

**EL DELITO DE
ADMINISTRACIÓN DESLEAL
CLAVES PARA UNA INTERPRETACIÓN
DEL NUEVO ART. 252 DEL CÓDIGO PENAL**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de Publicaciones

**EL DELITO DE
ADMINISTRACIÓN DESLEAL
CLAVES PARA UNA INTERPRETACIÓN DEL
NUEVO ART. 252 DEL CÓDIGO PENAL**

**Nuria Pastor Muñoz
Ivó Coca Vila**

Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Catedrático acr. de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila

© 2016 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-14-3

Depósito legal: B-10243-2016

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

A Jesús-María Silva Sánchez, nuestro maestro.

ÍNDICE

NOTA PREVIA	13
PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	19

PRIMERA PARTE
ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA REFORMA.
EL CAMBIO DE MODELO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO
PENAL ESPAÑOL

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO 2. ASPECTOS ESENCIALES DE LA NUEVA REGULACIÓN	29
2.1. Rasgos del nuevo modelo de administración desleal	29
2.2. Los cambios experimentados por los tipos de apropiación indebida: ¿una vuelta a la apropiación indebida «tradicional»?	33
2.3. Personas jurídicas y administración desleal	36
CAPÍTULO 3. LA EVOLUCIÓN DE LAS RESPUESTAS JURÍDICO-PENALES A LA DESLEALTAD EN LA GESTIÓN DE PATRIMONIOS AJENOS HASTA LA LO 1/2015 . . .	39
3.1. La situación hasta el Código penal de 1995.	40
3.2. La tipificación del delito societario de administración fraudulenta del art. 295 CP.	41
3.3. La articulación del antiguo tipo de apropiación indebida (art. 252 CP) con el (ahora derogado) delito societario de administración fraudulenta (art. 295 CP)	45
CAPÍTULO 4. EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL § 266 StGB Y DEL § 153 ÖStGB: UN REFERENTE PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 252 CP. .	51
4.1. Introducción	51
4.2. El deber de custodia patrimonial.	56
4.3. La infracción del deber de custodia patrimonial en el tipo de abuso . .	60
4.4. La infracción del deber de custodia patrimonial en el tipo de infidelidad	63

4.5. El criterio de la gravedad de la infracción del deber.	68
4.6. El resultado de perjuicio patrimonial.	69
4.7. El delito de administración desleal en el ordenamiento austríaco: el § 153 öStGB	71

SEGUNDA PARTE

LA INTERPRETACIÓN DEL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

CAPÍTULO 5. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO ESTRICTAMENTE PATRIMONIAL	75
CAPÍTULO 6. APROXIMACIÓN AL INJUSTO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	81
CAPÍTULO 7. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 252 CP	87
7.1. La discusión en torno al alcance de la concepción mixta jurídico-económica dominante.	87
7.2. La relevancia de los fines del titular en la definición del patrimonio protegido por el art. 252 CP	90
7.3. La discusión sobre la pertenencia de las expectativas al patrimonio protegido por el tipo de administración desleal.	93
7.4. La ajenidad del patrimonio administrado	100
CAPÍTULO 8. NATURALEZA Y LÍMITES DEL DEBER DEL AUTOR DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	107
8.1. El nacimiento de la posición de garantía jurídico-penal del administrador y su deslinde respecto a los deberes jurídico-privados del administrador	107
8.2. El deber del autor del delito de administración desleal como deber de velar por los intereses patrimoniales administrados	110
8.3. La atribución de facultades jurídicas sobre el patrimonio ajeno como presupuesto del deber de velar por éste	112
8.4. La restricción del ámbito de aplicación del art. 252 CP mediante la exigencia de gestión «autónoma» del patrimonio ajeno.	113
8.5. ¿Es la «gravedad» de la infracción del deber una exigencia del tipo de administración desleal?	116
CAPÍTULO 9. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA TIPICIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN COMISIÓN POR OMISIÓN.	119
9.1. La conducta típica de administración desleal: la infracción del deber de velar por los intereses patrimoniales administrados en el ejercicio de las funciones de administrador	119
9.2. La comisión del delito de administración desleal por omisión.	122
9.3. ¿Constituye administración desleal la celebración de negocios nulos o de negocios anulables?	126

