



El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

Autor/a

Luis Miguel Jiménez Crespo

Magistrado del Juzgado de Instrucción 4 de Torremolinos. Miembro de la Red Judicial de Cooperación judicial Internacional penal.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº 8 | Año 2018

Artículo nº 8

Páginas 65-77

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. INTRODUCCIÓN.

Este artículo tiene como objeto llevar a cabo una breve exposición sobre la relación existente entre el nuevo tipo penal de administración desleal contenido en el art. 252 del Código Penal en la redacción dada al mismo la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹, que entró en vigor el 1 de julio de 2015 y la posibilidad de que los

administradores societarios sean sujetos activos del mismo por infracción de los deberes de diligencia y lealtad tal y como han quedado definidos en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica esta ley para la mejora del gobierno corporativo².

La reforma del Código Penal llevada a

cabo por la Ley Orgánica 1/2015 ha eliminado el delito de administración desleal del capítulo relativo a los “delitos societarios” vaciando de contenido el art. 295 C.P, y lo ha configurado como un delito puramente patrimonial, dejando de ser un delito contra el orden socioeconómico, ubicado sistemáticamente entre los delitos de estafa y apropiación indebida, en la sección II del capítulo VI, “De las defraudaciones”, del TIT. XIII, sección ésta que solo tiene un precepto, el art. 252 . La reforma tiene como objeto, según el preámbulo, el siguiente: *“Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.”* (Expositivo XV del Preámbulo de la Ley 1/15)

Hay opiniones encontradas en la doctrina sobre lo acertado o no del planteamiento del legislador y sobre si se consigue el efecto pretendido, pero el

resultado ha sido un tipo penal mucho más amplio tanto desde el punto de vista de los sujetos activos y pasivos del mismo, como de las conductas que puede abarcar y pueden dar lugar su comisión. *Estas son las cuestiones que se van a abordar en este artículo en aquellos extremos que tienen relación y afectan a los administradores de las sociedades de capital.*

2. SUJETO ACTIVO. *Los administradores de las sociedades de capital como posibles sujetos activos del delito de administración desleal.*

El nuevo artículo 252 C.P. dispone lo siguiente: *“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.*

Al contrario de lo que sucedía con el tipo del art. 295 del C.P., sujeto activo del nuevo delito de administración desleal puede ser cualquier persona física encargada administrar un patrimonio ajeno, ya sea por ley , por la autoridad o por cualquier negocio jurídico, que se extralimita en el ejercicio de las mismas y ocasiona un grave perjuicio a ese patrimonio. Víctima o perjudicado, por tanto, lo será el titular de ese patrimonio ya sea persona física o jurídica³.

El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

2.1. Administradores de derecho.

En lo referido a los administradores sociales es claro que los administradores de derecho pueden ser sujetos activos de este delito dadas las funciones de gestión y representación de la sociedad que tienen atribuidas (Art. 209 LSC), tanto si se trata de un administrador único como si son varios que actúen de forma solidaria o conjunta o en un consejo de administración (art. 210 LSC). En este sentido cabe señalar que dado que todos los miembros del Consejo de Administración son administradores de la sociedad, son susceptibles de ser autores de este delito (STS Sala 2ª n.º 47/2016, de 3 de febrero). Sobre este particular, la STS, Sala 2ª, n.º 906/2016 de 30 de noviembre, se refiere al carácter orientativo del art. 237 de la LSC en esta materia. Este precepto dispone que todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. Dice la Sentencia citada que : *“La razón por la que todos los miembros que, conociendo su contenido y significado, hayan votado a favor del acuerdo son responsables del mismo, radica esencialmente en que su voto es un componente del proceso marcado por la ley para la formación de la voluntad del órgano, lo que hace irrelevante la posibilidad de que, sin ese voto concreto, el resultado hubiera podido ser el mismo en cuanto al sentido de la decisión. Nada impediría por lo tanto establecer la responsabilidad de todos los que en el órgano votaron a favor, si el acto aprobado en el seno de ese órgano fuera*

delictivo. Responsabilidad que, sin embargo, no podría tener su origen solo en el hecho de no abstenerse, debiendo hacerlo, pues para ello sería necesario establecer un vínculo entre la no abstención y el resultado, con independencia del hecho de votar a favor de un determinado acuerdo.”

