

**CARLOS MARTÍNEZ PÉREZ**

**Catedrático de Derecho Penal  
Universidade da Coruña**

**El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)\***

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Delitos económicos*, que se elabora bajo mi dirección en la Universidad de La Coruña y que ha sido financiado por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia [XUGA10103A93]

**SUMARIO.-I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL DERECHO PENAL ALEMÁN DE LA “UNTREUE”.** 2.1. *La regulación penal vigente.* 2.1.1. El delito de la “*Untreue*” (art. 266 StGB). 2.1.1.1. Concepto y bien jurídico protegido. 2.1.1.2. Modalidades típicas. 2.1.1.3. El resultado. 2.1.1.4. Comisión por omisión. 2.1.1.5. El tipo subjetivo. 2.1.1.6. La exigencia de querrela (art. 266-3). 2.1.1.7. Cuestiones concursales. Especial referencia a las relaciones con el delito de apropiación indebida (*Unterschlagung*) del art. 246 StGB. 2.1.2. El delito de la “*Depotunterschlagung*” (art. 34 DepotG). 2.1.3. Los delitos complementarios de la “*Untreue*”. 2.1.3.1. Los delitos contenidos en los arts. 266 b y 266 a, apdo. 2 del StGB. 2.1.3.2. El delito del art. 264 a). 2.2. *La regulación del Proyecto alternativo.* 2.2.1. El delito de abuso de facultades jurídico-sociales. 2.2.2.- La propuesta del P.A. de reestructuración del Derecho penal de la “*Untreue*”. **III.- EL PROYECTADO DELITO SOCIETARIO ESPAÑOL DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE DE PATRIMONIO AJENO.** 3.1. *Introducción.* 3.2. *Necesidad dogmática y político-criminal de crear el nuevo delito.* 3.3. *Análisis del art. 302 del Proyecto de C.p. español de 1992.* 3.3.1. El bien jurídico protegido y su distinción del bien jurídico en el delito de apropiación indebida. 3.3.2. Los sujetos pasivos del delito y el objeto material. El problema de la “*actividad bancaria*”. 3.3.3. Las dos modalidades típicas de los apartados 1 y 2 y las cuestiones referentes a la determinación del desvalor de resultado (tipo de lesión o tipo de peligro) y a la selección del desvalor de acción. 3.3.4. La exigencia de querrela en el art. 304. **IV.- LA CREACIÓN**

DE UN DELITO GENÉRICO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DELITO SOCIETARIO. 4.1. *La necesaria incorporación de un delito patrimonial de infidelidad o administración desleal.* 4.2. *La autonomía del delito societario.* 4.3. *Las relaciones entre el delito societario, el delito de infidelidad patrimonial y el delito de apropiación indebida.* V.- LA INCLUSIÓN DE OTROS DELITOS COMPLEMENTARIOS. 5.1. *La previsión de un específico delito "bancario".* 5.2. *La estafa de inversión de capital.*

## I.- INTRODUCCIÓN

El art. 302 del Proyecto de Ley orgánica de Código penal español de 1992, ratificando la decisión adoptada por proyectos anteriores, recoge un delito de administración social fraudulenta de bienes ajenos, que se incluye en el seno de los denominados “delitos societarios” (capítulo XV del título XII).

La introducción de una figura delictiva como ésta en el futuro nuevo Código penal español supondría una destacada novedad en nuestro Derecho, puesto que la legislación penal vigente no contiene un delito semejante.

La ausencia de respuesta penal en este terreno llama poderosamente la atención. Por un lado, dicha ausencia contrasta con la generalizada previsión de preceptos penales en otros Ordenamientos extranjeros de nuestro contexto cultural y jurídico. Por otro lado, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica españolas han venido denunciando desde hace tiempo la existencia en este punto de una auténtica laguna de punibilidad, que lamentablemente cobra una actualidad cada vez mayor ante la proliferación de conductas de administración irregular de patrimonio ajeno llevadas a cabo por los administradores amparados en la estructura orgánica de la sociedad mercantil.

La urgencia de tipificar una conducta de estas características en nuestro Derecho no ha sido tenida en cuenta por el

legislador español, el cual parece haber vinculado la suerte de esta figura delictiva a la configuración de un amplio cuadro de delitos societarios en el marco de un nuevo (y cada vez más lejano) Código penal.

Ahora bien, la demora en modo alguno resulta justificada. La necesidad dogmática y político-criminal de crear un delito de administración social fraudulenta es tan evidente que debería haber conducido a su tipificación independiente hace tiempo, al margen de la tarea de acometer una regulación de otras modalidades delictivas societarias, tarea que requiere una reflexión más amplia y que acaso no sea tan apremiante.

A estas razones habría que añadir que resulta equivocado asumir la idea de que el problema de la administración desleal del patrimonio ajeno es un problema privativamente "societario". Antes al contrario, el problema es de alcance general y no tiene por qué ser circunscrito a la esfera de las sociedades mercantiles. Es más, existen Ordenamientos jurídicos como el alemán, con una larga tradición de intervención penal en esta materia, en el que es precisamente la amplia configuración de un delito de administración desleal del patrimonio ajeno en el art. 266 del StGB (**Untreue**) la que ha movido a eliminar un numeroso catálogo de disposiciones penales existentes en la legislación penal especial, vinculadas esencialmente a la legislación de sociedades, por considerarlas superfluas.

Evidentemente, esta solución tampoco se halla libre de objeciones, puesto que, si bien es cierto que el problema no es privativamente societario, ello no implica que lo societario no comporte especificidad alguna. De hecho, la propia doctrina alemana discute al respecto la conveniencia de crear, al lado de la figura delictiva genérica tradicional de la **Untreue**, una figura complementaria en la esfera particular de las sociedades mercantiles. Figura esta última que posee un modelo de referencia importante en el Proyecto alternativo

alemán de Parte especial, que en el marco de los delitos contra la economía incluye, en su art. 183, un delito de “abuso de facultades jurídico-sociales” (**Missbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse**).

Por consiguiente, el ámbito del presente trabajo queda acotado desde diversas perspectivas. De un lado, no pretende adentrarse en el estudio global del llamado Derecho penal societario, sino tan sólo en el examen de una de sus figuras más relevantes. De otro lado, se abordará el análisis de la creación de un específico delito societario de administración fraudulenta, enmarcado en un contexto más amplio que englobe asimismo la problemática de la infidelidad patrimonial en general. En este sentido, en suma, en las páginas siguientes se intentará relacionar el art. 302 del Proyecto de C.p. de 1992 español con la solución reflejada en el vigente Derecho penal alemán -que desconoce delitos genuinamente societarios- y con la diferente propuesta que presenta el Proyecto alternativo -consistente en crear un tipo societario específico y reestructurar el tipo penal genérico de la infidelidad patrimonial-.

Pese al indudable interés que -a mi juicio- posee la realización de un estudio de estas características, la doctrina española se ha ocupado solo tangencialmente de la cuestión, sin que existan investigaciones monográficas al respecto (1).

---

(1) Merece ser destacado, sin embargo, el reciente trabajo de E. BACIGALUPO ZAPATER, presentado como ponencia a las Jornadas en Honor al prof. K. Tiedemann, celebradas en Madrid, los días 14 al 17 de octubre de 1992: **Die Problematik der Untreue im spanischen Strafrecht (Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen und spanischen Recht)**. Esta importante contribución, que se citará en lo sucesivo por las páginas del ejemplar mecanografiado, posee -entre otros- el mérito de ofrecer (a través de un análisis comparatista entre el Derecho español y el alemán) un planteamiento general de toda aquella materia que en la doctrina alemana se acostumbra a agrupar bajo la rúbrica del “Derecho penal de la infidelidad patrimonial”.

## II.- EL DERECHO PENAL ALEMÁN DE LA “UNTREUE”

### 2.1. La regulación penal vigente

A diferencia de la regulación que se proyecta introducir en el Derecho penal español, el vigente Código penal alemán (StGB) no contiene una figura delictiva específicamente “societaria” de administración fraudulenta de patrimonio ajeno. Ello no significa, sin embargo, que exista una laguna de punibilidad en la materia, toda vez que en el StGB siempre se ha distinguido tajantemente entre un delito de apropiación indebida (**Unterschlagung**), incluido en el art. 246, y un delito de infidelidad patrimonial (**Untreue**), contenido en el art. 266, que no encuentra parangón en el C.p. español. El delito de apropiación indebida tipificado en el art. 246 castiga la lesión del derecho de propiedad mediante una acción de apoderamiento (2); por el contrario, el delito del art. 266 protege (del mismo modo que el delito de estafa) exclusivamente el patrimonio y castiga conductas de infidelidad patrimonial en el manejo de bienes ajenos (3).

---

(2) Vid. por todos: DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 45 Aufl., München 1991, parágrafo 246, Rn. 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **Strafgesetzbuch. Kommentar**, 24 Aufl. 1991, parágrafo 246, Rn. 1. El parágrafo 246 del StGB castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa a quien “se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena que tenga en su posesión o bajo su custodia”; además se prevé un tipo cualificado, que permite elevar la pena privativa de libertad hasta los cinco años “si la cosa le ha sido confiada” al autor.

(3) Por tanto, las coincidencias entre la figuras de los parágrafos 246 y 266 son meramente superficiales y extrínsecas. Aparte de las diferencias derivadas de las especiales cualidades de autoría requeridas por el parágrafo 266, este precepto no presupone un acto de apropiación, ni siquiera tampoco la pura intención de apropiación, dirigida a lesionar el derecho de propiedad. Incluso, de acuerdo con el Derecho vigente, la modalidad de obrar con abuso de confianza (**Veruntreuung**) es una mera cualificación de la **Unterschlagung**, y no ofrece tránsito alguno hacia la **Untreue**. Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. Besonderer Teil. Teil-**

La redacción del delito patrimonial clásico de la **Untreue** en el art. 266 posee una amplitud tan notable (4) que ha conducido a la paulatina derogación de todas las normas penales específicamente societarias de administración desleal del patrimonio ajeno que anteriormente existían en la legislación penal especial, habida cuenta de que tales disposiciones específicas han sido consideradas superfluas por el legislador alemán (5). Tan sólo permanece en vigor una norma delictiva específica en el ámbito de la circulación de títulos valores, la llamada apropiación indebida de depósito (**Depotunterschlagung**), contenida en el art. 34 de la DepotG (6).

Ahora bien, justo es reconocer que, al lado del mencionado tipo nuclear de **Untreue**, existen en la actualidad en el StGB otras figuras complementarias de la infidelidad patrimonial que se han ido introduciendo recientemente con el fin de cubrir el **déficit** político-criminal (7) existente en este sector de la criminalidad, que había sido denunciado por la jurisprudencia

---

**band 1**, 7 Aufl., Heidelberg 1988, Rn. 4, p. 496. La modalidad del delito de infidelidad patrimonial es conocida también en otros Códigos penales de países que siguen, con ciertas variantes, el modelo germánico, como son: el C.p. suizo (art. 159), el austríaco (art. 153) o el portugués (art. 319).

(4) El art. 266 StGB, en su apartado 1, castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa a “quien abuse de la facultad que se le ha otorgado por ley, mandato de la Autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la Autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad, y de ese modo cause un perjuicio a los intereses patrimoniales que él tenía que cuidar”. En su apartado 2 se contiene una cualificación para casos especialmente graves, sancionada con pena privativa de libertad de hasta diez años.

(5) Una enumeración de las disposiciones suprimidas puede verse en MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T., 1**, Rn. 5, p. 496.

(6) *Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren* (Ley sobre depósito y adquisición de títulos valores), BGBl. III, 4130.

(7) Vid. SCHÜNEMANN: **¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?**, en Jornadas sobre la “Reforma del Derecho penal en Alemania”, en Cuadernos del C.G.P.J., núm. 8, p. 33.

dencia. Ello obliga a efectuar una referencia -aunque sucinta- a tales figuras.

### 2.1.1. El delito de la “*Untreue*” (art. 266 StGB).

2.1.1.1. Concepto y bien jurídico protegido.- La “*Untreue*” consiste básicamente en la causación de un perjuicio doloso para el patrimonio ajeno, mediante la violación del deber de cuidado de dicho patrimonio (8). En contraposición -tal y como ya se indicó- al delito de apropiación indebida, se trata, por tanto, de un genuino delito contra el patrimonio, de la misma naturaleza que el delito de estafa, con el cual comparte ubicación sistemática en el título 22 de la Parte especial del StGB. Aunque un sector minoritario de la doctrina ha querido ver la presencia de bienes jurídicos adicionales en la figura del art. 266, como, señaladamente, la violación de la relación de lealtad y confianza entre el autor y el sujeto pasivo, el objeto jurídico de protección es exclusivamente el patrimonio (9). La vulneración de esa relación de confianza y lealtad se configura meramente como una

---

(8) Así, HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, 10. Aufl., Berlin 1988, parágrafo 266, Rn.1. Esta caracterización genérica es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia dominantes, aunque habría que matizar que -como se verá posteriormente- se discute, por parte de un sector minoritario, el **contenido** que deba otorgarse a ese deber en la primera de las dos modalidades típicas del precepto. Es comprensible, por ello, que algunos autores como BACIGALUPO (**Die Problematik der Untreue**, cit., p. 5) se limiten a señalar, como rasgos más elementales, que con esta figura delictiva “se trata en general de la protección del patrimonio ... ante la causación de un perjuicio contrario a la confianza”.

(9) Vid. ampliamente sobre ello, HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, par. 266, cit., Rn. 19. La tesis de la pluriofensividad del delito encontraba apoyos en la redacción primitiva del par. 266 y en el pensamiento nacional-socialista que identificaba la infidelidad patrimonial con una clase de traición. Tras la reforma del núcleo típico del delito por Ley de 26-V-1933 y tras la superación del ideario nacional-socialista como inspirador de conceptos y categorías penales, la consideración del patrimonio como único bien jurídico protegido puede considerarse dominante en el momento presente. Vid. por

modalidad de ataque especialmente peligrosa para el bien jurídico patrimonio, que representa únicamente el desvalor de acción del delito de **Untreue** (10).

Pese a las similitudes existentes con el delito de estafa del art. 263, las divergencias con esta figura son considerables. Mientras que en la estafa la relación de confianza se genera maliciosamente a través de un engaño previo, que se materializa en un acto de disposición patrimonial de la víctima, en la **Untreue** es el propio autor el que causa el perjuicio para el patrimonio ajeno, abusando de una relación de confianza preexistente. Además, a diferencia de la estafa, la **Untreue** no pertenece a la categoría de los delitos de desplazamiento patrimonial (11).

2.1.1.2. Modalidades típicas.- La norma del art. 266 contiene dos tipos, que son objeto de un estudio separado por parte de la doctrina: el tipo del “abuso” de la fidelidad (**Missbrauchtatbestand**), en el primer inciso, y el tipo de la “ruptura de la fidelidad” o de la “deslealtad” (**Treubruchtatbestand**), en el segundo. Suele afirmarse, al respecto, que el tipo del abuso tutela el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera *externa* de la relación intersubjetiva, puesto que en él se castiga el abuso de la facultad de disponer de patrimonio ajeno o de contraer obligaciones en nombre de otro; por su parte, el tipo de la deslealtad preserva el patrimonio ante las agresiones que se producen en la esfera *interna*, habida cuenta de que en él se sanciona a quien lesione el

---

todos, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., párrafo 266, Rn. 1, y bibliografía que se cita; OTTO: **Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte**, 3. Aufl., Berlin 1991, p. 235, donde pueden encontrarse referencias de la doctrina minoritaria discrepante.

(10) Cfr. JESCHECK: **Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Berlin 1988, p. 216. También, HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, par. 266, cit., Rn. 19.

(11) Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 495, Rn. 3.

deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos (12).

Ahora bien, es en cambio discutida en la doctrina la cuestión referente a la *relación* que existe entre ambos tipos. El sector doctrinal mayoritario (13) estima que ambas modalidades típicas solo son alternativas en apariencia, dado que materialmente el tipo del abuso se configura como una mera hipótesis específica del genérico tipo de la deslealtad, de lo que se desprende que el tipo del abuso presupone en la persona del autor el mismo deber de cuidado del patrimonio que existe en la modalidad de la deslealtad. Por el contrario, el sector minoritario considera que la modalidad del abuso no puede ser únicamente un caso especial de la modalidad de la deslealtad, sino que tiene que poseer un significado propio (14).

---

(12) Vid. por todos LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 2.

(13) A raíz sobre todo de una importante sentencia del T.S. alemán (BGH, 24, 386), que exigió para el autor del tipo del abuso *el mismo* deber de cuidado patrimonial que para el autor del tipo de la deslealtad. Vid. en este sentido, entre otros, DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 266, Rn. 1 a; HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 9, 17 y 24; LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, 18. Aufl. 1989, pp. 1159 y s. Rn. 2 c); MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 498, Rn. 11, y ulterior bibliografía.

(14) Así, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 2, quien aduce argumentos de índole gramatical, basados en el tenor literal de la norma, y razones materiales, toda vez que el traslado del deber de cuidado patrimonial, exigido en el inciso segundo, a la modalidad del inciso primero, una de dos, o bien conllevaría lagunas de punibilidad o bien obligaría a renunciar al elemento esencial del deber de confianza en el tipo de la deslealtad y con ello a obstaculizar los esfuerzos por limitar la (comúnmente admitida) excesiva amplitud de esta modalidad típica. En sentido similar OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 236 (y ulterior bibliografía allí cit.), quien afirma que con la exigencia del mismo deber de cuidado para el inciso primero lo único que se consigue es trasladar al tipo del abuso la inseguridad de la que adolece la modalidad de la deslealtad, sin que por ello se obtenga la contrapartida de cubrir lagunas de punibilidad; buena prueba de ello fue la necesidad en la que se vio el legislador alemán de crear nuevos tipos defraudatorios en el ámbito de la **Untreue**, a través de la 2. WlKG.

Por lo demás, tradicionalmente se ha censurado la extraordinaria amplitud con la que se halla redactado el tipo de la *deslealtad*. A diferencia del tipo del *abuso*, que es un tipo cerrado, plenamente delimitado en sus características típicas, la redacción de la modalidad de la deslealtad, proveniente de la reforma de 1933, (15) ha sido duramente criticada por la doctrina, hasta el punto de que se ha llegado a poner en tela de juicio su constitucionalidad, desde la perspectiva de la exigencia fundamental de la certeza jurídica, consagrada en el art. 103-2 de la Constitución alemana (16).

Por este motivo, desde la reinstauración del Estado de Derecho en Alemania, (17) doctrina y jurisprudencia han aunado esfuerzos para tratar de llevar a cabo una interpretación restrictiva de la figura de la deslealtad que la adecue plenamente al principio de taxatividad y elimine el riesgo de inconstitucionalidad. La primera -y fundamental-(18) restricción que se consiguió, se apoya en la idea de admitir la tipici-

---

(15) Con respecto a ello, destaca JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 116) que, a diferencia de la versión primitiva, la redacción otorgada por la reforma de 1933 al tipo de la deslealtad representa un claro ejemplo de "peligrosa cláusula general", que cercena la seguridad jurídica.

(16) Vid. por todos OTTO: *Grundkurs*, cit., p. 238 y bibliografía allí citada. Se hace eco de este inconveniente del modelo germánico: BACI-GALUPO (*Die Problematik der Untreue*, cit., pp. 6 y s., añadiendo que similares problemas de constitucionalidad se han planteado en Suiza).

(17) No puede olvidarse que la remodelación del tipo de la deslealtad en la reforma de 1933 fue inicialmente aplaudida de forma mayoritaria, concebida como una plasmación específica del pensamiento jurídico del nacional-socialismo. De ahí que, en ese contexto político y jurídico, en modo alguno se sintió la necesidad de elaborar una exégesis restrictiva. Cfr. WEBER, U.: *Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts*, en DREHER-FS, 1977, p. 559.

(18) Este criterio de restricción se remonta ya a la exposición de SCHWINGE/SIEBERT: *Das neue Untreuestrafrecht*, 1933, citada por WEBER (*Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 559), el cual con razón ha podido llegar a añadir que, pese al empeño de la doctrina y jurisprudencia posteriores por hallar **ulteriores** criterios de restricción del tipo, los progresos alcanzados en esta tarea han sido escasos.

dad únicamente cuando el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos represente el contenido típico y esencial de la relación de fidelidad de que se trate (el “deber principal”). A ella se ha añadido posteriormente una segunda restricción, que se basa en el alcance que haya de conferirse al propio deber patrimonial de custodia que incumbe al autor, en el sentido de exigir sobre todo, entre otros requisitos, que el sujeto obligado por la relación de lealtad posea una plena facultad de decisión autónoma (19) para el cumplimiento de un deber patrimonial que, además, se asuma con relación a verdaderos negocios jurídicos (20).

Con todo, y pese a que, en ocasiones, se menciona la modalidad típica de la deslealtad como un ejemplo de cláusula general que ha sido recortada por la jurisprudencia, con base en el llamado “Derecho consuetudinario”, (21) la doctrina y la

---

(19) Existe una facultad de disposición auténticamente autónoma únicamente cuando el sujeto encargado de la custodia podía obrar de modo diferente a como actuó. Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 32. De todas formas, la jurisprudencia no siempre ha respetado este criterio restrictivo, admitiendo supuestos en los que no concurría tal autonomía, (vid. ejemplos en HÜBNER: **Op. cit.**, Rn. 35 y ss) ni tampoco ha llegado a elaborar criterios específicos que permitan individualizar el círculo de autores idóneos, acorde con la **ratio legis**. Para una exposición resumida de casos de autores idóneos e inidóneos en la reciente jurisprudencia vid. OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 239

(20) Vid., en general, más ampliamente sobre estos dos criterios básicos, DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 266, Rn. 8 y ss.; HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 81 y ss.; LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, cit., pp. 1162 y ss., parágrafo 266, 4; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 22 y ss.; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., pp. 501 y ss. Rn. 23 y ss.; OTTO: **Grundkurs**, cit., pp. 238 y s.

