

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: ANÁLISIS DE  
LA CONDUCTA TÍPICA

*THE CRIME OF UNFAIR ADMINISTRATION: ANALYSIS OF THE  
TYPICAL BEHAVIOR*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 656-681*

Víctor MUÑOZ  
CASALTA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 11 de febrero de 2022

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de junio de 2022

**RESUMEN:** La LO 1/2015 modificó radicalmente la descripción típica del delito de administración desleal, de tal suerte que su esfera punitiva se vio ampliada respecto su predecesor, el art. 295 CP. En el presente artículo se analiza el alcance de la conducta típica del delito de administración desleal, planteándonos, desde la configuración de los deberes inherentes a la administración, si en la misma caben los denominados comportamientos desleales o solamente los abusivos y si pueden castigarse los excesos extensivos, intensivos o ambos.

**PALABRAS CLAVE:** Administración desleal; abuso; deber de lealtad; deber de diligencia; discrecionalidad administración; exceso intensivo; exceso extensivo

**ABSTRACT:** *The LO 1/2015 radically modified the typical description of the crime of unfair administration, so that its punitive sphere was expanded with respect to its predecessor, art. 295 CP. This article analyzes the scope of the typical conduct of the crime of unfair administration, considering, from the configuration of the duties inherent to the administration, whether it includes the so-called unfair behaviors or only the abusive ones and whether the extensive or intensive excesses, or both, can be punished.*

**KEY WORDS:** *Unfair administration; abuse; duty of loyalty; duty of care; administrative discretion; intensive excess; extensive excess.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONDUCTA TÍPICA.-** 1. Acción típica: ¿Abuso o infidelidad?.- A) Concreción de los deberes y facultades del administrador como límites a las facultades para administrar.- a) Deber de lealtad.- b) Deber de diligencia.- 2. La discrecionalidad en la gestión del patrimonio como límite en la aplicación del art. 252 CP.- 3. Interpretación del concepto jurídico-penal del exceso en el delito de administración desleal: ¿Exceso intensivo o extensivo?

---

## **I. INTRODUCCIÓN.**

El presente artículo se centra en el estudio de la conducta típica que presenta el delito de administración desleal previsto en el art. 252 CP.

El delito de administración desleal presenta una descripción típica cuanto menos novedosa, ya que como se desarrollará a lo largo de las siguientes páginas, a diferencia de su antecesor -que describía la acción como una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o la contracción de obligaciones a cargo de esta-, la nueva descripción prevista en el art. 252 CP no incluye las modalidades de acción, sino que se limita a tipificar el exceso en el ejercicio de las facultades de administrar.

Esta redacción, como veremos, plantea serias dudas respecto a la taxatividad del precepto, porque como analizaremos, nada obsta a integrar en el nuevo precepto el tipo de infidelidad que incluyó tanto el Anteproyecto de 2012 como el Proyecto de 2013 y que, sin explicación alguna, desapareció del texto definitivo incluido en la LO 1/2015.

## **II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONDUCTA TÍPICA.**

### **I. Acción típica: ¿Abuso o infidelidad?**

La acción típica del delito de administración desleal del art. 252 CP consiste en la infracción de las facultades que una persona tiene para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en su ejercicio, siempre que tales funciones provengan de la ley, vengán encomendadas por la autoridad o sean asumidas mediante un negocio jurídico.

Como se puede comprobar, el legislador español no ha previsto una modalidad de acción concreta, sino que ha optado por prever una modalidad genérica de la que deberemos definir su radio de acción.

#### **• Víctor Muñoz Casalta**

Doctor en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Barcelona y profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona impartiendo actualmente la asignatura de Derecho Penal Económico. Además, es abogado en ejercicio, siendo su campo de especialización el Derecho Penal, y más concretamente el Derecho Penal Económico.

Podemos comprender la voluntad del legislador observando las diferentes redacciones dadas al art. 252 CP durante la tramitación parlamentaria de lo que finalmente fue la LO 1/2015. De hecho, ello nos ayudará a definir las concretas conductas que darán lugar a la acción típica.

El legislador español optó inicialmente -Anteproyecto de 2012- por seguir casi de forma literal el modelo alemán previsto en el § 266 StGB, incluyendo por tanto el tipo de deslealtad/infidelidad.

Así, el modelo alemán incluye en un mismo apartado dos conductas diferenciadas: el denominado tipo de abuso "Missbrauchstatbestand", cuya conducta consiste en abusar de las facultades para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro, facultades que deberán provenir de la ley, de encargo de la autoridad o negocio jurídico; y el denominado tipo de infidelidad "Treuebruchtatbestand", que castiga a quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos, derivados estos de la ley, de encargo de la autoridad, de negocio jurídico o de una relación de confianza con el sujeto pasivo. Para ambos preceptos se requiere un perjuicio a los intereses patrimoniales que se deben salvaguardar. Por tanto, vemos como la transcripción española prácticamente acoge en su totalidad la alemana.

Esta previsión se mantuvo de igual forma en el Proyecto de 2013 -en este variaron ciertos elementos de la conducta típica que referiremos más adelante-. Sin embargo, en el texto definitivo aprobado por la LO 1/2015 desapareció el ordinal segundo, por lo que a priori, desaparece el tipo de deslealtad/infidelidad que se preveía anteriormente al texto definitivo para restar únicamente una modalidad de acción muy parecida al abuso que contiene el § 266 StGB<sup>1</sup>.

Sin embargo, y más allá de que el legislador optara por eliminar la modalidad de deslealtad/infidelidad del texto definitivo, la forma genérica con la que el legislador ha descrito la conducta típica plantea serias dudas sobre si en esta puede acogerse, además del tipo de abuso, el tipo de deslealtad/infidelidad.

Sobre esta cuestión, que sin género de dudas se configura como la más importante a los efectos de determinar el alcance del tipo del art. 252 CP, ya se habían pronunciado diversos autores con anterioridad a su eliminación por la LO 1/2015, esto es, cuando el propio texto la incluía como modalidad típica.

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 78.

Fue el CF<sup>2</sup> de los primeros en advertir que, incluso cuando el art. 252 del Anteproyecto de 2012, así como del Proyecto de 2013, diferenciaban en el ordinal primero lo que podría asemejarse a una conducta de abuso, y en el ordinal segundo una conducta constitutiva de deslealtad/infidelidad; en realidad, el abuso requiere la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial, por lo que es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad. Afirmaba el CF que el primer ordinal se refería a lo que la jurisprudencia había venido describiendo como exceso extensivo, y en el segundo ordinal se refería al exceso intensivo, conductas que hasta la modificación del art. 252 habían servido para diferenciar -entre otros criterios como el de la temporalidad de la disposición, p.ej.- la apropiación indebida del extinto art. 253 CP de la administración desleal del también extinto art. 295 CP.