2.2. Administradores de hecho.

El art. 295 del C.P., ahora sin contenido, incluía dentro de los posibles autores del mismo a los administradores de hecho o de derecho. Sin embargo, tal y como hemos visto, al haberse configurado el delito de administración desleal como un delito patrimonial y no societario, y haberse optado por una redacción tan amplia (para algunos autores contraria al principio de taxatividad) tal distinción no se incluye. Surge la duda de si es posible que el administrador de hecho pueda ser autor de este delito dado los tres títulos constitutivos a los que se refiere el art 252 C.P. Dicho precepto habla de facultades de administración *“emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico”*. La respuesta debe ser afirmativa por las siguientes razones. En primer lugar porque la finalidad y pretensión del legislador es castigar a quién teniendo facultades de administrar un patrimonio ajeno, actúe de manera desleal en perjuicio del titular cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y ello dada la amplitud de la redacción de las tres fuentes donde pueden tener su origen las mismas. Así lo ha admitido de forma implícita el TS en cuando en la Sentencia de la Sala 2ª n.º 700/2016, de 9 de septiembre, al resumir la doctrina legal actual sobre la diferenciación entre el delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, dice que : *“En*

consecuencia, en la reciente reforma legal operada por la ley orgánica 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 290 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades de administradoras...

En segundo lugar, por el propio concepto jurisprudencial y legal del administrador de hecho. La jurisprudencia de la Sala 2ª ha venido definiendo al administrador de hecho como “aquel que participa activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real con independencia de la formalidad de un nombramiento” (STS 59/2007 de 26 de enero), es decir, “toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad” (STS 816/2006 de 26 de junio). Esta noción sentada en la jurisdicción penal coincide en lo esencial con los presupuestos que se han venido estableciendo por la Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS para la consideración del administrador de hecho: ausencia de nombramiento regular (por nulidad, extinción o porque nunca haya existido); realización efectiva de las funciones de administrador de forma continuada y sistemática; habitualidad, independencia y consentimiento de la sociedad. (SSTS, Sala 1ª de 4 de diciembre de 2012 y 22 de julio de 2015). En este sentido es muy relevante señalar que por primera vez, tras la reforma introducida en al LSC por la Ley 31/2014, se cuenta con una definición legal del administrador de hecho en el art. 236.3 de la LSC al decir éste que: “tendrá la consideración de administrador de hecho tanto

la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.”. El legislador mercantil ha optado por una definición extensiva incluyendo dentro de la misma las dos nociones de administrador de hecho sobre las que venía discutiendo la doctrina y jurisprudencia: el administrador notorio y el administrador oculto⁴.

2.3. Persona jurídica administradora y su representante.

No se ha previsto la posibilidad de la comisión del delito de administración desleal por parte de una persona jurídica. El sistema de “*numerus clausus*” elegido por el legislador para regular los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene estas consecuencias incomprensibles desde el punto de vista de la política criminal y la eficacia en la lucha contra el crimen. Esta exclusión deja fuera, en principio, del tipo penal supuestos que, en el ámbito del derecho de sociedades, se dan con cierta frecuencia y son aquellos en los que la administración de la sociedad se encomienda a una persona jurídica de conformidad con el art. 212 bis LSC. Sin embargo surge la duda de si la persona física que necesariamente se debe designar por la persona jurídica administradora para que lleve a cabo el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador puede considerarse como administrador de hecho y, en consecuencia, ser sujeto activo del delito de administración desleal. En este sentido antes de la Ley 31/14 se tendía a negar esta posibilidad cuando esa

