

Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Resumen

Las reflexiones que siguen abordan selectivamente algunos problemas dogmáticos del delito societario de gestión desleal (art. 295 del Código Penal español), aunque se hace breve mención a algún otro, como el del futuro del delito de administración desleal previsto en el Proyecto de reforma del Código Penal, hoy en tramitación parlamentaria. Se considera que el actual delito de administración desleal es un delito especial (propio) y no un delito de infracción de deber (y, sobre todo, se resta importancia a la cuestión de si lo es). Tras plantear algunos problemas al hilo del concepto más pacífico de administrador de Derecho, se aboga, respecto del más discutido de administrador de hecho, por la postura imperante en la doctrina penal de realizar una interpretación amplia y material de ese concepto, no ceñida a su significado en otras ramas del ordenamiento jurídico, en especial, el Derecho mercantil. Se considera superflua, como

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León (España). Las presentes reflexiones se inscriben, entre otros, en los Proyectos de Investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación, hoy de Economía y Competitividad de España), DER2013-47511-R (Ministerio de Economía y Competitividad) y otro actualmente en proceso de evaluación (Junta de Castilla y León, España). Las referencias bibliográficas son meramente indicativas (la jurisprudencia citada es mínima), no pretenden en absoluto exhaustividad (la bibliografía existente sobre el tema es muy amplia e interesante), ni siquiera en relación con las obras centrales en la materia, sino simplemente ofrecer al lector algunos lugares donde ampliar lo que aquí se manifiesta brevemente y donde encontrar ulteriores referencias. El germen de este trabajo fue la ponencia que presenté en el curso sobre Administración desleal celebrado en el CEJ (Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia de España). Agradezco la colaboración en la búsqueda bibliográfica y otros aspectos de la preparación de este trabajo de mi querida discípula Susana Escobar Vélez.

hace la doctrina dominante, la mención (que puede inducir a confusión) de los socios entre los posibles autores del delito, pues, en los escasos supuestos en que pudieran serlo, ya encajarían en el concepto de administrador de hecho. Se señalan algunas pautas para el establecimiento de responsabilidad penal en los (diversos) supuestos de administración colegiada. Se defiende la posibilidad, excepcional, de comisión del delito por omisión, atendiendo a los límites de los verbos típicos. Aunque no se aplaude el régimen de responsabilidad "penal" de las personas jurídicas establecido desde 2010 en nuestro Código Penal, se pone de manifiesto que, dentro de la lógica de ese régimen, debería haberse incluido este delito para los supuestos en que el administrador sea una persona jurídica. Por fin, se ponen de relieve brevemente algunas diferencias y contactos del delito de administración desleal con el de corrupción entre particulares del art. 286 bis del Código Penal. Aparte del valor general del intercambio de información y debate entre diferentes ordenamientos jurídicos, en este caso creo que el presente trabajo puede ser interesante en Colombia dada la amplia similitud con el español del actual tipo de administración desleal del art. 250 B CP colombiano.

Palabras clave

Administración o gestión desleal. Delitos societarios. Autoría. Delitos de infracción de deber. Administrador de hecho y de Derecho. Omisión. Personas jurídicas. Corrupción económica entre particulares.

Abstract

This article addressed some dogmatic issues related with the crime of *corporate unfair management* (art. 295 of the Spanish Penal Code). In addition, a brief mention is made about the future crime of *unfair management* which is part of the reform of the Penal code, now before Parliament. After discusses some of the problems related with the concept of *administrator of law*, it is consider the most discussed concept of *facto administrator* or *manager*. It is considered superfluous, as does the dominant doctrine, the statement (which can lead to confusion) partners among potential perpetrators, because they could be consider into the concept of *facto administrator* or *manager*. Some guidelines are also given for establishing criminal liability in cases of collegiate management. We advocate for the exceptional possibility of commission the crime by omission. Although we disagree with the regime of corporate criminal liability established since 2010 in our Penal Code, within its logic, it should have included this offense for situations where the manager is a corporate. This article also addressed some differences between *unfair management* and *corruption*. Finally, we believe that this work can be useful in Colombia, in order of the similarity to the Spanish Criminal Code, in particular with the *unfair management* of the art 250B Colombian Criminal Code.

Keywords

Unfair management. Corporate unfair management. Corporate Criminal liability. Omission.

Sumario

1. Introducción. 2. Cuestiones relativas a la autoría (en sentido amplio). 2.1. ¿delito especial (de dominio) o delito de infracción de deber? 2.2. Administrador de derecho y de hecho. 2.2.1. Administrador de derecho. 2.2.2. Administrador de hecho. 2.3. Los socios como autores del delito. 2.4. El administrador en órgano colegiado. 3. Posibilidad de comisión por omisión. 4. Responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. 5. Alguna comparación entre el delito societario de administración desleal y el de corrupción entre particulares.

1. Introducción

Los problemas dogmáticos y otros de política criminal asociados a ellos son muy diversos en el delito de administración desleal (societaria) del art. 295 del Código Penal español (CP) (novedoso en el CP 1995, previsto en todos los textos, Anteproyectos y Proyectos que lo precedieron, aunque de forma diversa, y respondiendo a la necesidad de prevenir y castigar graves infidelidades en la gestión societaria, sin engaño previo –eventual estafa– ni apropiación –eventual apropiación indebida–): “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”. La tipificación de estas conductas (no exactamente del mismo modo) es común en el Derecho comparado² y era demandada por la

1 V., por ejemplo, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 1996, pp. 425 y ss.; *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, pp. 94 y ss., 59 y ss. (y pp. anteriores); DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, “Administración desleal”, en Boix Reig, Javier (Dir.)/Lloria García, Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 29 y ss.; “La administración desleal societaria en el derecho penal español”, en *InDret* 3/2010, p. 5.

2 V., por ejemplo, ADÁN NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 13 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, pp. 65 y ss.

doctrina de modo prácticamente unánime³. En particular, la redacción del tipo español, sin ser idéntica, guarda muchas similitudes con la del actual art. 250 B CP colombiano⁴, por lo que entiendo que mis reflexiones pueden tener interés (más allá del evidente del conocimiento del Derecho comparado y de la discusión común) también en Colombia⁵.