Sin embargo, siguiendo la comparativa con el modelo alemán, se expone que el legislador alemán unificó la denominada teoría del abuso con la denominada teoría del deber de fidelidad, ya que para la doctrina mayoritaria alemana, así como para la jurisprudencia, unificar ambas teorías supone evitar un desbordamiento típico del § 266 StGB, siendo finalmente que la acción consiste en una disposición o una creación de obligaciones jurídicamente eficaces, más allá de la relación establecida, lo que supone una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre sujeto pasivo y sujeto activo, por lo que el tipo de abuso que prevé el precepto alemán no deja de ser un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, ya que el primero requiere la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial.

Al respecto, concluía el CF que la mejor opción, en aras a conseguir una visión unitaria del delito de administración desleal, era la de refundir ambos apartados en uno solo. También interesó el CF la sustitución de los verbos típicos, interesando la sustitución de las *facultades para disponer* que se preveían en el art. 252 del Anteproyecto, por las *facultades para administrar*, al entender que el abuso de las facultades no se produce solamente mediante la realización de actos de enajenación, sino también mediante la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido una posición jurídica.

Una vez aprobado el texto definitivo y desaparecido el tipo de infidelidad que preveía el art. 252.2 del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de 2013, las críticas a la inclusión del segundo en el primero (esto es, a la inclusión de la modalidad de infidelidad en la modalidad de abuso) han continuado produciéndose. Dichas críticas se han articulado respecto el hecho de que el tipo de abuso definitivamente previsto en el art. 252 CP se aparta ligeramente del tipo de abuso alemán, cuyas

2 Fiscalía General del Estado: "Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal", Madrid, 8 de enero de 2013, p. 227.

conductas consisten en la disposición abusiva de los bienes administrados o en la contracción abusiva de obligaciones, las cuales resultan prácticamente idénticas a las modalidades de acción que preveía el extinto art. 295 del Código Penal.

A mayor abundamiento, nuevamente debe señalarse que el Anteproyecto de 2012 hacía referencia a “las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno”, por lo que todo hacía pensar que el ámbito de delimitación típica se centraría en las disposiciones abusivas y en la contracción abusiva de obligaciones, esto es, manteniendo las modalidades de acción del antiguo 295 CP pero trasladando su ámbito de aplicación al patrimonio ajeno, y no solamente societario. Sin embargo, esta descripción típica fue modificada en el Proyecto de 2013, muy seguramente por las críticas al respecto formuladas tanto por el CF como por el Consejo de Estado, quien en su Dictamen sobre el Anteproyecto de 27 de junio de 2013 sugirió al legislador reconsiderar el uso de los verbos que describen la acción típica, ya que consideraba más adecuado sustituir la expresión “excederse en las facultades para disponer”, por la expresión “excederse en las facultades para administrar”, ya que se consideraba que el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplio<sup>3</sup>.

Así, producida la anterior modificación, podemos deducir que la *voluntas legislatoris* era la de incluir en el art. 252 CP no solamente las conductas consideradas tradicionalmente como abusivas, sino también aquellas que pudieran ser propias de una modalidad típica de deslealtad/infidelidad.

Así lo interpreta Gili Pascual<sup>4</sup> cuando expone que con esta modificación se produce en realidad un ensanchamiento de las conductas típicas que se pueden incluir en el art. 252 CP, puesto que según el autor, lo que se infringen son deberes, mientras que de lo que se abusa es de las facultades, poniendo como ejemplos la desatención de los deberes de velar por los intereses del administrado -supuesto del art. 1899 del CC-, o en el ámbito societario, de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor de los intereses de la sociedad -art. 227 TRRLSC-.

3 Consejo de Estado: ‘Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal’, *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013

4 GILI PASCUAL, A: “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)”, en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dir. J.L GONZÁLEZ CUSSAC; coord. E. GÓRRIZ ARROYO y A. MATA LLÍN EVANGELIA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 774. También señala el autor la influencia de esta concepción en otras figuras, citando a modo de ejemplo: la comisión de ilícitos (penales o no) capaces de acarrear consecuencias patrimoniales en el representado, la revelación de secretos, el uso no dispositivo para fines personales de los recursos de la empresa, la vulneración de obligaciones de no competencia contraídas por el administrador, o incluso en comportamientos omisivos, como la no evitación de lesiones al patrimonio, la omisión de los deberes de vigilancia por parte de quienes ostenten facultades de organización y control dentro de una persona jurídica, el no ejercicio de acciones administrativas o judiciales de las que se derive pérdida de derechos económicos para el administrado o el desaprovechamiento de posibilidades ciertas de incrementar el patrimonio.

En este sentido, resulta interesante la reflexión que realiza Gallego Soler<sup>5</sup> -sobre un ámbito determinado, que en este caso se refiere a la administración de una sociedad de capital-. El autor nos habla de los deberes genéricos de lealtad y obligaciones que se derivan del propio cargo (art. 225, 227 y 228 TRLSC) para concluir que a los efectos de la determinación de la conducta típica lo importante no es tanto las facultades que se tenían para realizar la conducta típica, sino el modo en el que estas se han ejercitado, siendo que la esencia de la deslealtad radica en la vulneración de los deberes descritos anteriormente, y no tanto en la vulneración de las facultades de gestión. Por lo que, si bien no se indica expresamente, entiendo que para el autor sí que debe incluirse en la modalidad comisiva del art. 252 CP las conductas propias de la deslealtad/infidelidad.

Contrario a esta tesis se muestra Bacigalupo Zapater<sup>6</sup>. Para el autor, el hecho de haber eliminado el legislador en el último momento el tipo de deslealtad/infidelidad, supone una inequívoca voluntad por parte del mismo de no incluir en la conducta típica los deberes emanados de una especial relación de confianza. Así, puntualiza el autor que el deber de obrar con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad -que define el art. 227 TRLSC-, no constituye una cláusula general que permita derivar deberes distintos de los que especifican los arts. 228 y 229 TRLSC. Consecuentemente, el delito de administración desleal solo se refiere a la infracción de los deberes que la nueva redacción de esas disposiciones puntualiza. Se trata de un problema interpretativo de gran trascendencia, pues está relacionado con la concreción del tipo penal de la administración desleal.

Barja de Quiroga<sup>7</sup> discrepa de la tesis anterior, puesto que para el autor indudablemente existen dos tipos diferenciados en el mismo precepto: el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. Para Barja de Quiroga, el administrador que no desempeña su cargo con “la lealtad de un fiel representante o que ejercita sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas”, actúa fuera de los límites de lo autorizado por la ley (arts. 227 y 228 TRLSC), por lo que a su vez actúa excediéndose de los límites de las facultades en el sentido prohibido por el art. 252 CP.

5 Un análisis en mayor profundidad se puede encontrar en GALLEGO SOLER, J.I: “SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”, en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG; coord. J.S VERA SÁNCHEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 881-883.

6 BACIGALUPO ZAPATER, E: “La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, 2015, núm. 8637, pp. 3-4.

7 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 170.