(21) Cfr. JESCHECK: **Lehrbuch des Strafrechts**, cit., p. 101. Evidentemente, como aclara este autor, el tipo dotado de excesiva amplitud que ha sido recortado por la jurisprudencia es **exclusivamente** el contenido en la segunda modalidad típica del delito, o sea el “tipo de la ruptura de la fidelidad” o “tipo de la deslealtad” (**Treubruchtatbestand**), dado que -como ya se indicó- el tipo del abuso aparece perfectamente delimitado en su estructura típica.

jurisprudencia dominantes reconocen que tales criterios de concreción resultan insuficientes (22).

Por si lo anterior no bastare, a la ausencia de contornos del tipo de la deslealtad hay que añadir lo que gráficamente se ha definido como una auténtica “volatilización del resultado” del delito de la **Untreue** (23), aspecto que se examina en el epígrafe siguiente.

2.1.1.3. El resultado.- El delito del art. 266 se construye como un delito de resultado material lesivo, toda vez que para su consumación el tipo exige que, a través de cualquiera de las dos modalidades de conducta, se cause un efectivo perjuicio para los intereses patrimoniales confiados (24). Con respecto a ello, se destaca en la doctrina la importancia práctica

---

Es equívoca, por tanto, en este aspecto la traducción efectuada por J.L. Manzanares Samaniego de la versión alemana del libro de Jescheck (**Tratado de Derecho penal. P. G., cuarta edición**, Granada 1993, p. 100), al escribir que “el Derecho consuetudinario ha recortado..., limitando así la infidelidad del § 266 a los casos de típico cuidado patrimonial y de independencia económica del obligado a la lealtad”. Habida cuenta de que, cuando se alude genéricamente al delito del parágrafo 266, se traduce usualmente el vocablo alemán “**Untreue**” como “infidelidad”, no parece conveniente otorgar el mismo significado a la palabra “**Treubruch**”, que representa sólo una de las dos modalidades típicas del precepto. (El propio Manzanares viene a reconocer esto implícitamente cuando en otros lugares traduce, acertadamente, este último término por “ruptura de la lealtad”. Vid. **Op. cit.**, p. 553 en materia de omisión impropia). El problema de la traducción no es baladí, puesto que -según se dijo- precisamente se discute en la doctrina alemana si el tipo del **abuso** presupone (al igual que el tipo de la **ruptura de la fidelidad** o de la **deslealtad**) la existencia de un deber de cuidado patrimonial a cargo del autor.

(22) Vid. por todos, OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 239. No faltan opiniones que consideran imposible la concreción y que, por tanto, creen que el precepto es anticonstitucional. En este sentido se ha pronunciado LABSCH, vid. referencias en LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 22.

(23) Cfr. WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 560.

(24) Vid. por todos, HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 90.

de la constatación de este elemento, puesto que en el delito de *Untreue* la tentativa no se castiga. Así, la verificación del resultado es decisiva para la punibilidad del hecho (25).

Unánimemente se reconoce que la noción del perjuicio patrimonial en este delito posee el mismo significado que en el delito de estafa. En atención a ello, se sostiene, ante todo, que también en el delito de *Untreue* hay que partir -como principio general- de una concepción mixta jurídico-económica de patrimonio y se estima, en concreto, que por “perjuicio” hay que entender cualquier menoscabo patrimonial, verificado según el criterio del “saldo total” (comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción contraria a la fidelidad y el estado patrimonial posterior) (26). Con arreglo a este punto de partida se infiere, sin duda, que no existe perjuicio si la propia acción típica entraña en sí misma, simultáneamente, un incremento patrimonial que equilibra la pérdida (27) y que, según opinión mayoritaria, tampoco concurre el perjuicio patrimonial si el autor está en condiciones (objetiva y subjetivamente) de compensar con sus propios medios de liquidez la disminución patrimonial ocasionada por una acción contraria al deber de cuidado (28).

---

(25) Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, cit., p. 505, Rn.38, quienes agregan que en tal caso la impunidad solo podría evitarse en la medida en que el autor realizase conjuntamente otro delito en concurso ideal que se sancionase ya en el estadio de la tentativa (ej. la apropiación indebida) o la acción típica fuese en sí misma constitutiva de otro delito independiente (ej. una falsedad documental).

(26) Vid. por todos, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 39, 40, quien cita supuestos extraídos de la práctica jurisprudencial, como, p. ej., objetos patrimoniales regalados o vendidos a bajo precio, remuneración de trabajos de modo notoriamente desproporcionado o abono de precios abusivos.

(27) Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 41. Este es, p. ej., el caso de que se entregue al titular un valor patrimonial que suponga para él una contraprestación equivalente a la debida.

(28) Así lo ha reconocido la jurisprudencia alemana. Vid., de acuerdo con ella, entre otros, DREHER/TRÖNDLE: *Strafgesetzbuch und Neben-*

Ahora bien, ese criterio general del saldo global es, a su vez, susceptible de ser matizado y completado a través del criterio específico de la “influencia individual del daño”, en sintonía con la denominada teoría objetivo-individual del daño patrimonial, que atiende además al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patrimonial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales (29). Igualmente, se incluyen también en la noción de perjuicio del art. 266 aquellos supuestos en los que se produce una frustración del fin en su sentido social, de acuerdo con la “teoría de la frustración del fin”, (30) formulada para las hipótesis de prestaciones unilaterales (31).

Por otra parte, comúnmente se acepta asimismo que el perjuicio patrimonial típico puede consistir no sólo en una minoración patrimonial, sino también en la ausencia de un

---

gesetze, cit., parágrafo 266, Rn. 24; HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 100; LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, cit., p. 1166, parágrafo 266, 5, a); MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 506 OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 240. Sin embargo, un sector minoritario discrepa de esta tesis: LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 42; LABSCH: **Untreue (§ 266 StGB), Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung**, 1983 p. 323.

(29) Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 43; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 505, Rn. 39. Así, p. ej., en referencia a delitos societarios se cita el caso de los gastos de representación notoriamente excesivos y superfluos por parte del administrador de la sociedad.

(30) Sobre esta teoría en general, vid. en nuestra doctrina el reciente trabajo de A. ASUA BATARRITA: **El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin**, en **ADPCP**, 1993, I, pp. 81 y ss. En él pueden encontrarse amplias referencias al estado de la cuestión en la doctrina alemana.

(31) Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 43. Con arreglo a ello, el parágrafo 266 se aplica, p. ej., al administrador de una empresa que gasta en una velada de San Silvestre el dinero que estaba destinado para regalos de Navidad en instituciones benéficas.

incremento patrimonial esperado (32). En este sentido, la doctrina mayoritaria conviene en afirmar que, de acuerdo con los criterios formulados en relación con el delito de estafa (33), para el cumplimiento de tal requisito típico no será suficiente con una perspectiva general, vaga e indeterminada de conseguir una ventaja patrimonial, pero sí con la constatación de que existe una “gran probabilidad” o una “esperanza fundada” de que se produzca el incremento de patrimonio (34). Incluso un sector doctrinal propugna aquí, con relación a este aspecto, una ampliación del concepto de perjuicio patrimonial en el seno del art. 266 (en referencia al tipo de la ruptura de la lealtad) frente a la noción propuesta para el delito del párrafo 263, argumentando que el contenido del deber de cuidado patrimonial en el delito de *Untreue* no reside, por regla general, únicamente en la tarea de conservar de la integridad del patrimonio, sino además en el cometido de incrementarlo (35).

Por último, y de forma análoga a lo que sucede también en el delito de estafa, la jurisprudencia y la doctrina alemanas han venido ampliando notablemente el concepto penal de **perjuicio patrimonial** en la *Untreue* hasta el punto de llegar a incluir en el resultado las simples puestas en peligro concreto del patrimonio (36). En tales casos el delito se con-

---

(32) Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, párrafo 266, cit., Rn. 90. Ello sucede si no se aprovecha o se frustra la oportunidad de obtener un beneficio o una adquisición ventajosa.

(33) Vid. CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., párrafo 263, Rn. 87.

(34) Vid. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., párrafo 266, Rn. 46, con la bibliografía que se cita.

(35) Vid. en este sentido, ARZT/WEBER: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 65; LABSCH: *Untreue*, cit., p. 322.

(36) Vid. por todos, DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., párrafo 266, Rn. 27; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., párrafo 266, Rn. 45, quien enumera supuestos característicos enjuiciados por los tribunales, algunos de los cuales revisten notable importancia en el ámbito de las sociedades bancarias: concesiones de créditos sin garantía suficiente, abono de cuentas ficticias

**suma** ya con la simple verificación del peligro para el patrimonio, en virtud de lo cual cabe afirmar que la efectiva producción posterior de un daño patrimonial comporta simplemente el **agotamiento** de la infracción (37).

Con relación a este aspecto, especial tratamiento suele merecer en la doctrina la hipótesis de los **negocios de riesgo** (38). Evidentemente, se observa que la mera celebración de negocios de riesgo por sí sola no implica una conducta de infidelidad punible para quien posee un deber de cuidado del patrimonio ajeno, toda vez que el riesgo, dentro de ciertos límites, es consustancial al mundo de los negocios (39). Por tal motivo, resulta imprescindible diferenciar, ante todo, dos supuestos: si el obligado por una relación de fidelidad patrimonial no ha recibido instrucciones específicas con respecto al manejo del patrimonio confiado o si, por el contrario, dicho sujeto se encuentra facultado por el titular del patrimonio para la realización de negocios de riesgo en virtud de acuerdos u órdenes especiales (40). En el primer caso lo normal es que el deber de cuidado patrimonial se fundamente ya en la ley, la cual ofrecerá pautas para delimitar las hipótesis de actuación arriesgada irregular, como ocurre, p. ej., en el caso del admi-

---

(sin que su reintegro esté garantizado) para ocultar manipulaciones contables internas, utilización de dinero ajeno garantía para la obtención de créditos propios

(37) Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 106.

(38) Vid. en general, DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 266, Rn. 25; LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, cit., p. 1162, parágrafo 266, 3 b); LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 45; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., pp. 506 y s., Rn. 44 y ss. En especial sobre los negocios de riesgo vid. ampliamente HILLENKAMP, T.: **Risikogeschäft und Untreue**, en **NSfZ** 1981, Heft 5, pp. 161 y ss.

(39) Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 506, Rn. 44 y s.

(40) Vid. especialmente HILLENKAMP: **Risikogeschäft und Untreue**, cit., p. 161.

nistrador concursal o suele acontecer en el Derecho de sociedades. En el segundo caso, empero, el comportamiento del gestor que realiza las operación comercial no será punible (por muy arriesgada que sea su conducta) en la medida en que resulte amparada por la voluntad del titular del patrimonio (41).

De esto último se desprende que el problema planteado por los negocios de riesgo no es sólo un problema vinculado al elemento típico del *perjuicio*, sino que más bien se trata de una cuestión ligada al *deber de fidelidad*. De este modo, los negocios de riesgo no son ya típicos a efectos del delito de *Untreue* si su realización no entraña una violación del deber de fidelidad contraído por el autor con el titular del patrimonio (42). Por consiguiente, de acuerdo con lo expuesto, la doctrina dominante en la actualidad estima que el **riesgo permitido** no opera en este delito como causa de justificación, sino como causa de exclusión del tipo objetivo, habida cuenta de que el autor actuaba dentro de los márgenes de la relación de fidelidad (43). El principio del riesgo permitido podría, en su caso, inspirar la aplicación de la causa de justificación del consentimiento presunto en los supuestos de ausencia de un acuerdo expreso con el titular del patrimonio (44).

---

(41) Cfr. HILLENKAMP: *Op. cit.*, p. 165. Ello no obstante, conviene tener en cuenta que el titular del patrimonio no siempre está facultado libremente para autorizar operaciones de riesgo. Con frecuencia existirán limitaciones legales, como, v. gr., acontece en la política de créditos que pueden conceder las instituciones bancarias, sometida a la normativa de la KWG (p. 168).

(42) Si el negocio de riesgo desemboca finalmente en un perjuicio, existirá, materialmente, un autoperjuicio del titular del patrimonio. Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, cit., p. 507, Rn. 46.

(43) Vid. por todos MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, cit., p. 507, Rn. 47, con bibliografía. Vid. en este sentido asimismo JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 363, n. 14, que cambia de opinión con relación a la tercera edición, en donde sostenía que el riesgo permitido operaba como causa de justificación.

(44) Cfr. JESCHECK: *ibidem*. Sobre los requisitos de esta causa de justificación "de naturaleza peculiar", vid. *op. cit.*, pp. 346 y ss. El consentimiento presunto se propone por un sector doctrinal como solución dogmática para resolver aquellas hipótesis en las que, tras haber causado un perjuicio

2.1.1.4. Comisión por omisión.- A través de una conducta omisiva también se puede llegar a causar el resultado típico del delito de *Untreue*, (45) sobre todo (el supuesto más frecuente en la práctica) cuando este resultado se manifiesta en su versión de ausencia de un incremento patrimonial esperado (46).

Ahora bien, desde la perspectiva de la valoración del modelo alemán de castigo de la infidelidad patrimonial resulta interesante dejar constancia de la discusión existente en la doctrina acerca de si la comisión por omisión únicamente es factible en el tipo de la ruptura de la lealtad o, por el contrario, si también es viable (y con qué extensión) en el tipo del abuso. La doctrina mayoritaria considera que es concebible la modalidad omisiva también en el tipo del abuso (47). No obstante, se suele reconocer que la operatividad de la omisión encuentra mayores dificultades que en el tipo de la deslealtad,

---

patrimonial infringiendo su deber de cuidado, el autor repara espontánea e inmediatamente el daño causado antes de que el titular del patrimonio afectado tenga conocimiento de ello. Cfr. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB.Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 48; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 506, Rn. 42. Otro sector cree, sin embargo, que en las hipótesis de referencia no concurriría ya el perjuicio típico del parágrafo 266. Así, p. ej., DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 266, Rn. 24; HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 93; OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 240, citando jurisprudencia.

(45) Vid. por todos ampliamente HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 72, 88, 90.

(46) Cfr. MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 506, Rn. 41, subrayando que en el parágrafo 266 el deber de cuidado patrimonial es expresión de una posición de garantía en el autor. Vid. además OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 240 con indicación de reciente jurisprudencia.

(47) Vid. ARZT/WEBER: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 55; DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 266, Rn. 6; HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 72; LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, cit., pp. 1161 y s., parágrafo 266, 3. b); LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 16; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 506, Rn.41.

cuya estructura típica sí permite acoger indudablemente varias hipótesis de ejecución por vía omisiva (48); de ahí que en el seno de la doctrina mayoritaria no haya acuerdo sobre el alcance de la misma en el tipo del abuso (49). Con todo, no se puede preterir la opinión de otros autores que descartan la viabilidad de la comisión omisiva (50).

En cualquier caso, y con independencia de lo anterior, la admisión del castigo de la comisión por omisión posee evidente importancia práctica en materia de infracciones societarias, desde el momento en que, por ejemplo, como se reconoce en la jurisprudencia alemana, se pueden imputar a título de comisión por omisión casos como el de la violación del deber de cuidado de los miembros del Consejo de vigilancia con respecto a la actuación desleal de los gerentes o miembros del Consejo de administración (51).

---

(48) HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 72.

(49) Para referencias doctrinales y jurisprudenciales, vid. por todos LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 16.

(50) Vid., entre otros, especialmente WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 565, extrayendo de ello consecuencias acerca de la insuficiencia político-criminal de restringir la infidelidad patrimonial exclusivamente al tipo del abuso. Vid. también JESCHECK: **Lehrbuch des Strafrechts**, cit., p. 539 y s. quien parece excluir la comisión omisiva en la modalidad del abuso, al citar precisamente como ejemplo de delito de omisión impropia no regulado legalmente "la infidelidad en la modalidad del tipo de la deslealtad ... (§ 266, inciso segundo)".

(51) Vid. el específico trabajo de TIEDEMANN: **Untreue bei Interessenkonflikten. (Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern)**, H. TRÖNDLE-FS., 1989, pp. 319 y ss., quien indica que los miembros del Consejo de vigilancia de la sociedad se hallan en una posición de garantía ante los comportamientos de infidelidad patrimonial cometidos por gerentes y miembros del Consejo de administración. De ahí que, al margen de la posible responsabilidad de aquéllos en calidad de partícipes en un delito de infidelidad ejecutado por éstos, pueda imputarse también un delito de *Untreue* a título de autoría en comisión por omisión a aquellos miembros del Consejo de vigilancia que, conociendo la vulneración del deber de cuidar el patrimonio de gerentes y consejeros, fuesen conscientes también del perjuicio patrimonial causado a la sociedad.

2.1.1.5. El tipo subjetivo.- El delito de *Untreue* del art. 266 no contiene en su descripción típica elementos subjetivos específicos del injusto diferentes del dolo. Por consiguiente, el delito no exige ni el ánimo de lucro, ni el ánimo de actuar con otra especial finalidad.

Sólo se requiere el dolo, siendo suficiente la ejecución del hecho a título de dolo eventual, el cual tiene que abarcar todos los elementos del tipo objetivo, por lo que obviamente - se observa en la doctrina- ha de comprender el conocimiento del abuso de la facultad de disposición (en la modalidad del abuso) y el de la violación del deber de custodia (en la modalidad de la ruptura de la lealtad). En consecuencia, el dolo del autor queda excluido por la suposición errónea de obrar dentro del marco de las facultades de disposición concedidas o del deber de cuidado; en cambio, el dolo no se elimina si el autor cree estar obrando con diligencia, pero siendo consciente de que actúa de modo contrario a la voluntad del titular del patrimonio (52). Además, el dolo debe abarcar también la producción del perjuicio patrimonial. En los negocios de riesgo la esperanza incierta de culminar con éxito una operación no excluye el dolo eventual de perjudicar, si el autor es consciente del perjuicio patrimonial actual para el titular (53).

2.1.1.6. La exigencia de querrela (art. 266-3).- En el último apartado del art. 266 StGB se establece que también es de aplicación al delito de *Untreue* lo preceptuado en los arts. 243, apdo. 2, 247 y 248 a).

El primero de dichos preceptos establece que no existe un “caso especialmente grave” cuando se trate de una cosa de escaso valor. En el segundo de ellos se indica que en los

---

(52) Vid. por todos LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 49.

(53) Cfr. HÜBNER: *StGB. Leipziger Kommentar*, parágrafo 266, cit., Rn. 102.

supuestos de parentesco o de convivencia la persecución del hecho (por los delitos hurto o de apropiación indebida) se condiciona a la presentación de querrela. Finalmente en el tercero de los preceptos citados se señala (también en referencia a los delitos de hurto y apropiación indebida) que en supuestos de escaso valor el hecho sólo será, asimismo, perseguible en virtud de querrela, a no ser que -se exceptiona en este precepto- “la autoridad encargada de la persecución haya dispuesto la iniciación del procedimiento de oficio en atención a un especial interés público en la persecución penal”.

La exigencia de querrela como especial requisito de procedibilidad del delito de *Untreue* permite satisfacer las exigencias del principio político-criminal de irrelevancia y se enmarca en el (necesario) movimiento descriminalizador en el ámbito de los delitos patrimoniales (54), sobre la base de entender que, salvo que exista un específico interés público preponderante, hay que otorgar eficacia a la voluntad del ofendido, dado que el proceso penal acarrea para él una intromisión en su intimidad personal (55).

2.1.1.7. Cuestiones concursales. Especial referencia a las relaciones con el delito de apropiación indebida (*Unterschlagung*) del art. 246 StGB.- Jurisprudencia y doctrina admiten la figura del delito continuado con relación a las dos modalidades típicas del art. 266 (56), así como la viabilidad de un concurso ideal homogéneo de infracciones, el cual puede justificar la apreciación de un “caso especialmente grave” del apartado 2) de dicho precepto (57).

---

(54) Cfr. JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 95.

(55) Cfr. JESCHECK: *Op. cit.*, p. 807.

(56) Vid. indicaciones en LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., parágrafo 266, Rn. 54.

(57) Vid. por todos JESCHECK: *Op. cit.*, p. 657, quien cita el ej. del tutor que lesiona los intereses patrimoniales de tres pupilos a través de un mismo negocio perjudicial.

En lo que atañe a la posible concurrencia con el delito de apropiación indebida, cabe indicar, ante todo, que las relaciones entre los delitos contenidos en los arts. 246 y 266 del StGB han sido tradicionalmente objeto de controversia en la ciencia y en la jurisprudencia alemanas, con variedad de opiniones (58).

La doctrina mayoritaria se inclina por apreciar un concurso real de delitos en el supuesto de que el dolo típico de la apropiación surja con posterioridad a la consumación de la *Untreue* (59), aunque en ocasiones la jurisprudencia ha recurrido al concurso ideal (60).

Por otra parte, en el supuesto inverso, (a saber, si al realizar la conducta de infidelidad patrimonial pudiera acreditarse una intención de apropiación preexistente) la opinión dominante estima que no hay concurso de delitos, dado que el precepto del art. 246 (incluso en su modalidad agravada de la *Veruntreuung*) queda desplazado por el art. 266 (61); a tal efecto, se ofrecen diferentes fundamentaciones (62). Con todo,

---

(58) Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 109.