Pero no se trata aquí de recorrer todos los elementos del delito, sino de seleccionar algunos de ellos, básicamente aquellos que tienen que ver con la autoría del delito (en un sentido amplio, que abarca cuestiones discutibles como, por ejemplo, la del concepto de administrador de hecho, la referencia a los socios como eventuales autores del delito y la del administrador órgano colegiado) y con la posibilidad de cometerlo por omisión, pero también, aunque sea con menciones más breves, otras, como si debería haberse castigado la comisión de este delito por persona jurídica o la comparación con el, en nuestro Derecho penal, joven delito de corrupción entre particulares. Hay más cuestiones interesantes, como, por citar sólo algunas, la del bien jurídico protegido o la que afecta a la pena del delito y se pregunta si debería haberse previsto una pena de inhabilitación para el ejercicio

3 Por muchos, con ulteriores referencias, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *InDret* 3/2010, p. 5.

4 Art. 250 B CP colombiano (adicionado por el art. 17 de la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción-): “Administración desleal. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

5 El tipo colombiano se diferencia a primera vista del español en que en el primero la pena de prisión es ostensiblemente mayor (algo que sucede con carácter general si se comparan los delitos de ambos CP), resultando cumulativas las penas de prisión y multa, que en el español son alternativas (en suma, mayor rigor punitivo en el caso colombiano). Además, el tipo colombiano se refiere sólo al perjuicio a los socios, mientras que el español incluye además, resultando más amplio, el perjuicio a los depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital, en una decisión que algunos consideran discutible (lo que parecen “olvidar” ambos preceptos es el perjuicio a la propia sociedad, si bien se ha sugerido que podría incluirse en el de los socios o, en el caso español, en el irrogado a otra de las categorías mencionadas, al ser la sociedad titular de sus bienes, entre otros., sin que sea posible desarrollar aquí todas estas cuestiones). Por fin, el tipo colombiano parece más amplio en cuanto incluye entre sus posibles autores, además de a los administradores y socios, a los directivos, empleados y asesores, si bien, aun desde el desconocimiento de la interpretación de este extremo en Colombia, aventuro que la exigencia de (capacidad de) disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o de contracción de obligaciones a cargo de esta hace incluíbles a esas categorías en la del administrador de hecho tal y como esta figura se interpreta en el presente trabajo.

profesional, cuya eficacia en este contexto reivindicar, con razón, algunos autores⁶; pero baste esa mención.

Antes de terminar esta introducción, deseo llamar la atención sobre la importante reforma del delito de administración desleal que se prevé en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP de 4 de octubre de 2013, actualmente en tramitación parlamentaria. No es posible tratarla detenidamente aquí. El Proyecto parece consciente de que el legislador de 1995, en comparación con otros países, se quedó corto al tipificar sólo la administración desleal societaria. Por ello (y por razones que explica en la Exposición de Motivos), el Proyecto prevé la derogación del actual art. 295 CP, que contiene el delito de administración desleal societaria, para crear una sección nueva, la 1 bis, en el Cap. VI del Tít. XIII del Libro II CP, que rubrica “De la administración desleal” y en la que incluye un único artículo, el reformado 252⁷, que contiene diversas modalidades de delito de administración desleal, ya no ceñido al ámbito societario, con un contenido muy amplio, que abarca incluso una modalidad omisiva y un delito leve (la clase de delito que viene a sustituir a muchas de las actuales faltas). En consecuencia, se modifica también la regulación de la apropiación indebida que pasa a los siguientes artículos (en sentido estricto, queda en el art. 253), fuera ya de la nueva sección. Pues bien, baste decir aquí telegráficamente que, aunque es admisible que se intente regular un delito de administración desleal no societaria, el legislador debería pensar si tiene sentido hacer desaparecer la modalidad societaria (donde quiera que debiera ubicarse), entre otras razones porque tal vez en ella se proteja, además del patrimonio, algún otro

6 Así, por ejemplo y con ulteriores referencias, ADÁN NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, p. 292; TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *ADPCP 1996*, p. 469; *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, p. 154; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 65; *InDret 3/2010*, p. 29; JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 596.

7 Que reza: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre 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. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar./3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros”.

interés supraindividual⁸ cuya salvaguarda podría debilitarse con la nueva regulación, y debería cuidar algunos aspectos de ésta para no incurrir en incoherencias, si no contradicciones, como parece, por ejemplo, el hecho de que el tipo general fije su pena por remisión a la de la estafa (y coincidiendo con la de la apropiación indebida) y, sin embargo, la del delito leve de administración desleal resulte más grave que la de los correspondientes previstos (también) delitos leves de estafa y apropiación indebida y, en general, para no crear nuevos problemas de interpretación y deslinde de otras figuras.

2. Cuestiones relativas a la autoría (en sentido amplio)

2.1. ¿Delito especial (de dominio) o delito de infracción de deber?

Bastante discusión doctrinal se produce sobre si el delito que nos ocupa es uno de los tradicionalmente llamados especiales (en este caso, propio) o es un delito de infracción de deber.

Como es sabido, la categoría de los delitos de infracción de deber fue ideada por Roxin⁹ para sustentar que, en determinados delitos, la autoría no se determina por el criterio más generalmente aceptado hoy en día del dominio del hecho¹⁰ (aunque personalmente defendiendo uno algo más estricto, el de la determinación objetiva y positiva del hecho¹¹), sino por la infracción de un deber extrapenal específico que

8 Así lo creen, seguramente con razón, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 33 y ss.; *InDret* 3/2010, pp. 7 y ss. (hay otras concepciones que defienden también la pluriofensividad del delito).

9 Que la desarrolla, entre otros lugares, en CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., 2006 (1ª ed., 1963), pp. 352 y ss., 739 y ss. (= *Autoría y dominio del hecho*, traducción de la 7ª ed. alemana por Cuello Contreras, Joaquín/Serrano González De Murillo, José Luis, 2000, pp. 385 ss., 742 y ss.).

10 A la que dio el impulso más importante igualmente Roxin, en múltiples trabajos, pero de manera amplia y magistral en su magna obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (= *Autoría y dominio del hecho*), una de las monografías penales más importantes de todos los tiempos, cuya lectura es altamente recomendable.

11 Formulada inicialmente por Luzón Peña y desarrollada por él mismo y por mí, adhiriéndose posteriormente a ella bastantes autores, algunos de los cuales la desarrollan también; aunque nuestras obras al respecto son muchas, puede verse a modo de amplio resumen, nuestro trabajo conjunto DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*, en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 575-608, *passim* (con ligeras modificaciones = "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel, volumen VIII, curso 1998-1999, 2000, pp. 53-87, *passim*; y "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en: *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* -Bogotá, Colombia- 2, 2003, pp. 89-128, *passim*).

pesa sobre determinado sujeto. Ejemplo de estos delitos de infracción de deber serían la mayoría de los delitos contra la Administración Pública.

