ilícitos los actos fraudulentos en perjuicio sólo de la sociedad aunque no de los socios: En el ejemplo propuesto, el que el administrador de una sociedad

⁴¹ Así LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 53.

⁴² Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 53 ss.

anónima o limitada descapitalice indebidamente la sociedad (lo que supone disposición de sus bienes en favor de terceros), por mucho que sea por indicación de los socios y en beneficio de empresas de éstos, se considera un acto ilícito en Derecho mercantil, ya que, al perjudicar patrimonialmente a la sociedad, ello va a ser perjudicial también para los legítimos intereses de acreedores o empleados de la misma.

Ahora bien, la cuestión es si ambas clases de causación de perjuicio son no sólo extrapenalmente antijurídicas, sino también penalmente típicas, o sea, si en la regulación típica del art. 295 CP ambos patrimonios, el de la sociedad y el de los socios o equiparados se protegen conjunta o alternativamente. Como hemos visto, la cuestión es distinta en cada una de las dos modalidades de conducta típica ⁴³:

1) En la disposición fraudulenta de bienes se protege indistinta y alternativamente el patrimonio social o los individuales indicados (o también a ambos conjuntamente), dado que a esta modalidad no le afecta la exigencia típica de causar un perjuicio económico a socios o asimilados. Por ello el fraude, como recae sobre bienes de la sociedad, puede afectar aisladamente al patrimonio social, o alternativamente la disposición puede ser fraudulenta únicamente para los patrimonios de socios o equiparados, o por último el fraude, claro está, puede afectar conjuntamente al patrimonio social y a los individuales de socios y asimilados.

2) Pero en la asunción de obligaciones, dada la exigencia legal expresa de causación de perjuicio económico a los socios o equiparados, el patrimonio social sólo se protegerá conjuntamente con dichos patrimonios individuales, pero no por sí mismo, es decir cuando sólo se perjudique el patrimonio social, mientras que sí se protegen aisladamente los intereses patrimoniales individuales de socios o asimilados, aunque no haya un perjuicio paralelo para el patrimonio social (ej. de la ampliación de capital social acordada innecesariamente, por existir otros medios para obtener recursos, para perjudicar a algunos socios, que no tendrán capacidad económica para suscribir tal ampliación).

No será típica en el caso contrario, ciertamente infrecuente, en el que la asunción de una obligación dañe sólo y exclusivamente el patrimonio social, pero no perjudique al patrimonio de ningún socio o equiparado: así si el administrador hace suscribir a una pequeña sociedad un contrato como arrendataria de unos locales de negocios teniendo que pagar una renta claramente excesiva, pero ese contrato es precisamente en favor de los tres únicos socios, que son a su vez propietarios de los locales arrendados.

c) *Los sujetos equiparados a los socios: depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados*⁴⁴

⁴³ Frente a esta solución aquí defendida, similar MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 252-253: véase *supra* n. 36), sostienen que en ambas modalidades típicas ha de verse afectado el patrimonio de la sociedad y el de terceros, p.ej. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 259 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p. 125.

⁴⁴ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 55 y s.

Todos ellos tienen intereses de una manera u otra en la sociedad; pero se plantea como dudosa la cuestión de si frente a ellos el administrador de hecho o de derecho tiene deberes de lealtad y fidelidad; si no los tuviera, sería criticable la equiparación. En principio, cabría pensar en una respuesta negativa, ya que el deber de lealtad y de fidelidad lo tienen los administradores con la sociedad y con los socios (cfr. arts. 127 ss., 133 LSA, 61 y 69 LSRL) y teniendo esto en cuenta, se podría argumentar que la enumeración legal de esos sujetos en el tipo penal no tiene por sí misma virtualidad para que el deber de fidelidad y lealtad, que tiene el administrador con la sociedad y los socios, se extienda a esos terceros⁴⁵.

Sin embargo, también cabe argumentar en sentido contrario, y parece más convincente, que los sujetos equiparados por el art. 295 CP a los socios no son terceros cualesquiera, sino precisamente cuentapartícipes, depositarios o titulares de bienes, valores o capital *que administren* los administradores sociales y que por ello resultan directamente perjudicados económicamente por la contracción de obligaciones para la sociedad efectuada por el administrador, y que por tanto el administrador vulnera también frente a estos asimilados el deber de lealtad que el derecho civil y el mercantil le impone al administrador frente al administrado ⁴⁶.

Es decir, que su equiparación legal como sujetos pasivos a los socios se basa en que sus bienes, valores o capital (o en el caso más importante de los depositarios mercantiles, las entidades financieras que reciben de clientes depósitos irregulares o depósitos administrados de valores, los valores o capital respecto de los cuales los depositarios actúan como mandatarios o representantes) son gestionados por la sociedad precisamente a través del administrador, que entonces está también defraudando los deberes de lealtad que imponen el Derecho civil y el mercantil al administrador respecto de los administrados (los titulares de los bienes o valores, sus equivalentes los depositarios de los mismos o los cuentapartícipes). Y en el caso de los cuentapartícipes, a ello se añade que los partícipes o aportantes en un contrato de cuentas en participación (arts. 239-243 CCom) para la gestión ocasional o duradera de intereses u operaciones, que funciona internamente como una sociedad pero sin constitución formal ni actuación como tal frente al exterior, son el equivalente material de los socios en las sociedades formalmente constituidas; por esta razón adicional el administrador tiene igualmente frente a los cuentapartícipes los mismos deberes de lealtad que frente a los socios, deberes que quebranta en caso de asunción de obligaciones con perjuicio económico para los mismos⁴⁷.

d) Los *intereses patrimoniales de terceros no equiparados a los socios* ⁴⁸, fundamentalmente los acreedores o empleados de la sociedad quedan, pues, protegidos en la medida en que se

⁴⁵ Sobre esta cuestión véase CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 398-399; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, p. 330; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 236 y ss.

⁴⁶ Así LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, pp. 55 y s. En el mismo sentido CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, 398-399; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, p. 330.

⁴⁷ Así LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 56.