(59) Así: HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 109; LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, cit., p. 1168, parágrafo 266, Rn. 10; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 55.

(60) Admitido también por: DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 246, Rn. 24, y parágrafo 266, Rn. 29; MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: **Strafrecht. B.T.**, cit., p. 509, Rn. 56. La solución del concurso ideal se acepta en términos más amplios con relación al delito de estafa. Vid. LENCKNER: **Ibidem**, Rn. 54.

(61) Vid. por todos LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 266, Rn. 55, quien aclara que es indiferente que la materialización de la acción de apoderamiento resida en la propia conducta constitutiva de la *Untreue* o en otra posterior.

(62) Desde la idea de los actos co-penados (HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 109) o del acompañamiento típico normal (JESCHECK: **Lehrbuch des Strafrechts**, cit., p. 670), hasta la más moderna de negar ya la tipicidad conforme al art. 246 (LACKNER: **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, cit., p. 1168, parágrafo 266, Rn. 10).

interesa señalar que incluso en este supuesto el T.S. alemán ha apreciado en alguna ocasión el concurso ideal (63), e interesa tener en cuenta asimismo que, en los casos en los que aprecia la existencia del concurso aparente de normas, la jurisprudencia ha otorgado relevancia a la ley desplazada, al sustituir el principio de la plena absorción por el principio de la combinación, previsto para el tratamiento del concurso ideal (64).

### 2.1.2. El delito de la “*Depotunterschlagung*” (art. 34 DepotG)

Según se indicó más arriba, el Derecho penal alemán de la *Untreue* se completa con una figura específica, tipificada fuera del Código penal, en la legislación penal especial, en el art. 34 de la *DepotG*: la apropiación indebida de depósito (“*Depotunterschlagung*”).

Este precepto castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa al comerciante que, al margen de los casos previstos en los párrafos 246 y 266 del StGB, en beneficio propio o ajeno: 1) dispone antijurídicamente de un título valor, de los señalados en el art. 1, apdo. 1, de la Ley, que le ha sido confiado como depositario o prendador o que él tiene en posesión en calidad de comisionista o en el caso del art. 31; 2) disminuye o dispone antijurídicamente de títulos valores en depósito colectivo o de la participación en ellos, contraviniendo el art. 6, apdo. 2.

La doctrina especializada ha resaltado la considerable importancia que posee la norma penal contenida en el art. 34 de la *DepotG* en el seno de los delitos relativos al sistema crediticio y bancario (65), y, aunque se ha observado que este

---

(63) Vid. indicaciones en LENCKNER: *Ibidem*.

(64) Vid. sobre ello JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 670.

(65) Vid. TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, B.T., 1976, p. 50. El ámbito de aplicación de la *DepotG* se

precepto no se ha aplicado tradicionalmente con la frecuencia deseable por los tribunales (66), su supervivencia ante la cadena de derogaciones llevada a cabo por el legislador en la esfera del Derecho penal especial de la *Untreue* ha sido aplaudida por los autores del Proyecto alternativo (67).

En efecto, las razones de su permanencia responden básicamente a la idea de que, a diferencia de otras infracciones específicas de la legislación especial, este delito posee un ámbito de aplicación propio, dado que no requiere la causación de un efectivo perjuicio patrimonial y, por ende, su injusto se configura como un genuino tipo de peligro concreto, cuya apreciación, a mayor abundamiento, se supedita expresamente a la circunstancia de que no sean aplicables los delitos contenidos en los arts. 246 y 266 del StGB (68).

---

extiende a bancos, instituciones de crédito, cajas de ahorro y, en general, a todo aquel comerciante a quien, en la esfera de su actividad profesional, se le confíen títulos valores.

(66) Cfr. TIEDEMANN: *Op. cit.*, p. 51, quien aclara que la falta de aplicación no reside en que los hechos tipificados en el precepto no tengan lugar en la realidad o que no sean merecedores de pena, sino en la circunstancia de que en la práctica las personas que habitualmente realizan los hechos no son autores idóneos (comerciantes), sino simples empleados, los cuales no pueden ejecutar el delito especial, a no ser que su actuación cumpla las previsiones incluidas en el apartado 2 del párrafo 14 del StGB para las hipótesis de obrar en nombre de otro. En general, sobre este problema de la responsabilidad del representante en la doctrina alemana vid. SCHÜNEMANN: *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, en ADPCP, 1988, II, pp. 542 y ss; GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, en *Actualidad penal*, 1993, núm. 16, pp. 213 y ss.

(67) Vid. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, vorgelegt von LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, 1977, (*Stellungnahme zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts*) p. 128. En idéntico sentido, WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 568.

(68) En suma, en lo que aquí interesa, es opinión unánime que la *Depotunterschlagung* se halla en relación de subsidiariedad (expresa) con respecto al delito de *Untreue*. Vid. por todos: MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, 1, Rn. 5 y 58, pp. 496 y 509; HÜBNER: *StGB. Leipziger Kommentar*, párrafo 266, cit., Rn. 114.

En concreto, la *Depotunterschlagung* protege en primera línea el ahorro en materia de títulos valores, abarcando casos que, pese a ser indudablemente merecedores de pena, no pueden ser castigados -según doctrina y jurisprudencia dominantes- conforme a los citados delitos comunes del StGB, toda vez que hay un comprensible rechazo a extender en demasía estos últimos preceptos por vía interpretativa. Como ejemplos ilustrativos se citan los dos siguientes. En primer lugar, el supuesto de la pignoración de títulos valores en el que el autor tiene la intención de desempeñarlos a corto plazo y cree que está en condiciones de hacerlo; supuesto en el que no se puede recurrir al art. 246 StGB porque no existe la acción típica de apropiación. En segundo lugar, el caso en el que el autor favorece al titular del patrimonio con una contraprestación como compensación por la venta del título valor contraria al deber de cuidado; caso en el que -según se indicó anteriormente- queda excluido el delito del art. 266 por ausencia del perjuicio patrimonial típico. Sin embargo, hay coincidencia en entender que en los dos ejemplos mencionados concurre un comportamiento merecedor de reproche penal, habida cuenta de que el titular del patrimonio ha de tener en todo momento, especialmente ante las oscilaciones imprevistas de cotización, la posibilidad de disponer directamente de sus títulos valores sin restricción alguna. Se arguye que, a la vista de la notoria sensibilidad del mercado de valores, parece necesario anticipar la protección penal de la actividad del inversor y no esperar a que el Derecho penal intervenga únicamente cuando se haya producido efectivamente un perjuicio definitivo.

Finalmente, conviene subrayar al respecto que la renuncia del art. 34 de la *DepotG* a requerir un efectivo perjuicio patrimonial tiene como contrapartida la exigencia de dos elementos típicos, que restringen en cierta medida la órbita típica. Por un lado, se limita el círculo de autores a aquellos sujetos que se dedican profesionalmente a negocios de títulos valores. Por otro lado, se incluye un específico elemento sub-

jetivo del injusto, definido por el dato de que el autor tenga que obrar en beneficio propio o ajeno (69).

### 2.1.3. Los delitos complementarios de la “*Untreue*”

Tal y como se anticipó anteriormente, no se puede dejar sin mencionar la existencia en el vigente Derecho penal alemán de figuras delictivas complementarias de la *Untreue*, en el sentido de que se trata de preceptos que comparten con ella el mismo objetivo político-criminal de combatir las formas de delincuencia en el sector de la criminalidad fraudulenta contra el patrimonio. Estos preceptos son los arts. 266 b) y 266 a),<sup>2</sup> (que pueden ser calificados incluso como auténticas modalidades específicas de infidelidad patrimonial) y el art. 264 a), el cual, pese a no contener una genuina figura de infidelidad patrimonial, describe un delito de indudable eficacia preventiva en este sector de la criminalidad, singularmente en el concreto ámbito de la denominada “actividad bancaria”.

2.1.3.1. Los delitos contenidos en los arts. 266 b y 266 a, apdo. 2 del StGB.- Hay figuras que constituyen materialmente conductas de infidelidad patrimonial similares al tipo general contenido en el art. 266 y que podrían ser caracterizadas como figuras delictivas “afines” a la *Untreue*, en las que el bien jurídico protegido es, asimismo, el patrimonio: el delito del art. 266 b) (Abuso de tarjetas de cheque y tarjetas de crédito) y el delito del art. 266 a), apdo. 2 (Defraudación de salarios), introducidos por la segunda Ley para combatir la criminalidad económica (2. WiKG) de 15-V-1986 (70).

---

(69) Cfr. *Alternativ-Entwurf, (Stellungnahme zur)*, cit., p. 128; WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 568.

(70) En los Manuales alemanes de Parte especial estos delitos suelen estudiarse conjuntamente en un mismo capítulo, como infracciones propiamente patrimoniales. Vid., p. ej., al respecto, OTTO: *Grundkurs*, cit., pp. 235 y ss., quien analiza bajo el mismo epígrafe genérico la *Untreue* y los

El delito del párrafo 266 b) castiga -con pena de multa o con pena privativa de libertad que puede llegar hasta los tres años- la conducta de quien abusa de la facultad a él conferida mediante la entrega de tarjetas de cheque o de crédito, de tal forma que provoca la realización de un pago por parte del emisor y, como consecuencia de ello, le causa un perjuicio. Este precepto se inspira claramente en el párrafo 185 del Proyecto Alternativo, cuya introducción en el StGB fue avalada por la comisión de expertos en materia de delincuencia económica, sobre la base de la considerable importancia de estos medios de pago en el tráfico económico y en atención a la insuficiencia técnica del tipo general de la *Untreue* para perseguir esta clase de comportamientos (71).

Por su parte, la figura delictiva contenida en el apartado 2 del párrafo 266 a) castiga -con multa o con pena privativa de libertad que puede llegar hasta los cinco años- al empresario o persona a él equiparada que, habiendo retenido una parte del salario del trabajador, no efectúa el ingreso debido y omite comunicar al trabajador tal circunstancia. Esta figura del apartado 2 se incardina por la doctrina mayoritaria entre los delitos contra el patrimonio individual (patrimonio del trabajador), porque las retenciones a las que se refiere no son ni las correspondientes al IRPF, ni las relativas a la cuota obrera de la Seguridad Social (72), y se introdujo en el StGB ante la opinión jurisprudencial, corroborada unánimemente por la doctrina

---

delitos "afines" a la misma, entre los que incluye, en concreto, la figura del párrafo 266 b) (*Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten*) y la del apartado 2 del párrafo 266 a) (*Veruntreuen von Arbeitsentgelt*).

(71) La opinión dominante en la doctrina alemana considera que la conducta de referencia no puede ser incluida, en rigor, en la modalidad típica del abuso, dado que no existe en ella realmente una violación de la facultad de disponer de patrimonio ajeno. Vid. por todos WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 562. Y, como, por otra parte, también se había rechazado tradicionalmente la aplicación del delito de estafa, existía en este punto una auténtica laguna de punibilidad. Vid. por todos, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.*, cit., párrafo 266 b), Rn. 1.

(72) Vid. OTTO: *Grundkurs*, cit., pp. 244 y s.

na, de entender que en tales supuestos (así como en general todas las hipótesis definidas en el nuevo art. 266 a) no se podía aplicar el delito contenido en el párrafo 266 (73).

2.1.3.2. El delito del art. 264 a).- Al lado de los preceptos que se acaban de mencionar, tampoco se puede preterir aquí la -también reciente- introducción en el StGB del delito de “estafa de inversión de capital” (art. 264 a) (74), sobre todo cuando se pretende analizar en particular la modalidad más relevante de administración desleal de patrimonio ajeno, la llevada a cabo en el terreno societario.

---

(73) Se estima que en la relación laboral no surge para el empresario el deber de cuidado patrimonial típico de la *Untreue*. Vid. por todos, MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD: *Strafrecht. B.T.*, 1, p. 509, Rn. 58. De hecho, se observa al respecto que el legislador de la 2. WiKG incorporó, materialmente, al delito del párrafo 266 a) el contenido de los preceptos específicos anteriormente dispersos en la legislación especial (Vid. *Op. cit.*, p. 496, Rn. 5).

(74) El párrafo 264 a (*Kapitalanlagebetrug*) del StGB, introducido por el Art. 1 Nr. 10 de la segunda WiKG de 15-V-1986 (BGBl. I 722) establece:

(1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa quien en relación con

1. la venta de títulos valores, de derechos de suscripción o de acciones que deban otorgar una participación en el resultado de una empresa, o con
2. la oferta de ampliar la inversión de capital sobre tales participaciones,

en folletos, comunicaciones o cuadros que reflejen el estado patrimonial, y ante un extenso círculo de personas, efectúe alegaciones ventajosas falsas o silencio hechos perjudiciales, referentes a circunstancias relevantes para decidir acerca de su adquisición o su ampliación.

(2) Lo dispuesto en el párrafo 1 es de aplicación, en su caso, cuando el hecho se refiera a participaciones en un patrimonio que una empresa administra en nombre propio, aunque sea por cuenta ajena.

(3) No será castigado con arreglo a los párrafos 1 y 2 quien voluntariamente evite que, como consecuencia del hecho, se produzca la operación referente a la adquisición o la ampliación. Si la operación no llega a realizarse sin que el autor haya intervenido, éste queda exento de pena si, voluntaria y seriamente, se esfuerza en evitar su producción.

Es cierto que en este caso no puede afirmarse que estos, en puridad de principios, ante un delito “afín” a la *Untreue*, (75) y también es cierto que resulta dudoso que se trate aquí de un delito puramente patrimonial (76), pero es indudable que el art. 264 a) se revela en el Ordenamiento alemán como un importante instrumento complementario de los tipos penales generales (estafa, infidelidad, etc.) en la tarea de proteger al público inversor frente a los abusos cometidos por los administradores de las sociedades mercantiles (77).

También aquí hay una inspiración notoria en el art. 188 del Proyecto Alternativo, el cual proponía una figura muy parecida (78), de acuerdo con la opinión más autorizada en la doctrina alemana en el terreno de la criminalidad patrimonial y económica (79).

---

(75) En realidad se trata de una especie de “publicidad engañosa” cualificada, por la trascendencia económica del objeto de la acción, con relación al delito incluido en el art. 4 de la UWG, con el que eventualmente podría entrar, incluso, en concurso. Cfr. CRAMER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 264 a), Rn. 41.

(76) La doctrina mayoritaria rechaza su consideración de delito puramente patrimonial. Vid. por todos, OTTO: **Grundkurs**, cit., pp. 265 y ss., quien incluye esta infracción entre los “delitos económicos situados en el Código penal”, al lado de los contenidos en los parágrafos 264 (estafa de subvenciones), 265 (estafa de seguro), 265 b (estafa de crédito), 266 a, Abs. 1 y 3 (retenciones de salarios), 283-283 d (quiebras) y 302 a (usura).

(77) Vid. TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho penal económico**, Barcelona 1993, p. 47. Este mismo autor ya destacaba hace casi veinte años la necesidad de combatir en especial la delincuencia que se amparaba tras las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades que, por su estructura, encerraban el mayor potencial criminógeno en la práctica. Cfr. TIEDEMANN: **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschafts-kriminalität, B.T.**, cit., p. 133.

(78) El art. 188 del P.A. proponía el delito de *Unrichtige Angaben in Prospekten*. Vid. **Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft**, cit., pp. 70 y ss.

(79) Vid. especialmente TIEDEMANN: **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschafts-kriminalität, B.T.**, cit., pp. 133 y ss. y 143 y s., quien prestaba ya una detenida atención a la necesaria protección penal de la inversión de capital y sostenía la conveniencia de introducir figuras delictivas específicas en este ámbito, que anticipasen la línea de intervención del Derecho penal a un momento anterior al de los tipos generales de estafa y *Untreue*.

Hay unanimidad en entender que el parágrafo 264 a) del StGB recoge un genuino delito de peligro abstracto, aunque se discuta cuál es ese bien jurídico que se pone en peligro. Para algunos autores, a través de este delito se preserva el correcto funcionamiento del mercado de capitales, configurado como un interés jurídico supraindividual de toda la colectividad, en la medida en que dicho interés jurídico representa uno de los aspectos esenciales del funcionamiento de la economía de libre mercado (80); para otros, en cambio, se tutela la libertad de disposición del potencial inversor, concebida, por tanto, como un interés jurídico individual (81).

Sin entrar a examinar con detenimiento la compleja cuestión del bien jurídico que técnicamente se ampara en la estafa de inversión de capital, me inclino a pensar que le asiste mayor razón al sector minoritario, cuando expone las dificultades que suscita contemplar este delito desde la perspectiva de los genuinos bienes jurídicos colectivos. No me parece adecuado entender que por medio de la comisión de la conducta defraudatoria individual descrita en dicho tipo se vulnera el citado bien jurídico colectivo, ni siquiera bajo la perspectiva del peligro abstracto (82).

Semejante cuestión no es ociosa, puesto que creo que solamente contemplando el bien jurídico desde esta perspectiva defraudatoria individual se puede justificar plenamente la

---

(80) Según esta tesis, sería un auténtico delito contra el orden económico. Esta es la opinión de los autores del Proyecto Alternativo, desarrollada en diversos trabajos sobre todo por TIEDEMANN y WEBER. Opinión que puede considerarse mayoritaria. Vid. por todos, CRAMER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 264 a), Rn. 1; OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 271, y bibliografía que se cita en ambos lugares.

(81) Vid. especialmente, SCHÜNEMANN: **¿Ofrece la reforma ...?**, cit., p. 36.

(82) Cfr. SCHÜNEMANN: **Op. cit.**, p. 35, quien aduce que el gigantesco organismo de la economía de mercado es completamente insensible, en su función global, a las acciones defraudatorias individuales, con lo cual no existe ni un delito de peligro abstracto, ni siquiera tampoco lo que KUHLEN ha calificado como un delito "acumulativo".

criminalización de tales comportamientos de peligro abstracto y eludir la crítica de quienes afirman que con la creación de tales preceptos se viola el principio de intervención mínima, por no construirse sobre la base de un bien jurídico “penalmente protegible” (83).

Por último, en cuanto a su estructura dogmática, interesa destacar algunos aspectos relevantes. En primer lugar el injusto se integra ya con la simple realización (dolosa) de alegaciones ventajosas falsas ante un extenso círculo de personas, siempre que tales alegaciones vayan referidas a circunstancias relevantes para decidir acerca de la adquisición de las participaciones; no es requisito típico, por tanto, ni un peligro concreto para el patrimonio del inversor, ni tampoco una mayor delimitación del objeto material. En segundo lugar, el tipo equipara explícitamente a la modalidad activa apuntada una modalidad omisiva, consistente en silenciar hechos perjudiciales (84). En tercer lugar, el delito no requiere especiales cualidades de autoría; es un delito común en el que cualquier persona puede ejecutar el hecho (85). En cuarto lugar, un sector doctrinal admite la posibilidad de un concurso (ideal) de delitos con la estafa o con la *Untreue*, sobre la base de la diversidad de bienes jurídicos protegidos (86). Finalmente, el

---

(83) Sobre esta cuestión vid. SILVA SANCHEZ, J.M.: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, Barcelona 1992, pp. 285 y ss., especialmente pp. 291 y s.

(84) El silencio de hechos perjudiciales debe ser entendido como la ausencia de mención de aquellos hechos que, de haber sido conocidos por los eventuales interesados, les habría conducido a la decisión de no invertir. Se trata de un delito de omisión pura en el que el propio legislador penal establece el deber de dar a conocer los hechos perjudiciales. Cfr. OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 273

(85) Cfr. CRAMER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 264 a), Rn. 38.

(86) Así, CRAMER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 264 a), Rn. 41, con respecto al delito de estafa; OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 275 con relación también a la *Untreue*. Otros autores, sin embargo, rechazan el concurso de delitos pese a compartir la misma concepción supraindividual del bien jurídico protegido. Vid. p. ej.,

apartado 3 del precepto contiene una especial causa personal del levantamiento de la pena basada en el arrepentimiento activo del autor, (87) siguiéndose con él una técnica utilizada en la moderna configuración de los delitos de peligro abstracto; el autor queda liberado de pena a pesar de que haya tenido lugar ya la consumación del hecho, si evita (o se esfuerza seriamente en evitar) de forma voluntaria el agotamiento del delito, que en este caso viene representado por la operación referente a la adquisición o ampliación de capital (88).

## 2.2. *La regulación del Proyecto alternativo.*

2.2.1. El delito de abuso de facultades jurídico-sociales.- El vigente modelo legal alemán de castigo de la administración desleal de patrimonio ajeno dista mucho de ser aceptado favorablemente por la doctrina. En este sentido, merece ser destacada ante todo la propuesta contenida en el Proyecto alternativo (P.A.) de Código penal (Parte Especial. Delitos contra la economía). En el seno del Título II (Delitos contra las empresas) se prevé un genuino delito societario de administración fraudulenta de patrimonio ajeno en el art. 183, el delito de “abuso de facultades jurídico-sociales” (**Missbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse**) (89). Su configuración como delito económico, y su inclusión en concreto dentro del título II, obedece al entendimiento -recono-

---

DREHER/TRÖNDLE: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, cit., parágrafo 264 a), Rn. 3 (subsidiariedad del art. 264 a). Concurso que también es descartado por parte de quienes consideran que el bien jurídico protegido es exclusivamente el patrimonio.