Esta idea de Roxin tiene un fundamento muy razonable; en los delitos contra la Administración Pública, significa que no es relevante quién realice personalmente la conducta de, por ejemplo, una destrucción de documentos a cargo del funcionario público, ni siquiera quién domine el hecho de la destrucción, sino quién infringe los deberes propios de la custodia de documentos públicos; el resto de implicados serían partícipes (algunos autores que posteriormente han desarrollado esta idea excluyen sin razón del castigo al partícipe *extraneus* aduciendo que no puede infringir el deber especial –prescindo aquí de otras argumentaciones aducidas aisladamente, alguna más razonable, aunque tampoco la comparto¹²–; ipero puede fomentar su infracción!, con lo que la posibilidad de participación de *extranei* y lo adecuado de su castigo me parecen claros). Sin embargo, me parece difícil la admisión generalizada de esta categoría en cuanto a veces el tenor literal posible (y, por lo tanto, las exigencias del principio de legalidad) no permiten interpretar de ese modo la autoría. Ello tiene fácil solución legal: redáctense de manera adecuada los tipos (por ejemplo, no hay problema para entender que es un delito de infracción de deber la malversación del art. 432 CP español¹³) o con la inclusión de una cláusula general que lo aclare, pero no sustituyamos desde ninguna otra posición de operador o intérprete del Derecho (ni siquiera la de juez) al legislador¹⁴. Las extensiones, enormes en ocasiones, de la idea de Roxin me parecen excesivas y tergiversan la idea inicial de este autor alemán¹⁵.

12 Como por ejemplo la defendida por JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA y DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la ‘teoría de los delitos de infracción del deber’”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.º. 15, Bogotá, 2006, pp. 133-190.

13 En cuanto que castiga a la autoridad o funcionario público que “sustrajere o *consintiere que un tercero ... sustraiga*” los caudales o efectos públicos a cargo de los primeros (obviamente, la cursiva es mía).

14 Mi opinión sobre esa categoría la he expresado también en diversos lugares; v., resumidamente, MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, “Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria”, en Luzón Peña, Diego-Manuel (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica* (EPB), 2002, p. 169.

15 Ofrezco ulteriores referencias (y rechazo también estas ampliaciones) en MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, “Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung: Kritische Betrachtungen”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2011, p. 262 y notas al pie correspondientes [=“La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en *Nuevo Foro Penal* (NFP, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia) 76 (2011), p. 21 y notas al pie correspondientes].

Pero, en todo caso, en nuestro supuesto, me parece que la redacción típica responde más bien a la configuración de un delito especial (propio)¹⁶, si se quiere usar esta terminología, de dominio. Pero además, salvo para quienes erróneamente crean que en los delitos de infracción de deber no cabe participación punible de *extranei* (y entiendan que en otros delitos especiales sí), las consecuencias prácticas tampoco serían muy grandes. Es verdad que se podría aducir que en los supuestos en que el *intraneus* no domine el hecho, habrá una impunidad general si se concibe como delito de dominio, mientras que ello no sucederá si se trata de un delito de infracción de deber. Sin embargo, no se alcanza a ver cuáles serían en la realidad esos casos, máxime cuando a través de la figura del administrador de hecho se puede entender, de manera amplia, que la condición de *intraneus* se confiere a todo el que materialmente realiza tareas de administración y no se ve bien cómo alguien va a disponer de bienes sociales o contraer obligaciones a cuenta de la sociedad sin ostentar esa posición (material).

Sin entrar a fondo en la cuestión de si el delito que nos ocupa se fundamenta en un deber específico extrapenal, pareciendo más bien que existen posiciones de dominio para realizar determinadas operaciones obligando a la sociedad¹⁷, partiré aquí, en definitiva, de que estamos ante un delito especial propio (no impropio, pues no existe delito común correspondiente: ni la estafa ni –la más cercana- apropiación indebida lo son). Por tanto, autor del delito sólo podrá ser el

16 En este sentido, entre otros muchos, y con ulteriores referencias, ADÁN NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, p. 266; TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ADPCP 1996*, p. 458; *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, pp. 113, 147 (si bien en pp. 147 s. advierte que, si se admite la categoría, se trata de un delito de infracción de deber); RICARDO MATA y MARTÍN, "Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas", en Del Rosal Blasco, Bernardo (Dir.), *Empresa y Derecho Penal* (I), 1999, p. 343; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/ RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 63 s.; *InDret* 3/2010, pp. 26 s.; HERRERA GUERRERO, MERCEDES, "El sujeto activo en el delito de administración desleal", en *La Ley* 3478/2010 (versión electrónica y sin paginar que se ha consultado, por lo que no se citarán páginas; apareció en el Diario 7460, de 10 de septiembre de 2010); esta autora discute a fondo la cuestión de los delitos de infracción de deber y de si la administración desleal es uno de ellos antes de llegar a la conclusión de que es un delito especial; FERNANDO SEQUEROS SAZATORNIL/ MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO, *Delitos societarios y conducta a fines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, 3ª ed., 2013, p. 1338. En la jurisprudencia, a modo de mero ejemplo, STS 35/2011, de 2 de febrero. Por citar un ejemplo de autora que sostiene que nos hallamos ante un delito de infracción de deber, aunque sólo en la modalidad de disposición fraudulenta de bienes sociales, considerando que la otra modalidad es de dominio, SILVINA BACIGALUPO, "Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (RDPCr), 2ª época, nº extraordinario 1º, 2000, pp. 362 y ss.

17 Sobre ello, MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica).

cualificado, el administrador de Derecho o de hecho (no comparto la opinión de E. Bacigalupo, que sostiene, en general para los delitos societarios, que en este último caso nos hallamos ante un delito común porque administrador de hecho puede serlo cualquiera¹⁸: en realidad sólo lo será quien ostente *de facto*, aunque sin reconocimiento formal, una posición especial en la empresa) o, según el precepto que tipifica el delito, en algunos casos, los propios socios (los no cualificados podrían ser sólo, en su caso, partícipes¹⁹). Pasemos a repasar estos conceptos.

2.2 Administrador de Derecho y de hecho

2.2.1 Administrador de Derecho

No plantea especiales problemas la determinación del *administrador de Derecho*: lo es quien el Derecho (extrapenal, en concreto mercantil) dice que lo es²⁰: quien ejerce (solo o con otros) las funciones de administración (o sea, gobierno, gestión y representación) de la sociedad con cumplimiento de todos los requisitos legales (de nombramiento, inscripción, periodo de ejercicio del cargo, entre otros.), que podrán depender de la forma societaria que adopte la sociedad en cuestión.