CAPÍTULO 10. EL RIESGO PERMITIDO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL . .	129
10.1. El riesgo permitido de administración perjudicial.	129
10.2. Desarrollo de los criterios de definición del riesgo permitido	131
10.3. Los negocios de riesgo	135
10.4. Los negocios gratuitos	136
10.5. Administración desleal típica y mala gestión atípica	137
10.6. El pago de bonos, pensiones y retribuciones a los administradores .	138
CAPÍTULO 11. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL PATRIMONIO COMO EVENTUAL CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RELEVANCIA PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL . .	143
11.1. Introducción: consentimiento y atipicidad	143
11.2. La validez (jurídico-penal) del consentimiento como presupuesto de la redefinición de la relación interna entre administrador y titular del patrimonio	145
11.3. Problemas de consentimiento en el caso de los patrimonios sociales.	148
CAPÍTULO 12. EL PERJUICIO COMO RESULTADO TÍPICO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: CONCEPTO, ALCANCE Y CÁLCULO	153
12.1. El concepto de perjuicio.	154
12.2. La fórmula para la determinación del perjuicio	155
12.3. El problema del cálculo del perjuicio.	159
12.4. El momento consumativo y el tratamiento de las denominadas «situaciones de peligro de perjuicio».	161
12.5. La valoración jurídico-penal de la conducta del administrador consistente en <i>revocar</i> el perjuicio causado	165
12.6. El perjuicio en los casos de administración desleal por omisión.	168
CAPÍTULO 13. PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	171
13.1. El delito del art. 252 CP como delito de posición	171
13.2. Administración desleal y delegación	173
13.3. Autoría y participación de los directivos en el delito de administración desleal cometido por sus subordinados	175
13.4. Autoría y participación de los miembros del órgano de administración por acuerdos constitutivos de administración desleal	177
13.5. ¿Deber del administrador de evitar delitos de administración desleal cometidos por otros miembros del órgano de administración?	181
CAPÍTULO 14. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL .	187

TERCERA PARTE

LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 252 CP EN EL TRATAMIENTO DE ALGUNOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO 15. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y CORRUPCIÓN (I): LOS PAGOS DE CORRUPCIÓN Y LA LLEVANZA DE CAJAS B A LA LUZ DEL NUEVO ART. 252 CP	195
15.1. La creación de cajas B y la omisión de informar de su descubrimiento	196

15.2. Los pagos de corrupción desde la perspectiva del delito de administración desleal.	203
15.3. La relevancia del consentimiento del titular del patrimonio administrado	207
15.4. La irrelevancia del ánimo de beneficiar a la sociedad	207
15.5. Los pagos de corrupción en contextos de corrupción sistémica.	209
CAPÍTULO 16. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y CORRUPCIÓN (II): LOS CASOS DE KICK-BACK A LA LUZ DEL NUEVO ART. 252 CP	213
16.1. El concepto de <i>kick-back</i>	214
16.2. El tratamiento jurídico-penal de los supuestos de <i>kick-back</i>	216
16.3. ¿El <i>kick-back</i> como conducta típica de administración desleal?	218
CAPÍTULO 17. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	225
17.1. ¿Constituye administración desleal típica la no adopción de un programa de cumplimiento?	226
17.2. El programa de cumplimiento: ¿herramienta idónea para determinar el ámbito de libre actuación de los administradores?	230
CAPÍTULO 18. ¿ADMINISTRACIÓN DESLEAL MEDIANTE LA COMISIÓN DE ILÍCITOS?	233
18.1. Las soluciones de la doctrina	238
18.2. Propuesta de solución.	241
18.3. El riesgo de que terceros autorresponsables menoscaben el patrimonio administrado: ¿un riesgo típico conforme al art. 252 CP?	244
18.4. Responsabilidad «penal» de la persona jurídica y administración desleal por la comisión de ilícitos	247
CUARTA PARTE	
LA RELACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y EL DELITO SOCIETARIO DEL ART. 291 CP	
CAPÍTULO 19. LA RELACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL ART. 252 CP CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA (ARTS. 253 Y 254 CP)	251
CAPÍTULO 20. LA RELACIÓN DEL ART. 252 CP CON EL DELITO DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS DEL ART. 291 CP	257
CONCLUSIONES	261
BIBLIOGRAFÍA	265