(87) Cfr. CRAMER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.**, cit., parágrafo 264 a), Rn. 39.

(88) Cfr. OTTO: **Grundkurs**, cit., p. 275. Una disposición semejante se contiene también en otros modernos tipos defraudatorios del StGB, como en el art. 264-IV (estafa de subvenciones) o en el art. 265 b-II (estafa de crédito).

(89) El parágrafo 183 del P.A. castiga “con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa a quien, en beneficio propio o ajeno,

cido por los autores del P.A.- de que, si bien es cierto que todos los delitos tipificados en dicho título vulneran primariamente intereses patrimoniales individuales de las empresas, no es menos cierto que afectan o pueden afectar, asimismo, a la economía nacional (90). Por lo demás, con la concreta tipificación del delito societario contenido en el art. 183 los autores del P.A. pretenden otorgar protección a las sociedades frente a agresiones provenientes de su esfera interna, al castigar conductas llevadas a cabo por personas que ostentan facultades de representación dentro de la propia sociedad, siempre que, por otra parte, tales conductas pongan en **peligro** la integridad del patrimonio social. Por consiguiente, se destacan principalmente como novedades dogmáticas más importantes con relación al tipo general del art. 266 StGB las dos siguientes: la restricción del círculo de sujetos activos a personas investidas de relevantes facultades en el seno de la sociedad, de un lado; y la ampliación del ámbito de aplicación de la norma (al construirse la figura delictiva como simple tipo de peligro), de otro. Este adelantamiento de la línea de punibilidad encuentra su justificación en la idea de orientar el precepto a la tutela de los intereses del público que desea invertir su capital mediante la adquisi-

---

1. en su condición de órgano representante o de miembro del órgano de representación de una sociedad anónima o de una sociedad cooperativa

2. en su condición de gerente

a) de una sociedad de responsabilidad limitada,

b) de una sociedad comanditaria por acciones, o

3. en su condición de socio representante de una sociedad abierta a la inversión de capital de un número indeterminado de personas, o

4. en su condición de liquidador de alguna de las sociedades mencionadas en los números 1 a 3,

infringiendo su deber en la esfera de su facultad de representación, dispone en considerable medida de valores patrimoniales de la sociedad o contrae obligaciones”.

(90) Vid. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., *Vorbem. vor 179*, p. 45.

ción de participaciones en sociedades y, a través de aquélla, a la protección de la economía general (91).

En lo que atañe a la delimitación del círculo de sujetos activos, los autores del P.A. argumentan que, pese a que a primera vista pudiera parecer una selección una tanto arbitraria, (92) únicamente deben ser incluidas en un tipo penal de **peligro** aquellas sociedades que están específicamente dedicadas a la inversión de capital y abiertas a un número indefinido de personas potencialmente inversoras. Por el contrario, deben quedar al margen del delito de peligro las sociedades personales cerradas y controlables, en las que los socios cuentan ya con otros resortes jurídicos para impedir los abusos de facultades de los administradores que entrañen un simple peligro para el patrimonio. Asimismo, los autores del P.A. renuncian a incluir en el tipo penal las personas jurídicas de Derecho público, habida cuenta del menor riesgo que estas sociedades encierran para el público inversor (93).

Por otra parte, el tipo del art. 183 mantiene también la restricción de exigir que el autor ha de infringir su deber (vulnerando, por tanto, normas legales o reglamentarias de la sociedad) en la esfera de su facultad de representación. Y, además, se agrega que sólo son típicas las conductas que, siendo contrarias a ese deber de representación, consistan en “disponer” de valores patrimoniales o en “asumir” obligaciones. Ahora bien, aunque el injusto aparece incrementado por la ulterior exigencia del elemento de la relevancia (disponer o asumir “en considerable medida”), lo cierto es que el P.A.

---

(91) Cfr. **Alternativ-Entwurf**, cit., **Vorbem. vor 179**, p. 47 y **parágrafo 183**, p. 61. Vid. también WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 569.

(92) Comenta críticamente en nuestra doctrina BACIGALUPO (**Die Problematik der Untreue**, cit., p. 7) que la pretensión de ampliar la punibilidad a través la creación de un delito de peligro se desvanece con la restricción del círculo de autores idóneos.

(93) **Alternativ-Entwurf**, cit., **parágrafo 183**, p. 61.

renuncia confesadamente a incluir baremos numéricos que la delimiten (94).

En lo que concierne al aspecto subjetivo del delito, los autores del P.A. consideran que no puede resultar suficiente el simple actuar doloso. Por ello exigen que el agente actúe movido por un específico elemento subjetivo del injusto, representado por el obrar “en beneficio propio o ajeno”; a tal efecto, aclaran que el “beneficio ajeno” ha de ser entendido únicamente como beneficio *societario* ajeno.

Finalmente, la menor penalidad del art. 183 del P.A. (la pena privativa de libertad posee un límite máximo de tres años) frente al art. 266 del StGB se justifica por el menor contenido de injusto de aquel precepto, que no exige un perjuicio patrimonial. Si este perjuicio se produjese efectivamente, los autores del P.A. entienden que el delito del art. 183 no se aplicaría, al configurarse como un tipo subsidiario del delito principal de la *Untreue* (95).

Como es sabido, y al contrario de lo que sucedió con otros preceptos, esta propuesta de creación de un delito societario de administración fraudulenta no fue incorporada al StGB, ni en la primera ni en la segunda WiKG. Conviene aclarar al respecto que la comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica -asumiendo el dictamen de MERTENS- se manifestó contraria a incluir en el StGB un delito que siguiese el modelo del art. 183 del P.A. (96).

---

(94) **Ibidem.** De este modo, la relevancia típica es un elemento del injusto que debe ser interpretado de acuerdo con la gravedad de la acción para la sociedad de que en concreto se trate; mas -en opinión de los autores del P.A.- indudablemente permite eliminar de la órbita típica conductas como, v. gr., la de “la contratación transitoria de una empleada de la limpieza en contra de un acuerdo social”.

(95) **Ibidem.**

(96) Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 120.

## 2.2.2.- La propuesta del P.A. de reestructuración del Derecho penal de la "Untreue".

Los autores del P.A. renuncian a efectuar, con carácter general, propuestas de reforma de las normas del Derecho penal patrimonial. Sin embargo, ante la ostensible necesidad de modificar el delito del art. 266 del StGB, el cuadro normativo de delitos económicos se ve completado con un apéndice en el que se exponen unos criterios sobre la reestructuración del tipo penal de la *Untreue* y sobre la posible creación de nuevas figuras delictivas en la esfera de la infidelidad patrimonial (97).

A los efectos instrumentales aquí pretendidos, me limitaré a exponer a continuación las líneas esenciales de dicha propuesta de reestructuración.

Partiendo de la base de la innegable necesidad de restringir el delito del art. 266 StGB (98), los autores del P.A. consideran que tal restricción no se puede conseguir con una descripción más precisa de la **acción** típica. En este sentido, se ha propuesto especialmente por algunos limitar exclusivamente el delito del vigente art. 266 al actual tipo del abuso; mas, con este proceder quedarían fuera del ámbito penal supuestos a todas luces merecedores de pena, al tener que circunscribirse forzosamente todas las conductas punibles a acciones que presupongan un poder jurídico de representación conferido al

---

(97) Vid. **Alternativ-Entwurf**, cit., **Stellungnahme zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts**, pp. 127 y ss. De especial interés resulta en este sentido el trabajo específico de uno de los autores del P.A., coincidente sustancialmente -como es natural- con las propuestas de éste. Me refiero al trabajo de WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts**, cit., pp. 555 y ss.

(98) Necesidad debida, sobre todo, a la desmesurada amplitud (imposible de recortar por vía interpretativa) del tipo de la ruptura de la lealtad y a la creciente expansión jurisprudencial del concepto del perjuicio patrimonial típico. Vid. *supra* 2.1.1.2. y 2.1.1.3. Y vid. **Alternativ-Entwurf, Stellungnahme**, cit., p. 127.

sujeto (99). Ningún resultado satisfactorio -añaden- se obtendría tampoco si en el tipo de la *Untreue* se diese cabida a un elemento que, con carácter general, resaltase la importancia del deber que incumbe al autor (100).

La fórmula más adecuada -a juicio de los redactores del P.A.- (101) consistiría en efectuar una descripción precisa y taxativa del círculo de autores. Ello reservaría el tipo penal de la *Untreue* para los casos más graves de infidelidad patrimonial, relegando al campo del Derecho civil el castigo de las infracciones de los "simples deberes de deudor". En este sentido, recuerdan los redactores del P.A. que la primitiva redac-

---

(99) Entre estos supuestos se destacan las hipótesis de conductas meramente omisivas, las cuales hallan un difícil encaje en la modalidad del abuso; las violaciones del deber por parte de los órganos sociales de vigilancia (v.gr. el consejo de vigilancia en las sociedades anónimas alemanas), que carecen de poder de representación alguno; y, en general, todas las actuaciones fácticas llevadas a cabo sobre el patrimonio, que en determinadas circunstancias pueden ocasionar graves perjuicios. Vid. **Alternativ-Entwurf, Stellungnahme**, cit., p. 127; WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 565. Añade este autor que, en general, todo intento de restricción típica por la vía de delimitar la *conducta* está condenado al fracaso, puesto que, a diferencia, p. ej., del delito de apropiación indebida (en el que la acción típica del "apoderamiento" permite seleccionar el injusto penalmente relevante, de acuerdo con el fin de la norma) en el delito de la *Untreue* la finalidad del tipo (castigar actuaciones perjudiciales sobre el patrimonio ajeno) admite comportamientos de muy variada índole (pp. 565 y s.).

(100) Con respecto a ello, razonan los autores del P.A. que lo que no han conseguido ni la jurisprudencia, ni la doctrina científica, podría ser también inalcanzable para el legislador. **Alternativ-Entwurf, Stellungnahme**, cit., p. 127. De acuerdo, WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 566, quien agrega que la incorporación al tipo legal del criterio fijado jurisprudencialmente (esto es, que el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos represente el contenido típico y esencial de la relación contractual de que se trate) no supondría progreso alguno; seguiría abandonándose a la jurisprudencia la tarea de interpretar un elemento como éste, normativo en grado sumo, y subsistirían las mismas inseguridades a la hora de enjuiciar el caso concreto.

(101) Cfr. **Alternativ-Entwurf, Stellungnahme**, cit., p. 127; WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 566.

ción del art. 266 StGB, (102) quebrada por la reforma de 1933, se orientaba, por consiguiente, en la línea adecuada, desde el momento en que detallaba minuciosamente cuáles eran los sujetos activos idóneos del delito, aunque evidentemente -como dice WEBER- dicha enumeración, harto casuística, no resulte de mucha utilidad en el momento presente, puesto que, entre otras razones, en la actualidad no se sabe ya con certeza cuál es el significado real de algunos de aquéllos (103). De ahí que se proponga dentro del elenco de autores a personas que hoy puedan considerarse investidas de un especial poder jurídico de representación, siguiendo en ello la línea emprendida por el Proyecto de StGB de 1962 (104).

---

(102) Me refiero a la redacción otorgada al art. 266 en el RGStGB de 15-V-1871, vigente hasta la reforma de 1933. El tenor literal de ese antiguo precepto puede verse en HÜBNER: *StGB, Leipziger Kommentar*, parágrafo 266, cit., p. 380, trabajo en el cual también pueden consultarse los antecedentes históricos (p. 379).

(103) WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 566, quien comenta que hoy ya ni siquiera se sabe con certeza que son o eran, realmente, *Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer o Stauer*.

(104) El Proyecto de 1962 (con antecedentes en dos Proyectos anteriores, de 1959 y 1960) recogía el delito de *Untreue* en el art. 263, el cual establecía:

(1) "Será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con arresto quien, teniendo encomendada

1. la administración del patrimonio de otro

a) como órgano representativo de una persona jurídica o como miembro del mismo,

b) como tutor, guardador, albacea o administrador testamentario, administrador concursal o judicial,

c) o de cualquier otro modo impuesto por ley, mandato de la Autoridad o negocio jurídico,

2. o la custodia de una administración de patrimonio semejante, cause un perjuicio patrimonial a otro intencionadamente o a sabiendas, siempre que el autor infrinja el deber de administración o custodia"

(2) "Con la misma pena será castigado quien, teniendo encomendado de cualquier otra forma el cuidado del patrimonio de otro mediante la celebración de negocios jurídicos en nombre de éste,

La destacada aportación del Proyecto alemán de 1962 propugnaba, por tanto, retornar a una redacción mucho más concreta, si bien evitando la casuística enumeración histórica. Se abandona la diferenciación entre la modalidad del abuso y la modalidad de la ruptura de la lealtad, pudiendo afirmarse que en él se adopta una concepción más estricta de la teoría de la ruptura de la lealtad (105). En el párrafo 1 quedan comprendidas, con carácter general, figuras características, normativamente prefijadas, de administración o custodia de patrimonio ajeno (106), y, por ello, se procede a una delimitación más precisa del círculo de autores que la pergeñada en el párrafo 2. En esta segunda modalidad no se incluyen supuestos de hipótesis generales de administración, sino los casos de mandatos jurídicos de representación específicos, en atención a lo cual tan sólo puede ser autor idóneo el sujeto que tiene encomendado el cuidado del patrimonio de otro para celebrar especiales negocios jurídicos por cuenta de éste, (107) quedando al

---

1. disponga, en forma contraria al deber, de fondos u objetos, obtenidos durante el cuidado de dicho patrimonio o para cuidarlo en el futuro, o, de cualquier otro modo contrario al deber, lleve a cabo tales negocios, y, como consecuencia de ello, le cause intencionadamente un perjuicio patrimonial,

2. o mediante una acción semejante cause a sabiendas un perjuicio patrimonial para lograr un enriquecimiento propio o de un tercero.

(3) Los apartados 1 y 2 son también aplicables aunque el acto jurídico que fundamenta la relación de confianza sea ineficaz.”

(105) Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 119.

(106) Escribe WEBER (**Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., pp. 566 y s.) que ciertamente podría suscitar algún reparo la cláusula general contenida en la letra c) del párrafo 1); no obstante, también en esta hipótesis queda excluida la violación de los deberes ordinarios de deudor, de tal suerte que se exige que el autor tenga que realizar labores de “administración” del patrimonio ajeno, tarea que implica un **plus** con respecto al mero cumplimiento de los normales deberes de deudor.

(107) Cfr. HÜBNER: **StGB. Leipziger Kommentar**, parágrafo 266, cit., Rn. 119. Como aclara este autor, la razón de la distinción entre los casos de ambos párrafos estriba básicamente en la idea de que quien tiene encomendada la administración de la totalidad de un patrimonio dispone de muchas más posibilidades de realizar conductas de infidelidad patrimonial que aquel

margen del tipo penal todas aquellas relaciones que no conlleven la celebración de tales negocios por ser actividades puramente técnicas o mecánicas (108).

Al margen de todo lo que antecede, los autores del P.A. se plantean asimismo el problema de la conveniencia de incluir en el StGB el delito especial contenido en el art. 34 de la *DepotG*. Partiendo de la base de la trascendencia político-criminal de un precepto como éste (109), consideran que su inclusión en el StGB resultaría justificada. Sin embargo, reconocen que ello acarrearía notables dificultades de técnica legislativa, habida cuenta de la estrecha conexión que se establece entre la norma penal y otras disposiciones no penales previstas en diversos artículos de la Ley (110). De ahí que propongan dejar este tipo penal en la legislación especial.

---

sujeto que únicamente tiene confiada la administración de asuntos particulares. Por tal motivo, el Proyecto de 1962 considera que en el caso del párrafo 1 debe ser punible cualquier conducta que, contraviniendo el deber de cuidado, cause un perjuicio patrimonial; conducta que puede ser ejecutada con dolo directo de primer grado, "intencionadamente" (*absichtlich*), o con dolo directo de segundo grado, "a sabiendas" (*wissentlich*) [definido en el art. 17-II del Proyecto de 1962 del modo siguiente: "actúa a sabiendas, el que sabe o prevé como seguro que concurre o va a producirse la circunstancia para la que la ley requiere la actuación consciente"]. Sigo aquí, por tanto, la terminología y la traducción de MIR PUIG a la 3 ed. del *Tratado* de Jescheck, I, Barcelona 1981, pp. 401 y 404.

(108) Como, p. ej., empleados del servicio doméstico o recaderos. Cfr. WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 567, quien se manifiesta, en líneas generales, de acuerdo también con la restricción de la autoría conseguida en el párrafo 2 del precepto, con respecto al Derecho vigente. Por lo demás, en lo que atañe al aspecto subjetivo, en este párrafo 2 existe la peculiaridad de que en su primera modalidad se exige el dolo directo de primer grado, mientras que en la segunda se contenta con el dolo directo de segundo grado, pero exigiendo en este caso el elemento subjetivo adicional de la finalidad de enriquecimiento propio o ajeno.

(109) Vid. *supra* 2.1.2.

(110) Por consiguiente, una de dos, o el nuevo precepto incorporado al StGB tendría que describir de modo detallado todos los presupuestos del injusto, o bien tendría que conservar el sistema de remisiones a los diferentes

Finalmente, los autores del P.A. propugnan -según se anticipó más arriba- que, juntamente con la necesaria reforma del delito general de la *Untreue*, se creen delitos específicos complementarios del art. 266 del StGB, configurados como tipos de peligro. La creación de tales tipos tendría por finalidad evitar que el delito del art. 266 sea objeto de una interpretación cada vez más extensiva por parte de la jurisprudencia (en pugna con la exigencia constitucional de la taxatividad) en su deseo de abarcar comportamientos ilícitos que son sin duda merecedores de pena. Paralelamente, los autores del P.A. creen que con esta ulterior propuesta el legislador alemán encontraría el camino allanado para redactar el delito de la *Untreue* de forma más precisa que en el Derecho vigente. En suma, desde esta perspectiva se comprende la idea de que la propuesta de crear tipos específicos de peligro en el ámbito de la *Untreue* -pese a que supone aumentar el número de tipos- no conduciría a una ampliación de la punibilidad en el terreno de la infidelidad patrimonial, sino, antes al contrario, a una restricción de la misma (111).

No obstante, según se indicó anteriormente, de momento la propuesta del P.A. sólo fue atendida en lo que concierne a la creación de algunos tipos específicos de peligro, pero no prosperó en sus dos aspectos esenciales: incluir en el StGB el delito societario definido en el art. 183 y reestructurar el vigente delito de *Untreue* del art. 266 StGB, redactándolo con contornos más precisos.

---

preceptos de la *DepotG*. Evidentemente, ambas soluciones son contrarias a una correcta técnica legislativa. Por otra parte, la vía de recurrir a la utilización de un elemento normativo-jurídico del injusto que condicione la total tipicidad del hecho, como pudiera ser el representado por la expresión "sin autorización" tampoco resultaría adecuado, porque extendería la esfera de lo punible a una amplia gama de conductas que, si bien están prohibidas al depositario de los títulos-valores, ni quedan en la actualidad abarcadas por la norma penal del art. 34 de la *DepotG*, ni de *lege ferenda* debieran ser incluidas en ella. **Alternativ-Entwurf, Stellungnahme**, cit., p. 128.

(111) **Alternativ-Entwurf, Stellungnahme**, cit., p. 129. Vid. también WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*, cit., p. 569 y ss.

### III.- EL PROYECTADO DELITO SOCIETARIO ESPAÑOL DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE DE PATRIMONIO AJENO

#### 3.1. *Introducción y antecedentes*

Frente a la inexistencia de una figura delictiva de esta índole en la vigente legislación penal, el art. 302 del Proyecto de Código penal de 1992 acoge indudablemente un delito de administración social fraudulenta (112), que, siguiendo la

---

(112) Con anterioridad se publicó un **Anteproyecto** de Código penal, que en su art. 296 recogía este delito con idéntica redacción. De ahí que, en adelante, todas las referencias doctrinales se efectúen citando el art. 302 del Proyecto.

Este precepto establece:

“1. Los administradores, de hecho o de derecho, de una Sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la Sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de éstos, o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.

2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador utilizase el capital o bienes de la Sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior.”

Hay que destacar la enmienda núm. 1118, de modificación, presentada al art. 302 por el Grupo Popular del Congreso, en la que, alegando como justificación una “mejora técnica”, se propone la siguiente redacción:

“1. Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil 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 pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.

2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador cometiese el delito a que se refiere el párrafo anterior sin causar los perjuicios descritos en el mismo”.

línea emprendida por los proyectos españoles anteriores (113), se incardina en un capítulo destinado a los “delitos societarios” (114).

Ningún reparo suscita la inclusión de un delito semejante entre los denominados delitos societarios (o financieros), si se comprueba la descripción típica utilizada por los autores de los referidos proyectos españoles. Es más, con toda razón ha podido llegar a calificarse esta figura como el “auténtico delito financiero” (115).

Por lo demás, creo que tampoco puede ponerse en tela de juicio la necesidad dogmática y político-criminal de incorporar a nuestra legislación penal un precepto de estas

---

(113) El art. 368 del PLOCP de 1980 disponía:

“Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente, estuvieren interesados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyere delito más grave”.

Por su parte el art. 297 de la PANCP de 1983 preceptuaba:

“1. Los administradores o directores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los valores o capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrayeren (*sic*) obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el art. 247.

2. Las penas previstas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior, cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas”.