⁴⁸ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 38 y s. En sentido similar QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo CP*, 3ª, 2004, S. 1469.

protege a la sociedad frente a actos fraudulentos que, al perjudicar su patrimonio, redundan también en perjuicio del cumplimiento de sus obligaciones frente a terceros. Pero el art. 295 *no protege por sí mismo y de modo autónomo el patrimonio de los terceros no equiparados a los socios*. Ello está claro en la segunda modalidad típica, la de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, en donde sólo se menciona el perjuicio económico para los socios o equiparados, pero no para otros terceros. Ciertamente que en la primera modalidad típica, la de disponer fraudulentamente de bienes de la sociedad, cabría sostener que sí se protege el patrimonio de los terceros por sí mismo, ya que una de las formas de disponer “fraudulentamente” es hacerlo en fraude precisamente de legítimos intereses patrimoniales de terceros aunque el fraude no afecte al patrimonio social ni al de socios o asimilados. No obstante, teniendo en cuenta el argumento sistemático de que en este mismo Cap. XIII de los delitos societarios el art. 290 en las falsedades documentales societarias, –donde no se habla de abuso de funciones del cargo– sí se refiere a la idoneidad para causar perjuicio no sólo a la sociedad o a cualquier socio, sino también expresamente: “o a un tercero”, mientras que el art. 295 no lo menciona expresamente en ninguna de sus dos modalidades de acción típica, sino que alude en la primera a la sociedad y en la segunda a los socios o equiparados, parece más acorde con esa diferente redacción de ambos preceptos una interpretación restrictiva de la modalidad “disposición fraudulenta”, entendiéndose que no basta con un fraude exclusivamente para terceros si no hay perjuicio para la sociedad o los socios o equiparados; interpretación que es además coherente con lo que rige en la segunda modalidad típica de contracción de obligaciones. Esta interpretación es por otra parte obligada a la vista de la exigencia típica en el 295 de abuso de las funciones propias del cargo, cuyo *telos* es precisamente sancionar la administración infringiendo los deberes de lealtad del administrador, que se refieren a la sociedad y los socios o equiparados, pero no a terceros. Por consiguiente, hay que entender que para la protección del patrimonio de terceros ajenos a la sociedad (acreedores, empleados) frente a fraudes a los mismos, el CP considera ya suficiente la existencia de otros tipos como p.ej. la estafa u otros fraudes, el alzamiento de bienes, los concursos punibles, o los delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad social.

3.4. Abuso de funciones propias del cargo (infracción de deberes de lealtad)⁴⁹

Este elemento recoge y plasma esencialmente (aunque, como ya vimos, también podemos encontrar esta idea generalmente –no siempre– implícita en el adjetivo ‘fraudulento’ que acompaña a la disposición) el incumplimiento de los deberes de fidelidad y de lealtad. Los deberes de lealtad que resultan jurídico-penalmente relevantes para constituir una infracción no son todos los deberes de lealtad y buena fe definidos por el Derecho mercantil o el civil, sino los más importantes (por ser más graves las repercusiones de su infracción) y de contenido material: son los deberes de lealtad y fidelidad en la administración y representación que hemos visto (*supra* III 3 b) que tiene el administrador social frente a la sociedad y los socios o accionistas (arts. 127 y 133 LSA, 61 y 69 LSRL). En cambio, no hay específicos deberes de lealtad del administrador social con los terceros, pero sí una protección más amplia de éstos en el Derecho mercantil:

⁴⁹ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 56 y ss.

Se discute si se debe considerar o no abuso del cargo aquellas actuaciones llevadas a cabo fuera del ámbito de competencias del cargo. Para algunos autores el elemento del ejercicio del cargo lleva implícito que el administrador actúe dentro del ámbito de competencias que le han sido atribuidas y, si no actúa dentro de ese ámbito de competencias, no se puede decir que hay abuso de funciones⁵⁰. Pero parece más correcto interpretar que hay abuso de funciones tanto si el administrador actúa dentro de sus competencias pero de modo desleal, perjudicial, como si no lo hace y se extralimita⁵¹. Lo que importa es que se ha valido de su cargo y de la confianza depositada en él para realizar negocios jurídicos contrarios a los intereses que debía representar, generando una apariencia de regularidad y legalidad frente a terceros. Si no fuera así, quedarían fuera del ámbito del delito supuestos tan sangrantes y obvios como los del administrador que, no estando habilitado para vender bienes de la sociedad p. ej. títulos valores de la sociedad, lo hiciese.

Otro supuesto controvertido lo constituyen los *negocios de riesgo* y su supuesta subsunción en el delito de administración desleal. Como entiende la doc. mayoritaria⁵², estos casos deben solucionarse dentro del ámbito de interpretación del abuso de funciones y por ello el negocio de riesgo no supondrá una administración desleal si entra dentro de las atribuciones definidas y descritas del cargo; distinto sería si el negocio de riesgo se ha llevado a cabo sin sujetarse a los deberes de lealtad y fidelidad. En definitiva, dependerá de cómo se haya estructurado la relación interna entre el administrador y el administrado y del *consentimiento* de éste a dichas operaciones, consentimiento que puede constituir en estos casos una causa de atipicidad por irrelevancia jurídica general: materialmente por ausencia de lesión del bien jurídico en este caso, y formalmente porque con tal consentimiento de la sociedad administrada no se dará el requisito típico del abuso de las funciones del cargo.

Por otra parte, cuando el administrador asuma un negocio de riesgo, no habrá delito si no sobrepasa los límites del *riesgo permitido*, p.ej. en operaciones bursátiles, por mucho que naturalísticamente hubiera en él dolo eventual de producir perjuicio; en general se discute si el riesgo permitido excluye la tipicidad por falta de imputación objetiva o por adecuación social o excluye la antijuridicidad, pero aquí cabe entender que faltará la tipicidad por no obrar el administrador en tal caso con abuso del cargo⁵³.

3.5. Resultado de perjuicio⁵⁴

⁵⁰ Una parte de la doctrina considera que con la introducción de este elemento en la definición típica se cuestionan los criterios de autoría en este tipo y su caracterización como delito de dominio o de infracción de un deber. Véase en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 64-65. Otro sector se basa en la extralimitación de competencias y en los deberes *ad intra* y *ad extra* para distinguir entre apropiación indebida y administración desleal: así GÓMEZ-JARA, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 189 y ss.

⁵¹ Así MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, p. 271.

⁵² Véase FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 535.

⁵³ Sobre otras causas de exclusión de la tipicidad y de justificación en este delito véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 62 y s.

⁵⁴ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 58 y ss.