Sólo es preciso mencionar aquí que el ser administrador de Derecho no convierte sin más al sujeto en autor del delito societario si éste se produce, sino que es preciso que materialmente realice esas funciones disponiendo de bienes o contrayendo obligaciones a cuenta de la sociedad. De modo que, si es un mero testaferro u hombre de paja sin reales funciones de administración, podrá ser a lo sumo un partícipe del delito que cometa quien materialmente las ostenta (si se dan los correspondientes requisitos del tipo subjetivo, de la participación, entre otros.), que será un administrador de hecho (normalmente, aunque cabría que fuera otro administrador de Derecho). El caso no es idéntico a aquel en que un administrador de Derecho obedece instrucciones, sugerencias, entre otros de un tercero, pues aquí el administrador de Derecho sí realiza la conducta típica y es autor, siendo el otro sujeto

18 ENRIQUE BACIGALUPO, "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal", en Bacigalupo, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2005, p. 421; v. también lo que señala CASTRO MORENO, ABRAHAM, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, 1998, p. 238, para el caso de que no se haga una interpretación restrictiva de la expresión administrador de hecho como la que propone.

19 V., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español 35/2011, de 2 de febrero.

20 Como al respecto no hay discusión doctrinal, v., por todos, en general, SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho. "Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría"*, 2007, pp. 277 y ss.; en "La administración desleal", DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 39; *InDret* 3/2010, p. 9.

partícipe (normalmente inductor). Ni tampoco es del todo igual al del administrador de Derecho que realiza la conducta típica, pero coaccionado o engañado por un sujeto de atrás; en este caso, el administrador de Derecho es el autor inmediato (o, en terminología al uso, directo) del hecho, responsable o no según el efecto de la coacción o el engaño, y el sujeto de atrás es un autor mediato, que normalmente actuará como administrador de hecho (a través del otro)²¹.

2.2.2 Administrador de hecho

Importante, pero parcialmente discutido es el concepto de *administrador de hecho*. Respecto de él existen en España dos interpretaciones no coincidentes.

Una interpretación, más restrictiva, prácticamente no defendida entre los penalistas, entiende por tal lo mismo que se entiende en el Derecho mercantil²², esto es, sujeto que desempeña legítimamente (o sea, con nombramiento de los socios como corresponda, aunque tal nombramiento posea defectos que lo hagan nulo) el cargo de administrador, pero faltándole algún requisito formal como la inscripción registral o la publicación en el boletín del Registro mercantil, o concurriendo alguna otra irregularidad, como la de haber excedido el periodo para el que fue nombrado, razones por las cuales no se puede hablar de administrador de Derecho, pero puede existir una apariencia formal de tener atribuidas facultades de administración (si no, ya no se trataría de un administrador de hecho)²³.

Sin embargo, entre los penalistas es común (y, en mi opinión, correcta) una interpretación más amplia y material del concepto de administrador de hecho, desde luego posible si se atiende a la (siempre relativa) autonomía del Derecho penal, y conveniente en relación con la razón de ser del tipo y a los problemas que con ello se resuelven. Según ella, es administrador de hecho todo el que *de facto* ejerza (aun sin nombramiento) funciones de administración, siempre que estas tengan cierta continuidad²⁴. Un sector doctrinal habla en esos casos de

21 Sobre estos casos, cfr. MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica), con ulteriores referencias.

22 Aunque tal entendimiento tampoco es totalmente pacífico; v. al respecto, con ulteriores referencias, SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de Derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*, 2007, pp. 308 y ss.

23 JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, 1997, p. 106 (el resto de autores que defienden esta interpretación son básicamente mercantilistas).

24 Por muchos y en ocasiones con matices, ADÁN NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, pp. 268 ss.; TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ADPCP 1996*, pp. 460 ss.; *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, pp. 115 ss.; SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El*

dominio social típico por parte de ese sujeto²⁵.

Se plantea si ese administrador de hecho debe tener cierto reconocimiento exterior (de la sociedad, de terceros) o cabe también la existencia de un administrador oculto, que ejerza de hecho esas funciones de administración de forma opaca hacia afuera. Lo normal será que, para disponer de bienes u obligar a la sociedad, tenga que existir la proyección citada, pero ello no es necesariamente siempre así: piénsese en los supuestos de coacción o engaño, que hemos calificado de autoría mediata, en los que el autor mediato, el sujeto de atrás, podría llegar a permanecer siempre en la sombra, pues sólo “da la cara” el administrador coaccionado o engañado que actúa “delante”²⁶.

Con un concepto amplio de administrador de hecho pierde en mi opinión relevancia la discusión de si pueden ser autores del delito los apoderados generales, quienes, sin formar parte del órgano de administración, son directivos²⁷ que reciben amplios poderes de gestión y representación de manos de los administradores. Podrá discutirse si son administradores de Derecho, pero lo serán de hecho al menos en todo caso. En cuanto a los apoderamientos particulares o especiales, no se puede dar una solución general, sino que habrá que atender a los términos del poder y a las facultades que implique²⁸.

administrador de hecho y de Derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría, 2007, pp. 313 ss.; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 39; *InDret* 3/2010, p. 15; MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica). Especialmente clara en favor de esta interpretación resulta la STS 59/2007, de 25 de enero. Aunque dentro de esta posición, es especialmente matizada, por ejemplo, la de ABRAHAM CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, 1998, pp. 233 y ss., quien propone restringir la expresión administrador de hecho, entre otras cosas exigiendo una mínima apariencia formal de que se es administrador (pp. 238 s.).

- 25 Al respecto, v., con ulteriores referencias, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 64 y ss., 66 ss., 81; MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica).
- 26 Sobre esta cuestión, aproximadamente en el sentido del texto, pero con referencias a autores que defienden distintas opiniones, MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica). V., por ejemplo, la exigencia de una mínima apariencia formal de que se es administrador en ABRAHAM CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, 1998, pp. 238 y ss.
- 27 La mención de los directivos en el tipo colombiano tal vez pretenda dejar claro este extremo, pero entiendo que ello es innecesario (v. *supra* n. 5).
- 28 Sobre la cuestión de los apoderamientos (y figuras similares), v., entre otros, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ADPCP 1996*, pp. 461 s.; *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997, pp. 117 y ss.; ABRAHAM CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, 1998, pp. 245 y ss.; CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 67.

2.3 Los socios como autores del delito

Como hemos visto, el art. 295 CP español incluye, al igual que el art. 250 B CP colombiano, entre los posibles autores de las conductas típicas literalmente a “los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta ...”. ¿Es esto posible?

En principio, la condición de socio no lleva aparejada ninguna facultad de administración ni permite la disposición de bienes sociales ni la contracción de obligaciones a cuenta de la sociedad, por lo que de entrada parece una mención extraña, máxime cuando se exige también para ellos “abuso de las funciones de su cargo”, siendo así que, en propiedad, la condición de socio no es un cargo.