(114) Capítulo XV del título XII del libro segundo del Proyecto de 1992. En el PLOCP (capítulo VI del título VIII) y en la PANCP (capítulo IV del título XII) este delito se incluía en el seno de los (con terminología inadecuada) denominados “delitos financieros”. Resulta preferible la expresión “delitos societarios”, como ya puso de manifiesto J. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**, en Documentación Jurídica, vol. 2, núms. 37/40, 1983, p. 847.

(115) Así, en referencia al art. 368 del PLOCP, GOMEZ BENITEZ, J.M.: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de Código penal**, en ADPCP, 1980, p. 477.

características, a la vista de la intolerable laguna de punibilidad que ofrece nuestro Derecho con respecto a otros Ordenamientos jurídicos extanjeros. Es, por ello, explicable que tanto la doctrina (116) como la jurisprudencia (117) hayan puesto de relieve la laguna de punibilidad aquí existente y hayan subrayado incluso, sin ambages en no pocos casos, la necesidad de introducir una figura delictiva específica de estas características.

Figura que no carecería de significativos antecedentes en la historia de la codificación española, toda vez que en el Código penal de 1928 se describía ya un genuino delito societario de administración fraudulenta de patrimonio ajeno, art. 734 (118), con la particularidad -digna de men-

---

(116) Vid. como hitos más significativos desde el trabajo pionero de A. RODRIGUEZ SASTRE (**El delito financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía**, Madrid 1934), pasando por las importantes contribuciones específicas de J.L. HEREDERO (**Los delitos financieros en la jurisprudencia española**, Barcelona 1969, particularmente pp. 7 y ss. y 31 y ss.) y de H. OLIVA GARCIA (**Sobre el llamado delito financiero**, en R.F.D.U.C.M., vol. XVI, núm. 43, pp. 7 y ss. y 40 y ss.), hasta las actuales propuestas científicas (vid. por todos, RODRIGUEZ MOURULLO, G: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**, en ADPCP, 1984, III, pp. 677 y ss., particularmente pp. 683 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: **Delitos financieros**, cit., pp. 847 y ss., especialmente pp. 860 y s.).

(117) Vid. como resoluciones jurisprudenciales más representativas: S.T.S. de 9-V-1956; S.T.S. de 23-VI-1973; S.T.S. de 17-III-1981; S.T.S. de 2-IV-1993. Por otra parte, ya desde hace algunos años, en diversas Memorias de la Fiscalía del T.S. es posible encontrar referencias genéricas a dicha necesidad; vid. especialmente las Memorias correspondientes a los años 1968, 1970 y 1971.

(118) Este proto-delito societario aparecía recogido en el art. 734 -situado en la sección segunda ("Delitos de estafa, chantaje y otros engaños"), capítulo IV ("Delitos de defraudación"), título XIV ("Delitos contra la propiedad") del libro segundo- y disponía lo siguiente:

"El miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades, que en sus noticias o comunicaciones

ción desde la moderna discusión sobre las técnicas legislativas de tipificación en la materia- de que se pergeñaba un delito de peligro abstracto para el patrimonio (de los socios o incluso de terceras personas), cuyo injusto se consumaba con la mera transmisión de comunicaciones o informes contrarios a la verdad, con tal de que se constataste la presencia de un especial elemento subjetivo del tipo (el ánimo de defraudar) (119).

Ahora bien, más allá de todo lo que antecede, habrá que indagar si la técnica de tipificación empleada en la redacción de dicho precepto resulta satisfactoria a la vista del objetivo -a la vez, dogmático y político-criminal- que se persigue y, sobre la base de su naturaleza jurídica, habrá que examinar, asimismo, las relaciones de este nuevo delito con las infracciones patrimoniales clásicas conocidas en nuestra legislación penal.

---

al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de accionistas, consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de 5.000 a 20.000 pesetas”.

Conviene, asimismo, tener en cuenta que las sanciones previstas para este delito podían verse incrementadas, en virtud de lo dispuesto en el art. 735 (disposición común a toda la sección segunda del capítulo IV): “En todos los casos comprendidos en esta sección, siempre que sea apreciable el lucro obtenido o que se proponga obtener el culpable se impondrá, además de las penas personales señaladas en sus respectivos casos, la multa del tanto al triplo del mismo lucro, con aplicación de lo dispuesto en el art. 389”.

(119) Desde la perspectiva de los modernos tipos defraudatorios resulta verdaderamente sorprendente la existencia en el C. p. español de 1928 de un precepto como el art. 734, que, anticipando extraordinariamente la línea de punibilidad, englobaba en realidad dos tipos diferentes de peligro abstracto: uno, el genuino delito societario, en el que se protegía primariamente los intereses patrimoniales de los socios (informes o proposiciones a la Junta de accionistas); y otro, en el que se pretendía tutelar los intereses del público inversor en general (noticias o comunicaciones al público), al estilo de lo que se protege en el vigente delito de estafa de inversión de capital del art. 264 a) del StGB alemán.

### 3.2. Necesidad dogmática y político-criminal de crear el nuevo delito.-

A mi juicio, las razones invocadas con carácter general en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 para justificar la introducción del nuevo capítulo dedicado a los delitos societarios pueden ser plenamente proyectadas, en particular, sobre el delito de administración social fraudulenta del art. 302 (120).

Razones dogmáticas y político-criminales que habían sido señaladas por la doctrina española, pero también corroboradas en cierta medida por la jurisprudencia. En efecto, desde la S.T.S. de 9-V-1956 citada por HEREDERO como un genuino caso de delito societario de administración fraudulenta que queda al margen de la intervención penal por falta de tipo aplicable (121), hasta la reciente S.T.S. de 2-IV-1993

---

(120) En efecto, en lo tocante al art. 302 del Proyecto de 1992 cabe argumentar, de modo coincidente con la Exposición de Motivos que “las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario, ... siendo incluso en ocasiones difícil de fijar cuánto hay de perjuicio material y cuánto de deslealtad, ingrediente valorable penalmente, pero que no es propio de un clásico delito patrimonial”. A esta razón añade la Exposición de Motivos otra, extraída de la experiencia práctica: “la existencia de un sector del sistema jurídico privado dedicado a los incidentes que puedan plantearse en la vida o actividad de las sociedades, ha dado lugar a una inaceptable práctica, según la cual los problemas de esa clase no tienen que ser tratados penalmente, porque ya tienen su específico régimen de solución jurídica. Naturalmente, la consecuencia que “*a contrario sensu*” se extrae es inadmisibles: los delitos de estafa, apropiación indebida, etc., son comisibles en el común de las relaciones entre ciudadanos, mas no cuando en la actividad aparece como cobertura una sociedad anónima”.

(121) Vid. C. L. núm. 433. Se trataba de la “conducta de un administrador que adquiere para sí un inmueble. Luego lo arrienda a la sociedad. Más tarde lo vende a la misma sociedad y recibe acciones a la par. Crea otra sociedad con el mismo objeto suscribiendo acciones por un importe considerable. Concede un préstamo, en su propio nombre, a la primera sociedad, y luego lo

(R.J. 3016), que absuelve de un delito de estafa por tratarse de un simple caso de “administración desleal o fraudulenta”, (122) es posible encontrar resoluciones jurisprudenciales en las que se alude a la laguna existente en esta materia. Así, en el supuesto enjuiciado en la S.T.S. de 17-III-1981 (R.J. 1184) se absuelve también de un delito de estafa, (123) toda vez que el Tribunal razona que “no existiendo en nuestra legislación penal actual el delito de administración fraudulenta, los hechos ... no revisten los caracteres delictivos ... que en el recurso se le atribuyen”. Asimismo, la importante S.T.S. de 23-VI-1973, (R.J. 2896) si bien considera que “una parte importante de los denominados delitos financieros ... (scil. los de resultado dañoso) pueden y deben encajar dentro de los tipos penales comunes”, (124) no es menos cierto que puntualiza que, en lo concerniente a los delitos financieros de riesgo, no se prevé en el Código penal español una “tipicidad específica y formal, que anticipe la punición ante el mero peligro abstracto o concreto”, con lo cual existe “un vacío normativo o legal en nuestra patria, ya que nuestra legislación penal no regula -como fuera de desear, dada la necesidad que la defen-

---

transfiere a la segunda”. Cfr. HEREDERO: **Los delitos financieros**, cit., p. 32, quien observa que “a pesar de que estos hechos entrañan una manifiesta interferencia del interés personal del administrador con el interés propio de la sociedad, la sentencia desconoce por completo su alcance penal”.

(122) Es cierto que en esta sentencia se advierte que “la posibilidad de que pudiera existir de encuadrar el hecho enjuiciado en el tipo punitivo de ‘apropiación indebida’ queda vedada a la Sala al no haber sido objeto de acusación”. De todos modos, en referencia al delito de estafa se indica paladinamente que la administración fraudulenta o desleal “no es sino el ‘quebrantamiento de la relación de confianza’ entre el comitente o mandante y el apoderado o mandatario, infidelidades que no reúnen los elementos del ‘engaño’ ...”.

(123) La sentencia de la Audiencia había absuelto a los procesados de los delitos de estafa y de apropiación indebida; la acusación particular, empero, recurrió en casación alegando sólo la infracción del art. 529-1 del C.p.

(124) El T.S. aprecia en los procesados un delito continuado de apropiación indebida, un delito frustrado de estafa y un delito de falsedad en documento mercantil. Vid. el comentario de OLIVA GARCIA: **Sobre el llamado**, cit., especialmente pp. 33 y ss.

sa social exige- de forma expresa y directa los delitos financieros de riesgo”.

Por su parte, la doctrina científica española -con las matizaciones y salvedades que a continuación señalaré- ha coincidido en términos generales en reconocer la presencia de la aludida laguna de punibilidad, la cual se ha llegado a adjetivar de “grave” (125) y aun de “escandalosa” (126) o “lamentable” (127).

Ahora bien, centrándonos privativamente en el caso de la administración social fraudulenta, hay que reconocer que se hace preciso diferenciar un doble plano que, explícita o implícitamente, está siempre presente en las opiniones de nuestra doctrina, cuando ésta aborda el tema de la conveniencia de su criminalización. En efecto, una cosa es analizar en abstracto la necesidad de crear un tipo societario específico para ofrecer una mayor tutela penal del patrimonio frente a los abusos más graves de los administradores que utilizan la estructura de las sociedades en beneficio propio, y otra cosa, muy distinta, es valorar en concreto la regulación normativa ofrecida por un precepto determinado de los proyectos españoles elaborados en los últimos años.

Empezando por esto último, creo que no hay inconveniente en reconocer que la descripción típica utilizada en los diversos proyectos (sobre todo, en el PLOCP y en la PANCP) no resulta plenamente correcta. En atención a ello, pueden ser

---

(125) Así, BAJO FERNANDEZ/PEREZ MANZANO: **Manual de Derecho penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**, 2 ed., Madrid 1993, p. 405, en referencia específica a la administración social fraudulenta.

(126) De este modo se expresaba TORIO en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación en el transcurso del debate sobre el PLOCP de 1980, con relación a los delitos societarios en general. Vid., RODRIGUEZ MOURULLO, G.: **Los delitos económicos en el proyecto de Código penal**, en ADPCP, 1981, II y III, p. 713.

(127) Así, RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**, cit., p. 682.

compartidas, en principio, algunas opiniones doctrinales que tachan de sustancialmente superfluas las nuevas figuras que se proponen, desde el momento en que éstas últimas no permiten cubrir áreas de criminalidad diversas a las ya definidas por los delitos tradicionales. Pues bien, éste es el plano en el que debe ser situada, sobre todo, la crítica de algunos autores, que, con razón, censuraban las formulaciones típicas empleadas para describir el nuevo delito que se comenta. Así, hay que entender, p. ej., el comentario de MUÑOZ CONDE al hilo de la regulación del PLOCP en esta materia, cuando, en síntesis, concluye que “es difícil, por tanto, considerar que la nueva regulación de los delitos financieros que propone el Proyecto cubra realmente lagunas de punibilidad” (128), o de otros autores como GOMEZ BENITEZ, cuando habla de “conductas claramente subsumibles en los tipos defraudatorios o falsarios generales” (129), o, en fin, como STAMPA y BACIGALUPO, cuando aluden a la poca claridad conceptual utilizada para legislar en el art. 368 de dicho Proyecto, precepto “difícil de distinguir ... de los casos de apropiación indebida” (130).

Sin embargo, estimo que la la cuestión se plantea en términos diferentes cuando lo que se juzga, ya en abstracto, es el problema de la conveniencia de una mayor -más amplia y más enérgica- tutela penal en este terreno. Aspecto en el que con matices diversos y con mayor o menor convicción viene a coincidir la doctrina española mayoritaria.

---

(128) MUÑOZ CONDE, F.: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal**, en C.P.Cr., 1982, núm. 16, p. 117. Aclara este autor que nuestro C.p. vigente “contiene tipos tradicionales de delitos, como las estafas, la apropiación indebida y las falsedades documentales, que, aun con grandes defectos en su regulación actual, son perfectamente aplicables a prácticamente todos los supuestos de hecho de las normas que disciplinan los delitos financieros en el Proyecto” (p. 116).

(129) GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión**, cit., p. 477.

(130) STAMPA/BACIGALUPO: **La reforma del Derecho penal económico español**, en el volumen sobre “El Proyecto de Código penal”, de J. Córdoba Roda y otros, Barcelona 1980, p. 154.

Ahora bien, también aquí habría que efectuar algunas observaciones, diferenciando perspectivas que no pueden ser confundidas. Es, sin duda, cierto que teóricamente un buen número de conductas constitutivas de administración social fraudulenta podrían ser perseguidas con el arsenal delictivo clásico, sobre todo con el delito de apropiación indebida (131). No obstante, esta observación merecería un comentario detenido desde diversos ángulos, que en este lugar me limitaré prácticamente a enunciar.

En primer término, en modo alguno se puede desconocer el dato (en el que ponía especial énfasis la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992) de que en la práctica los tribunales no han castigado normalmente numerosos supuestos de administración social fraudulenta que indudablemente han tenido lugar en nuestro país. Posiblemente la justificación de la ausencia de respuesta penal no posea una explicación unívoca y, a tal efecto, haya que recurrir, desde luego, a causas extra-dogmáticas (132), pero, con independencia de cuáles sean en concreto tales razones explicativas, éste es, desde luego, un dato que el legislador del futuro Código penal deberá siempre valorar, si es que considera -claro es- que los citados supuestos de administración fraudulenta son merecedores de pena.

Con todo, en segundo lugar hay que tener en cuenta que también confluyen aquí **causas dogmáticas**. Obviamente, hay casos en la práctica que pueden ser subsumidos sin difi-

---

(131) Como ponen de relieve, en abstracto, OLIVA GARCIA: **Sobre el llamado delito financiero**, cit., pp. 40 y ss.; MUÑOZ CONDE: **La ideología**, cit., pp. 116 y s.; del mismo: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**, en Jornadas en Honor al Prof. K. Tiedemann, Madrid 1992, pp. 10 y s.; RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones**, cit., p. 683.

(132) Vid. MUÑOZ CONDE: **La ideología**, cit., p. 116, quien reconoce que dicha ausencia de respuesta penal reside también en "mecanismos, para o metajurídicos, pero indudablemente reales, que condicionan en la práctica la aplicación de las normas penales...".

cultad en el tipo de la apropiación indebida (133), pero existen también no pocos supuestos en los que cabe afirmar, cuando menos, que hay evidentes razones de dificultad probatoria de algunos elementos del tipo de la apropiación indebida, o incluso una verdadera imposibilidad de apreciar dicho delito, fundamentalmente porque son casos en los que no tiene lugar realmente una apropiación definitiva y directa de los fondos sociales (134), sino en todo caso puras conductas de distracción provisional de dichos fondos, cuyo título previo suele

---

(133) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: **Aspectos penales de las crisis bancarias**, en **Aspectos jurídicos de las crisis bancarias (Respuesta del Ordenamiento jurídico)**, Ed. de C. García Valdés, Madrid 1988, pp. 292 y ss.

(134) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones**, cit., p. 683, quien, en referencia a las crisis bancarias, menciona los frecuentes supuestos en los que los administradores destinan recursos del Banco a pagar la adquisición de las propias acciones del Banco, restando así efectividad al capital social, o aquellos casos en los que el Banco concede préstamos por cuantías impresionantes a sociedades de los administradores o controladas por ellos, carentes de la debida solvencia. Como argumenta este autor, en muchos de estos casos las operaciones "se han instrumentado tan hábilmente que presentan la apariencia de un negocio civil y en la práctica cuesta desenmascarar que lo que se quiere presentar como una 'deuda', siempre reconocida y que al final resulta impagada por carecer el deudor de medios para satisfacerla, es desde el principio pura y simplemente una apropiación indebida de los fondos cuya administración los gestores del Banco tenían confiada". Vid. también, del mismo autor: **Aspectos penales de las crisis bancarias**, cit., pp. 291 y s., en donde echa de menos en este punto preceptos generales como el art. 266 StGB, o específicos como el art. 2.624 del C. civil italiano, conforme al cual se castiga con pena de reclusión de uno a tres años y multa a los administradores que obtengan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente o por persona interpuesta, de la sociedad que administran o consigan de la misma la prestación de garantías para débitos propios. En el mismo sentido, vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: **Delitos societarios. El Derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE**, Madrid 1987, p. 45. Finalmente procede recordar que la Exposición de Motivos del nuevo C.p. portugués de 1982 justifica la creación de un genérico delito de infidelidad patrimonial (art. 319) en la insuficiencia dogmática del tradicional delito de apropiación indebida (art. 300) para castigar comportamientos merecedores de pena que no presuponen, sin embargo, una intención de apropiación material de los bienes (cfr. Núm. marginal 34).

estar revestido, además, del carácter de préstamo de mutuo (135). En suma, el delito de apropiación indebida se revela ineficaz porque -como escribe VIVES- “sigue la pauta genérica de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la atribución y no a las verdaderas relaciones de poder, a la forma jurídica y no a la realidad económica”; en fin, nuestro C. p. no conoce el delito de abuso de confianza y se limita a castigar los supuestos en que ese abuso determine una ilícita apropiación (136).

Este segundo aspecto nos pone en contacto con uno de los problemas centrales de la administración fraudulenta de bienes ajenos. La persecución penal de este comportamiento no se puede circunscribir solamente a las acciones que causen un daño efectivo al objeto jurídico tutelado (137); es necesario que la intervención penal se proyecte además -como acontece en las legislaciones extranjeras- sobre las hipótesis en las que concurra ya un simple peligro (concreto) para el bien jurídico. El delito del art. 535 del C.p. español vigente no abarca los

---

(135) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO: **Aspectos penales de las crisis**, cit., p. 289, quien recuerda la tesis jurisprudencial de desestimar el delito del art. 535 en los casos de préstamo de mutuo (art. 1753 del C. civil), en el que el T.S. incluye los supuestos de depósito irregular (art. 309 del C. de Comercio), hipótesis en las cuales la entrega del dinero comporta la transmisión de la propiedad, recibida además por el mutuuario con una disponibilidad absoluta. (Vid. sobre ello especialmente, BAJO/PEREZ MANZANO: **Manual**, cit., pp. 428 y s., quienes, en concreta referencia a los ilícitos cometidos por los bancos en relación con el depósito irregular en cuenta corriente, denuncian, paralelamente, la laguna de punición, “político-criminalmente inacceptable”, que se produce en nuestro Derecho al no existir “disposiciones específicas sobre delitos societarios y sobre el abuso de confianza”. Como agrega RODRIGUEZ MOURULLO (*ibidem*), el T.S. únicamente ha apreciado el delito en aquellos excepcionales supuestos en los que se probó -cosa ciertamente difícil- que se trataba de “negocios vacíos”, carentes desde un principio de realidad y seriedad.

(136) VIVES ANTON: **Derecho Penal. P. E.**, cit., p. 962.

(137) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: **Delitos de peligro y criminalidad económica**, (inédito), ejemplar mecanografiado, p. 103.

ataques constitutivos de mero riesgo (138), con lo cual -dejando ya al margen los casos comentados de dudosa calificación- es claro que el delito de apropiación indebida no permite castigar conductas de malversación de bienes y de abuso del crédito de la sociedad, que indudablemente serían típicas en otros Ordenamientos (139), ni siquiera a través de las formas imperfectas de ejecución (140).

En tercer lugar, no puede desdeñarse tampoco la importancia de la observación de que la creación de un específico delito societario de administración fraudulenta, tipificado independientemente de los delitos patrimoniales clásicos, siempre poseerá la innegable ventaja de poder propiciar una

---

(138) Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**, cit., pp. 46 y 94. Vid. ya en referencia al PLOCP, GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión**, cit., p. 477, si bien muestra sus reservas hacia los delitos de peligro.

(139) Vid. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**, cit., p. 94, quien alude, entre otros, a supuestos tales como la malversación del patrimonio social debida a operaciones asumidas superando los límites del riesgo permitido. Vid. también RODRIGUEZ MOURULLO, G.: **Aspectos penales de las crisis**, cit., p. 294, quien menciona casos tan frecuentes en las crisis bancarias como el de la abusiva utilización del crédito en favor del grupo de control del Banco, "primero para adquirir las propias acciones del Banco a alto precio y luego para financiar los negocios, en muchas ocasiones especulativos, de las sociedades del mismo grupo", e, incluso, finalmente en ocasiones para sostener de forma artificial la cotización cuando se produce una baja bursátil que deprecia sus acciones, lo cual se consigue en concreto adquiriendo en Bolsa, con los propios recursos del Banco, acciones a través de sociedades instrumentales o testaferros. Haciéndose eco de tales observaciones críticas, ha podido llegar a denunciar TIEDEMANN (**Lecciones**, cit., p. 240) que el C.p. español vigente "regula sólo de modo muy insuficiente la protección jurídico penal de, y frente a, las **sociedades mercantiles** (y sus socios)".