El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

persona física designada tomaba las decisiones siguiendo el procedimiento y las instrucciones de la persona jurídica administradora (SAP de Madrid de 26 de junio de 2015 y SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2014), y ello porque se consideraba que en estos casos la persona física actúa como representante de la persona jurídica administradora siéndole de aplicación las reglas del mandato, en concreto, el art. 1725 del CC⁵ Sin embargo la nueva redacción dada al art 236.5 LSC al decir que esta persona física designada “...estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador” opta por otro camino pues regula un supuesto de extensión de la responsabilidad lo mismo que hace con los altos directivos. No obstante ello, al hacerlo inmediatamente después de definir el concepto de administrador de hecho, parece impedir que este representante sea considerado como tal desde el punto de vista societario sin perjuicio de esa extensión de responsabilidad. No obstante, habría de estarse en todo caso a la concurrencia en el caso concreto de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia citada antes para estimar que se está ante un administrador de hecho (SSTS, Sala 1ª de 4 de diciembre de 2012 y 22 de julio de 2015). ¿Podrá entonces ser sujeto activo del delito de administración desleal? La cuestión esencial será determinar en el caso en concreto el contenido de las funciones de gestión y administración sobre el patrimonio de la sociedad que se le atribuyen , la autonomía de decisión y si ha habido un “exceso” o “traspaso” de los límites de las mismas, porque lo cierto es que teniendo en cuenta la redacción del tipo penal y los elementos que integran la conducta típica, se estima que si podría llegar a ser autor del delito si es él quien ejerce esas facultades de

gestión e incluso cuando se haya excedido de los límites del encargo o mandato que se le hizo. Se debe tener en mente que, como mantienen los Magistrados Angel Juanes Peces y Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, entre otros, en sendos artículos sobre este delito⁶, para ser sujeto activo de este delito no basta con tener la facultad de disposición patrimonial (pese a lo que parece inferirse del Preámbulo de la Ley 1/15), sino que es necesario que se tengan auténticas facultades de administración/gestión del patrimonio del administrado. Otra cosa será, en estos casos, el régimen de responsabilidad de la persona jurídica administradora y su representante frente a la sociedad.

2.4. Apoderados generales, altos directivos, socios de control y sociedad dominante.

La misma afirmación con la que se concluía que el representante persona física de la persona jurídica administradora si puede llegar a ser sujeto activo del delito de administración desleal, es predicable respecto de los apoderados generales y altos directivos aún cuando en el ámbito mercantil no se les considere, como regla general , como administradores de hecho⁷, si bien puedan llegar a tener esta consideración cuando en ellos concurren los presupuestos que antes hemos visto (expuestos en las SSTS, Sala 1ª de 4 de diciembre de 2012 y 22 de julio de 2015) . Acerca de los apoderados generales y altos directivos también se prevé una extensión de responsabilidad en el art. 236.2 y 4 de la LSC. En el tráfico jurídico-económico se utilizan múltiples denominaciones para denominarlos (director general, gerente, director ejecutivo, director gerente, factor, factor mercantil, etc). Y es reveladora la STS

de la Sala 2ª n.º 464/2014 de 3 de junio que estimó como administrador de hecho, a pesar de existir un administrador de derecho, al *director financiero* que realiza transferencias bancarias de la cuenta de la entidad a la suya o a la de terceros, emitía cheques en su beneficio, utilizaba la tarjeta de la entidad y confeccionaba documentos falseando las cuentas. En este caso se apreció un delito continuado de falsedad en las cuentas sociales y un delito continuado de administración desleal en concurso medial. Si bien el delito de administración desleal al que se refiere esta Sentencia es al del derogado art. 295 C..P., la consideración es plenamente aplicable a la materia que nos ocupa. La cuestión estará en determinar en cada caso concreto si se tienen atribuidas funciones de gestión/administración dentro de la estructura societaria cuya infracción por ejercicio o desempeño excesivo haya podido producir un perjuicio patrimonial para la sociedad, *no siendo suficiente las meras facultades de disposición patrimonial*.