Martínez-Buján<sup>8</sup>, sin embargo, aunque de forma reticente, considera que con la actual regulación del art. 252 CP pueden castigarse meras conductas de falta de lealtad o de probidad en el administrador. Para el autor, dado que el legislador finalmente mantuvo inalterada la figura del apartado I del art. 252 del Proyecto de 2013, en la que recordemos, se castiga la infracción, con exceso, de las facultades de administración, no existe impedimento para incluir en el art. 252 CP aquellas conductas más propias de un deber de lealtad/fidelidad.

De hecho, el autor propone *de lege ferenda* optar por una caracterización del delito de administración desleal más cercana a la que preveía el antiguo art. 295 CP, definiendo la modalidad de acción como disponer de bienes -el autor también añadiría "usarlos"- y contraer obligaciones. A estas modalidades el autor añadiría otras, sobre todo para prever determinadas conductas omisivas capaces de generar un perjuicio al patrimonio administrado.

Ramos Rubio<sup>9</sup> critica la deficiente redacción que previó el Proyecto de 2013 para el art. 252, al considerar que se había descrito con inadmisiblemente vaguedad la conducta punible, puesto que lo que realmente pretendía castigar el legislador era la infracción de los deberes y obligaciones propios de aquel que ostente las facultades para administrar el patrimonio, y no de cualquier forma, sino excediéndose en las mismas. De esta forma, plantea el autor la problemática que surgirá en la interpretación del art. 252 CP por parte de los tribunales, puesto que si bien es cierto que frecuentemente los tribunales se refieren a las EdM de las leyes de reforma del Código Penal, o las del propio Código Penal, como elementos hermenéuticos de los correspondientes tipos penales, no acepta el autor que la descripción contenida en la EdM del Proyecto de 2013 constituya una interpretación auténtica del tipo de administración desleal.

Finalmente, el autor opta como opción más conveniente la de sancionar expresamente las principales conductas constitutivas de abuso, tanto por acción como por omisión, diferenciando en el primer grupo la extralimitación en las facultades de disposición del patrimonio administrado o la contracción de obligación a cargo de éste, así como la utilización indebida de los bienes y recursos del patrimonio que se administra; y en el segundo grupo, tanto el consciente desprecio de las posibilidades razonablemente seguras de incrementar el patrimonio administrado o el desvío a tercero de dicha oportunidad, como la omisión consciente de la conducta razonablemente posible y necesaria para evitar una lesión al patrimonio administrado.

8 EN MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: "El delito", cit., pp. 525-526.

9 RAMOS RUBIO, C: "El nuevo delito de administración desleal", AA.VV.: *Comentario a la reforma penal de 2015* (dir. G. QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 535.

De hecho, Pastor Muñoz y Coca Vila<sup>10</sup> se plantean por qué el legislador, al definir la conducta típica, no habla de “*infracción del deber de velar*”, en lugar de “*infracción de facultades*” mediante el exceso en su ejercicio. En opinión de los autores, la tipificación de la infracción de facultades obedece a la voluntad del legislador de acotar la conducta penalmente relevante a las conductas que suponen ejercicios de la función de administrador, para dejar fuera las actuaciones fácticas que el administrador pueda llevar a cabo utilizando la accesibilidad fáctica al patrimonio vinculada a su posición. La infracción de facultades se refiere al ejercicio de las mismas, de manera que restan fuera del art. 252 CP aquellos riesgos de perjuicio para el patrimonio administrado generados por conductas distintas a la utilización del poder de administración conferido al autor, por lo que el administrador infringe el deber de velar por los intereses patrimoniales administrados. Concluyen los autores indicando que el art. 252 CP no solamente abarca conductas consistentes en el ejercicio eficaz de la facultad de celebrar negocios jurídicos que vinculen al patrimonio frente a terceros, sino que también abarca los actos de administración que puedan considerarse nulos, si estos generan efectos perjudiciales, o los actos celebrados en el ejercicio de las facultades, pero excediendo sus límites.

Si bien el estudio se realizó sobre el Anteproyecto de 2012, y por tanto, cuando el art. 252 diferenciaba las dos modalidades de comisión, resultan interesantes las ideas apuntadas en su momento por Nieto Martín<sup>11</sup>. Tras elaborar una propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación del art. 252 CP, el autor apunta una serie de ideas interesantes. De hecho, cuando habla del tipo de infidelidad, afirma que esta se considera para la doctrina mayoritaria la esencia del delito de administración desleal, mientras que el abuso supondría una mera concreción.

Nieto Martín afirma que la función del tipo de infidelidad radica en la protección del patrimonio de los daños que puedan tener lugar en la esfera interna de la relación y en sancionar comportamientos consistentes en no hacer uso de las facultades de disponer o obligar, es decir, comportamientos omisivos. De hecho, el autor, en su propuesta de configuración típica, opta por recoger los supuestos de infidelidad más frecuentes en la práctica para prescindir así de una idea de tipificación genérica del tipo de infidelidad.

Y es que, para mí, la inclusión de la modalidad de infidelidad en el art. 252 CP pasa por el estudio del alcance de *las facultades para administrar* a que se refiere el art. 252 CP. Como ya se ha indicado anteriormente, en el Anteproyecto de 2012 el legislador, en la configuración típica del art. 252, hacía referencia a las *facultades*

10 PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I: El delito de administración desleal: claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2016, p. 121.

11 NIETO MARTÍN, A: “Administración desleal”, en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. ÁLVAREZ GARCÍA; coord. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 798 y ss.

para disponer. Sin embargo, en el Proyecto de 2013 este término se sustituye por *facultades para administrar*. En un primer momento, ya podemos comprobar como la amplitud del término “administrar” supone la atribución de un mayor número de deberes y facultades que las que supone el término “disponer”. De hecho, si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y buscamos el término “administrar”, podemos comprobar como entre otras definiciones, el mismo se refiere a ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes. Esto es, dentro de la acción de administrar ya se incluye la de disponer, pero no a la inversa. Por tanto, ya en un primer momento advertimos como el legislador -quizá inconsciente de la magnitud de tal modificación- optó por un término que permite introducir conductas propias de una infidelidad/deslealtad, y no solamente aquellas constitutivas de un abuso.

Mas no solamente debe tenerse en cuenta lo anterior, sino que, aludiendo de nuevo al término “administrar”, debemos preguntarnos qué significa administrar un patrimonio.