NOTA PREVIA

El presente estudio aborda el análisis del nuevo delito de administración desleal, recogido en el art. 252 CP (Sección 2 del Capítulo VI del Título XIII del Libro II: «De la administración desleal»), introducido por la LO 1/2015. Dicha ley modifica sustancialmente las respuestas jurídico-penales al fenómeno de la gestión desleal, el cual había encontrado hasta el momento cabida en parte en el tipo de «gestión desleal» del —hoy derogado— art. 252 CP (esencialmente, en los casos de actos de disposición que respondían a un «negocio vacío») y en parte en el delito societario del —también ya derogado— art. 295 CP (en el caso de actos de disposición o contracción de obligaciones por parte de administradores de sociedades). La LO 1/2015 ha derogado el art. 295 CP e incorporado en el nuevo art. 252, un tipo genérico de administración desleal, en el que, dada su amplitud e indeterminación, se puede subsumir un amplísimo abanico de conductas de gestión desleal lesivas para el patrimonio administrado. Por ello, definir qué actos de gestión perjudicial para un patrimonio ajeno son penalmente típicos supone un importante reto interpretativo y dogmático. Al respecto, resulta esencial, por una parte, determinar quién es «administrador» en el sentido del art. 252 CP —el sujeto idóneo— y cuál es el alcance de su deber de lealtad frente al patrimonio administrado. En este nivel es necesario definir el alcance de los espacios de riesgo permitido en la gestión de patrimonios ajenos y el papel que desempeña el consentimiento del titular patrimonial al hecho *prima facie* típico (especialmente en el ámbito societario). Por otra parte, dado que el art. 252 CP no tipifica una mera deslealtad, sino que ésta ha de ser idónea para generar un perjuicio patrimonial, siendo tal perjuicio el resultado típico del delito, es ahora imprescindible definir el concepto de patrimonio protegido por el art. 252 CP, determinar el perjuicio típico, así como la relevancia que puede tener a tal efecto la no realización de meras expectativas de enriquecimiento. Solo entonces estaremos en disposición de valorar si comete el delito de administración desleal, por ejemplo, el administrador que no realiza un derecho de crédito de la sociedad, el que crea o gestiona una caja B o el que paga comisiones ilícitas para conseguir

determinados contratos aparentemente provechosos para el titular del patrimonio administrado. Además, la reforma de 2015 modifica sustancialmente los términos de la discusión sobre la relación entre el tipo de administración desleal y los tipos de apropiación indebida (que también han sido modificados: arts. 253 y 254 CP). A estos y otros problemas se dedican las líneas que siguen, con la pretensión de que sirvan al operador jurídico como guía interpretativa del nuevo delito de administración desleal.

PRÓLOGO

Al legislador penal español finalmente le dio por reformar el tratamiento legal de la gestión desleal. Algo que, de entrada, y a la vista del caos de veinte años de interacción entre la deslealtad societaria y la deslealtad del tipo de apropiación indebida, es digno de aplauso. Así, derogó el art. 295 CP e introdujo en el art. 252 de nuevo cuño un delito de administración desleal de amplio espectro, no ceñido sólo a la actuación de administradores (o socios) de sociedades mercantiles. Eso tuvo lugar a mediados de 2015.

Pues bien, menos de un año después Nuria Pastor (Dr. iur. 2002) e Ivó Coca (Dr. iur. 2015), significados miembros de dos generaciones del *círculo* de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, ofrecen al lector en español un gran libro. En realidad han escrito *el* libro sobre la administración desleal, la piedra firme en la que deberán basarse las futuras monografías que se escriban al respecto. Por eso se trata de una obra que, entre otras muchas cosas, analiza exhaustivamente la bibliografía alemana sobre el § 266 StGB, fuente tan problemática como inspiradora del nuevo art. 252 CP. Ciertamente, sin conocer la *Untreue* y sus inacabables problemas –para empezar, de taxatividad- es difícil acometer la tarea de interpretar y de guiar la aplicación del nuevo texto legal.

El caso es que el lector hallará en las páginas que siguen rigurosas propuestas interpretativas del art. 252 CP. Estas, lejos de una estéril exégesis, toman como referencia la dogmática de la Parte General (por ejemplo, en materia de comisión por omisión, riesgo permitido o consentimiento) como la de la Parte Especial (por ejemplo, en cuanto a los conceptos de patrimonio o de perjuicio). Es decir, llevan a cabo una auténtica *dogmática aplicada* de la teoría del delito (o, para quien prefiera esta terminología, una reconstrucción sistemático-teleológica del tenor literal del texto). El único método que, a mi entender, puede arrojar resultados sostenibles para su aplicación racional.