En relación con los denominados **socios de control**, si bien son los administradores societarios a los que legalmente se les encomiendan funciones de gestión (art. 209 LSC) y los socios, reunidos en junta general, tienen otras competencias establecidas en la ley o en los estatutos (art. 160 LSC), tal distribución de funciones en apariencia clara, ha ido evolucionando hasta el punto que la Ley 31/2014 ha reforzado el papel de la junta general en el control de la gestión atribuyéndole, entre otras competencias, la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 161, f LSC). La función de control de la junta *“no impide que la gestión siga siendo competencia exclusiva de los*

administradores, como se encarga de remarcar el legislador al establecer que ni siquiera la adopción, autorización o ratificación por junta general de actos o acuerdos lesivos de los administradores les exonera a estos últimos de su responsabilidad (art. 236.2 LSC), por ello parece posible afirmar que los socios de control pueden considerarse administradores de hecho cuando dirijan a los administradores legales instrucciones fuera de los cauces establecidos por la ley o los estatutos y siempre que la emisión de dichas instrucciones cumpla con los requisitos de la administración de hecho. Más específicamente, siempre que estas instrucciones no tengan carácter puntual u ocasional, sino que posean intensidad y habitualidad de suficiente entidad que justifique su calificación como administradores fácticos”, tal y como lo mantiene el profesor VAZQUEZ ALBERT en su artículo “Responsabilidad del administrador de hecho y del administrador oculto en la reforma del gobierno corporativo”, citando a estos efectos la SAP de Palma de Mallorca de 28 de octubre de 2014.

La complejidad se amplía en los **grupos de sociedades y** dentro de ellos a la sociedad dominante y sus administradores respecto de los que no se ha previsto la extensión de responsabilidad de forma expresa en el art. 236 LSC. Aunque las consideraciones que cabe hacer sobre esta materia exceden de los límites de este trabajo, si cabe señalar que estos administradores podrán ser considerados como administradores de hecho, a través de la categoría denominada administrador oculto que hemos visto se incluye en la definición amplia del art. 236.3 LSC, siempre que en ellos concurren los requisitos que para ello

El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

exige la jurisprudencia y, en consecuencia, podrían ser sujetos activos del tipo de administración desleal.

A modo de conclusión es preciso indicar que en el ámbito de los delitos societarios donde los sujetos activos están mejor definidos o, al menos, más acotados, la jurisprudencia arriba expuesta (STS 816/2006 de 26 de junio) y los autores⁸ a la hora de tratar la figura del administrador de hecho, han venido señalando que *“deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto de aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión y control de quien en realidad dirige la entidad”*. Si bien el art. 252 C.P. amplía notablemente a los posibles autores del mismo, lo cierto es que, cuando se esté en el ámbito de las sociedades de capital, *el precepto* sigue utilizando la palabra “facultades de administración” y la denominación del tipo es “administración desleal”. Habrá de estarse pues al título habilitante en cuestión, a las facultades que tenga atribuidas el posible sujeto activo y/o las que se ejerzan en realidad para determinar si las mismas son o no facultades de administración tal y como lo hace la STS 464/14 Sala 2^a arriba citada al considerar al director financiero como administrador de hecho en el caso concreto con argumentos equiparables a los tenidos en cuenta por la Sala de lo Civil en la Sentencia de 8 de febrero de 2008 también referida anteriormente.

3. LA CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica del nuevo delito de administración desleal consiste en la infracción de las facultades de administración atribuidas

por ejercicio abusivo/excesivo de las mismas causando con ello un perjuicio al patrimonio administrado. La amplitud y falta precisión del tipo plantea numerosos problemas alguno de los cuales vamos a abordar a continuación referidos específicamente al ámbito de las sociedades de capital y los administradores de las mismas.

3.1. “Exceso” en el ejercicio de las facultades de administración.

La primera dificultad con que nos encontramos a la hora de estudiar las conductas subsumibles dentro del tipo del art. 252 C.P. es qué se entiende por “exceso”. Hay posturas encontradas sobre el alcance de dicho término. Por un lado, están quienes entienden que el tipo de administración desleal castiga a quién actúa dentro de las funciones del administrador y de los límites de las mismas pero de forma indebida (STS 17 de julio de 2005 y 91/2013), en lo que podría denominarse “ejercicio abusivo intensivo”. Por otro lado se encuentran los que mantienen que el tipo castiga a quien ejerce las facultades de administración sin respetar los límites de las atribuciones fijadas para los administradores bien por la ley, bien por los estatutos o el contrato en cuestión (exceso extensivo). Lo cierto es que parece más razonable la opinión de quienes estiman que “el reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador le exigen las distintas normas por las que se rige su función. Desde esta óptica, resulta irrelevante que el administrador ejerza sus funciones de forma indebida o realice actos para los que no está autorizada con daño para