Este delito es un *delito de resultado*, ya que exige en todo caso la producción de un *perjuicio patrimonial* que, como hemos anticipado, afectará a la sociedad o a los socios o equiparados. El perjuicio va contenido ya implícitamente en el propio término “fraudulentamente” de la primera modalidad típica, la disposición fraudulenta de bienes, y se requiere explícitamente en la otra modalidad típica de contracción de obligaciones.

Ya se ha dicho, sin embargo, que no se comparte la extendida opinión de que se requiere para todas las modalidades de conducta típica la producción no sólo de un perjuicio, sino en causación directa, y de perjuicio económicamente evaluable y además a los socios o asimilados, se requiere para todas las modalidades de conducta típica ⁵⁵ (v. *supra* III. 2.1 a c'1).

a) Como delito de resultado es necesario que exista una *relación de causalidad* constatada entre la producción del perjuicio y la acción típica (de disposición o de asunción de obligaciones). Pero además es necesario constatar la *imputación objetiva*; por tanto, hay que constatar que el acto de disposición de bienes o de contracción de obligaciones es adecuado, crea un riesgo jurídicamente relevante de causar un perjuicio patrimonial y que tal perjuicio supone precisamente la realización del riesgo o peligro y encaja en el fin de protección de la norma típica.

b) En la primera modalidad de acción típica, la *disposición fraudulenta de bienes* de la sociedad, el término “fraudulentamente”, como hemos visto, implica que cause perjuicio patrimonial o bien a la propia sociedad o a los socios y equiparados (a éstos hay que incluirlos también aquí por coherencia sistemática con la segunda modalidad de conducta típica) o a ambos conjuntamente; y no basta, en cambio, el perjuicio aislado a otros terceros, p.ej. acreedores o empleados, si no va unido al perjuicio para la sociedad o los socios. Pero tal *perjuicio*, además de económico, también puede ser puramente jurídico, incluso *perjuicio moral*, aunque no tenga directamente una repercusión y valoración económica (indirectamente la acabará teniendo; recuérdese el ejemplo (*supra* en 2.1. a c' 1) de la venta por el administrador a precio correcto o ventajoso pero no autorizada por la sociedad: aun habiendo obtenido un buen precio, si el vendedor muestra su interés en recomprar, ello producirá normalmente un aumento y encarecimiento para el precio de la nueva compra, por tanto indirectamente acaba produciendo un perjuicio económico a la sociedad y los socios).

c) En la segunda modalidad de conducta típica, la de *contraer obligaciones* a cargo de la sociedad, se exige una *causación directa de un perjuicio económicamente evaluable*. Además la causación debe ser produciendo *directamente* tal perjuicio económico *a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*.

Sobre la exigencia de causación “directa” se han dado muy diversas interpretaciones. De ellas no resultan convincentes la de que ‘directamente’ refleja la necesidad de imputación objetiva entre acción y perjuicio ⁵⁶, o la de que ese término excluye aquellas operaciones

⁵⁵ Véase doctrina citada *supra* nota 28.

⁵⁶ MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 249-250.

que han supuesto finalmente un perjuicio, pero que se encuadran dentro de un riesgo normal y socialmente adecuado⁵⁷, o la que sostiene que ‘directamente’ supone la necesidad de que el perjuicio se traduzca en una pérdida inmediata en la cuenta de resultados, pero no incluye el lucro cesante, recurriendo para el caso a la responsabilidad civil⁵⁸.

La interpretación de ‘directamente’ está relacionada, por una parte con la repercusión económica de la conducta y, por otra, con la definición de sujeto pasivo en este delito. Así se exige, primero, que el perjuicio irrogado (a socios y equiparados) sea directamente evaluable económicamente y no simplemente un perjuicio jurídico (incluyendo el perjuicio moral), que luego indirectamente tenga repercusión económica.

En cuanto al sujeto pasivo, ya hemos visto (detalladamente supra III 3. b) que, a diferencia de la modalidad de disposición de bienes sociales, de las tres posibilidades conceptuales de sujeto perjudicado: sólo la sociedad, sólo los socios o asimilados o ambos conjuntamente, para la modalidad de contraer obligaciones la ley con el uso del adverbio “directamente” ha querido dejar claro que el patrimonio individual de –todos o algunos– socios o asimilados en cualquier caso debe quedar siempre perjudicado como tal, no sólo como repercusión muy indirecta y remota del perjuicio social, para que la conducta sea típica. Y aunque en la mayoría de los casos sea el patrimonio social el que sufra el perjuicio, éste resultará atípico, si al mismo tiempo no se perjudica claramente el patrimonio de al menos algunos socios, depositarios, cuentapartícipes o de otros titulares de los bienes administrados, ya que la sociedad no está en esa lista y el tipo no parece conformarse con el solo perjuicio al patrimonio social. Ciertamente, hay que reconocer que serán absolutamente excepcionales los supuestos en que haya claro perjuicio económico para la sociedad y no lo haya para ninguno de los socios o equiparados, que p. ej. resulten todos beneficiados por una operación de endeudamiento social abusivo. Y por otra parte, en tales casos excepcionales el desvalor de la conducta es mucho menor o incluso podría estar excluido desde el punto de vista societario por el consentimiento expreso, tácito o presunto, del órgano de representación social; y el aspecto lesivo que ese perjuicio para la sociedad puede producir a los legítimos intereses de terceros –empleados o acreedores– ya se tiene en cuenta en los delitos de insolvencias punibles.

4. Parte subjetiva del tipo

1. En la parte subjetiva del tipo, en primer lugar se requiere dolo, por tanto conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo, y no está tipificada la comisión imprudente. Cabe el dolo eventual⁵⁹, que es compatible con la actuación fraudulenta en la disposición de bienes, y como vamos a ver a continuación, con la actuación en beneficio propio o ajeno⁶⁰.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 281-282.

⁵⁸ En contra FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 579.

⁵⁹ Por todos, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 354-355.

⁶⁰ Así LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 61.

2. Elemento subjetivo del tipo o del injusto: en beneficio propio o ajeno. Por último quedaría un elemento dentro de la descripción típica, que exige que el administrador o socio realice la conducta “*en beneficio propio o de un tercero*”.