(140) Apuntaba MUÑOZ CONDE en referencia al PLOCP (**La ideología**, cit., p. 118, n. 21), la posibilidad de utilizar las formas imperfectas de ejecución para castigar algunas conductas de administración fraudulenta cuando el resultado perseguido (el perjuicio patrimonial) no llegue efectivamente a producirse. Ahora bien, sin entrar en las debatidas cuestiones concernientes a la necesidad, o no, de que concurra un perjuicio patrimonial para la consumación del delito del art. 535 y a la propia admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución (cuestiones resueltas, por cierto, de forma negativa por la

interpretación más progresiva (141) en este terreno y más adaptada al complejo *modus operandi* propio de la delincuencia societaria.

En cuarto lugar, hay un aspecto que con frecuencia se pasa por alto y que me parece de la mayor trascendencia. Me refiero a la perfecta compatibilidad que en algunos casos puede y debe existir entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración fraudulenta de patrimonio ajeno. Esta importante cuestión -resuelta afirmativamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas, como vimos- será analizada posteriormente. Aquí baste con señalar que en este sector de la criminalidad hay comportamientos que se componen de una diversidad de acciones que vulneran bienes jurídicos diferentes, a veces incluso con sujetos pasivos también distintos, y que, por ello, no pueden ser sancionados tan solo con la pena prevista para el delito de apropiación indebida. Abstracción hecha de la indudable necesidad político-criminal (a la que seguidamente aludo) de una mayor severidad en la respuesta penal ante algunos comportamientos, creo que dogmáticamente

---

jurisprudencia dominante), entiendo que en las genuinas hipótesis de administración fraudulenta de peligro para el patrimonio, que aquí analizamos, la inviabilidad del art. 535 se deriva de la circunstancia de que en tales casos no existe ya un acto de disposición, o de distracción, idóneo *objetivamente* para vulnerar el bien jurídico (que no es, desde luego el patrimonio, sino la propiedad o, en su caso, el derecho de crédito), es decir, no concurre un acto de disposición de la cosa como propia de tales características que implique un incumplimiento *definitivo* de la obligación de entregar o devolver, sino sólo unos meros usos ilícitos (compatibles con dicha obligación), que no pueden ser considerados actos ejecutivos de apropiación indebida, sino en todo caso simples actos preparatorios impunes. Vid. sobre estas cuestiones, MANJON-CABEZA OLMEDA, A.: **Nuevo enfoque de la apropiación indebida**, Madrid 1988, pp. 189 y s.; BAJO/PÉREZ MANZANO: **Manual**, cit., pp. 421 y ss. Por lo demás, aun afirmando la imputación objetiva en algún caso, la integración del art. 535 exigiría acreditar todavía la presencia del dolo de haber la cosa como propia.

(141) Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: **La reforma de los delitos contra el patrimonio**, en Documentación Jurídica, vol. 1, núms. 37/40, 1983, p. 685, con respecto a diversos delitos societarios de la PANCP.

te el concurso de delitos resulta imprescindible para cubrir todo el desvalor y el reproche que tales hechos merecen.

En otro orden de cosas, conviene advertir que **la necesidad político-criminal** de una nueva figura delictiva es evidente en nuestro país en un momento como el presente en el que, al amparo de la estructura orgánica de las sociedades, han proliferado en los últimos años comportamientos irregulares con tal extensión y magnitud que trascienden el aspecto puramente patrimonial individual al afectar de forma más o menos directa a la economía nacional y al orden socio-económico. Ello ha sido especialmente significativo en España en el sector bancario en el que durante los últimos quince años se han producido numerosas crisis, motivadas en buena medida por las actuaciones heterodoxas de los administradores, sin que, además, la legislación penal se haya aplicado debidamente (142). Y no me refiero ya exclusivamente al delito de apropiación indebida, sino a otros delitos tradicionales conexos que -como ha indicado R. MOURULLO- podrían ser utilizados, en principio, para castigar algunos de los comportamientos más graves que tienen lugar en el contexto de las crisis bancarias: así, el delito de falsedad en documento mercantil y oficial, cuando para ocultar las actividades irregulares realizadas se recurre a falsedades diversas, señaladamente la falsedad del balance y de la cuenta de resultados; el delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas, que pudiera ser aplicable cuando se sostiene artificialmente la cotización de las acciones del Banco, si se acredita que ésta no es la que habría de resultar del libre juego de la oferta y la demanda en el mercado de valores; en fin, el delito de estafa, en la medida en

---

(142) Vid. especialmente RODRIGUEZ MOURULLO: **Aspectos penales de las crisis bancarias**, cit., *passim*. En concreto, sobre las causas debidas a las actuaciones de "banqueros" y administradores vid. pp. 283 y s. Particularmente ilustrativa es al respecto la descripción llevada a cabo ya en 1983 por el entonces Gobernador del Banco de España, J.R. Alvarez Rendueles, quien aludía, entre otros aspectos, a la "falta de eficacia de la legislación referente a los delitos económicos" (vid. op. cit., p. 290).

que las irregularidades puedan ser subsumidas en la compleja estructura comisiva de esta figura, como podría suceder si, sabiendo que la citada cotización es meramente aparente, se ofreciese la conversión de bonos, obligaciones, etc., en acciones de acuerdo con esa cotización (143). Hay aquí, en definitiva, una amplia e injustificada zona de impunidad en un sector como el bancario, en el seno del cual las irregularidades poseen ya repercusión directa en todo el sistema financiero.

Esto último se evidencia nítidamente sobre todo cuando la crisis afecta a un gran banco, como ha sucedido recientemente en nuestro país. Si el peligro para la economía nacional existe cuando la crisis afecta a bancos pequeños y medianos, el riesgo puede ser calificado de "gravísimo" cuando se trata de un banco que presenta un desequilibrio patrimonial (necesidades de saneamiento) cifrado en 600.000 millones de pesetas. Por consiguiente, no sólo concurre un peligro concreto para la integridad del patrimonio de accionistas, depositantes o acreedores, sino también "para el correcto funcionamiento del sistema financiero español" (144). Pese a todo, las numerosas y graves irregularidades detectadas por parte de la autoridad administrativa no han arrojado indicios de responsabilidad criminal con arreglo al Código penal vigente (145).

---

(143) RODRIGUEZ MOURULLO: **Aspectos penales de las crisis bancarias**, cit., pp. 294 y ss.

(144) Los calificativos que figuran entrecomillados en el texto fueron empleado en el Acta de intervención (apoyada posteriormente por el Parlamento) del Banco de España con respecto a la institución bancaria, cuya crisis es atribuida por aquél al equipo gestor de ésta. Vid. el diario "EL País" del jueves, 6 de enero de 1994, pp. 48 y s.

(145) El caso al que se alude en el texto (supuesto paradigmático de crisis bancarias debido a las actuaciones irregulares de los gestores) revela bien a las claras la ineficacia de los delitos tradicionales de nuestra legislación penal para ser aplicados a esta clase de comportamientos y la necesidad de tipificar un delito de administración (social) fraudulenta. De acuerdo con la legislación penal alemana más arriba reflejada sí aparecerían, en cambio, indicios de responsabilidad penal, por el delito de infidelidad patrimonial (sin perjuicio de otras infracciones conexas), a la vista de algunas de las irregularidades descubiertas. Ante todo, una espectacular autocartera, cifrada en el 34 % de las accio-

Finalmente, cuestión diferente -que se tratará más abajo- es examinar si, al margen ya de los delitos específicamente societarios (o, en su caso, de modo complementario), no resultaría más adecuado efectuar una reforma de los delitos patrimoniales para dar cabida a una figura genérica de infidelidad en la administración de patrimonio ajeno, tal y como preconiza un sector doctrinal.

### *3.3. Análisis del art. 302 del Proyecto de C.p. español de 1992.*

3.3.1. El bien jurídico protegido y su distinción del bien jurídico en el delito de apropiación indebida.

A la vista de la descripción típica del art. 302, hay que señalar que el bien jurídico protegido es exclusivamente el

---

nes (la normativa bancaria española no permite que los bancos controlen más del 5 % de su capital social) y cuantificada en más de 200.000 millones de pesetas, provenientes del mismo banco y utilizados por los administradores para comprar acciones del propio banco con la finalidad de mantener la cotización en bolsa. Para la realización de las operaciones de autocartera, los gestores, o bien utilizaban sociedades instrumentales, que compraban las acciones -sea con créditos del propio banco, sea con actuaciones más sofisticadas-, existiendo un pacto de recompra (método del "aparcamiento de acciones"), o bien recurrían al método de la pignoración de acciones, consistente en conceder créditos a empleados y clientes, que compraban acciones del banco (acciones que, a su vez, quedaban en garantía de la devolución de los créditos) y que a la postre resultaban morosos o fallidos. Al propio tiempo, la ocultación de la autocartera y el equilibrio de los balances se conseguían mediante puros "artificios contables" y operaciones mal contabilizadas, como v. gr. plusvalías ficticias, que comportaban una falta de veracidad de la situación patrimonial. Lógica consecuencia de ello fue una heterodoxa política en materia de concentración de riesgos (calificada en el acta de intervención de "particularmente grave", al cifrarse en el 64,34% y sobrepasar desmedidamente el límite permitido, que entonces se situaba en el 40% y, a partir del 1-1-94, en el 30%) e inversiones de baja rentabilidad con un altísimo porcentaje de créditos morosos y deudores, a lo que hay que añadir un déficit de fondos de provisión para insolvencias sobre tales riesgos crediticios y, en general, una escasez crónica de recursos propios con relación a los requeridos por la normativa vigente y una sorprendente carrera de expansión crediticia, con un inusual crecimiento de los gastos de explotación.

**patrimonio** de la sociedad o de cualquiera de los sujetos, o grupos de sujetos, que se enumeran en el precepto en calidad de titulares del objeto jurídico tutelado. Por consiguiente, de esta configuración se desprenden importantes consecuencias dogmáticas y político-criminales.

Por una parte, el art. 302 no protege técnicamente un bien jurídico colectivo del orden económico, sino que preserva, como objeto directo de tutela, intereses patrimoniales **individuales**. Ello no obstante, y sin merma de la afirmación precedente, sí cabe añadir (146) que la realización del tipo en comentario **puede** afectar, en mayor o menor medida, con un peligro más o menos remoto, al orden económico, dado que el delito se tiene que ejecutar al amparo de la estructura y de la organización de una sociedad mercantil (piénsese sobre todo en la actividad bancaria y grandes sociedades). Ahora bien, ese **posible** peligro no se incorpora a la materia de prohibición, aun cuando indudablemente haya podido influir en el ánimo de los redactores del Proyecto como **motivo** de la criminalización de estas conductas.

Por otra parte, el delito societario del art. 302 no está destinado a tutelar el derecho de propiedad, razón por la cual se diferencia en este punto del delito de apropiación indebida y se aproxima, en cambio, al delito de estafa. La firme delimitación del bien jurídico apuntado debe servir, a su vez, de criterio rector para diferenciar comportamientos de dudosa calificación y para describir los diversos elementos típicos desde la perspectiva de los objetivos dogmáticos y político-criminales que se persiguen. Observación que quizá no se haya respetado escrupulosamente en la redacción propuesta en proyectos españoles anteriores (147).

---

(146) Como indican los autores del P. A. alemán, con respecto al art. 183 para defender su ubicación entre los delitos económicos en sentido amplio. Vid. *Alternativ-Entwurf*, cit., *Vorbem. vor 179*, p. 45.

(147) Sobre todo en la fórmula propuesta en el art. 368 del PLOCP de 1980. Vid. STAMPA/BACIGALUPO: *La reforma*, cit., p. 154, quienes

Por lo demás, conviene señalar aquí que el art. 302 presenta como novedad frente a los proyectos anteriores la inclusión del amplio término “bienes” para la descripción del objeto material del delito, término que permite seguir englobando “las propiedades sociales” y “el patrimonio de afectación” (expresiones incorporadas en la PANCP y desaparecidas ahora). Concebido en su amplia significación gramatical, podría entenderse incluso que dicho término permitiría abarcar los propios vocablos “valores” y “capital” que siguen siendo utilizados (148).

Pues bien, posponiendo para otro epígrafe el análisis del problema político-criminal que, intrínsecamente, pueda plantear la descripción del objeto material en su relación con el círculo de sujetos pasivos, interesa examinar en este lugar la controvertida cuestión de la definición del objeto material (y de las propias modalidades de acción) desde la perspectiva de una correcta delimitación del bien jurídico protegido. Y es que, en efecto, en punto a este último aspecto ha afirmado BACIGALUPO que la configuración de este delito en el Proyecto de 1992 adolece de falta de claridad en la determinación del bien jurídico que en él se debe preservar, puesto que la redacción del objeto de la acción es poco precisa. En concreto, argumenta este autor que, como el tipo puede ser realizado no sólo disponiendo del patrimonio social sino también de la propiedad social (“*Gesellschaftseigentum*”, subrayado en el original), no resulta posible delimitar este delito del delito de apropiación indebida cuando la acción recaiga sobre cosas muebles (149).

---

señalaban la dificultad de distinguir este precepto del delito de apropiación indebida. Vid, también en términos más generales, GOMEZ BENITEZ: **Notas**, cit., pp. 477 y 484.

(148) Según el Diccionario de la lengua española, por la palabra “bienes” (utilizada así, en plural) hay que entender “hacienda, riqueza, caudal” (acepción núm. 17).

(149) BACIGALUPO: **Die Problematik**, cit., p. 9. Este autor se está refiriendo a la primera de las dos modalidades de acción descritas en el párra-

Sin embargo, frente a esta opinión, creo que ni la modalidad de acción relativa a la disposición de bienes resulta superflua, ni introduce elementos de confusión en la determinación del bien jurídico de este delito y en su correlativa diferenciación con la apropiación indebida. Y, para entenderlo así, es preciso aclarar cómo hay que interpretar la expresión típica de que el autor “disponga de los bienes que administra”.

Vaya por delante que la modalidad de acción típica consistente en “disponer” se contiene también en el delito del art. 183 del P.A. alemán, así como en el delito del vigente art. 266 StGB (150), y no podía ser de otro modo porque el perjuicio para el patrimonio ajeno no sólo se puede conseguir contrayendo obligaciones a su cargo, sino además, y en importante medida, “disponiendo” de “bienes” patrimoniales. De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, “disponer”, en las acepciones que aquí interesan, significa “ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute” (acepción núm. 4), y también “valerse de una persona o cosa, tenerla o utilizarla por suya” (acepción núm. 5).

---

fo 1 del precepto (la que consiste en “disponer de éstos”, o sea de los bienes, valores o capital administrados). Ello se corrobora con el razonamiento que expone a continuación: estima este autor que, si se trata (scil. el art. 302) de un delito patrimonial (como se desprende de la segunda modalidad de acción, consistente en contraer obligaciones a cargo del patrimonio ajeno), la primera modalidad de acción (o sea, la que consiste en disponer) es no sólo superflua, sino además perturbadora. Vid. también DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: **Los delitos societarios**, cit., p. 20, si bien este autor se limita sólo a indicar que el delito societario es “un supuesto similar a la apropiación indebida” y que, aunque el Proyecto de 1992 “pretende dotar al nuevo texto de sustantividad propia”, no lo consigue “dadas las semejanzas con la figuras señalada”.

(150) El delito del art. 183 del P.A. prevé, al lado de la acción de “contraer obligaciones”, la acción de “disponer de valores patrimoniales”. Por su parte el art. 266 StGB establece que la modalidad típica del abuso puede realizarse “disponiendo de patrimonio ajeno u obligando a otro”. Asimismo, el art. 263 del Proyecto de StGB de 1962 también contiene la modalidad de “disponer de fondos u objetos obtenidos para su custodia”. Frente a tales regulaciones, el delito de apropiación indebida del art. 246 StGB aparece caracterizado por la acción de “apropiarse”.

Pues bien, en consonancia con ello, es cierto que en el delito de apropiación indebida del art. 535 del C.p. español - del mismo modo que en el art. 246 StGB- la acción típica consiste básicamente también en “disponer” (verbo que la doctrina dominante emplea como máximo común denominador de los verbos empleados por el legislador, “apropiarse”, “distracer” y “negar haber recibido”), pero obviamente se trata, más específicamente, de disponer de la cosa como *propia* y, además, de un modo que implique incumplimiento *definitivo* de las obligaciones de entregar o devolver (151). Por tanto, si el administrador dispone de las cosas muebles de esta manera existirá delito de apropiación indebida, puesto que se habrá lesionado el derecho de propiedad o, en el caso de objetos fungibles, el derecho al cumplimiento de la obligación. Por el contrario, si el administrador dispone de las cosas muebles de un modo diferente, que no implique una atribución de dominio definitiva, no concurrirán los presupuestos de la apropiación indebida, (152) pero sí podría existir el delito societario del art. 302 del Proyecto, siempre que se vulnere el bien jurídico, esto es el **patrimonio** de alguno de los sujetos pasivos que se enumeran. Y, como nos demuestra la experiencia que proporciona el Derecho alemán, no es desde luego infrecuente que mediante una disposición ilícita de bienes, valores o capi-

---

(151) Vid. por todos, BAJO/PEREZ MANZANO: **Manual**, cit., p. 418. Como aclaran estos autores, la disposición de la cosa como comportamiento típico equivale al acto dominical que el sujeto realiza sobre un objeto mueble incorporado a su patrimonio de modo lícito; pero además ha de tratarse de un acto de disposición de la cosa que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de tal suerte que quedan excluidos del art. 535 todos aquellos usos ilícitos compatibles con dicha obligación (los llamados “usos ilícitos no dominicales” y la “apropiación indebida de uso”, en terminología no muy adecuada del T.S.)

(152) Vid. ampliamente sobre el concepto de “apropiación” DE LA MATA BARRANCO, N.: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**, Barcelona 1994, pp. 127 y ss. y pp. 160 y ss. (en relación al uso temporal de un objeto).

tal, contraria al deber de cuidar el patrimonio, se pueda causar el perjuicio patrimonial típico de la *Untreue* (153).

Cuestión distinta será, naturalmente, que en algunas ocasiones no resulte en la práctica tarea sencilla distinguir si los hechos deban ser calificados de apropiación indebida o de administración desleal de patrimonio ajeno. De hecho, en la doctrina alemana siempre se ha discutido la calificación jurídica de algunos supuestos problemáticos (154). Ahora bien, tal circunstancia es inevitable, desde el momento en que precisamente la misión del delito de infidelidad patrimonial (siempre que, obviamente, concurren los requisitos peculiares del injusto de esta figura delictiva) será colmar las “muy graves” (155) lagunas de punibilidad que se producirían si - como sucede en nuestra legislación penal- sólo se castigasen aquellos atentados patrimoniales que comportan una genuina “apropiación” (indebida), un simple atentado a la titularidad del derecho. En suma, el conflicto que se pueda producir entre ambas normas es tan indudable en algunos casos como necesario, si no se quieren dejar sin cubrir, injustificadamente, zonas de punibilidad.

Ahora bien, habitualmente se pasa por alto algo que resulta extraordinariamente importante en la valoración del tema atinente a las relaciones del delito societario con el de apropiación indebida. La existencia de un delito societario no

---

(153) Vid. *supra* 2.1.1.3. donde se citan supuestos de disposición de bienes muebles castigados con arreglo al art. 266 StGB, señaladamente en las hipótesis en las que se produce una frustración del fin, los supuestos de ausencia de un incremento patrimonial esperado o los casos de simple peligro para el patrimonio, en especial en los negocios de riesgo.

(154) Vid. una mención de hipótesis problemáticas en DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad**, cit., pp. 533 y s. En concreto, en supuestos de manejo indebido de fondos se sostiene que la “apropiación” del art. 246 StGB implica que el titular de los fondos se vea privado definitivamente de los mismos, en la medida en que han pasado a formar parte del patrimonio del administrador.

(155) Cfr. VIVES ANTON: **Derecho penal. P.E.**, cit., p. 962.

sólo permitirá cubrir -en su más propio sentido- lagunas de punibilidad, *sino que también permitirá captar plenamente la gravedad de determinados atentados patrimoniales* en los que, al lado de una conducta lesiva para el derecho de propiedad o para el derecho al cumplimiento de la obligación (típica según el precepto de la apropiación indebida), el autor lleve a cabo *además* otra u otras conductas que resulten peligrosas para el **patrimonio** ajeno. Supuestos éstos en los que habría que apreciar un concurso real de delitos.

Es más, en esta línea de pensamiento, frente a una opinión bastante extendida, interesa dejar constancia de que el delito de apropiación indebida no puede ser concebido como un *plus* con respecto al delito societario, sino como un *aliud*. Y, desde luego, es aun francamente discutible *de lege ferenda* que el *aliud* de la apropiación indebida tenga que merecer mayor pena que el delito societario de administración fraudulenta de resultado lesivo (156), como el definido en el art. 302 del Proyecto de 1992, aunque la definición de su injusto no sea tampoco plenamente satisfactoria desde diversos puntos de vista.