Administrar supone un acto de asunción de una esfera patrimonial determinada para gestionar rigiéndose por el interés del titular del patrimonio que se administra. En suma, el administrador asume el compromiso de velar por el patrimonio administrado, por lo que el mismo asume una posición de garantía<sup>12</sup>. Por lo tanto, el art. 252 CP viene regido por un deber de velar por los intereses patrimoniales, siendo que una conducta contraria a este deber, que suponga una afección a estos intereses, cometida mediante exceso por parte del administrador, con dominio del hecho, y, además, en última instancia cause un perjuicio al patrimonio administrado, será la conducta punible. Se trata en definitiva de una posición mixta, inclusiva de elementos de los delitos de infracción de deber<sup>1314</sup> y elementos de los delitos de

12 Muy interesante al respecto la reflexión de PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I: “El delito”, cit., pp. 109 y ss. En este punto los autores hablan de la posición de garantía jurídico-penal y su deslinde de los deberes jurídico-privados del administrador. Para estos, el tipo de administración desleal no es una norma penal prevista para castigar la infracción de deberes jurídico-privados, sino para sancionar al sujeto que infringe los deberes propios de una posición de garantía jurídico-penal. Así, para estos, en muchas ocasiones autor y víctima definen su relación interna incorporando un negocio jurídico tal como viene definido por la legislación de derecho privado, de manera que los deberes jurídico-privados propios del negocio jurídico forman parte de la posición de garantía jurídico-penal. Lo mismo ocurre con las posiciones de garantía institucionales, en las que la ley deja poco o ningún margen a la configuración o redefinición de los contenidos de la posición de garantía. En definitiva, el art. 252 CP no es un tipo penal en blanco que tipifica la infracción de deberes jurídicos extrapenales, sino que su punibilidad se fundamenta en un injusto propio, en la infracción de los deberes propios de la posición de garantía jurídico-penal asumida por el autor.

13 Así lo consideran, entre otros autores, PASTOR MUÑOZ, COCA VILA y VERA RIVERA.

14 Si bien el estudio se realizó sobre el antiguo art. 295 del Código Penal, resulta muy interesante citar a MAYO CALDERÓN, B: La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda, Comares, Granada, 2005, pp. 264 y ss. Para la autora, el antiguo art. 295 no era un delito de infracción de deber, sino un delito de dominio social. La misma basa su tesis en que el fundamento de la administración desleal es el abuso, por lo que se trata de un delito de dominio, siendo que la infracción del deber solamente sería el vehículo comisivo. Ciertamente es que la autora para construir su teoría parte del rechazo a la categoría de los deberes de infracción, entendiendo que esta es rechazable como forma general de explicar los delitos. También en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: El delito societario de administración desleal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 64-65, el autor considera el antiguo 295 CP como un delito de dominio, sin embargo, las razones de

dominio, ya que en definitiva, lo que resulta punible es la infracción del deber de protección de patrimonio, porque el sujeto activo que abusa se excede, pero es que para ser sujeto activo debe ostentarse la posición de administrador, por lo tanto, este abusa o se excede en el ejercicio de sus competencias como tal.

El art. 252 CP genera un deber de protección patrimonial, siendo que el núcleo del mismo se encuentra en las relaciones normativas previas que existen entre administrador y titular del patrimonio administrado.

En definitiva, tal y como señala Vera Rivera<sup>15</sup>, son estas relaciones normativas previas las que tienen como fundamento genérico el deber de lealtad que el administrador debe procurar respecto del titular del patrimonio administrado.

***A) Concreción de los deberes y facultades del administrador como límites a las facultades para administrar.***

Por tanto, según he apuntado ya, el delito del art. 252 CP es un delito mixto. Sin embargo, la propia descripción típica del art. 252 se construye en base a las *facultades para administrar*, las cuales deberán *infringirse excediéndose en el ejercicio de las mismas*. Lo anterior supone que la infracción de un deber sólo será típica cuando se cometa a través de la infracción de una facultad, es decir, solamente la infracción de un deber que se pueda subsumir en el ejercicio de una facultad será típica<sup>16</sup>.

Así, recordemos que según el art. 252 CP, el origen de las facultades para administrar debe provenir de la ley, debe ser encomendada por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico. Todos los títulos generarán una serie de deberes y facultades diferentes. Sin embargo, y más allá de los títulos enunciados, considero que el legislador no ha abandonado aún la concepción del delito de administración desleal como delito societario, en el sentido de que si bien es cierto que como anteriormente indicaba, siguiendo la línea de Pastor Muñoz y Coca Vila, deberemos distinguir entre la posición de garantía que ocupa el sujeto activo como garante jurídico-penal del patrimonio, de los deberes jurídico-privados que al sujeto activo vinculan con el titular del patrimonio y cuya protección radicará en otros órdenes jurisdiccionales, todo apunta a que en aras de definir, y sobre todo, de poder limitar el alcance punitivo del art. 252, debemos tomar como marco de referencia las facultades, obligaciones y deberes que ostenta el administrador

---

éste varían sustancialmente de las de Mayo Calderón, ya que el autor entiende que el antiguo 295 CP se identificaba con el tipo de abuso alemán, el cual es un delito de dominio, y no por el contrario con el tipo de infidelidad, que sí que era un delito de infracción de deber.

15 VERA RIVERA, M.C: El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva, Aranzadi, Madrid, 2016, p. 229.

16 SEGRELLES DE ARENAZA, I: "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", *La Ley Penal*, 2016, núm. 121, p. 6.

en el ámbito de las personas jurídicas, dado que será en este ámbito en el que encontraremos una mayor depuración sobre los límites de las facultades para administrar a las que se refiere el art. 252.

En este sentido, Vera Rivera<sup>17</sup> considera que el deber de lealtad que el administrador tiene respecto del patrimonio administrado se observa con mucha mayor claridad en los supuestos del órgano de administración, ya que éste viene obligado conforme el TRLSC a cumplir con el deber de lealtad. De similar planteamiento parte Segrelles<sup>18</sup>, para el que las facultades de administración tienen dos límites: el deber de lealtad y el deber de diligencia. Analicemos a continuación el contenido de ambos.

a) Deber de lealtad

El mismo viene recogido en el art. 227 de la TRLSC, el cual nos indica, en su apartado primero:

“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”.

Como podemos comprobar, la amplitud del precepto resulta a todas luces contraria al principio de taxatividad penal, generando serios problemas de incardinación en el art. 252 CP. Sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto del art. 228 del TRLSC, pues este, a efectos de tipicidad, sí puede servir de referencia para “acotar” el alcance típico, ya que este se refiere a las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Así, el artículo 228 del TRLSC nos indica:

“En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como

<sup>17</sup> VERA RIVERA, M.C: “El delito”, cit., p. 230.

<sup>18</sup> SEGRELLES DE ARENAZA, I: “El delito”, cit., p. 6.

su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.”

Al respecto del contenido del apartado a) del precepto, “no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas”, indica Segrelles<sup>19</sup> que combinando este precepto con el art. 252 CP, existe una infracción de las facultades de administración cuando, excediéndose el administrador en el ejercicio de las mismas, estas se ejercitan con fines distintos a aquellos para los que fueron concedidas. A modo de ejemplo, se refiere el autor a quien vende bienes de la sociedad a un precio objetivamente bajo e inadecuado a las condiciones del mercado y de la empresa. Para el autor, el administrador está infringiendo la confianza en él depositada y el deber de lealtad que le corresponde, excediéndose así en el ejercicio de sus facultades, al ejercitarlas para fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. En base a este planteamiento, razona el autor que también puede construirse la conducta omisiva del tipo -aunque considera que no cabe la conducta omisiva en el art. 252 CP-.