Aunque podría interpretarse tal requisito en sentido objetivo, como equivalente a “con beneficio”, es decir exigiendo la producción de un segundo resultado además del de perjuicio, la mayoría de la doctrina considera ⁶¹ con razón que nos encontramos ante un específico elemento subjetivo del injusto o del tipo que hay que añadir al dolo y que permite calificar al tipo de administración desleal como un delito cortado de resultado. Este elemento subjetivo, paralelo al ánimo de lucro o enriquecimiento propio o ajeno de otros delitos patrimoniales, pero algo más amplio –ya que admite otros beneficios que no impliquen estrictamente enriquecimiento, v.gr. obtener una posición de poder– es compatible con el dolo eventual. Y el delito estará consumado sin necesidad de que se haya producido un efectivo beneficio propio o de tercero, basta con que el sujeto tienda con su actuación a obtener tal beneficio; esto sucederá en la gran mayoría de los casos, pero tal elemento subjetivo específico hace que resulten atípicos los escasos supuestos en que el administrador actúe únicamente con voluntad de perjudicar a la sociedad o a los socios o equiparados.

5. Causas de exclusión de la tipicidad y de justificación⁶²

Pueden concurrir causas de atipicidad Por una parte causas de exclusión de entrada del tipo indiciario de cualquier injusto por falta de toda relevancia jurídica: Podría plantearse como tal el consentimiento del órgano social o de los socios cuando la operación no sea perjudicial ni para la sociedad ni para los socios o equiparados, ya que materialmente faltará ya la lesión del bien jurídico (patrimonial, pero también el supraindividual). No obstante, realmente no hace falta recurrir al consentimiento como causa de atipicidad, pues a tal conducta le faltan ya los requisitos típicos del perjuicio y del abuso de funciones del cargo; en cambio, recuérdese que no es válido el consentimiento de los socios en una disposición de bienes –descapitalización– que redunde en perjuicio de la sociedad y de terceros (cfr. *supra* II 2 c; III 3 b). La adecuación social de una operación será causa de exclusión ya del tipo indiciario de cualquier injusto si es también jurídicamente adecuada; si no coincide la adecuación social con la jurídica, será sólo causa de exclusión de la tipicidad penal. En cuanto al riesgo permitido hay discusión sobre si es siempre socialmente adecuado y por esa razón o por no haber imputación objetiva excluye la tipicidad, o si es más bien una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad;

⁶¹ NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 286-287, 324; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, 1996, pp. 155-156; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 345; LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 61 y s.

⁶² Sobre ello véase en la administración desleal LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 62 y s. En general, LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN/MIR (eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, pp. 21 y ss.; *Curso DP*, PG I, 1996, pp. 555 y ss.; Causas de atipicidad, en LUZÓN PEÑA (dir.), *EPB*, 2002, pp. 237 y ss.; Causas de atipicidad, en: VALDÁGUA (coord.), *Problemas fundamentais de Direito Penal. Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, Univ. Lusíada, 2002, pp. 109 y ss.

pero en este art. 295 ocurre que si hay riesgo permitido, la conducta es atípica por no obrar el administrador con abuso de las funciones de su cargo.

Por otra parte, habrá exclusión sólo de la tipicidad penal (pero no de la responsabilidad extrapenal: civil o mercantil para el administrador), en virtud del principio de insignificancia, en la causación de perjuicios mínimos, bagatelas, si hay un mínimo desvalor del resultado y de la acción, como en una disposición fraudulenta de bienes de escaso importe (p.ej., 50 €) y sin que el administrador pretenda causar una defraudación mayor, acto que sin embargo puede ser típico desde otra perspectiva: como falta de apropiación indebida inferior a 400 €. Lo mismo ocurrirá si en alguna operación cabe apreciar la circunstancia de tolerancia social.

En cuanto a causas de justificación, aparte de la eventual aplicación excepcional de un estado de necesidad, será aplicable sobre todo el ejercicio legítimo de un derecho y del cargo según las normas de otros campos jurídicos, fundamentalmente del Derecho civil y del mercantil, y en particular lo que quepa desprender de sus regulaciones y principios generales para el riesgo permitido en negocios de riesgo: nos remitimos a lo expuesto (*supra* III.4) al tratar el requisito de obrar con abuso de las funciones propias del cargo de administrador; pero hay que insistir en que, si la conducta no supone abuso de las funciones propias del cargo de administrador, no sólo está justificada sino que es ya directamente atípica al faltar ese elemento de la descripción legal.

6. *Iter criminis*

En el *iter criminis* ⁶³ resumidamente cabe destacar: A diferencia de la apropiación indebida, en la que según el art. 269 son punibles, no lo son por no estar expresamente tipificados los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para la administración desleal (salvo en los casos de disposición fraudulenta que al mismo tiempo constituyan apropiación indebida). Al ser un delito de resultado, cabe no sólo la tentativa inacabada, sino también la tentativa acabada ⁶⁴ cuando no se produzca el perjuicio (para la sociedad o para socios y asimilados, en la forma descrita) requerido por el tipo. En cuanto se produzca el perjuicio, hay consumación, y es irrelevante (salvo para la determinación concreta de la cuantía de pena y para la responsabilidad civil cuando proceda restitución y reparación del daño) si además se obtiene o no el beneficio propio o de tercero perseguido por el autor, lo que pertenece únicamente a la fase de terminación o agotamiento.

7. *Autoría y participación*

En cuanto a *formas de intervención* en el delito ⁶⁵, dado que estamos ante un delito especial propio –ya que en el actual art. 295 el sujeto activo es sólo el administrador societario y no

⁶³ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 63.

⁶⁴ Así MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 77.

⁶⁵ Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico* 2008, pp. 63 y s. En general sobre autoría y participación véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991; también sus artículos: Autoría; Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria; Cooperación necesaria y complicidad; Participación, todos en LUZÓN (dir.), *EPB*, 2002, pp. 139 y ss., 161 y ss., 311 y ss.; 977 y ss.

existe una figura paralela realizada por el administrador de un particular, ni menos por un sujeto cualquiera no administrador-, los *extranei* no administradores no pueden ser nunca autores del delito, ni autores directos individuales ni autores mediatos ni coautores, salvo que se les pueda aplicar la forma de ampliación de la autoría del art. 31 por actuar en nombre o representación de otro (del administrador, o de la propia sociedad aun sin ser administradores), de modo que en los restantes casos, aunque los extraños realicen actos típicos, sus conductas deberán ser reconducidas a la participación, que sí es punible:

No sólo en estos casos, sino en general, cabe la participación -inducción, cooperación necesaria y complicidad- del *extraneus* (aquí el no administrador) en el delito especial, como reconoce la doctrina y jurisprudencia dominantes ⁶⁶ y lo confirma la propia ley, el art.65.3 CP, que prevé en tal caso la posibilidad de atenuación cualificada de la pena al inductor o cooperador necesario *extraneus*. Para el cómplice *extraneus* -que no es mencionado en el art. 65.3- cabe la aplicación normal de la atenuante analógica de sujeto no cualificado, como admite un sector doctrinal y la jurisprudencia moderna ⁶⁷.