En efecto, una comparación de las penas que se pueden llegar a imponer, según el Proyecto de 1992, por el delito de apropiación indebida y las penas previstas para el delito societario desemboca en la conclusión de la mayor gravedad de aquéllas, lo que, a la vista de los respectivos presupuestos típicos, no me parece correcto. Otra cosa sería si el delito societario se construyese -según indico en el próximo apartado- como tipo de peligro, puesto que entonces el marco penal

---

(156) Con razón escribía críticamente MUÑOZ CONDE (*La ideología*, cit., p. 119) en referencia genérica al PLOCP que “lo lógico hubiera sido que el tratamiento autónomo de los delitos financieros que propone el Proyecto tuviera la finalidad de agravar la pena de estos delitos frente a las estafas, apropiación indebida y falsedades documentales”, entre otras razones porque (p. 119, nota 23) “los delitos financieros que se tipifican en el Proyecto son siempre más graves y causan mayor alarma que el delito patrimonial consumado aisladamente considerado...”.

de este delito (que seguiría siendo un *aliud* con relación a la apropiación indebida) debería ser inferior al señalado para la apropiación indebida. Claro que en esta última hipótesis habría que crear además -en los términos que apuntaré posteriormente- un genérico delito de administración desleal de patrimonio ajeno, configurado como tipo de lesión, cuyo marco penal no debería ser inferior -siguiendo el modelo alemán- al señalado para la apropiación indebida y cuya relación con este último delito será objeto de un examen más detenido (157).

3.3.2. Los sujetos pasivos del delito y el objeto material. El problema de la “actividad bancaria”.

En materia de sujetos pasivos y objeto material, el art. 302 también ofrece novedades con respecto a los proyectos anteriores, según se esbozó en el epígrafe precedente.

Los redactores del Proyecto de 1992 han asumido la decisión de la PANCP de extender la condición de sujetos pasivos a depositarios, cuentapartícipes y a otros titulares de valores o capital administrados por la sociedad, corrigiendo en este punto la redacción del art. 368 del PLOCP, que limitaba dicho círculo a los “socios” (158). Pero, además, conviene resaltar que el art. 302 añade la inclusión de la “sociedad”

---

(157) Vid. *infra* 4.3.

(158) Esta insuficiencia del PLOCP fue denunciada ya por MUÑOZ CONDE: *La ideología*, cit., p. 117 (quien aclaraba con razón que la regulación del PLOCP estaba pensada fundamentalmente para delitos societarios que tienen lugar en el ámbito de la pequeña y mediana empresa) y por GOMEZ BENITEZ: *Notas*, cit., pp. 477 y 484, quien argumentaba que en el importante sector de la actividad bancaria los sujetos mencionados son los que resultan normalmente perjudicados. Asimismo, tal corrección fue comentada elogiosamente por TERRADILLOS (*Delitos financieros*, cit., p. 860) con relación al art. 297 de la PANCP, quien destacaba la ampliación del círculo de sujetos activos y pasivos, siguiendo el modelo del art. 183 del P.A. alemán y el art. 38 de la Ley Bancaria italiana.

como sujeto pasivo (159), que en esta figura debe aparecer destacada en primer plano y que inexplicablemente había sido omitida en los proyectos anteriores. Sin embargo, persiste una importante laguna en la enumeración del círculo de afectados, que, por lo que alcanzo a ver, tampoco ha sido denunciada por la doctrina. Me refiero al supuesto de las sociedades anónimas de seguros, en el que los asegurados, tomadores o beneficiarios que en cada caso resulten perjudicados no pueden ser incluidos en ninguna de las categorías de sujetos que se enumeran, ni siquiera en la cláusula genérica, puesto que no puede afirmarse que sean “titulares de bienes, valores o capital”.

También hay modificaciones en lo concerniente al objeto material. Aunque la construcción gramatical del apartado 1 del art. 302 no haya sido todo lo precisa que sería de desear, parece claro que el objeto de la acción viene representado por los “bienes, valores o capital” administrados por el sujeto activo y que ese objeto material puede tener como titulares a cualquiera de los sujetos pasivos enumerados. A pesar de que la definición del objeto material se vincula a la descripción de los sujetos pasivos, lo cierto es que la acción va referida inequívocamente al aludido objeto, dado que los verbos utilizados como modalidades de acción se asocian a los “bienes, valores o capital”, a través de los dos pronombres empleados, el demostrativo (dispongan de *éstos*) y el posesivo (contraigan obligaciones a *su* cargo).

Sin embargo, sorprende que en el tipo privilegiado del apartado 2 (tipo que se crea *ex novo* por el Proyecto de 1992) el objeto material y el sujeto pasivo se restrinjan al “capital o bienes de la Sociedad”. Ello tiene lógicamente dos explicaciones: o bien se trata de un descuido de los redactores del Proyecto, que omitieron la referencia a los bienes o intereses

---

(159) Mejor dicho, este sujeto pasivo ha de ser una sociedad “*mercantil*”. Con todo, cabría todavía plantear la cuestión -a la que aludo brevemente en el próximo apartado- relativa a la conveniencia de restringir este concepto.

patrimoniales (la no mención de la palabra “valores” sí parece un olvido, subsanable en todo caso -como dije- por el empleo del amplio vocablo “bienes”) de los restantes sujetos previstos en el apartado 1; o bien se trata de una decisión consciente de crear un tipo sustancialmente diferente, que no sólo se distinguiría del definido en el apartado 1 por la ausencia del perjuicio patrimonial, sino también por la restricción del objeto material de la acción y del círculo de sujetos pasivos.

Sea como fuere, y con independencia del juicio crítico que merezca el tipo previsto en el apartado 2 del precepto (al que aludiré seguidamente), los redactores del Proyecto deberían haber sido algo más precisos a la hora de redactar el art. 302 y, en concreto, de especificar con nitidez el objeto material, el sujeto pasivo y el resultado del delito. Y, más allá de ello, el legislador del futuro deberá reflexionar sobre la técnica de tipificación utilizada, que habrá de ser, asimismo, consecuencia también de una decisión político-criminal previamente adoptada.

En otras palabras, habrá que decidir si el objeto material del delito societario debe, o no, circunscribirse a los bienes o intereses patrimoniales de la **Sociedad**. En caso afirmativo (160) se estaría tipificando, por tanto, un genuino delito societario en el que el auténtico sujeto pasivo sería la Sociedad, como ocurre, p. ej., en el art. 183 del P.A. alemán o en el art. 2624 del C. civil italiano (161). Ello no supondría dejar al

---

(160) Esta es la tesis de BACIGALUPO: *Die Problematik*, cit., pp. 11 y s., quien observa que “el resultado lesivo -por razones también de claridad y concreción del bien jurídico- debería ir referido únicamente *al patrimonio de la sociedad en cuanto tal* y no, en cambio, al patrimonio de los socios, el cual solamente es afectado *de forma mediata*” (subrayados en el original).

(161) En lo que atañe al P.A. alemán, vid. *supra* 2.2.1. De forma similar, el art. 2624 del C. civil italiano contiene, asimismo, un delito cuyo bien jurídico se sitúa por parte la doctrina dominante en la “integridad del patrimonio social” y que, consecuentemente, se incardina entre las infracciones patrimoniales relacionadas *con la sociedad*. Vid. por todos: NAPOLEONI, V.: *I reati societari. II.- Infedeltà ed abusi di potere*, Milano 1992, pp. 85 y ss.

margen del precepto penal toda la problemática que plantea la “actividad bancaria” (dado que éste estaría tutelando también, mediata, pero indefectiblemente, los intereses de los accionistas), pero sí **uno** de sus aspectos relevantes, o sea, el de los terceros ajenos a la sociedad que confían la custodia de sus intereses patrimoniales al banco, aunque también hay que reconocer que en buen número de casos el castigo de la administración fraudulenta del patrimonio de la sociedad también contribuirá a la tutela de los intereses de todos los terceros que de alguna forma se hallen vinculados jurídicamente con la sociedad.

En el caso contrario, esto es, si se opta por englobar en el mismo precepto la protección de los bienes jurídicos de todos los grupos de sujetos mencionados (como pretenden los Proyectos españoles), se podría desembocar en una mixtura inadecuada de intereses, en la medida en que en determinados casos existirán en la práctica intereses contrapuestos (v. gr., intereses de los socios y de los depositarios). El loable afán político-criminal de extender la tutela penal a todo el círculo de afectados podría acabar transmitiendo ciertas dosis de irracionalidad a la norma penal.

La cuestión es compleja, habida cuenta de que desde el punto de vista dogmático hay otras cuestiones implicadas. A mi juicio todo delito de administración desleal de patrimonio ajeno, sea societario o no, -como se explicará posteriormente- debería basarse, además, en el elemento indispensable de la infracción del deber de fidelidad (deber de cuidado patrimonial), entre el sujeto activo y el pasivo. Y es evidente que el deber primordial de cuidado patrimonial que incumbe al administrador es el que le vincula a la sociedad que gestiona (162), deber que puede entrar en colisión con los intereses de terceras personas ajenas a la sociedad.

---

(162) Vid. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios**, cit., p. 193.

Por supuesto, de lo que antecede no debe extraerse la errónea conclusión de que los intereses patrimoniales de terceras personas en la actividad bancaria no sean dignos de protección penal. Lo que ocurre es, simplemente, que pueden existir otras vías -a mi juicio- más adecuadas, como, v. gr., la creación de preceptos que regulen aspectos específicos de la actividad bancaria (163) y, sobre todo, (algo compatible con lo anterior) la previsión general de otras figuras genéricas en el seno de los tradicionales delitos contra el patrimonio; en particular, la inclusión de un amplio delito de administración desleal de patrimonio ajeno, al estilo del vigente delito de *Untreue* del art. 266 del StGB alemán, puesto que, en realidad, no hay razón sustancial que justifique que sólo deba criminalizarse este tipo de administraciones irregulares y no otras clases de administraciones desleales de patrimonio ajeno (164).

3.3.3. Las dos modalidades típicas de los apartados 1 y 2 y las cuestiones referentes a la determinación del desvalor de resultado (tipo de lesión o tipo de peligro) y a la selección del desvalor de acción.

Novedad relevante del Proyecto de 1992 con relación a los textos anteriores es -como acabo de señalar- haber construido dos modalidades típicas diferentes: por una parte, un tipo básico en el párrafo 1, que castiga la conducta del administrador que dispone de los bienes, valores o capital administrados, o que contrae obligaciones a cargo de los mismos, en beneficio propio o de un tercero y con perjuicio de los sujetos

---

(163) En este sentido, cabría citar la creación de preceptos parecidos al vigente delito de la "*Depotunterschlagung*", contenido en el art. 34 **DepotG** alemana o al delito bancario recogido en el art. 38 de la Ley Bancaria italiana.

(164) Por lo que respecta específicamente a esta cuestión, vid. en el sentido del texto: BACIGALUPO: **Die Problematik**, cit., pp. 9 y s. De acuerdo con él también, MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios**, cit., p. 193. En general sobre la necesidad de crear este tipo genérico de infidelidad patrimonial, vid. *infra* 4.1.

pasivos ya citados; por otra parte, un tipo privilegiado en el párrafo 2, caracterizado por la ausencia de los perjuicios descritos en el párrafo anterior.

Semejante diferenciación nos pone en contacto con uno de los problemas fundamentales de la tipificación del delito societario de administración fraudulenta, a saber, su construcción como tipo de lesión o de simple peligro.

La doctrina española había destacado ya en referencia al PLOCP la inexistencia de un tipo societario de peligro, puesto que el art. 368 se redactaba como tipo de lesión, lo que, entre otros defectos de redacción, podía llevar en algunos casos a una superposición con los delitos defraudatorios comunes (165). Sin embargo, el art. 297 de la PANCP insistió en la idea de castigar, sin lugar a dudas, sólo las conductas efectivamente lesivas para el bien jurídico; restricción que, a su vez, fue objeto de comentario crítico por autorizadas opiniones doctrinales (166).

Frente a estos antecedentes, el Proyecto de 1992, tras definir en el párrafo 1 un delito de resultado lesivo, ofrece la novedad de recoger en el párrafo 2 un tipo de peligro, que renuncia a la exigencia del perjuicio patrimonial y se contenta

---

(165) Vid. GOMEZ BENITEZ: *Notas*, cit., p. 477. No obstante, hay que reconocer que la redacción era bastante confusa, sobre todo a la vista de la expresión “en perjuicio”, la cual no denotaba claramente la exigencia de resultado lesivo, ya que podría ser interpretada como un *animus* o incluso como un resultado de peligro.

(166) Vid. especialmente TERRADILLOS: *Delitos financieros*, cit., pp. 860 y s. Curiosamente un autor italiano (PEDRAZZI, C: *El bien jurídico en los delitos socio-económicos*, en M. Barbero Santos (ed.) *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid 1985, pp. 295 y s.), criticando la decisión del C. Civil italiano de crear delitos “de mera actividad”, alababa en principio que la PANCP exigiese en los tipos societarios la efectiva causación de un perjuicio. Ello no obstante, a renglón seguido no tenía más remedio que reconocer que “en el ámbito financiero la complejidad de las relaciones y de las situaciones puede hacer extremadamente difícil la demostración de un daño efectivo. Un resultado de peligro (por supuesto de peligro concreto) serviría igualmente para delimitar el tipo legal y facilitaría su aplicación”.

con la mera conducta de utilizar los bienes de la sociedad, siempre que la misma se ejecute animada por un especial elemento subjetivo del injusto (“en beneficio propio o de un tercero”).

Los autores del Proyecto de 1992 se han hecho eco de las críticas a la formulación de un tipo de lesión, pero no se han atrevido a definir el delito de administración social fraudulenta exclusivamente sobre la base del simple peligro para el bien jurídico. Este peligro únicamente permite fundamentar un tipo atenuado. Ahora bien, seguramente sin proponérselo, los referidos autores quizás hayan ido, paradójicamente, demasiado lejos al no explicitar en dicho tipo privilegiado una concreción del peligro y redactar un delito de mera actividad, en el que pueden tener cabida los comportamientos más variados. En mi opinión, esta figura debe ser rechazada por carecer de la precisión imprescindible en un tipo de esta naturaleza y por ampliar desmedidamente la línea de punibilidad en un cuerpo legal que precisamente no se caracteriza por una decidida vocación represora en materia de delitos patrimoniales y económicos. En efecto, el tipo se limita a castigar el simple comportamiento de “utilizar” el capital o los bienes de la Sociedad, conformándose con añadir la constatación de obrar “en beneficio propio o de un tercero”; mas, como se ha advertido con razón, el “beneficio” (propio o ajeno) en modo alguno es el reverso o la contrapartida del “perjuicio” para el patrimonio del sujeto pasivo (167), en atención a lo cual la presencia

---

(167) Así, BACIGALUPO: *Die Problematik*, cit., p. 11, pero con la salvedad de que su observación va referida con tal expresión al tipo del **párrafo 1**, sin percatarse de que en él no se contiene una oración disyuntiva como cita este autor (“en beneficio propio o de un tercero, o con perjuicio de la Sociedad...”), sino copulativa (“en beneficio ..., y con perjuicio ...”). Consecuentemente, el tipo del párrafo 1 no contiene por ello mismo una descripción criticable como deduce este autor, aunque sí lo pueda ser por otras razones, básicamente político-criminales. Sin embargo, creo que, desde la perspectiva de la taxatividad, el párrafo 1 no presenta inconveniente alguno: delimita el círculo de sujetos activos y el de sujetos pasivos, selecciona dos modalidades de acción, acota el objeto material, exige un especial elemento subjetivo del injusto y requiere un resultado material lesivo para el bien jurídico.

de un elemento subjetivo de la antijuricidad -si bien resulta necesaria- (168) no significa ya que, sólo por ello, el tipo quede concretado y delimitado de un modo compatible con el principio de intervención mínima. En suma, el tipo del párrafo 2 debería ser modificado en el sentido de incorporar como requisito de la punibilidad la verificación de un peligro relevante para el patrimonio. Y, además -según indiqué en el epígrafe anterior-, construyéndose como un auténtico tipo privilegiado, debería guardar sintonía con el tipo del párrafo 1 en lo que se refiere a la descripción de la conducta típica, objeto material y sujetos pasivos, de tal suerte que o se incluye el problema de la actividad bancaria de terceras personas ajenas a la sociedad en los dos tipos, o no se incluye en ninguno (solución esta última que me parece preferible).

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo anterior comparto, a su vez, la idea de quienes estiman que el delito societario de administración fraudulenta debe formularse, sin mayores distinguos, como un tipo de peligro concreto para el patrimonio, (169) en atención a lo cual bastaría con modificar en este sentido el tipo del párrafo 1 del art. 302 y suprimir, por ende, el tipo del párrafo 2. Se trataría, en definitiva, de perfeccionar un específico delito societario, que se orientaría, en esencia, en la

---

(168) Entiendo que en delitos patrimoniales y económicos **de peligro** el simple actuar doloso no debería resultar suficiente; es imprescindible por ello la incorporación de un elemento subjetivo del injusto. En referencia al delito del P.A. alemán, cfr. **Alternativ-Entwurf**, cit., **parágrafo 183**, p. 61. En lo que atañe al párrafo 34 de la DepotG alemana, **Alternativ-Entwurf**, (**Stellungnahme zur**), cit., p. 128; WEBER: **Überlegungen zur Neugestaltung**, cit., p. 568. Por lo demás, hay que hacer notar que el Proyecto de 1992 corrige en este punto la deficiente configuración del elemento subjetivo en el art. 297 de la PANCP, circunscrito al "beneficio propio". Deficiencia ya advertida por BACIGALUPO: **Notas**, cit., p. 74.

(169) Vid. TERRADILLOS: **Delitos societarios**, cit., p. 95, citando asimismo el ejemplo del P. A. alemán. Por este motivo no juzgo acertada la enmienda núm. 1118 al art. 302 Proyecto de 1992, la cual, acentuando el resultado lesivo, propone exigir para el tipo del párrafo 1 la "causación directa de un perjuicio económicamente evaluable".

línea trazada por el delito del art. 183 del Proyecto alternativo alemán, y en el que indudablemente pudiesen ser englobadas todas aquellas operaciones de riesgo para el patrimonio social que los administradores relicen contraviniendo su deber y que, por lo demás, resultan ya penalmente ilícitas -como sabemos- en el panorama comparatista (170).

De hecho, el parentesco entre el párrafo 1 del art. 302 y el art. 183 del P. A. alemán es notable. A mi juicio, la redacción del tipo del párrafo 1 podría mantenerse con algunas salvedades ciertamente importantes.

En primer término, con la salvedad de renunciar al perjuicio efectivo, convirtiendo el delito en un tipo de peligro concreto. Ello no obstante, esta anticipación de la línea de intervención penal podría, a su vez, compensarse por otros medios. Así, podría restringirse algo más la órbita típica recurriendo a una fórmula similar a la utilizada por el P.A. (disponer de bienes o contraer obligaciones “en considerable medida”) con el fin de sancionar penalmente sólo las conductas de administración desleal que impliquen un peligro “relevante” para el bien jurídico. Asimismo, podría concretarse de alguna forma (el P.A. lo hace por la vía de la restricción de los sujetos activos) que la sociedad mercantil debe estar específicamente destinada a la inversión de capital y abierta por tanto a un número indefinido de potenciales inversores, porque creo que el adelantamiento de la punibilidad (con respecto a un genérico delito de infidelidad patrimonial) solo estaría justificado en tales casos (171).

---

(170) Desde luego, en un art. 302 así configurado se incluirían claramente conductas como las descritas en el art. 2.624 del Código civil italiano (obtener préstamos de la sociedad que se administra, sea directamente o a través de persona interpuesta, o conseguir que la misma sociedad garantice débitos propios).

(171) El legislador podría plantearse la conveniencia de restringir el concepto de “sociedad mercantil” en este tipo penal, incorporando al mismo solamente las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada (a la espera, incluso, en estas últimas de la futura nueva Ley reguladora).

Una segunda, y no menos importante, salvedad podría ser la incorporación de otro elemento de delimitación típica, determinado por la exigencia de que el autor infrinja el deber que le incumbe en la esfera de sus facultades de representación (172). A mi juicio, la contrariedad al deber tendría que configurarse como un elemento esencial, concebido como la vulneración del deber de cuidar el patrimonio o abuso de las facultades de representación que tiene el administrador con la sociedad (o, en su caso con los restantes titulares de los bienes administrados) y concretado, ante todo, en las normas legales o reglamentarias que disciplinen el funcionamiento de la sociedad (173), así como en las disposiciones que regulen la relación de fidelidad. De este modo, dicho elemento aportaría al injusto el desvalor de acción característico de la infidelidad patrimonial en general (análogo al que cumple el engaño en el delito de estafa), más necesario todavía si el delito se configura como un tipo de peligro. Ello se hace particularmente evidente sobre todo en los negocios de riesgo en los que -como se reconoce en la doctrina alemana- el aspecto nuclear de la propia tipicidad gira en torno a la violación del deber de fidelidad que incumbe al administrador (174). La realización de operaciones

---

Sea como fuere, con una especificación en este ámbito, el tipo ganaría, desde luego, en taxatividad y se podrían eliminar de antemano algunos problemas de interpretación que, a buen seguro, surgirían en la práctica. Así, p. ej., piénsese en las sociedades cooperativas, cuya calificación como sociedad mercantil (e, incluso, ya como "sociedad") es controvertida.

(172) Exigencia contenida en el art. 183 del P.A. y postulada para el delito societario español por BACIGALUPO: *Die Problematik*, cit., p. 11. Se muestra crítico, en cambio, GOMEZ BENITEZ: *Notas*, cit., p. 484. La aludida enmienda núm. 1118 al art. 302 proponía incluir el requisito de "obrar con abuso de las funciones propias de su cargo", lo que plantea una problemática similar.