Es interesante como Segrelles no incluye el resto de los supuestos recogidos en el art. 228 del TRLSC<sup>20</sup>, ya que, para el mismo, estos deberes no son facultades, y ello porque según las propias palabras del autor, “en la dialéctica deber-facultad cuando el deber deja margen de decisión –discrecionalidad– la facultad correlativa existe, pero cuando el deber no deja margen de decisión para actuar de una manera u otra, la facultad deja de existir, pierde su contenido sustantivo”<sup>21</sup>.

De igual forma, Vera Rivera<sup>22</sup> considera que la descripción del art. 227 del TRLSC es una prescripción que coincide con lo que el legislador ha pensado para

19 SEGRELLES DE ARENAZA, I: “El delito”, cit., p. 7.

20 Tales supuestos son: guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera, abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto, desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros, y por último, adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

21 SEGRELLES DE ARENAZA, I: “El delito”, cit., p. 7.

22 VERA RIVERA, M.C.: “El delito”, cit., pp. 230-235. Si bien, más profundamente, la autora señala que la diligencia y la lealtad se convierten en los rasgos esenciales del patrón de conducta de un administrador, en el marco

la administración desleal, considerando que esta prescripción se puede extrapolar respecto de cualquier administrador de cualquier patrimonio.

Una muy interesante reflexión es la elaborada por Pastor Muñoz y Coca Vila<sup>23</sup>. Para los autores, el elemento determinante para definir el alcance del tipo previsto en el art. 252 CP radica en el deber de lealtad del administrador. Si la infracción del indicado deber resulta idónea para producir un perjuicio en el patrimonio administrado, entonces la conducta resulta típica. Ello es así porque el legislador, en la configuración típica del art. 252, alude a las facultades para administrar, y no por el contrario a las facultades específicas de disponer o contraer obligaciones, como sí hacía en el antiguo art. 295 CP, por lo tanto, el precepto finalmente aprobado parece mostrarnos la voluntad del legislador, traducida en abandonar la idea de configurar el art. 252 como únicamente un tipo de abuso, ya que sustituyendo las facultades para disponer que preveía el Anteproyecto de 2012 por las facultades para administrar que ya introdujo en el Proyecto de 2013, no cabe duda que el legislador pretendía ampliar el abanico punitivo del art. 252, ya que en el término facultades para administrar no se recogen única y exclusivamente aquellas dirigidas a la disposiciones de bienes o la contracción de obligaciones, sino que el ámbito de actuación es mucho más amplio, ya que en el mismo se incluyen todas las tomas de decisiones que realiza el administrador sobre el patrimonio administrado, entre las que se pueden incluir no solamente aquellas que podríamos considerar activas -como sería la disposición de bienes o la contracción de obligaciones-, sino también aquellas que podríamos considerar pasivas -no ejercitar acciones que generan un perjuicio al patrimonio administrado-.

#### b) Deber de diligencia

De igual forma que ocurre con el deber de diligencia, el deber de lealtad perfila la esfera del injusto punible en el delito de administración desleal.

Recogido en el art. 225 de la TRLSC, reza:

“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

---

de la ley. Habla también de un límite inferior, donde sitúa el principio de buena fe como norma o conducta que exige actuar de una forma determinada y no de otra al administrador. Y de un límite superior, donde sitúa el deber general de diligencia, cuyo cumplimiento desdobra en dos deberes: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

23 PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I: “El delito”, cit., pp. 119 y ss.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.”

El apartado primero define en esencia la diligencia que se espera del administrador de un patrimonio, que se puede trasladar del ámbito societario al ámbito de cualquier otro patrimonio, ya que como indicaba en líneas anteriores, cuando dichas facultades provengan de la autoridad o de cualquier otro negocio jurídico, deberemos distinguir entre los deberes jurídico-penales y los deberes jurídico-privados, ya que serán los primeros los que encontrarán punibilidad en el ámbito del delito del art. 252 CP. Y en este sentido, resulta muy interesante la reflexión de Segrelles<sup>24</sup>, ya que, para el mismo, resulta necesaria una combinación de los números 2 y 3 del art. 225 de la TRTRLSC para establecer un criterio de imputación objetiva, al establecer el número 2 del art. 225 de la TRTRLSC la posición de garante que ocupa el administrador, y el art. 3 de la TRTRLSC el deber-derecho de información. Así, razona el autor que cuando el administrador toma una decisión, y actúa en consecuencia de la información necesaria con la que ha contado, nos encontraremos ante una conducta atípica, incluso habiéndose producido un perjuicio patrimonial.

En cuanto a los límites a las facultades para administrar, Vera Rivera<sup>25</sup> configura otra categoría, que en mi opinión podría interpretarse como una mezcla de las anteriores y que la misma denomina *deber de protección patrimonial*. Para Vera Rivera, el *deber de protección patrimonial* se articula como un deber positivo de ayuda y fomento del bien jurídico, cuyo origen radica en un deber de lealtad previsto en la normativa extrapenal. Este deber no solamente incluye el deber genérico de no causar daños sobre el patrimonio que se administra, sino que se debe actuar de modo que se ayude y fomente el bien jurídico encomendado, que en este caso es el patrimonio. Tal planteamiento se justifica porque en los delitos de infracción de deber, su fundamento reside en la protección de unas concretas instituciones, protección que se realiza mediante deberes positivos que la doctrina suele llamar de ayuda o fomento respecto del bien jurídico. Para la autora, en el delito de administración desleal, estos deberes positivos a los que se aludía se denominan deberes de protección patrimonial, y su fin es el de garantizar que las relaciones entre los titulares de los patrimonios y los administradores se realicen dentro de los límites normativos establecidos previamente.

24 SEGRELLES DE ARENAZA, I: “El delito”, cit., p. 8.

25 VERA RIVERA, M.C: “El delito”, cit., pp. 235-239.

## 2. La discrecionalidad en la gestión del patrimonio como límite en la aplicación del art. 252 CP.

Otra categoría que aparece necesaria para la configuración típica del delito de administración desleal se refiere al grado de autonomía/discrecionalidad de la que dispone el administrador.

Configurado el delito de administración desleal como un delito mixto, resta abordar el margen de autonomía que dispone el administrador en su actuación regida por el deber de velar por el patrimonio administrado. De hecho, se trata de una cuestión que ya ha abordado la doctrina y la jurisprudencia alemana, las cuales han coincidido en restringir el círculo de sujetos activos idóneos sobre la base de la autonomía en la gestión, determinando que existe una facultad auténticamente autónoma cuando el sujeto encargado de velar por el patrimonio podía obrar de otro modo<sup>26</sup>.