Sin embargo, es cierto que los socios, en determinadas circunstancias, pueden llegar a poseer una cierta capacidad de gestión. Ello sucede en sociedades en formación, en sociedades personalísimas, cuando exista un solo socio y por tanto el capital social es de su exclusiva titularidad o cuando no se haya estipulado el modo de administrar (art. 1695 del Código Civil –CC- español). Igualmente se ha sugerido que podría tratarse del socio, no ya como persona física, sino como órgano social colegiado (Junta General o equivalente), cuyos acuerdos pueden suponer administración desleal ejecutada por el administrador (con independencia de la responsabilidad de éste); con ello entramos en la cuestión de la responsabilidad en órganos colegiados, de la que me ocuparé enseguida.

Pero cabe decir que la mención de los socios sigue siendo confusa y tal vez perturbadora, pero, en todo caso, superflua, pues, en todas esas situaciones, el socio ejerce materialmente funciones de administración y, si lo hace con un mínimo de continuidad, es un administrador de hecho, conforme al concepto de éste anteriormente adoptado²⁹. Es esta una opinión unánime en la doctrina, que hace que, a lo sumo, la mención legal de los socios se interprete como un recordatorio (no estrictamente necesario) de que estos pueden desempeñar la posición de administrador de hecho³⁰.

29 Como apunto *supra* n. 5, creo que algo similar se podría decir de los otros sujetos que menciona como posibles autores el art. 250 B CP colombiano (“directivo, empleado o asesor”).

30 Por muchos, con unos u otros matices, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ADPCP* 1996, p. 463; “La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios”, 1997, pp. 122 y ss.; ABRAHAM CASTRO MORENO, “El delito societario de administración desleal” (*art. 295 CP*), 1998, pp. 267 y ss.; RICARDO MATA y MARTÍN, en *Empresa y Derecho Penal (I)*, 1999, pp. 343 y ss.; CARLOS MARTÍNEZ-

2.4 El administrador en órgano colegiado

Resulta imposible aquí referirse a todos los problemas (de omisión, de autoría, de *iter criminis*, entre otros.) que al Derecho penal puede plantear la adopción de acuerdos en órganos colegiados. Ni siquiera es posible ceñirlos al ámbito del delito de administración desleal, por lo que me limitaré aquí a dar algunas pautas generales de lo que estimo adecuado. La cuestión es: Cuando un órgano colegiado, por ejemplo, un Consejo de Administración, adopta un acuerdo que puede acabar suponiendo una administración desleal, ¿cuáles de sus miembros responden penalmente de ella?

Pues bien, antes de dar las pautas de respuesta a esa pregunta, hay que advertir que sean los que sean los que respondan, no necesariamente lo harán ni de un hecho consumado ni en calidad de autores. Porque, como en otros supuestos de acuerdos en órganos colegiados, la variedad de situaciones puede ser grande³¹ y no es detallable aquí (al margen de que mi conocimiento de la realidad societaria no alcanza para imaginarlas todas). Así, algunos acuerdos supondrán una ejecución ya del hecho (o al menos un comienzo de ejecución), por ejemplo, porque significan ya de por sí la contracción de obligaciones sociales; en este caso, los responsables por el título que corresponda lo serán de un delito consumado o de una tentativa de delito de administración desleal (dependiendo, por ejemplo, de que se produzca o no inmediatamente el perjuicio). Pero, en otras ocasiones, los acuerdos supondrán sólo actos preparatorios, a menudo lejanos, del delito, actos que el CP español no castiga. Y, en otros casos, el acuerdo deberá pasar por la ejecución de un tercero libre y responsable (y casi nunca fungible, aunque, si lo fuera, creo que tiene razón el creador de la construcción de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, Roxin, en que ésta, que, por lo demás y aun con dudas, no comparto, no es aplicable a estos supuestos³²) y, por tanto, supondrá sólo una inducción a la administración desleal.

BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 68 y ss.; SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, "El administrador de hecho y de Derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría", 2007, p. 324; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 39 y ss.; *InDret* 3/2010, pp. 9 y ss.; MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica); NURIA PASTOR MUÑOZ, "Administración desleal", en *Memento práctico Francis Lefebvre Penal Económico y de la Empresa 2001-2012*, 2011, núm. 7277 (p. 663).

- 31 Sobre posibilidades y supuestos, v., entre otros y con ulteriores referencias, GÜNTHER JAKOBS, "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos" (traducción de Díaz y García Conlledo, Miguel, en Mir Puig, Santiago/Luzón Peña, Diego-Manuel (Coords.), "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", 1996, pp. 75-98, *passim*; TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados", en: *RDPCr*, 2ª época, nº extraordinario 1º, 2000, pp. 171-197, *passim* (especialmente pp. 186 y ss.).
- 32 Como es sabido, esta construcción ideada por CLAUD ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., 2006

Con estos presupuestos simplemente apuntados, se puede plantear quiénes de los miembros del órgano serán responsables en su caso (como coautores, como coinductores o tal vez en otros supuestos como otra clase de copartícipes). Al respecto, hay unanimidad en que no sirven para el Derecho penal las normas (automáticas) de responsabilidad que se establecen en otros órdenes, en concreto en el mercantil, que excluye de responsabilidad tanto a quienes votaron en contra, a quienes no acudieron, entre otros. En el Derecho penal hay que atender al sentido y efecto material de la conducta del miembro del órgano (y, naturalmente, al elemento subjetivo con el que actúe, aunque este es otro tema). Parece absurdo que, por ejemplo, quien quede exonerado de responsabilidad mercantil, por ejemplo, por el mero hecho de no acudir a la reunión del órgano pueda tener responsabilidad penal; sin embargo, ello puede suceder si materialmente, bien por la vía de la comisión por omisión (a la que me referiré enseguida) o entendiendo que esa ausencia (digamos que pactada para que se produzca un determinado quórum o apaños similares) suponga de alguna manera una facilitación del delito. Similar puede suceder con las abstenciones (por ejemplo para maquillar el acuerdo delictivo). Más raro será (casi imposible, aunque no quiero cerrar del todo la posibilidad: piénsese por ejemplo en