el patrimonio administrado”⁹. Dice el autor al que seguimos en este punto que lo que castiga el tipo penal en la redacción dada al mismo por la LO 1/15 es el “exceso” por lo que no es preciso que el acto sea jurídicamente válido ni que el administrador actúe dentro de los límites de sus facultades. La amplitud de la nueva redacción dada al delito exige la inclusión tanto de los excesos intensivos como extensivos debiéndose resolver en cada caso los previsibles problemas de concurso con otras infracciones penales que ello va a producir.

3.2 Facultades de administración.

El problema fundamental del delito de administración desleal recogido en el art. 252 C.P, es determinar cuáles son las facultades y deberes del administrador y si cualquier infracción de las mismas conlleva la comisión del delito, y ello porque sin el conocimiento de estas facultades es obvio que no va a poder determinarse si existe o no el exceso exigido por el tipo¹⁰. Es llamativo que se haya optado por configurar un tipo penal completamente en blanco y absolutamente genérico pues para otros supuestos muy similares dentro del Código Penal (como es el caso de los denominados “delitos concursales o de bancarrota” del art. 259 C.P.) si que se han enumerado numerosos supuestos que integran la conducta típica, incluso dejando la posibilidad de incluir otros tantos (art. 259.1.9ª CP)¹¹. Con carácter general habrá de acudirse al título constitutivo que atribuya las facultades de administración y a los principios generales de la diligencia del buen padre de familia (art 1889 y 1094 del C.C), pero cuando se trate de administradores sociales necesariamente deberá estarse a la LSC pues se trata de la

norma en la que se regulan y recogen los deberes de los mismos. Existe pues una íntima conexión entre el tipo del art. 252 del C.P. cuando el sujeto activo sea un administrador societario y las normas de la LSC que establecen las obligaciones de los mismos que sufrieron una importante reforma por la Ley 31/14 de 3 de diciembre por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Los citados deberes de los administradores, cuya infracción puede ser el primer elemento de la conducta típica del delito de administración desleal, son fundamentalmente dos: el deber de diligencia y deber de lealtad.

a) El deber de lealtad. Este deber de los administradores sociales viene definido en el art. 227. 1 de la LSC al disponer que: “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”. “Este deber se traduce en definitiva en que los administradores están obligados a gestionar la sociedad anteponiendo siempre el interés social al interés particular”¹².

La reforma operada por la Ley 31/14 introduce las siguientes novedades:

- La fijación de un régimen de responsabilidad por infracción del deber de lealtad a través de la obligación de indemnizar el daño causado y la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art.227.2 LSC) y con los supuestos de extensión de la responsabilidad del art. 236 LSC
- La enumeración en el art. 228 de una serie de supuestos de comportamientos desleales de los administradores por

El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

infracción del deber de lealtad. Si bien todos ellos pueden ser tenidos en cuenta a efectos hermeneúticos en el ámbito de la jurisdicción penal, se ha de destacar el que sin duda puede tener más relación con el delito de administración desleal. Se trata de la prohibición de los administradores ejerciten sus facultades con fines distintos de aquellos para los que han sido concedidas. El carácter desleal de esta conducta proviene del hecho de que el deber de lealtad dar por supuesto que el único interés del administrador debe ser el bien de la sociedad y en tal sentido llevar a cabo su desempeño con fines distintos de los que constituyen los objetivos de la sociedad infringe dicho deber específicamente cuando la sociedad no obtenga ningún tipo de beneficio económico con ello.

b) Deber de diligencia. Dispone el art. 225 de la LSC que: “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. 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”. La referencia expresa a las leyes implica no solo la LSC en la que se definen algunos de ellos, sino también a normas administrativas y penales, en todo caso, vinculadas con la condición mercantil de la sociedad anónima o limitada que se trate de conformidad con el art.