Recordemos que cuando anteriormente he abordado la definición del término *administrar* ofrecida por la RAE, este ha sido definido como "ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes". Es decir, el término administrar, según su definición etimológica, requiere de un cierto margen de discrecionalidad en su gestión, de que el autor pueda encontrarse ante varias alternativas de decisión.

Sin embargo, lo que debemos determinar en este caso es el grado de discrecionalidad/autonomía del que debe gozar el administrador para considerar su conducta subsumible en el art. 252 CP, en otro tipo penal o, por el contrario, atípica.

En este sentido, coincido con la opinión de Pastor Muñoz y Coca Vila<sup>27</sup>, quienes apuestan por un grado amplio de autonomía en la gestión del patrimonio, ya que en el delito de administración desleal, el titular del patrimonio desplaza al administrador su esfera patrimonial, desatendiéndose por tanto de dicho patrimonio, que deberá ser gestionado y controlado por el administrador, quien deberá hacerlo velando por los intereses del titular, es decir, se produce una cesión del poder de decisión a favor del administrador. Así, se especifica que cuando el autor solamente dispone de una autonomía mínima consistente únicamente en poder actuar de otro modo, no se puede hablar de una cesión del poder de decisión a favor del administrador, puesto que el titular del patrimonio no se ha

26 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: "El delito", cit., p. 88.

27 PASTOR MUÑOZ, N., y COCA VILA, I: "El delito", cit., p. 115. En mayor profundidad puede leerse como los autores analizan las posiciones en la doctrina y la jurisprudencia alemana respecto el grado de autonomía del que debe disponer el administrador. En este sentido realizan una comparativa entre la figura de la autonomía "mínima" y la autonomía "amplia".

retirado, en todo o en parte, de su esfera patrimonial, por lo que tampoco se puede decir que el titular del patrimonio ha desplazado la gestión de su patrimonio al administrador.

Y es que, además, la tesis expuesta ut supra debe ponerse en relación con la nueva figura de la apropiación indebida del art. 253 CP.

En tal sentido, simplemente señalaré, para que se entienda el presente argumento, que considero el grado de autonomía en la gestión del patrimonio como uno de los elementos diferenciadores del delito de apropiación indebida del art. 253 CP con la administración desleal del art. 252 CP. Por ello, en aquellos casos en los que el administrador no disponga de un margen de autonomía amplio, sino que únicamente deba obedecer a un mandato determinado, existiendo una obligación concreta de darle un destino específicamente determinado al bien objeto administrado, y no lo haga, generándose un beneficio para él o para un tercero, nos encontraremos ante un delito de apropiación indebida, ya que precisamente ese margen de autonomía mínima del que hablábamos antes es el que nos permitirá, entre otros elementos, y no en todos los supuestos, incardinar la conducta en el art. 253 CP<sup>28</sup>.

De hecho, Nieto Martín<sup>29</sup> encuentra la esencia del deber de salvaguarda propia de la administración desleal en “tener capacidad para disponer u obligar jurídicamente al patrimonio ajeno, pero siempre que además el autor tenga un margen de discrecionalidad relevante”. Para el mismo, cuando no existe este margen de discrecionalidad, existirá un delito de apropiación indebida. Idéntica opinión defiende Martínez-Buján<sup>30</sup>.

### 3. Interpretación del concepto jurídico-penal del exceso en el delito de administración desleal: ¿Exceso intensivo o extensivo?

Hasta aquí hemos podido comprobar como el ámbito punitivo del art. 252 CP pasa por la determinación de las facultades que los administradores han asumido. Sin embargo, debemos recordar que el art. 252 CP habla de excederse en las facultades de administración. El verbo típico usado por el legislador no resulta baladí, ya que en ese caso deberemos preguntarnos si en la conducta típica del art. 252 CP se castiga el “exceso intensivo”, el “exceso extensivo” o incluso ambos.

28 Así lo define también GILI PASCUAL, A: “Administración desleal”, cit., p. 766-768, cuando el autor afirma que la administración desleal se estructura sobre los deberes de velar por los intereses ajenos, ante varias posibilidades de actuación, mientras que la apropiación indebida, se estructura sobre la infracción de un concreto deber de entrega o devolución, sin alternativas de decisión.

29 NIETO MARTÍN, A: “Administración desleal”, cit., pp. 791 y 797.

30 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: “El delito”, cit., p. 88.

Recordemos brevemente que por “exceso intensivo” se considera la extralimitación que realiza de sus funciones el administrador; pero siempre dentro del marco de las funciones que el mismo tiene asumidas, mientras que por “exceso extensivo” se considera la extralimitación por parte del administrador actuando fuera de las funciones que el mismo tiene asumidas.

Señala Juan Sanjosé<sup>31</sup> que en un inicio, y amparándose en el texto de la EdM del Proyecto de 2013, el legislador optaba por castigar en la administración desleal el “exceso extensivo”. Así, el texto decía de lo siguiente:

“Quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador, o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, y perjudica de este modo al patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”.

Sin embargo, y dada la definitiva redacción del texto del art. 252 CP, para el autor, parece ser que lo que castiga el legislador es el exceso intensivo, ya que la conducta típica exige un exceso en las facultades asumidas, no en la realización de otras facultades que no se le hayan otorgado al administrador.

No obstante lo anterior, resalta el mismo autor que jurisprudencialmente nuestro TS -ya con anterioridad a la introducción del art. 252 CP, y sobre la base de estudio del art. 295 CP- ya aceptó la inclusión en el extinto art. 295 CP de los comportamientos de exceso tanto intensivos como extensivos. Así, el TS optó en un principio por distinguir las figuras de administración desleal del art. 295 CP de la figura de la apropiación indebida por distracción del art. 252 CP sobre la base del tipo de exceso cometido en cada caso. De esta forma, en un inicio el Alto Tribunal entendió que cuando un administrador actuaba ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes conferidos al mismo, estaríamos ante un exceso extensivo, por lo que la conducta debiera incardinarse en la apropiación indebida en su modalidad de distracción, mientras que si los actos ilícitos cometidos por el administrador se producían en el seno de las propias funciones atribuidas al mismo, este exceso era intensivo, por lo estaríamos ante una administración desleal del art. 295 CP.

Sin embargo, esta teoría fue superada, siendo que los últimos pronunciamientos del TS con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva administración desleal del art. 252 CP -salvo en contadas ocasiones- optaron por establecer otro criterio diferenciador basado en la intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. Así, aquellas conductas

---

31 JUAN SANJOSÉ, R.J: *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p. 137.

que comprendían actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, eran consideradas conductas de administración desleal del art. 295 del Código Penal; mientras que los actos del art. 252 CP se caracterizaban por presentar un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo. Es decir, en el antiguo art. 252 CP existía *animus rem sibi habendi*, mientras que en el art. 295 no existía este elemento subjetivo<sup>3233</sup>.

Sin embargo, podemos comprobar como la jurisprudencia menor no es unánime sobre si el art. 252 CP recoge los excesos intensivos, extensivos, o ambos.