(1ª ed., 1963), pp. 242 y ss., 704 y ss. (= "Autoría y dominio del hecho", 2000, pp.269 ss., 723 ss.), entre otros lugares, ha tenido amplio éxito en la doctrina y en la práctica de diversos países. ROXIN la pensó en relación con crímenes en el aparato de poder estatal nacional-socialista, pero puede ser y ha sido aplicada a otros regímenes políticos y organizaciones criminales. Se trata de casos en que, en una aparato de poder con una potente organización, alguien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material no actúa (o no siempre actúa, pues se darán a menudo casos en que sí) coaccionado y en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, o en obediencia debida o en error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla (el ejecutor es fungible); es decir, la "máquina de delinquir" en que consiste la organización funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. Se defiende aquí la autoría mediata de quien da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (estaríamos, por tanto, ante otro caso de autor tras el autor), por el hecho de la fungibilidad de éste dentro de la organización, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno u otro autor inmediato. Si bien algunos autores pretenden aplicar esta construcción al ámbito de la delincuencia empresarial (en empresas regulares, que, por regla general, realizan actividades lícitas, no en las que son mera pantalla de una organización criminal, en que sería más fácil aplicarla), el propio CLAUD ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003 (= *Derecho Penal. Parte general. Tomo II. Formas especiales de aparición del delito*, trad. de Luzón Peña, Diego-Manuel/Paredes Castañón, José Manuel/Díaz Y García Conlledo, Miguel/De Vicente Remesal, Javier –con otros cols.–, 2014 –en la cita en cuestión la traducción es mía–), núm. 129 ss. niega esta posibilidad, con razón, pues en las empresas no está clara la fungibilidad del ejecutor y, además, lo que hay que esperar en principio, al no tratarse de un aparato criminal, es que quien recibe órdenes de realizar delitos se niegue a cumplirlas. Con todo, pese a lo sugerente e inteligente de la construcción roxiniana, personalmente –aun con dudas– me he pronunciado en contra de ella: v., entre otros lugares y resumidamente, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, p. 167.

casos, ciertamente de laboratorio, en que se sabe que la oposición de uno supone automáticamente el voto a favor de un sector, que, inconsciente del carácter delictivo, apoya la adopción del acuerdo, y, con ello, de manera planificada, ese voto en contra ha contribuido a la comisión del delito) que la oposición al acuerdo no excluya también la responsabilidad penal. Pero, por el lado contrario, no todo voto a favor del acuerdo supone coautoría del delito (entre otras cosas, por las razones apuntadas), sino que habrá que analizar el caso y el papel del sujeto concreto³³.

3. Posibilidad de comisión por omisión

Es polémico si el delito de administración desleal admite comisión omisiva, es decir, si encaja en el tipo la mala gestión consistente en que, por la inactividad de los encargados de la administración, se produzca un perjuicio económico para la sociedad o se acumulen deudas o incluso se dejen pasar oportunidades que habrían producido un beneficio económico para la sociedad.

En la doctrina española hay quienes opinan que no cabe comisión por omisión, pues, aunque el administrador sería un garante, su dejadez, su omisión no equivale a las conductas típicas que, además de exigir abuso de función, parecen activas: disponer de bienes o contraer obligaciones³⁴.

Sin embargo, una posición, tal vez minoritaria, pero quizá creciente, con diversas variantes y distinto grado de amplitud³⁵, sostiene que, de modo excepcional puede haber omisiones equivalentes a las conductas típicas, es decir, que supongan disposición de bienes o contracción de obligaciones. Estas es, en mi opinión, la posición que se orienta en el sentido correcto. En concreto, me parece convincente la que exponen Luzón Peña/Roso Cañadillas³⁶.

33 Sobre este tema, v., entre otros, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ADPCP 1996*, pp. 462 y ss.; "La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios", 1997, pp. 120 s.; ABRAHAM CASTRO MORENO, 1998, pp. 220 y ss.

34 V., por todo este sector, RICARDO MATA y MARTÍN, en *Empresa y Derecho Penal (I)*, 1999, pp. 348 s.; JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, pp. 594 y ss.

35 V., entre otros y con distinto alcance, ABRAHAM CASTRO MORENO, "El delito societario de administración desleal" (*art. 295 CP*), 1998, pp. 222 y ss., 426 y ss.; CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2001, "El delito societario de administración desleal", pp. 61 ss.; SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, "El administrador de hecho y de Derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría", 2007, p. 328 y ss.; DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en: *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 51 ss.; *InDret* 3/2010, pp. 15 ss.; PASTOR MUÑOZ, NURIA, en *Memento práctico Francis Lefebvre Penal Económico y de la Empresa 2001-2012*, 2011, núm. 7310 pp. 666 y ss.

36 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/ RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, p. 51 ss.; *InDret* 3/2010, pp. 16 y ss., autores a los que sigo y cuyos ejemplos tomo básicamente en las reflexiones posteriores de este apartado.

Estamos ante un delito de resultado, que es por lo que se plantea el tema. Para empezar, sostengo, como otros autores, que la posición y el deber de garante no son suficientes para fundamentar la comisión por omisión, sino que ha de exigirse una equivalencia material en el plano normativo (en palabras de Silva Sánchez³⁷) de la conducta omisiva con la comisiva. Aunque la redacción del art. 11 CP español no es la más idónea³⁸, creo, por razones que aquí no es posible explicar, que esta posición es compatible con él (que exige expresamente equivalencia). Probablemente en la admisión irrestricta de muchos autores de la posición de garante (eso sí, con distinto alcance) como único criterio para determinar si existe comisión por omisión pesa la opinión de la doctrina alemana, que la adopta también de forma muy general (aunque igualmente con diferencias de amplitud), olvidando que el § 13 StGB (Código Penal alemán), en que se define la comisión por omisión, permite en caso de esta una rebaja penal, que está ausente en nuestra legislación. Por ello, puede que en Alemania más que equivalencia pueda pedirse similitud y para ello sea suficiente la posición de garante, pero en España la equivalencia debe ser total y ésta no queda cumplida con la posición de garante (salvo tal vez en posiciones muy restrictivas de ésta, como la de Mir Puig³⁹, en realidad más cerca de los críticos). Cuál sea el criterio de equivalencia no puede ser explicado aquí, pero personalmente defiendo el que propone Luzón Peña⁴⁰ desde hace años: que la propia omisión, desde un punto de vista socio-normativo, cree el riesgo de producción del resultado o lesión del bien jurídico, o, lo más frecuente, que, cuando ese riesgo exista previamente, pero esté controlado (se dé socio-normativamente por controlado) o sea abstracto, sea la propia omisión la que lo descontrole o concrete de forma determinante (en la autoría, pues en la participación por omisión o en comisión por omisión la equivalencia implica, lógicamente, algo distinto).

Pues bien, dejando al margen la discusión sobre el criterio, Luzón Peña/Roso Cañadillas consideran que las conductas típicas se expresan con verbos de alto

37 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 342, 349, 359 s, 368 ss., entre otros lugares y trabajos.