8. Concurso y delimitación con otros delitos

1. Hay que delimitar la administración desleal de otras figuras con las que guarda una cierta afinidad⁶⁸.

La tarea de delimitación cobra la mayor importancia frente a otra figura delictiva como es la apropiación indebida, sobre todo cuando se ha interpretado por parte de la jurisprudencia y de la doctrina que la apropiación indebida recoge un tipo de administración desleal en el verbo típico 'distraer' y cuando el objeto del delito es el de dinero. La consecuencia principal de esta delimitación se encuentra en la resolución del concurso cuando ante un hecho real coinciden las características de ambas figuras delictivas. Sobre la apreciación de concurso, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia española considera que hay entre ambas figuras concurso de leyes, que se resuelve para unos por la relación de especialidad a favor de la administración desleal ⁶⁹ pese a que

⁶⁶ Sobre el tema en la administración desleal véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, p. 327. En general véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 395 y ss.; PEÑARANDA, LH-Gimbernat, 2008, pp. 1419 y ss.; OLAIZOLA, en Sánchez Ostiz (coord.), 50 casos, 2010.

⁶⁷ Véase GÓMEZ MARTÍN, en LH-Cobo, 2005, pp. 455 y s.; *Los delitos especiales*, 2006, pp. 544 y ss.; PEÑARANDA, LH-Gimbernat, 2008, pp. 1419 y ss.; OLAIZOLA, «El caso de la construcción de Burgos. STS 18-1-1993 (RJ 1997/6482)» en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), 50 casos, 2010. A favor de la doble atenuación para el cómplice/*extraneus* también la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado.

⁶⁸ Véase más extensamente LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 64 y s.

⁶⁹ BACIGALUPO, en AAVV, *La administración desleal*, 1999, pp. 193 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, en AAVV, *La administración desleal*, 1999, pp. 33 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal» en AAVV, *Derecho Penal económico*, 2001, p. 484, aplica el principio de especialidad, pero considera que la ley especial es el art. 252 frente al 295; en el mismo sentido, SILVA CASTAÑO, «Consolidación de la interpretación del delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: el art. 252 del CP» en BACIGALUPO (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª, 2005, p. 380. Rechazan expresamente el principio de especialidad

generalmente es el tipo más benigno, mientras que para otros se soluciona en virtud de la relación de subsidiariedad, consunción o alternatividad a favor del tipo más grave, que generalmente es la apropiación indebida⁷⁰.

Por el contrario, en nuestro trabajo conjunto "Concurso entre apropiación indebida y administración desleal"⁷¹, sostenemos que, dadas las diferencias entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, que van desde la protección de distintos bienes jurídicos hasta distinto desvalor de acción y distinto desvalor del resultado, en tales supuestos no hay concurso de leyes, sino de delitos, generalmente (al haber una sola acción) concurso ideal del art. 295 con el art. 252 cuando la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad consista precisamente en una apropiación definitiva o en distracción de dinero o efectos, es decir en una apropiación indebida superior a 400 €; y en otras ocasiones de concurso real de ambos tipos delictivos mediante conductas distintas y separadas.

2. Al estar ante un tipo mixto en el art. 295, en caso de que un administrador social realice simultáneamente una disposición fraudulenta de bienes y una contracción de obligaciones por la sociedad perjudicial para sus socios o asimilados, según las circunstancias del supuesto concreto y si ambas operaciones perjudiciales tienen o no entre sí una clara vinculación instrumental o de significado económico-jurídico, podrá tratarse de un tipo mixto alternativo, con un único delito, o, por el contrario, cumulativo, con concurso de dos delitos⁷².

9. Penalidad y perseguibilidad

1. La pena que impone el art. 295 es de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Esta pena, por diversas razones, es inferior a la de la apropiación indebida⁷³. No obstante, desde la posición mayoritaria que opta por el

y aplican el de alternatividad STS 9272/2000, 15-12, que aplica el principio de alternatividad; similar STS 8984/2002, 29-7 (caso Banesto).

⁷⁰ A favor de la subsidiariedad RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, 1997, p.130; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 112 y ss.; aprecia consunción MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal económico, Parte Especial*, 1999, pp. 285 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN *El delito societario administración desleal*, 2001, p. 114. Defienden la alternatividad, VALLE MUÑIZ, «De los delitos societarios» en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios PE*, 1ª ed., 1999, p. 724; QUINTERO/MORALES, en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios PE*, 8ª ed. 2009, p. 926; STS 224/1998, 26-2 (caso Argentinia Trust); siguiéndola y desarrollándola STS 9272/2000, 15-12, rechazando además la especialidad; similar STS 8984/2002, 29-7 (caso Banesto), que admite la alternatividad, pero prefiere más bien (FJ 28) considerar la relación de ambos delitos como círculos tangentes más que como secantes.

⁷¹ LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 181 y ss., 194 y ss. En un sentido similar, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo*, 2005, pp. 275 y ss., 374 y ss. Y recientemente GÓMEZ-JARA, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, p. 194, nota 69, p. 199.

⁷² Véase LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, p. 65.

⁷³ Véase más ampliamente sobre las razones de esa distinta penalidad de ambos delitos LUZÓN/ROSO, *Concurso entre apropiación indebida y administración desleal*, en LUZÓN/ROSO, en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 181 y ss.

concurso de leyes, esa menor pena del art. 295 frente al art. 252 ha propiciado que se busquen argumentos para aplicar más este delito de apropiación indebida al mayor número de casos dentro del ámbito societario. Se echa de menos una pena que tendría mucha eficacia en estos casos como es la inhabilitación especial para el ejercicio de industria y comercio.