A favor de la tesis de recoger ambas modalidades se encuentra la SAP Madrid 27 mayo 2021<sup>34</sup>, tendente a considerar que el art. 252 CP incluye no solamente los excesos intensivos, sino también los extensivos. Se pronuncia la Audiencia en el siguiente sentido:

“...2. Excederse en el ejercicio de esas facultades. El nuevo tipo es menos preciso que su antecedente, el delito societario del artículo 295 CP *hoy derogado, que utilizaba la locución «abuso de funciones, disponiendo de los bienes o contrayendo obligaciones fraudulentamente»*. Por ello, como apunta De Porres Ortiz de Urbina, la primera duda que se nos presenta es concretar si el exceso se refiere al indebido ejercicio de las facultades conferidas al administrador o si debe entenderse como la extralimitación de tales facultades, esto es, las acciones realizadas más allá o al margen de las facultades conferidas. uso de las funciones propias del cargo” y precisamente la referencia al cargo enfatizaba que el exceso o abuso debe producirse precisamente sobre estas funciones. Entendemos con este autor que la expresión más genérica e imprecisa utilizada por el nuevo tipo, permite considerar que la ilicitud del administrador no sólo se produce cuando se usan indebidamente las facultades sino cuando se ejercen facultades que no se tienen en perjuicio del patrimonio administrado, comprendiendo los excesos extensivos y los intensivos. Lo relevante es la infracción de sus deberes y que actúe de forma contraria a los intereses del patrimonio administrado”.

Por el contrario, la SAP Burgos 15 noviembre 2019<sup>35</sup>, entiende que el art. 252 CP recoge los excesos extensivos. Así, afirma el indicado pronunciamiento:

“Es decir, en la administración desleal, los administradores realizan una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su

32 Véase al respecto la STS 17 junio 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3433)

33 Esta continúa siendo la tesis asumida por el TS. Vid. STS 18 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4244)

34 SAP Madrid 27 mayo 2021 (ECLI: ES:APM:2021:10151). Idéntica opinión en SAP Las Palmas 13 noviembre 2019 (ECLI:ES:APGC:2019:2434)

35 SAP Burgos 15 noviembre 2019 (ECLI:ES:APBU:2019:1126)

cargo y lo hacen dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, vengán a causar un perjuicio típico. Actúan con un «exceso intensivo», en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas”.

En idéntico sentido, pero más extensamente, dispone el AAP Madrid 17 mayo 2017<sup>36</sup>:

“Los elementos que integran el citado tipo penal, siguiendo a la doctrina, son los siguientes: a) una acción consistente en la infracción, por exceso, de un deber especial de lealtad, b) realizada por un autor, que debe ocupar la posición de administrador, es decir, haber tenido facultades para administrar un patrimonio ajeno (proveniente de la ley, de una disposición de la autoridad o de un acto jurídico celebrado entre las partes), y c) que produce un daño patrimonial como resultado (Bacigalupo Zapater), siendo cuestión discutida si dentro del verbo “infringir” que utiliza el artículo 252.I del Código Penal se incluyen sólo las conductas de “abuso” (Martínez Bujan) o también las de “infidelidad” (Molina Fernández), pareciendo limitar el nuevo artículo 252 CP el delito de administración desleal al “exceso extensivo”, con infracción de facultades (Castro Moreno). En cuanto al “exceso” (intensivo o extensivo), el nuevo artículo 252 parece limitar el delito de administración desleal al exceso “extensivo”. Se trata de un delito de resultado en cuanto que exige la producción de un perjuicio patrimonial, siendo éste el que determine el momento consumativo del tipo (Molina Fernández), si bien se precisa que “no basta con una relación causa-efecto, entre la acción del sujeto activo y el perjuicio causado, sino que únicamente se procederá a la imputación del resultado al sujeto, cuando es éste el que ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido que se ha traducido en un resultado” (Feijoo Sánchez). En cuanto al aspecto subjetivo, se castiga sólo cuando se comete con dolo, no admitiendo la incriminación en la forma imprudente (Mestre Delgado). La jurisprudencia más reciente, confrontando el anterior delito de administración desleal societaria con el nuevo artículo 252 CP indica que “del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, por el contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de un sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contratación de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención

36 AAP Madrid 17 mayo 2017 (ECLI:ES:APM:2017:1933)

a que el perjuicio sea evaluable. Con independencia del alcance que finalmente se atribuya a por vía de aplicación interpretativa, a cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 252, lo cierto es que era subsumible en el artículo 295" (STS 1527/2015 de 15 marzo)".

Sin embargo, mi posición es la de considerar que el art. 252 CP recoge tanto los supuestos de excesos intensivos como los supuestos de excesos extensivos. De hecho, Molina Fernández<sup>37</sup> parte de idéntico planteamiento y propone una reflexión muy interesante al respecto. Para el autor, si consideramos que solo se incluye en el art. 252 CP un exceso intensivo, en el caso en el que el administrador celebra un negocio jurídico con un tercero dentro de sus facultades, se dará una doble consecuencia:

a) el negocio jurídico será válido y la eventual aparición de un delito de administración desleal no desplegará efectos respecto terceros; pero

b) precisamente por el resultado, podrá afirmarse que el administrador se excedió en el ejercicio de las facultades de administración conferidas y, por tanto, causó un perjuicio patrimonial derivado de aquella primera consecuencia: la validez del negocio jurídico celebrado.

El problema reside en que si consideramos que el art. 252 CP solamente recoge los excesos extensivos, aquellos excesos intensivos que no se castigaran ex. art. 253 CP, quedarían impunes, por no poder incluirlos en el art. 252 CP.

Remón Peñalver<sup>38</sup> también opta por la inclusión de ambos excesos en el art. 252 CP. Para este, no solo debieran penalizarse los comportamientos contrarios a las autorizaciones concedidas, sino que el tipo se extenderá también a las conductas de administración de patrimonio ajeno que resulten desleales y perjudiciales al administrado, aun cuando estas se produzcan al margen de las autorizaciones concedidas.

Mi planteamiento al respecto pasa por la inclusión tanto de los excesos intensivos como de los excesos extensivos en el delito del art. 252 CP. La conducta típica del art. 252 CP ya no se circunscribe exclusivamente a la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad ni a la contracción de obligaciones a cargo de esta. De este modo, el alcance típico debe reinterpretarse para dar cabida en el mismo a otro tipo de conductas que supongan un exceso en las facultades de administración que generen un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, dicho

37 MOLINA FERNÁNDEZ, F: *Memento práctico Francis Lefebvre: penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Núm. 11288.

38 REMÓN PEÑALVER, E: "Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley1/2015 de 30 de marzo", *Ponencias Apropiación indebida, estafa y defraudaciones, regulación actual y perspectivas de futuro*, Ministerio Fiscal Formación Continua, 29 de septiembre de 2015.

exceso se producirá tanto si el administrador actúa deslealmente en el seno de las facultades que tiene asumidas como si lo hace fuera de las mismas. En definitiva, se trata más de una cuestión de naturaleza teórica que no práctica, puesto que el reproche penal es, a mi juicio, absolutamente idéntico, ya que la deslealtad del administrador para con el patrimonio administrado ostenta idéntica gravedad si se realiza mediante el exceso en las funciones asumidas como en el exceso mediante conductas fuera de las funciones asumidas<sup>39</sup>.