38 Tampoco lo es, en mi opinión, que no puedo fundamentar aquí, la del art. 25 CP colombiano.

39 SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, Lecc. 12, núm. 33 ss., pp. 324 y ss.

40 DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en: *Estudios Penales*, 1991, 234 ss. (el trabajo se publicó por primera vez en 1986), entre otros trabajos. Me he adherido este criterio en diversos trabajos; a modo de ejemplo: MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Omisión de socorro a la propia víctima", en De Vicente Martínez, Rosario (Dir.), *Derecho penal y seguridad vial*, Estudios de Derecho Judicial 2007-114, pp. 29 y ss.

contenido normativo y que son interpretables. Así, caben distintas interpretaciones de lo que sea “disponer de bienes”: una amplísima, que incluiría la mala gestión de los bienes tal que se estarían dilapidando al perder la oportunidad de sacarles mayores beneficios y frutos (y que vería equivalencia con la comisión, por ejemplo, en el caso de un administrador encargado de vender unas acciones que conscientemente no lo hace a tiempo y priva de un beneficio a la sociedad). A efectos del delito que nos ocupa parece más conveniente una interpretación más estricta (aunque sin llegar a exigir apropiación o distracción de la cosa): extraer de la esfera de dominio los bienes, someterlos a garantías o derechos reales, a restricciones de uso realizando contratos como el arrendamiento o la disposición definitiva sin despojo, pero en condiciones desventajosas. Por lo tanto, normalmente será difícil que estas cosas sucedan con una conducta omisiva, pero, excepcionalmente, podrán suceder, por darse la equivalencia con la conducta activa. Los ejemplos que ofrecen estos autores son el del administrador que realiza una omisión de denuncia, interrupción, entre otros permitiendo indebidamente a terceros adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva o usucapión o adquirir o consolidar, sin que el administrador, consciente de ello, haga nada, derechos reales, como servidumbres, o que el arrendatario obtenga la prórroga automática de un arrendamiento de bienes de la sociedad al no denunciarlo, pese a haber recibido instrucciones de terminar con el contrato.

En cuanto a la contracción de obligaciones, prosiguen los autores citados, se puede interpretar que se refiere sólo a la realización de actos o negocios jurídicos en que la sociedad asume la posición de deudora o bien también al supuesto en que se deja subsistir una obligación preexistente, por ejemplo, no cancelando el administrador un préstamo, teniendo la sociedad medios materiales para hacerlo, para endeudarla y perjudicarla. Esta segunda interpretación ya parece más discutible y, desde luego, no equivalente a contraer una (nueva) obligación. Pero caben supuestos excepcionales en que la equivalencia puede afirmarse: así, por ejemplo, si el administrador puede pagar una deuda (un préstamo) y, al no hacerlo, incurre conscientemente en mora o niega el cumplimiento y debe pagarse una indemnización, que sería una obligación nueva. O en el caso de omisiones dolosas de control que perjudiquen a la sociedad, como cuando, por no adoptar medidas de seguridad en una actividad peligrosa de la empresa, se producen daños generadores de indemnización a las víctimas, sean empleados o terceros, o cuando una pésima gestión (dolosa) de riesgos laborales sea la causa de que se sancione a la sociedad con una multa administrativa (e incluso se podría pensar en supuestos relacionados con omitir contratar o prorrogar seguros).

4. Responsabilidad “penal” de las personas jurídicas

Personalmente soy crítico con el sistema llamado de responsabilidad “penal” (entrecorillado por las dudas de que sea estrictamente penal) de las personas jurídicas que vino a consagrar en nuestra legislación la reforma del CP por la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio (en vigor seis meses después), aunque no es este el lugar más adecuado para exponer mis razones^{41, 42}.

En todo caso, desde la propia lógica del sistema, cabe plantear si habría tenido sentido establecer aquí la posibilidad de responsabilidad penal de personas jurídicas, cosa que la ley española no ha hecho ni en el delito de administración desleal ni en los demás delitos societarios.

De entrada puede parecer lógica la decisión legislativa, pues la persona jurídica, la sociedad, es precisamente la afectada por la gestión desleal de su administrador⁴³ (aunque seguramente no la única afectada, si, como creo probablemente correcto, junto al bien jurídico patrimonio, se entiende que se protege también uno supraindividual que podríamos resumir como el buen funcionamiento del sistema societario, dada su importancia para el sistema económico de un país⁴⁴).

Pero la anterior reflexión, que, desde luego, debe hacer descartar cualquier responsabilidad de la sociedad afectada, olvida que es posible que la administración la ejerza una persona jurídica (v. por ejemplo el art. 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital española), en cuyo caso seguramente cuadraría la exigencia de responsabilidad a ésta por el delito que nos ocupa (dentro, repito, de la lógica de un sistema que no comparto)⁴⁵.

41 Que coinciden en buena medida (aunque creo que se pueden matizar algunas y añadir otras) con las que expone DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2012, Cap. 1, núm. 25 y ss., Cap. 11, núm. 33 y ss. (pp. 8 y ss., 149 y ss.).

42 En Colombia la proclamación de esa responsabilidad “penal” no es tan clara y el tema, como es sabido, es objeto de vivo debate. Por todos, con ulteriores referencias y en sentido crítico, CADAVID QUINTERO, ALFONSO, “Responsabilidad penal de personas jurídicas. Una mirada desde el derecho colombiano”, en MIGUEL ONTIVEROS ALONSO (Coord.), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2014, pp. 111-133, *passim*.

43 Así, aproximadamente, FERNANDO SEQUEROS SAZATORNIL/MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO, *Delitos societarios y conducta afines*. “La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores”, 3ª ed., 2013, pp. 789 y ss.

44 En el sentido que, con más detalle y precisión, propugnan DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA/RAQUEL ROSO CAÑADILLAS, en *Diccionario de Derecho Penal Económico*, 2008, pp. 33 y ss.; *InDret 3/2010*, pp. 7 y ss.

45 Así, JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 596. Sobre la posibilidad de que el administrador sea una persona jurídica, ya desde hace tiempo (con otra legislación), por ejemplo, TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, La responsabilidad penal del administrador

5. Alguna comparación entre el delito societario de administración desleal y el de corrupción entre particulares

Como es sabido, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el CP, entre otras muchas cosas, un delito de corrupción entre particulares⁴⁶, de contenido socioeconómico y que conoce figuras similares en el Derecho comparado y, concretamente, en el colombiano, donde, como es sabido, el art. 16 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción, la misma norma que introdujo el actual tipo de administración desleal del art. 250 B CP por medio de su art. 17) introduce en el art. 250 A CP colombiano un delito de corrupción privada⁴⁷. Algunas de las conductas típicas podrían recordar a la administración desleal. Ciñéndome art. 286 bis CP español, que contiene el mencionado delito y en cuyos pormenores no podremos detenernos, establece: "1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja./2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba,

desleal y los nuevos delitos societarios, 1997, p. 120. Más recientemente, por ejemplo, MERCEDES HERRERA GUERRERO, *La Ley 3478/2010* (versión electrónica).