2 LSC. Por otro lado, dicha remisión lleva a cuestionarse si en desarrollo de sus funciones el administrador solo se debe a la defensa de los intereses de la sociedad o de los socios, dado que el cumplimiento de las obligaciones legales no siempre tiene que coincidir con los intereses de la sociedad como tal, pudiéndose también calificarse como diligente aquella tendente a proteger los derechos de los acreedores especialmente en situación de pre-insolvencia (vid. Art. 172 bis LSC).

3.3. Elementos para limitar el alcance de la conducta.

¿Cualquier ejercicio excesivo o abusivo de los deberes de diligencia o lealtad por parte de los administradores societarios que cause un perjuicio patrimonial dará lugar a la comisión del delito de administración desleal? Se trata sin duda de una pregunta que cabe hacerse habida cuenta de la redacción utilizada para definir el tipo penal, pero a la que obviamente se ha de contestar negativamente porque son necesarios otros elementos y porque, en todo caso, habrá de tenerse muy presente el principio de “ultima ratio” del procedimiento penal como se expondrá a continuación. Esos otros elementos son esencialmente los siguientes:

a) **Exigencia de dolo.** *La nueva redacción del tipo penal no exige ni ánimo de lucro, ni que el sujeto activo actúe en beneficio propio ni ajeno, ni tampoco que se actúe con ánimo fraudulento (como se exigía en el art. 295 del C.P. ahora sin contenido), con ello se ahonda aún más, si cabe, en la ampliación de conductas punibles susceptibles de ser incardinadas en este precepto. No obstante, si será preciso acreditar la existencia de dolo en la conducta del investigado, es decir, un*

conocimiento por parte del investigado de que actúa excediéndose de su facultades y que al hacerlo así ocasiona un perjuicio¹³. Puede servir como guía la definición que se hacía en la STS 462/2009 cuando al hablar de la distinción entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal del antiguo art. 295 C.P. se exponía que: "...Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal". La STS 700/2016 de 9 de septiembre, cita a este respecto las SSTS 841/2006 y 565/2007 que establecen que "quién actúa de esta forma está defraudando la confianza de quién a entregado algo en virtud del un título, ya se administración, depósito, comisión...ya que en todos ellos, se está suponiendo una seguridad en que la actuación de aquel a quién se le hace entrega se realizará dentro de los límites acordados". El propio significado de palabra excederse utilizada en la redacción del tipo penal implica la exigencia de intencionalidad en la conducta del sujeto activo. Sobre este particular es preciso indicar que no cabe la comisión imprudente de este delito pues no se ha previsto expresamente. Ello resulta ciertamente llamativo si que se lo compara con la posibilidad de comisión imprudente del delito de insolvencia punible del art. 259 contenida en el apartado tercero de este precepto que, en definitiva, contiene una serie de supuestos de verdadera administración desleal cuando sean llevado a cabo por administradores societarios. Finalmente se ha

de decir que existen opiniones encontradas sobre la posibilidad de la comisión de este delito por omisión. Hay quienes defienden que ello es posible siempre que se den los presupuestos del art. 11 del C.P. teniendo en cuenta bien jurídico protegido. La postura contraria mantiene que la redacción del tipo penal y la exigencia de que el administrador actúe "excediéndose" de las facultades de administración que tiene atribuidas implica la exigencia de acción dolosa excluyendo así la posibilidad de la comisión por omisión. Si bien ambas están sostenidas por argumentos sólidos, parece más acertada la que es favorable a admitir la posibilidad de la comisión del delito de administración desleal por una actuación omisiva por parte del administrador social porque lo cierto es que , en ocasiones, esta falta de acción puede tener consecuencias tan nocivas o más para el patrimonio y los intereses de la sociedad que la actuación misma. La falta de actuación cuando la misma era necesaria y exigible en atención al deber de diligencia o lealtad que tienen los administradores sociales para cumplir con la obligación de gestionar la sociedad buscando el interés de ésta , que causa un perjuicio patrimonial por una ganancia o ventaja dejada de obtener, puede y debe ser objeto de inclusión dentro del tipo penal que nos ocupa siempre que exista un deber específico de actuar (art. 11 del C.P.) lo cual habrá de examinarse y determinarse en el caso concreto.