A partir de tal premisa metodológica, los autores no sólo abordan una teoría general del tipo de administración desleal asentada sobre la base del *deber de velar por los intereses patrimoniales administrados*. Examinan también los problemas de autoría y participación que se suscitan en su aplicación, así como las

respuestas al problema de que algunas modalidades comisivas puedan caracterizarse como estructuras de consumación anticipada. Un desistimiento postconsumativo supralegal excluyente o atenuante de la responsabilidad o bien una reparación concebida como atenuante cualificada aparecen como alternativas de solución. Probablemente la mayoría de estos problemas se resolverían si se introdujera en la legislación española una *regularización* excluyente de pena en todos los delitos patrimoniales, acogiendo la fórmula del interesantísimo §_167 (*tätige Reue*) del Código penal austríaco, en cuyo análisis no puedo detenerme ahora. En todo caso, los autores no se quedan aquí sino que tratan detenidamente algunos de los problemas aplicativos que la actualidad reciente –y no tan reciente– obliga a resolver: así, entre otros, la concurrencia de administración desleal en las muchas variantes del fenómeno de la corrupción, en los casos de no implantación de un modelo de prevención de delitos, etc. Los autores saben hacer fácil lo difícil escribiendo con una claridad encomiable, de modo que la lectura del libro es recomendable no sólo por su contenido sino también, lo que es cada vez menos frecuente, por el cuidado de la sintaxis.

En el prólogo de un libro sobre administración desleal resulta inevitable referir la parábola de los talentos (Mt.25, 14-30):

«Un hombre que se iba al extranjero llamó a sus siervos y les encomendó su hacienda: a uno dio cinco talentos, a otro dos y a otro uno, a cada cual según su capacidad; y se ausentó. Enseguida, el que había recibido cinco talentos se puso a negociar con ellos y ganó otros cinco. Igualmente el que había recibido dos ganó otros dos. En cambio el que había recibido uno se fue, cavó un hoyo en tierra y escondió el dinero de su señor. Al cabo de mucho tiempo, vuelve el señor de aquellos siervos y ajusta cuentas con ellos. Llegándose el que había recibido cinco talentos, presentó otros cinco, diciendo: Señor, cinco talentos me entregaste; aquí tienes otros cinco que he ganado. Su señor le dijo: ¡Bien, siervo bueno y fiel!; en lo poco has sido fiel, al frente de lo mucho te pondré; entra en el gozo de tu señor. Llegándose también el de los dos talentos dijo: Señor, dos talentos me entregaste; aquí tienes otros dos que he ganado. Su señor le dijo: ¡Bien, siervo bueno y fiel!; en lo poco has sido fiel, al frente de lo mucho te pondré; entra en el gozo de tu señor. Llegándose también el que había recibido un talento dijo: Señor, sé que eres un hombre duro, que cosechas donde no sembraste y recoges donde no esparciste. Por eso me dio miedo, y fui y escondí en tierra tu talento. Mira, aquí tienes lo que es tuyo. Mas su señor le respondió: Siervo malo y perezoso, sabías que yo cosecho donde no sembré y recojo donde no esparcí; debías, pues, haber entregado mi dinero a los banqueros, y así, al volver yo, habría cobrado lo mío con los intereses. Quitadle, por tanto, su talento y dáselo al que tiene los diez talentos. Porque a todo el que tiene, se le dará y le sobrarán; pero al que no tiene, aun lo que tiene se le quitará. Y a ese siervo inútil, echadle a las tinieblas de fuera. Allí será el llanto y el rechinar de dientes.»

El talento, como indica la cuarta acepción del Diccionario, era una moneda de cuenta de los griegos y los romanos. Eso hace inteligible la parábola en su sentido literal, a la vez que la convierte en, probablemente, el texto más cono-

cido del mundo sobre administración desleal por omisión, con indicación de pena incluida. Pero es obvio que Jesucristo no pretendía transmitir un mensaje jurídico. Por eso, tomando las acepciones primera y segunda del Diccionario, que asocian el talento a la inteligencia y a la aptitud, quiero subrayar que Nuria e Ivó, tanto en esta como en anteriores obras –y en las que vendrán-, no han desaprovechado ni uno solo de los talentos (y son muchos, muchos) que Dios les ha dado. Al contrario, los están haciendo fructificar en obras que despiertan la admiración de propios y extraños, en España e Iberoamérica, en Alemania y, en fin, *all over the world*. En el caso de Ivó, esto no ha hecho más que empezar. Pronto tendré que reencontrarme con Uds. para presentar la publicación de su tesis doctoral; pero conviene que vayamos por partes.

Nuria e Ivó han escrito un gran libro. Y con ello nos enorgullecen. Dignos son del saludo ciceroniano que me gusta convertir en santo y seña de nuestro círculo:

Salve Nuria et Ivonis!

Si vos valetis bene est, ego quoque valeo.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