- 46 Algunas breves observaciones mías sobre la regulación en fase de proyecto del que acabó siendo el delito del art. 286 bis (que, por cierto, no incluía el n° 4, dedicado a la corrupción en el ámbito deportivo) pueden verse en MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, "El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2007", en Arangüena Fanego, Coral/Sanz Morán, Ángel José, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, 2008, pp. 173 y ss.
- 47 Art. 250 A CP colombiano: "Corrupción privada. El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes./Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella./Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años".

solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales./3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio./4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

Prescindiendo de valoraciones y de la confusa figura relativa a la corrupción deportiva del número 4, que se coló a última hora como un cuerpo extraño en el precepto, baste aquí señalar dos diferencias aparentes (al margen de las más profundas, como las referentes a los bienes jurídicos protegidos en cada delito) entre ambos delitos: entre los autores del delito de corrupción entre particulares no hay referencia expresa, al contrario que en el de administración desleal, al administrador de hecho, siendo que por el contrario se abarca a sujetos muy diversos (en apariencia más que en el de administración desleal): directivo, administrador, empleado, colaborador (término amplísimo que algunos autores proponen interpretar restrictivamente). Esta amplitud, junto al hecho de que a la palabra administrador no se le adjective, hace posible una interpretación que incluya también en este delito a los administradores de hecho, si bien se puede discutir. Tampoco hay mención a los socios en el delito de corrupción entre particulares, mención que resultaba superflua en el de administración desleal, precisamente por quedar incluidos los socios que excepcionalmente realizaban funciones de administración en el administrador de hecho; de modo que en el delito de corrupción entre particulares, el socio no mencionado expresamente tal vez pudiera quedar incluido en algunos casos (cuando coincida con alguno de los mencionados o, en su caso, en el administrador –de hecho-). Otra diferencia es que el art. 288 CP español sí establece responsabilidad “penal” de personas jurídicas para el delito de corrupción entre particulares, al contrario de lo que, como hemos visto, sucedía en relación con el de administración desleal societaria⁴⁸.

48 Sobre todo lo anterior, v., a modo de ejemplo, IRENE NAVARRO FRÍAS/ LOURDES V. MELERO BOSCH, *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, en *InDret* 4/2011, pp. 9 y ss.; JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ/ RICARDO ROBLES PLANAS/ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, “El delito de corrupción entre particulares (art. 286

Por fin, acabaré mencionando que, aunque no será lo más frecuente, cabe imaginar supuestos en que concurren administración desleal y corrupción privada, como alguno de los denominados de *kickback*⁴⁹. Aunque podría pensarse que se trataría de supuestos de concurso de normas, la más que probable diferencia de bienes jurídicos protegidos y de penas con que se conminan las conductas en ambos delitos permite pensar en el concurso de delitos, si bien no me es posible desarrollar aquí esta idea⁵⁰.

Bibliografía

- BACIGALUPO, SILVINA, "Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (RDPCr), 2ª época, nº extraordinario 1º, 2000.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal", en *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Bacigalupo, Enrique (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BOLEA BARDON, CAROLINA, "El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes", *InDret* 2/2013.
- CADAVID QUINTERO, ALFONSO, "Responsabilidad penal de personas jurídicas. Una mirada desde el derecho colombiano", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CASTRO MORENO, ABRAHAM, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecarlo, Madrid, 1997.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "El tratamiento de la corrupción en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2007", en Arangüena Fanego, Coral/Sanz Morán, Ángel José, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, España, 2008, pp. 173 y ss.

bis)", en, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/NURIA PASTOR MUÑOZ, (Coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, 2011, pp. 423 s., 426, 430 y ss.; CAROLINA BOLEA BARDON, "El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes", en: *InDret* 2/2013, pp. 21 y ss.

49 IRENE V. NAVARRO FRÍAS/LOURDES V. MELERO BOSCH, *InDret* 4/2011, pp. 29 y ss.

50 Cfr., entre otros, IRENE NAVARRO FRÍAS/LOURDES V. MELERO BOSCH, *InDret* 4/2011, pp. 29 y ss.; JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ/RICARDO ROBLES PLANAS/CARL GÓMEZ-JARA DÍEZ, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, 2011, pp. 430 y ss.; CAROLINA BOLEA BARDON, *InDret* 2/2013, p. 25.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*, en Luzón Peña, Diego-Manuel (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica* (EPB), Comares, Granada, 2002.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Omisión de socorro a la propia víctima", en De Vicente Martínez, Rosario (Dir.), *Derecho penal y seguridad vial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung: Kritische Betrachtungen*, en Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2011.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas", en *Nuevo Foro Penal* 76 (2011).

FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, "El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

HERRERA GUERRERO, MERCEDES, *El sujeto activo en el delito de administración desleal*, en *La Ley* 3478/2010.

JAKOBS, GÜNTHER, "Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos" (traducción de Díaz Y García Conlledo, Miguel, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir Puig, Santiago/Luzón Peña, Diego-Manuel (Coords.), Jose Maria Bosch, Barcelona, 1996.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL/DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale", en *Festschrift für Claus Roxin*, Walter de Gruyter, Berlín, 2001.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL/DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. Número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel, volumen VIII, curso 1998-1999, 2000.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL/DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría", en: *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* -Bogotá, Colombia- 2, 2003, pp. 89-128, *passim*).

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Estudios Penales*, 1991.

- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL/ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, "Administración desleal", en Boix Reig, Javier (Dir.)/Lloria García, Paz (Coord.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid, 2008.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL/ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, "La administración desleal societaria en el derecho penal español", en *Indret* 3/2010, p. 5.
- MATA y MARTÍN, RICARDO, "Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas", en Del Rosal Blasco, Bernardo (Dir.), *Empresa y Derecho Penal* (I), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.
- NAVARRO FRÍAS, IRENE/MELERO BOSCH, LOURDES V., "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", en *Indret* 4/2011.
- NIETO MARTÍN, ADÁN, "El delito de administración fraudulenta", Praxis, Barcelona, 1996.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.
- PASTOR MUÑOZ, NURIA, "Administración desleal", en *Memento práctico Francis Lefebvre Penal Económico y de la Empresa 2001-2012*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, 2010.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, "Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP) 1996.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, "Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados", en: *RDPCr*, 2ª época, nº extraordinario 1º, 2000, pp. 171-197, *passim*.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, "La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios", 1997.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., De Gruyter, Berlin, 2006 (1ª ed., 1963).
- ROXIN, CLAUDIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, Munich, 2003.
- SEQUEROS SAZATORNIL, FERNANDO/DOLZ LAGO, MANUEL-JESÚS, *Delitos societarios y conducta afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, 3ª ed., La Ley Actualidad, España, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA/ROBLES PLANAS, RICARDO/GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, "El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.)/PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosh, Barcelona, 1986.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la 'teoría de los delitos de infracción del deber'", en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.º. 15, Bogotá, 2006.