b) El concepto de perjuicio patrimonial. El concepto de perjuicio patrimonial es un concepto amplio que incluye todo clase de perjuicios evaluables económicamente: perjuicios directos, disminución patrimonial, lucro cesante, reducción o falta de incremento del mismo,

El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

etc , así lo entendía la Jurisprudencia para el antiguo tipo del art 295 , resultando estas consideraciones plenamente aplicables al art. 252¹⁴. La mera constatación o acreditación de la existencia de un perjuicio patrimonial para la sociedad como consecuencia de la actuación de un administrador, por relevante que el citado perjuicio pueda llegar a ser, no supone si sola la existencia de responsabilidad social y menos aún la concurrencia de responsabilidad penal. Ello no solo porque habrán de concurrir los demás elementos del tipo que hemos venido exponiendo, sino porque, por un lado, habrá de acreditarse la correspondiente relación de causalidad entre la conducta del administrador y el citado perjuicio, y por otro porque la decisión de gestión que ha podido causar el perjuicio patrimonial puede estar amparada por el **principio de discrecionalidad empresarial** contenido en el art. 226 de la LSC, que en la redacción dada al mismo por la Ley 31/14 establece que: *“1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”*.

Lo que se ha tratado de establecer con este precepto es un espacio de libertad necesario para el desarrollo de la actividad económica a través de las sociedades de

capital y de quiénes las administran. Si bien existen distintas opiniones sobre el alcance de esta norma y si la misma contiene o no una exoneración de responsabilidad o inmunidad para los administradores, se estiman más acertadas las consideraciones de quienes ponen de manifiesto que *“la regla opera como un sistema de distribución de la carga de la prueba que parte de una presunción de conducta diligente. Cuando los administradores adoptan su decisión en el marco de un procedimiento razonable, con información y asesoramiento suficiente, sin interés personal, y de buena fe, se debe presumir satisfecho el estándar de diligencia exigible. Pero ese cumplimiento de los condicionamientos en los que se sustenta la regla no sustrae a la posibilidad de un juicio de revisión sobre la adecuación final de lo actuado al estándar general de diligencia”*¹⁵.

Especial dificultad plantearán en la práctica los denominados *“negocios de riesgo”* en los que lo esencial será estudiar si el mismo es tan elevado que resulta incompatible con el deber de diligencia de un ordenado empresario y/o con el deber de lealtad de actuar siempre en beneficio y en interés de la sociedad.

c) El Principio de intervención mínima¹⁶. La forma de redacción empleada por el legislador la hora de configurar el tipo de administración desleal hemos venido afirmando que es sumamente amplia puesto que, en su literalidad, convierte en infracción penal casi cualquier clase de incumplimiento de las obligaciones por parte del administrador que genere un perjuicio patrimonial. Esta amplitud deberá corregirse invocando el citado principio siempre de forma conjunta con lo que se ha puesto de manifiesto acerca de los elementos integrante del tipo. Este mismo

problema ha ocurrido en otros países que tienen un tipo penal similar, de hecho, el propio Tribunal Supremo hacía alusión a él en la STS 465/2014 de 29 de diciembre, Fundamento de Derecho Quinto, citando lo ya expuesto en la STS 370/2014 de 9 de mayo, sobre los problemas que está generando en Alemania la falta de taxatividad del delito de administración desleal. La Sentencia viene a considerar que: "...La naturaleza de la sanción penal como "ultima ratio" y el respeto al principio de tipicidad impiden considerar que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario constituye, en nuestro derecho penal vigente, un delito de apropiación indebida". Esta aseveración es plenamente aplicable al delito de administración desleal debiendo tenerse siempre muy presente que en el ámbito del derecho de sociedades una de las principales

novedades introducidas por la Ley 31/14 ha sido el establecimiento de un régimen de responsabilidad de los administradores en caso de infracción de los deberes de lealtad y/o de diligencia (arts. 227.2 y 236 LSC), y que a través de las acciones de responsabilidad por daños y/o de enriquecimiento injusto podrá exigirse dicha responsabilidad a los administradores sociales. El derecho penal solo debería estar para aquellas conductas abusivas o drefaudatorias que supongan una infracción grave de los deberes de los administradores societarios que haga que la misma trascienda del ámbito puramente mercantil, en palabras de Enrique Bacigalupo Zapater: "una infracción, grave evidente, cierta, clara, incuestionable, indiscutible, indudable y manifiesta".