2. En la administración desleal, al igual que los restantes delitos societarios, estamos ante un delito semi-privado con excepciones, ya que en el actual CP el art. 296 en su ap. 1 dispone que sólo es perseguible mediante denuncia de la persona agraviada –aquí, según los casos que hemos visto, la sociedad o los socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados– o de su representante (que tendrá que ser otra persona distinta del administrador delincuyente), salvo que pueda denunciar también el Fiscal si el agraviado es menor, incapaz o persona desvalida. Aunque el ap. 2 dispone que “no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”; lo cual podrá suceder con frecuencia en la administración desleal societaria si son muchos los socios o equiparados perjudicados o si se trata de una sociedad importante en el tráfico económico.

10. Bibliografía

AA VV (1996), *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Banco Central Hispano, Madrid.

AA VV (1998), *El nuevo CP y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, Galicia.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (1995), «La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español», en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor a Tiedemann*, BOE, Madrid.

- (1998), «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid.

- (1999), “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, *CPC*, 1999, pp. 521 y ss.

- (1999), “La administración desleal”, *CuadDJ*, 1999-7.

Silvina BACIGALUPO SAGGESSE (2000), “Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal”, *RDPCr*, extraord. 1, 2000, pp. 353 y ss.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ (1997), «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español», en AAVV, *Jornadas sobre Derecho Penal económico. La actividad empresarial desde la perspectiva del nuevo Código Penal español*, Oviedo, Univ. Oviedo/ Federación Asturiana de Empresarios.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Silvina BACIGALUPO SAGGESSE (2001), *Derecho penal económico*, C. E. Ramón Areces, Madrid.

Joerg BRAMMSEN (1989), "Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH-Vermögens?", *DB*, 1989, pp. 1609 y ss.

BUFETE RAMÓN HERMOSILLA (1996), *Los delitos societarios en el CP de 1995*, McGraw Hill, Madrid.

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

José LuíS DÍAZ ECHEGARAY (1997), *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecorvo, Madrid.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona.

- (2002), *Autoría*, pp. 139 y ss.; *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*, pp. 161 y ss.; *Cooperación necesaria y complicidad*, pp. 311 y ss.; *Participación*, pp. 977 y ss.; en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB (Enciclopedia Penal Básica),

Julio DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (1995), «Los delitos societarios en la reforma penal proyectada», en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor a Tiedemann*, BOE, Madrid.

- (2000), "Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el art. 296 del CP", *LL*, 2000-7, pp. 1310-1315.

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/Javier POLO VEREDA (2004), *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Ed. univ. Ramón Areces, Madrid.

Emilio EIRANOVA ENCINAS (1998), *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo, Madrid.

Patricia FARALDO CABANA (1996), *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (1998), «Rasgos comunes a todos los delitos societarios», en AAVV, *El nuevo CP y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia.

- (2000), *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2002), "Acuerdos e la Junta general de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y responsabilidad de los administradores", *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 217 ss.

Silvia FERNÁNDEZ BAUTISTA (2002), «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (dir.)/Rafael LARA GONZÁLEZ (coord.), *Derecho penal de la empresa*, Aranzadi, Navarra.

Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO (1998), *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid.

- (2000), "El caso del Banco Español de Crédito: un "banco de pruebas" para la determinación del sentido de los delitos societarios", *LL*, Núm. 2000-5, pp. 1675 y ss.

Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ (1997), "Sujetos responsables en los delitos societarios", *RP*, Núm. 1, 1997, pp. 21 y ss.

- (1999), «La administración fraudulenta (art. 295 del CP)», en Eduardo GALÁN/José Antonio GARCÍA-CRUCES (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid.

Luigi FOFFANI (1997), *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa (profili penalistici)*, Giuffrè, Milano.

- (1999), "I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995", *Rivista trimestrale di diritto penale commerciale*, 1999, Núm. 1-2, pp. 65-89.

Luigi FOFFANI/Adán NIETO MARTÍN, "Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de Derecho comparado europeo", *RP*, Núm. 17, 2006, pp. 110-141.

Mercedes GARCÍA ARÁN (1996), "Consideraciones sobre los delitos societarios en el nuevo Código penal", *Economist & Jurist*, Núm. 17, pp. 105 y ss.

Percy GARCÍA CAVERO (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona.

- (2006), "Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular (Responsables)", *Indret 3/2006*.

José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (1999), "El concepto de sociedad en la tipificación de los delitos societarios", *AJA*, 389, pp. 1 y ss.

Carlos GARCÍA VALDÉS (1996), «El nuevo DP de los negocios y de las sociedades mercantiles», en AAVV, *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez*, t. IV, pp. 5121 y ss.

Javier GARCÍA DE ENTERRÍA (1996), *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas Madrid.

José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ (1996), «Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código penal», en AAVV, *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Banco Central Hispano, Madrid.

- (1998), "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", *LL*, Núm. 1997-1, pp. 2053-2056; y en ASÚA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Univ. País Vasco, Bilbao.

- (1998), "De nuevo sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", *LL*, Núm. 1998-6, pp. 2174-217.

- (2000), "Corrupción y delito de administración desleal", *LL*, Núm. 2000-7, pp. 1283 y ss.
- (2001), *Curso de DP de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid.
- (2001), «Delitos societarios», en AAVV, *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada*, Núm. 14, CGPJ, Madrid, pp. 563 y ss.
- (2002), «Delitos societarios», en GONZÁLEZ RUS (coord.), *El Código Penal de 1995, cinco años después. Jornadas de Derecho Penal*, Universidad de Córdoba, pp. 55 y ss.
- (2004), "Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la jurisprudencia", *AJA*, Núm. 608, pp. 1 y ss.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), (2008), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2005), «La "actuación por otro" y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid.

- (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer / B de F, Montevideo-Buenos Aires, Madrid.

José Luís GONZÁLEZ CUSSAC (2004), «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XII): Delitos societarios», en VIVES/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan José GONZÁLEZ RUS (1996), «Delitos societarios», en Manuel COBO (dir.), *Curso de DP español, Parte Especial*, T. I, Marcial Pons, Madrid.

- (2005), «Delitos societarios», en Manuel COBO (coord.), *Derecho Penal español, Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

Eduardo GONZÁLEZ VIZCAYA (1997), "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal", *APen*, Núm. 1997-1, pp. 229 y ss.

Esther HAVA GARCÍA (1998), "Comentario a las Sentencias 1/1997 y 224/1998 ("Filesa" y "Argentia Trust"). Falsedad mercantil cometida por particular; apropiación indebida y administración desleal", *RCP*, Núm. 1.

Eusebio HEREDERO SALAMANCA (1969), *Los delitos financieros en la Jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona.