De hecho, para justificar este planteamiento, podemos servimos de otro argumento, consistente en realizar una comparativa con el precepto alemán. Así, a los efectos de determinar el alcance del término *excediéndose*, no podemos tomar como referencia el § 266 StGB alemán, puesto que de entender que nuestro precepto toma como referencia la modalidad de abuso, deberíamos entonces considerar que nuestro art. 252 CP es exclusivamente un delito de dominio, más el precepto español no diferencia -como si ha diferenciado a lo largo del tiempo la jurisprudencia alemana- entre estas dos modalidades típicas, sino que nuestra regulación refunda en un único artículo, sin diferenciar, ambas modalidades, esto es, la de abuso y la de infidelidad/deslealtad, por lo que siendo que el abuso no deja de ser un subcaso de la infidelidad, lo que significa que incluso este se comete vulnerando los deberes de lealtad y fidelidad, el exceso se traduce, a su vez, en una vulneración de los deberes de lealtad y fidelidad, ya sea disponiendo de los bienes, contrayendo obligaciones, o realizando cualquier otra conducta indebida del administrador con quebranto de sus deberes de lealtad y fidelidad.

Al respecto, señala Vera Rivera<sup>40</sup> que si bien la administración desleal supone un abuso sobre una posición de dominio sobre el bien jurídico que debe protegerse, lo cierto es que este abuso se produce porque previamente ha existido una transferencia de esa posición jurídica sobre el bien jurídico al autor, esto es, el administrador, pero este abuso está en función del deber que previamente se ha adquirido. Por ello, el tipo se realiza cuando el autor quebranta precisamente ese deber previamente adquirido.

Por tanto, el exceso que prevé el art. 252 CP está en la infracción de estos deberes, se produzca la infracción *ad-intra* o *ad extra*<sup>41</sup>. De hecho, así lo entiende también Barja de Quiroga<sup>42</sup>, para quien el art. 252 CP recoge tanto el tipo de abuso

39 Esta posición es también defendida por CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. ÁLVAREZ GARCÍA: coord. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 205; GALLEGO SOLER, J.I. y HORTAL IBARRA, J.C: "Actividad económica y delitos patrimoniales", en AA.VV.: *Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, (dir. M. CORCOY BIDASOLO, y V. GÓMEZ MARTÍN), Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2016, p. 279.

40 VERA RIVERA, M.C: "El delito", cit., pp. 324-325.

41 GILI PASCUAL, A: "Administración desleal", cit., p. 768.

42 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: "La reforma", cit., pp. 184-185.

como el de infidelidad, siendo que en el tipo de abuso la infracción aparecerá cuando el autor haya traspasado los límites de su autorización obrando más allá de aquello para lo que se le autorizó, mientras que en el tipo de infidelidad la infracción también se presentará cuando autor quebrante el deber de velar por el patrimonio ajeno. Y es que, retomando nuevamente el argumento referido a las distinciones entre apropiación indebida-administración desleal, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, actualmente resultará incluso indiferente que el objeto de la acción punible recaiga sobre el dinero. Nos encontraremos ante un supuesto de apropiación indebida cuando exista un mandato concreto de actuación o una concreta obligación de entrega o devolución. Mientras que, si existe un margen de discrecionalidad en la actuación, existiendo diferentes alternativas, nos hallaremos ante un supuesto de administración desleal.

Al respecto, y de forma ilustrativa, tomo como referencia el ejemplo propuesto por Nieto Martín<sup>43</sup>. Afirma dicho autor: si A entrega 6.000€ a B para que compre al día siguiente acciones de la empresa X, y B decide pagar con ello una deuda incumpliendo su obligación, existirá apropiación indebida. Si dicha cantidad se le entrega para que la invierta en bolsa de la manera que estime conveniente, y A decide comprar acciones de una empresa en la que tiene intereses, que no es nada rentable, estará cometiendo administración desleal. Debemos complementar el ejemplo anterior añadiendo que en todo caso deberá verificarse el perjuicio ocasionado al patrimonio administrado.

Por tanto, vemos como incluso cuando el objeto de la acción recaiga sobre dinero, deberemos atender al margen de discrecionalidad del autor para incardinar una conducta en uno u otro tipo.

En definitiva, y por las razones expuestas, considero que en el actual art. 252 CP podrán incluirse aquellos comportamientos que supongan tanto un exceso intensivo como un exceso extensivo, verificando siempre que no nos hallemos ante una concreta y determinada obligación de actuación, sino que deberá existir cierto margen de discrecionalidad para poder incardinar así el comportamiento en el art. 252 CP y no en el art. 253 del Código Penal.

---

43 NIETO MARTÍN, A: "Administración desleal", cit., p. 791.

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E: "La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8637.

CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M: "Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, (dir. F. ÁLVAREZ GARCÍA; coord. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CONSEJO DE ESTADO: "Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal", *Dictamen del Consejo de Estado 358/2013*, Madrid, 27 de junio de 2013.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Informe del CF al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, Madrid, 8 de enero de 2013.

GALLEGRO SOLER, J.I. y HORTAL IBARRA, J.C: "Actividad económica y delitos patrimoniales", en AA.VV.: *Manual de Derecho penal económico y de empresa, Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, (dir. M. CORCOY BIDASOLO, y V. GÓMEZ MARTÍN), Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2016.

GALLEGRO SOLER, J.I: "SECCIÓN 2ª DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, (dir. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG; coord. J.S VERA SÁNCHEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GILI PASCUAL, A: "Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir. J.L GONZÁLEZ CUSSAC; coord. E. GÓRRIZ ARROYO y A. MATALLÍN EVANGELIA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

JUAN SANJOSÉ, R.J: *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Aranzadi, Navarra, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C: *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

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

MOLINA FERNÁNDEZ, F: *Memento práctico Francis Lefebvre: penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, Núm. 11288.

NIETO MARTÍN, A: "Administración desleal", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. ÁLVAREZ GARCÍA, coord. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

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

RAMOS RUBIO, C: "El nuevo delito de administración desleal", AA.VV.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, (dir. G. QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, Pamplona, 2015.

REMÓN PEÑALVER, E: "Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma del Código Penal operada por la Ley1/2015 de 30 de marzo", *Ponencias Apropiación indebida, estafa y defraudaciones, regulación actual y perspectivas de futuro*, Ministerio Fiscal Formación Continua, 29 de septiembre de 2015.

SEGRELLES DE ARENAZA, I: "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", *La Ley Penal*, 2016, núm. 121.

VERA RIVERA, M.C: *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Aranzadi, Madrid, 2016.