NOTAS

¹ http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12589

³ Pueden citarse, entre otros muchos, los siguiente ejemplos: El progenitor respecto del patrimonio de los hijos (art. 164 C.C.); Los tutores respecto del patrimonio de los tutelados, sean menores o incapaces, arts. 268 a 270 C.C.; el administrador del régimen de gananciales, arts. 1375 a 1391 C.C.; el administrador judicial, arts. 630 a 633 L.E.C.; el administrador concursal, art. 27 Ley 22/2003; el administrador de una comunidad de propietarios; los administradores societarios, arts. 225 a 232 RDL 1/2010; los albaceas testamentario, arts. 892 a 911 C.C.

⁴ La STS de la Sala 1ª de 22 de julio de 2015 indica que: "ya en la jurisprudencia anterior a dicha reforma (la operada en la LSC por la Ley 31/14) no se exigía que el administrador de hecho actuara de forma directa o en primera persona por lo tanto, de modo aparente y notorio, por lo que el administrador de hecho pudiera ser oculto, como se ha reconocido expresamente por el art. 236.3 LSC, tras la reforma...".

⁵ Vid "Reforma las Sociedades de Capital y Mejora del gobierno coporativo", Colección RJC, artículo de Daniel Vázquez Albert, Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona

⁶ Eduardo Porres Ortiz de Urbina, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid en su artículo "El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo" El Derecho, 2-11-16. ÁNGEL JUANES PECES, Magistrado del Tribunal Supremo en un artículo escrito para el CEJ en las "Jornadas de Especialistas en delincuencia económica, celebradas el 3 y 4 de abril de 2017

⁷ La STS de la Sala 1ª de 8 de febrero de 2008 establece primero la regla general: "la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados siempre que actúen por mandato (...)". Sin embargo luego admite y razona los supuestos en los que si cabe equiparar al apoderado con el administrador de hecho al decir que: "...cabe, sin

El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad.

embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho en los supuestos en los que la prueba acredite tan condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte “un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio e acciones de responsabilidad hacia personas insolventes”, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (STS 23 de marzo de 2006)”. Acerca de la posible equiparación y los requisitos para que ello sea posible son interesantes las SAP de Barcelona de 9 de enero de 2015 y la SAP de Madrid de 23 de febrero del mismo año.

La STS de 4 de diciembre de 2012 parte de la misma regla general antes expuesta diciendo que : “no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho. Los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean sus facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho”.

⁸Vid. Artículo de Javier Muñoz Cuesta, Fiscal del Tribunal Supremo: “Los administradores de hecho y de derecho. La persona Jurídica” publicado en el Centro de Estudios Jurídicos

⁹Cita de Jose Antonio Martín Pallín “La represión penal de las actividades económicas irregulares” que hace Eduardo Porres Ortiz de Urbina, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid en su artículo “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo” El Derecho, 2-11-16

¹⁰Así lo pone de manifiesto ÁNGEL JUANES PECES, Magistrado del Tribunal Supremo en un artículo escrito para el CEJ en las “Jornadas de Especialistas en delincuencia económica, celebradas el 3 y 4 de abril de 2017

¹¹Vid. Artículo sobre “El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, publicado en El Derecho el 2 de noviembre de 2016, autor: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid

¹²Vid. Artículo de Alberto Esparanza Sobejano en la obra colectiva “Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”

¹³Así lo define la STS 462/2009 de 12 de mayo para el antiguo tipo de administración desleal, que es trasladable al nuevo delito. (Fdo. Dcho 1ª, III) http://supremo.vlex.es/vid/-76463461?_ga=1.32377982.1306410242.1449143965,

¹⁴SSTS 841/2006 de 17 de julio, 22/11 de 30 de marzo

¹⁵Andrés Recalde Catells “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule”.

¹⁶Sobre el principio de intervención mínima ver la SSTS n.º 670/2006, de 21 de junio; 569/2006, de 19 de mayo; 300/2012, de 3 de mayo.