Thomas HILLENKAMP (1981), "Risikogeschaft und Untreue", *NStZ*, pp. 161 y ss.

Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO (1996), "De los delitos societarios y contra los consumidores", *BICAM*, Núm. 1, 3ª época, pp. 9 y ss.

KLUG (1975), *Aktienstrafrecht*, W. de Gruyter, Berlin.

LABSCH (1983), *Untreue* (§ 266 StGB), Schmidt-Römhild, Lübeck.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2002), «Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal», en AAVV, *Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada*, 14, CGPJ, Madrid, pp. 429 y ss.

José María LUZÓN CUESTA (2009), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 16ª ed., pp. 165 y ss.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA (1996), *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Universitas, Madrid.

Diego Manuel LUZÓN PEÑA/Raquel ROSO CAÑADILLAS (2008), «Administración Desleal», en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, pp. 29-68.

- (2008) «Concurso entre apropiación indebida y administración desleal», en BOIX (dir.)/LLORIA (coord.), *Diccionario Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 181-203.

María José MAGALDI PATERNOSTRO (2005), «Los delitos societarios. Administración desleal y apropiación indebida: criterios delimitadores y relaciones entre ambas figuras», en GIMENO JUBERO (dir.), *Derecho penal económico*, Estudios de Derecho Judicial 72, pp. 135-191.

MARINUCCI/ROMANO (1971), “Techniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni”, *RitDP*, pp. 681 y ss.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (1994), “El delito societario de administración fraudulenta (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales)”, *EPCr*, Núm. XVII, pp. 261-352.

- (1995), *Delitos societarios: administración desleal*, en *Reforma penal y delitos contra el orden socio-económico*. Actas XVI Curso de verano San Roque, Universidad de Cádiz.

- (1998), «Los delitos societarios de falsedades documentales y de administración fraudulenta», en AAVV, *El nuevo CP y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia.

- (1999), *Derecho penal económico, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2005), *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed.

- (2001), *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2002), *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2004), «Administración fraudulenta en sociedades de inversión», en TERRADILLOS/ACALE (coords.), *Temas de DP económico. III Encuentro Hispano-Italiano de DP económico*, Trotta, Madrid, pp. 35 y ss.

José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (1996), «Los delitos societarios», en AAVV, *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*, t. 4, Editorial Diario Expansión, Madrid, pp. 347-382.

Ricardo Manuel MATA Y MARTÍN (1995), “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, *RDS*, Núm. 5, pp. 164-176.

- (1997), *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada.
- (1998), “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, *CuadDJ*, Núm. 1998-5, pp. 337-408.
- (1999), “Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del art. 295 del Código Penal”, *RDS*, Núm. 13, pp. 141-162.
- (2001), «Estructura fundamental del delito de administración desleal», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria de Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra.

Belén MAYO CALDERÓN (2005), *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada.

Nicola MAZZACUVA (1992), *Trattato di Diritto penale dell'impresa, II: I reati societari*, Cedam, Padova.

- (1995), «Sanciones administrativas y sanciones penales en materia de ilícitos societarios», en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor a Tiedemann*, BOE, Madrid.

MILITELLO (2002), “I reati di infidelità”, *Diritto penale e processo*, Núm. 6, pp. 698 y ss.

Fermín MORALES PRATS (1999), “Dos cuestiones sobre delitos societarios: la frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades, y el ámbito incriminador de los arts. 291 y 292”, *RDPP*, Núm. 2, pp.45 y ss.

MORENO CÁNOVES/ RUÍZ MARCO (1996), *Delitos socioeconómicos, Comentarios a los arts. 262, 270-310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*, Edijus, Madrid.

Antonio MOYA JIMÉNEZ (2007), *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona.

Francisco MUÑOZ CONDE (1997), «Delitos societarios», en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *La reforma de la justicia penal, Libro Homenaje a Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castellón.

- (2001), «Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal», en AAVV, *Libro Homenaje a Barbero Santos. In memoriam, II*, Universidad Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca.
- (2009), *Derecho Penal, Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Enzo MUSCO (2002), *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano.

NAPOLEONI (1992), *I reati societari, I: La tutela penale del capitale sociale; II: Infideltà ed abusi di potere*, Giuffrè, Milano.

NELLES (1991), *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, Duncker & Humblot, Berlin.

Adán NIETO MARTÍN (1996), *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona.

Inés OLAIZOLA NOGALES (2010), «El caso de la construcción de Burgos. STS 18-1-1993 (RJ 1997/6482)», en Pablo SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *50 casos que hicieron doctrina*, La Ley, Madrid.

Enrique ORTS BERENGUER (1995), “La administración fraudulenta de bienes en el Ordenamiento vigente y en el Proyecto de CP de 1994”, *CuadDJ*, Núm. 1995-11, pp. 213 y ss.

Enrique PEÑARANDA RAMOS (2008), «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en AAVV, *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid.

Ignacio PÉREZ VALERO (2001), “Los distintos conceptos de delito societario del código penal de 1995”, *LL*, Núm. 2001-2, pp. 1653 y ss.

Javier POLO VEREDA (1998), “Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos”, *LL*, Núm. 1998-2, pp. 2044 y ss.

Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ (2002), *Derecho Penal español*, PE, 4ª ed.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (1998), «Sobre los delitos societarios en el nuevo CP (Cuestiones generales)», en ASÚA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Bilbao, Universidad del País Vasco, pp. 165 y ss.

- (1999), “Límites problemáticos: apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad documental”, *RDPP*, Núm. 1, 1999, pp. 41 y ss.

- (2001), “El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios”, en Libro Homenaje a Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (2004), «Comentario al art. 295», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra.

Vicenç RIBAS FERRER (2010), *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid.

José Manuel RÍOS CORBACHO (2006), “Aspectos controvertidos del delito de administración fraudulenta del patrimonio social, (art. 295 CP)”, *RDPP*, Núm. 16, pp. 139-158.

Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (1996), “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, *ADPCP*, pp. 424 y ss.

- (1997), *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, McGraw-Hill, Madrid.
- (1998), "Algunas reflexiones acerca de sentencia del "Caso Argentinia Trust" (STS 26-2-1998)", *TSJAP*, Núm. 3, pp. 9 y ss.
- (2002), "Administración societaria fraudulenta y Derecho penal (Comentario a la SAN 31-3-2000, Caso Banesto)", *RDPC*, Núm. 9, 2002, pp. 255-295.
- (2002), "Delitos societarios", *EPB*, pp. 545 y ss.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1984), "Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios", *ADPCP*, pp. 677-691.

- (1996), «Análisis del art. 294 del nuevo Código Penal», en AA VV, *El nuevo Código Penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Banco Central Hispano, Madrid.
- (1999), "El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal", *CuadDJ*, Núm. 1999-7, pp. 11 y ss.
- (2006), "Consideraciones generales sobre los delitos societarios", *AAMNot*, Núm. 44, pp. 189 y ss.
- (1996), "Los nuevos delitos pseudosocietarios", *BICAM*, Núm. 1 (3ª época), pp. 71-95.

Luís RODRÍGUEZ RAMOS (1998), «Aspectos generales de los delitos societarios», en ASÚA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Universidad del País Vasco, Bilbao.

- (1999), "La administración desleal del art. 295 del Código Penal", en *CuadDJ*, Núm. 1999-7, pp. 33 y ss.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO (1995), «Capítulo XIII. De los delitos societarios», en VIVES/ET AL, *Comentarios al CP de 1995*, 2ª ed., Tirant, Valencia.

- (1997), *Los delitos societarios en el CP de 1995*, Valencia, Tirant, 1998;

RUIZ RODRÍGUEZ (1997), *Protección penal del mercado de valores. Infidelidades en la gestión de patrimonios*, Tirant, Valencia.

SAMSON/GÜNTHER (1996), "§ 266", en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER, *Systematischer Kommentar zum StGB*, t. 2, Besonderer Teil, 5.ª ed.

Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ (1996), *Los delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi.

- (2001), «Algunas reflexiones sobre el delito de administración societaria desleal del art. 295 del CP de 1995», Libro Homenaje a Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra.

SCHNEIDER (1972), *Die Untreue nach dem neuen Aktienrecht*, Bochum, München.

SCHÜNEMANN (1998), "§ 266 (Untreue)", en *StGB. Leipziger Kommentar, Grosskommentar*, 11ª.

SEHER (1965), *Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichende Darstellung*, Frankfurt, Berlin, Vahlen.

Sergio SEMINARA (2004), «El delito de infidelidad en la gestión de los intermediarios financieros», en TERRADILLOS/ACALE (coords.), *Temas de DP económico. III Encuentro Hispano-Italiano de DP económico*, Trotta, Madrid.

Fernando SEQUEROS SAZATORNIL (2002), “Los difusos contornos de los delitos societarios y su imprecisa frontera con otras conductas afines”, *APen*, Núm. 15, pp. 349 y ss.

- (2003), *Delitos societarios y conductas afines (La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores)*, La Ley-Actualidad, Madrid.

Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO (1992), “Los delitos societarios en el nuevo Código penal”, *AJA*, Núm. 48, pp. 1 y ss.

Alfonso SERRANO GÓMEZ (1993), “Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas”, *APen*, Núm. 28, pp. 387 y ss.

Alfonso SERRANO GÓMEZ/Alfonso SERRANO MAÍLLO (2009), *Derecho Penal*, PE, 14^a ed., Dykinson, Madrid.

María Luísa SILVA CASTAÑO (1997), *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, Madrid.

- (1999), «Consolidación de la interpretación del delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: el art. 252 del CP (Estudio de la STS de 26/0298: Caso Conde y el ATC 1295/98)», en CANCINO (dir.), *El DP español de fin de siglo. Estudios en homenaje a E. Bacigalupo*, Gustavo Ibáñez, Bogotá.

- (2005), «Consolidación de la interpretación del delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: el art. 252 del CP (Estudio de la STS de 26/0298: Caso Conde y el ATC 1295/98)», en BACIGALUPO (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1996), «Los delitos societarios en el Derecho Comparado, el Derecho vigente y el nuevo CP», en AAVV, *El CP de 1995: Parte especial*, CGPJ/Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona.

Carlos Jesús SUÁREZ GONZÁLEZ (1997), «De los delitos societarios», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/Jorge BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, Civitas, Madrid.

- (1998), «Delitos societarios», en BAJO (dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, II*, C.E. Ramón Areces, Madrid.

- (2002), «Aspectos político-criminales de los delitos socioeconómicos en el CP español, con especial referencia a los delitos societarios», en CORCOY BIDASOLO (dir.)/LARA GONZÁLEZ (coord.), *Derecho penal de la empresa*, Aranzadi, Navarra.

Juan TERRADILLOS BASOCO (1983), "Delitos financieros", *DJ*, Núm. 37/40.

- (1987), *Delitos societarios. El Derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Akal/Iure, Madrid.

- (1995), *Derecho Penal de la empresa*, Trotta, Madrid.

- (1997), «Los delitos societarios», en DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo CP de 1995*, Tirant, Valencia.

- (1998), «Delitos contra el orden socioeconómico: los nuevos delitos societarios», en ASÚA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Universidad País Vasco, Bilbao.

Klaus TIEDEMANN (1976), *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 2: Besonderer Teil*, Rowohlt, Reinbeck b. Hamburg.

-(1993), *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona.

José Manuel VALLE MUÑIZ (1999), «De los delitos societarios», en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra.

José Manuel VALLE MUÑIZ/Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (2005), «De los delitos societarios», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra.

WASSMER (1997), *Untreue bei Risikogeschäften*, Müller, Heidelberg.

WEBER (1977), «Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts»; en AAVV, *Festschrift für Dreher*, W. de Gruyter, Berlin.

WODICKA (1993), *Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter*, Lang, Frankfurt.

Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
<i>STS, 2ª, 26.2.1998 (caso Argentia Trust)</i>	<i>RJ 1196</i>	<i>José Jiménez Villarejo</i>	<i>Mario Conde Conde c. Ministerio Fiscal</i>
<i>STS, 2ª, 29.07.2002 (caso Banesto)</i>	<i>RJ 6357</i>	<i>José Antonio Martín Pallín</i>	<i>Mario Conde Conde et al.c. Ministerio Fiscal, acusaciones populares y acusaciones particulares</i>
<i>STS, 2ª, 15.12.2000</i>	<i>RJ 9763</i>	<i>Candido Tourón</i>	<i>Conde-Pumpido Manuel H.L c. Ministerio Fiscal y acusación particularl</i>