(173) Así, con carácter general, el art. 127 de nuestra vigente L.S.A. de 1989 establece que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal".

(174) El delito societario de administración fraudulenta (al igual que el genérico delito de administración desleal de patrimonio ajeno que pudiera crearse) debería entonces ser configurado como un delito que pertenece a la

mercantiles por parte del administrador dentro de los cauces fijados por el deber de cuidado y respetando el mandato representativo no pueden resultar típicas aunque de ellas pueda derivarse un perjuicio para la propia sociedad (175).

Antes de concluir este apartado, es preciso reconocer que la tipificación autónoma de un delito específicamente societario de administración fraudulenta pudiera verse comprometida, por superflua, si se parte de la base de la necesidad de crear un delito genérico de administración desleal de patrimonio ajeno. Sin embargo, entiendo que ambas figuras delictivas son compatibles, en los términos que recogeré más abajo, y siempre que el delito societario se defina de un modo semejante al que se acaba de proponer.

#### 3.3.4. La exigencia de querrela en el art. 304

El art. 304 del Proyecto de 1992 introduce un requisito de perseguibilidad para todos los delitos societarios regulados en los arts 299 a 303: la exigencia de “querrela de los perjudicados o del Ministerio Fiscal, que la interpondrá solamente cuando se aprecie peligro para intereses de terceros o generales”.

---

categoría de los llamados “delitos que consisten en la **infracción de un deber**”. Vid. por todos GIMBERNAT ORDEIG, E.: **Autor y cómplice en Derecho penal**, Madrid 1966, pp. 263 y ss. y 296 y ss. Como recuerda este mismo autor, en la formulación de la citada categoría de delitos realizada por ROXIN se incluía el delito de infidelidad patrimonial del art. 266 StGB. Por lo demás, la adición de la exigencia de la causación del peligro para el patrimonio (o, en su caso, la efectiva lesión) contribuirá a constituir el injusto de la administración desleal, con lo que queda eliminado el riesgo (temido por TERRADILLOS: **Delitos societarios**, cit., pp. 95 y s.) de “llegar a la punición de meras infracciones formales”.

(175) El posible perjuicio causado a terceras personas ajenas a la sociedad, pero que han confiado la gestión de su patrimonio a la misma, debe ser examinado desde la óptica de la particular relación de fidelidad que existe entre dichas personas y la propia sociedad. De ahí que me parezca preferible recoger estos comportamientos en otra norma penal.

Ello supone una sorprendente novedad, que carecía de antecedentes en los proyectos anteriores y que, a mi juicio, debería ser eliminada, al menos en referencia al delito de administración fraudulenta. Desde esta exclusiva perspectiva quisiera efectuar unas someras puntualizaciones.

La exigencia de la citada condición de perseguibilidad en los delitos societarios ha sido criticada por algún autor, sobre la base de entender que su presencia tan sólo encuentra justificación en consideraciones de orden público y de moralidad, de un lado, o en el particular ámbito de los delitos de injurias, de otro (176). Sin embargo, modernamente los requisitos de procedibilidad se conciben, asimismo, como recurso técnico para plasmar el principio político-criminal de irrelevancia, uno de cuyos ámbitos de actuación es precisamente el de los delitos patrimoniales, en atención a lo cual se concede primacía a la intimidad personal del ofendido (dotando de eficacia a su voluntad), salvo que concurra un específico interés público prevalente. Pues bien, como ya señalé al comentar la regulación del StGB alemán, esto es lo que sucede (en lo que aquí nos interesa) en los supuestos de “escaso valor” en la esfera de determinados delitos patrimoniales, entre los que se sitúa el delito de *Untreue* (177).

En consecuencia, desde esta perspectiva la exigencia de querrela podría tener alguna explicación en el Proyecto español de 1992 con respecto al art. 302, habida cuenta del muy amplio radio de aplicación del mismo, que (a diferencia de los delitos patrimoniales tradicionales) se limita a exigir un “perjuicio” sin precisar límites cuantitativos, ni recurrir a otros criterios definitorios de la gravedad del menoscabo patrimonial. Quizás es por ello por lo que los redactores del Proyecto han introducido oportunamente en el art. 304 la cautela de que, aunque los perjudicados no lo hagan, el Ministerio Fiscal

---

(176) Vid. MARTINEZ-PEREDA: **Los delitos societarios**, cit., p. 201.

(177) Vid. *supra* 2.1.1.6.

pueda interponer también la querrela “cuando se aprecie peligro para intereses de terceros o generales” (178).

Ahora bien, pese a tales razones creo que la inclusión del requisito de procedibilidad para los delitos societarios no resulta adecuada. Parece paradójico que dicho requisito no se exija para los delitos patrimoniales clásicos y, en cambio, se imponga para aquellos delitos patrimoniales perpetrados al amparo de la estructura orgánica de las sociedades mercantiles, los cuales (aparte de otras razones de índole criminológica y político-criminal) pueden afectar mediatamente a intereses generales del orden económico; por tales motivos, la persecución penal no debería ser objeto de restricción alguna y tendría que ser pública. Evidentemente, esta conclusión se refuerza con relación al delito de administración social fraudulenta, si -como se sostiene en este trabajo- se comparte la idea de anticipar la línea de punibilidad para castigar aquellas conductas que impliquen ya un simple **peligro** para el bien jurídico.

Finalmente, en todo caso, conviene recordar que el respeto al principio político-criminal de irrelevancia puede conseguirse de forma más satisfactoria y correcta a través de otros requisitos, apuntados en el epígrafe anterior, y que, por cierto, el art. 302 no incorpora.

---

(178) Cautela imprescindible no ya sólo por el motivo general (reflejado más arriba en el texto) de que en tales casos el interés público se revela como un interés preponderante frente al del particular perjudicado, sino (sumiéndonos en la propia lógica interna de los redactores del Proyecto) por la concreta razón de que en algunos tipos (como ocurre precisamente en el apartado 2 del art. 302) no se exige la causación de perjuicio alguno para sujetos determinados e identificables. Por ambas razones, dicha cautela sería necesaria y, por ende, me parece desacertada la enmienda núm. 1120, presentada por el Grupo popular al art. 304, que pretendía suprimir el inciso “... o del Ministerio Fiscal ...” hasta el final, con base en la (improcedente) justificación de que “los delitos o son perseguibles a instancia de parte o de oficio, pero no deben existir figuras mixtas”; concebido de esta manera, el requisito de procedibilidad carecería totalmente de sentido.

#### IV.- LA CREACIÓN DE UN DELITO GENÉRICO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DELITO SOCIETARIO

##### *4.1. La necesaria incorporación de un delito patrimonial de infidelidad o administración desleal.*

A lo largo de las páginas anteriores aludí en diversas ocasiones a la necesidad de incorporar a nuestro C. penal un genérico delito administración desleal del patrimonio ajeno. Y es que, en efecto, al margen ya de la creación de un específico delito societario o admitiendo su compatibilidad con éste, cada vez son más los autores españoles que reclaman la conveniencia de introducir un delito de estas características entre los clásicos delitos que atacan el patrimonio (179). La idea de incluir un delito de infidelidad patrimonial, que no carecería de antecedentes en la historia de la codificación española (180), era seguramente una de las razones principales que fundamentaban un conocido pasaje de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992, cuando indicaba en referencia a los delitos societarios que “en la doctrina española se ha planteado en ocasiones la posibilidad de prescindir de estos delitos,

---

(179) Vid. BACIGALUPO: **Die Problematik**, cit., pp. 12 y ss.; BAJO FERNANDEZ: **Manual**, cit., prólogo, p. 24; BAJO/PEREZ MANZANO: **Manual**, cit., p. 405; DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: **Los delitos societarios**, cit., p. 21; MARTINEZ-PEREDA: **Los delitos societarios**, cit., 192; DE LA MATA BARRANCO, N.: **Tutela penal de la propiedad** p. 538; MUÑOZ CONDE: **La ideología**, cit., p. 116, n. 19; STAMPA/BACIGALUPO: **La reforma**, cit., p. 154; TERRADILLOS: **Delitos financieros**, cit., p. 860; del mismo, **Delitos societarios**, cit., pp. 93 y s.; VIVES: **Derecho Penal. P. E.**, cit., p. 962.

(180) En este sentido recuerdan BAJO/PEREZ MANZANO (**Manual**, cit., p. 405) que en el C. p. español de 1822 existía un capítulo con la denominación “de los abusos de confianza”, dentro del cual, al lado de genuinos delitos de apropiación indebida, podían reconocerse supuestos particulares de gestión desleal de patrimonio ajeno.

en favor de una ampliación del ámbito de otras figuras que estructuralmente le son próximas, como la estafa, la apropiación indebida o la falsedad documental". Conviene matizar, empero, que el dilema planteado en dicha Exposición parece correcto sólo si se interpreta desde una de las dos perspectivas posibles, o sea, partiendo de la base de que, si se optase por introducir una figura genérica de infidelidad patrimonial, podrían entenderse razonablemente cubiertas las lagunas de punibilidad en materia de administración social fraudulenta (181); pero no parece tan correcto si se contempla desde la perspectiva inversa, esto es, pensando que la tipificación específica de dicho delito societario permitiría ya suplir la inveterada ausencia en nuestro Derecho de la aludida figura patrimonial genérica.

En efecto, sentada la necesidad **dogmática** de crear un tipo de administración patrimonial desleal, dirigido a preservar el patrimonio y no el derecho de propiedad, no hay razón sustancial que justifique castigar sólo las conductas irregulares de los administradores de una sociedad mercantil y dejar totalmente impunes las actividades de todos aquellos sujetos que, en virtud de una determinada relación jurídica, tienen encomendada la gestión de bienes ajenos (182).

Por tales motivos es -en mi opinión- inexplicable que los diversos proyectos españoles persistan en su decisión de renunciar a la inclusión de un delito de estas características, que, en cambio, en el vigente C. p. portugués se contempla como una de las mayores novedades del (técnicamente avan-

---

(181) Así lo planteaba acertadamente TERRADILLOS: **Delitos societarios**, cit., p. 94. Esta es la vía escogida por el reciente C.p. portugués en su art. 319.

(182) Vid., explícitamente, BACIGALUPO: **Die Problematik**, cit., pp. 10 y 12; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios**, cit., p. 193; TERRADILLOS: **Delitos societarios**, cit., pp. 94 y s.; STAMPA/BACIGALUPO: **La reforma**, cit., p. 154.

zado) texto penal luso (183). Con independencia de la discusión sobre la presencia de un específico delito societario, el legislador español del futuro debería decidir de antemano la creación del delito genérico de infidelidad patrimonial. A tal efecto, nuestro legislador cuenta, además, con una experiencia comparatista muy importante que facilitaría extraordinariamente la labor: los textos de los Códigos alemán, austríaco, suizo y portugués pueden ser tomados como punto de partida. A ellos cabe agregar la destacada aportación doctrinal y, en especial, las reflexivas directrices de reforma propuestas por los autores del P.A. alemán sobre la base a su vez, esencialmente, del Proyecto de 1962.

En nuestra doctrina, BACIGALUPO ha llegado a redactar una propuesta de formulación típica inspirada en el modelo germánico, con el confesado (y encomiable) propósito de suscitar la necesaria discusión científica (184) sobre tan importante precepto. Con idéntica finalidad, procedo a continuación a enumerar aquellos aspectos centrales de la descripción típica que -a mi juicio- deberían presidir dicha discusión.

Ante todo, la formulación típica deberá estar inspirada por la idea rectora de que se trata de regular un genuino delito contra el patrimonio, en el que el objeto de protección aparezca constituido exclusivamente por este bien jurídico (185) y

---

(183) Vid. la Exposición de Motivos del C.p. portugués de 1982, que dedica un núm. marginal, el 34, a justificar su creación.

(184) BACIGALUPO: **Die Problematik**, cit., p. 13.

(185) Así, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, este delito se diferenciaría de los delitos contra la propiedad y se aproximaría al delito de estafa y, en su caso, a un nuevo delito de extorsión, orientado en esta dirección. Cfr. en este sentido, BACIGALUPO: **Die Problematik**, cit., p. 13. El C.p. portugués incluye en un mismo capítulo ("De los delitos contra el patrimonio en general") estos tres delitos, al que añade el delito de usura.

en el que se exija la efectiva lesión del mismo. Para su consumación el tipo ha de requerir, por tanto, la causación de un perjuicio patrimonial (186).

El desvalor de acción debe incluir como componente esencial la infracción de un específico deber de cuidado patrimonial que incumbe al autor, fundamentado en una ley, en un mandato de la Autoridad o en un negocio jurídico. Infracción del deber que tiene que concretarse a través de modalidades específicas de acción que han de proyectarse en un doble plano. De un lado, habrá que incluir el aspecto de la administración desleal en el ámbito *externo* (administración en sentido estricto), caracterizada por el abuso de las facultades de disposición jurídicamente conferidas al autor (187). De otro lado, creo que también tiene que acogerse la modalidad referente a la esfera *interna* (deslealtad o ruptura de la lealtad), es decir, aquella que consiste en la lesión de la obligación de custodiar intereses patrimoniales ajenos.

No se pueden preterir aquí las críticas que la doctrina alemana ha dirigido al tipo de la ruptura de la lealtad, conteni-

---

(186) Vid. *supra* 2.1.1.3., sobre el concepto de perjuicio patrimonial en el Derecho alemán. Corresponderá a nuestra jurisprudencia perfilar tal concepto, que en principio debe poseer el mismo significado que en el delito de estafa. Con respecto a esto último, compartiendo la idea de que dicho perjuicio ha de ser considerado “relevante”, puede reflexionarse acerca de calificar el sustantivo “perjuicio” desde esta perspectiva e incluso acerca de la conveniencia de introducir una correlativa *falta* o una especial causa de atenuación de la responsabilidad (al estilo de la prevista -en este caso aplicable también a otros delitos- en el art. 301 del C.p. portugués) para supuestos de escaso valor o de reparación del daño. Todo ello, a su vez, sin perjuicio de la posibilidad de condicionar el ejercicio de la acción penal a un específico requisito de procedibilidad, como sucede en el StGB alemán con la exigencia de querrela para los supuestos de escaso valor, prevista también para otros delitos (vid *supra* 2.1.1.6.); desde luego, ésta tendría aquí mayor sentido que en el delito societario (vid. *supra* 3.3.4).

(187) Para su concreta descripción creo que pueden ser utilizados los mismo verbos que se contemplan en el delito societario del art. 302, en atención a las razones antes indicadas más arriba: “disponer y contraer obligaciones”.

do en el art. 266 StGB; pero pienso que esta modalidad es necesaria, como demostraron ya, en particular, los autores del P.A. alemán (188). El problema que habrá de resolver el legislador español es el concerniente al hallazgo de las vías idóneas de restricción para dotar a esta modalidad de la necesaria taxatividad. Personalmente no ocultó mis simpatías por una fórmula inspirada en el Proyecto alemán de 1962, en el sentido de tratar de lograr una descripción precisa del círculo de sujetos activos, incluyendo en él a personas que posean un especial poder jurídico de gestión, administración o representación (189). Ello permitiría contribuir, paralelamente, a la tarea de tratar de castigar como delito solo las conductas más graves de infidelidad patrimonial, relegando a la categoría de *falta* o a la de mero ilícito civil las que no posean esa entidad. En realidad, los proyectos españoles de nuevo C.p. están ya asumiendo, en esencia, esta idea, al pretender sancionar solamente aquellos casos de gestión desleal en los que el sujeto activo sea el administrador de una sociedad mercantil, supuesto paradigmático de restricción de la esfera de autores idóneos.

En cuanto al aspecto subjetivo del futuro delito de infidelidad patrimonial, no parece que concurren aquí razones que justifiquen la incorporación de un específico elemento subjetivo del injusto, aunque puede ser opinable si deberá requerirse una modalidad específica de dolo para la ejecución del hecho: habrá que establecer si resulta suficiente el dolo eventual (como en el vigente art. 266 StGB) o si únicamente cabe la comisión a título de dolo directo (como en el art. 319 del C.p. portugués, de primer grado además), e, incluso, finalmente si procede recurrir a una categoría de dolo diferente en cada caso a la vista de la manera en que las modalidades típicas se perfeccionen (como ocurría en el P. alemán de 1962).

---

(188) Vid. *supra* 2.1.1.2., sobre las críticas, y vid. *supra* 2.2.2. las razones de los autores del P.A.

(189) Vid. *supra* 2.2.2. Fórmula que curiosamente supondría una vuelta, *mutatis mutandis*, al criterio del legislador del siglo XIX, tanto en Alemania (C.p. de 1871) como en España (C.p. de 1822).

#### 4.2. La autonomía del delito societario.-

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que resulta necesario crear en nuestro C.p. un genérico delito de administración desleal de patrimonio ajeno, podría pensarse que entonces la tipificación de un delito societario específico deviene superflua. Sin embargo, creo que la incorporación del primero es compatible con la presencia del segundo, desde el momento en que este último poseería una autonomía político-criminal y dogmática que justifica su tipificación específica, de acuerdo, en líneas generales, con lo preconizado por los autores del P.A. alemán (190).

Desde la perspectiva político-criminal, la autonomía del delito societario proviene de lo que podemos calificar precisamente como el "motivo" de la criminalización específica, aunque este motivo no se incorpore a la descripción típica: la potencial repercusión de las infracciones societarias en el orden económico.

Desde el punto de vista dogmático, la autonomía se fundamenta, en primer lugar, en la anticipación de la línea de intervención penal al momento del simple peligro (concreto) para el bien jurídico, frente a un delito genérico de infidelidad patrimonial, configurado como tipo de lesión (191). En segun-

---

(190) Vid. *supra* 2.2.1. En nuestra doctrina TERRADILLOS (**Delitos societarios**, cit., p. 95), haciéndose eco de la propuesta del P. A. alemán, ha defendido la autonomía del delito societario. Por su parte BACIGALUPO (**Die Problematik**, cit., pp. 13 y ss.) supedita la especificidad de lo societario a la previsión de otros criterios adicionales de delimitación (como, v. gr., atender a los diferentes tipos de sociedad), de tal forma que se tenga en cuenta la elevada necesidad de protección de los inversores privados, y se inclina preferiblemente por construir subtipos específicos (que capten las diferentes especialidades, entre ellas la societaria) en torno a un tipo básico de infidelidad patrimonial, en lugar de crear un tipo societario independiente (p. 15).

(191) El mantenimiento de una nítida delimitación entre ambas figuras en función del criterio del mayor o menor desvalor de resultado puede permitir una (deseable) construcción jurisprudencial rigurosa del concepto del

do lugar, dicha autonomía encuentra apoyo en la restricción del círculo de sujetos activos, al incluir como tales a personas que poseen un poder jurídico de representación de especial relieve, esto es, los administradores de una sociedad mercantil. Evidentemente, la especificidad del delito societario podría verse todavía realizada si se comparten las propuestas efectuadas en el presente trabajo, en la línea de conseguir una ulterior restricción del injusto, sobre todo por la vía de exigir que la sociedad mercantil debe estar específicamente destinada a la inversión de capital y abierta por tanto a un número indefinido de potenciales inversores (192).

#### 4.3. *Las relaciones entre el delito societario, el delito de infidelidad patrimonial y el delito de apropiación indebida.*

La relación que existiría entre el delito societario de peligro y el delito de infidelidad patrimonial sería una relación de concurso aparente de normas, como sucede, en general, entre el tipo de peligro y el tipo de lesión, orientados a la protección del mismo bien jurídico. A la vista del menor contenido de injusto del delito societario, que no exigiría la efectiva causación de un perjuicio patrimonial, éste se configuraría como ley subsidiaria de la norma principal de lesión (193).

Ahora bien, merece una reflexión más detenida el análisis de las relaciones que pudieran establecerse entre el delito de apropiación indebida, por un lado, y los delitos de adminis-

---

perjuicio patrimonial lesivo en el delito patrimonial genérico, impidiendo la tendencia a una "volatilización" de ese resultado como la que ha tenido lugar en la jurisprudencia alemana con respecto al art. 266 del StGB (vid. supra 2.1.1.3.).

(192) Vid. *supra* 3.3.3.

(193) Así lo sostienen también los autores del P.A. alemán en referencia a la relación existente entre el art. 183 de este texto y el art. 266 StGB (vid. *supra* 2.2.1.) e idéntica relación existe, asimismo, entre este último precepto y el art. 34 de la *DepotG* (vid. *supra* 2.1.2.).

tración desleal de patrimonio ajeno, sea el tipo de lesión, sea el tipo societario de peligro, por otro.

La experiencia alemana no puede ser marginada y debe ser aquí ilustrativa ante la complejidad del problema (194). De acuerdo con ella, procede aclarar algunas cuestiones, esbozadas anteriormente en otros epígrafes (en referencia a las necesidades dogmática y político-criminal de crear los delitos de infidelidad patrimonial), y oscurecidas por las cláusulas concursales incorporadas a los proyectos españoles precedentes (195) y por algunas opiniones doctrinales vertidas sobre los mismos.

Así, habrá casos en los que el conflicto deba resolverse con las reglas del concurso de leyes (bien sobre la idea del acompañamiento típico normal, bien sobre la de los actos copenados), conflicto que -como queda dicho- no tendría por qué resolverse necesariamente en favor del delito de apropiación indebida, toda vez que -al menos- si concurre con el delito lesivo de infidelidad patrimonial la regla general debería ser la contraria. No obstante, en otros casos ningún obstáculo existirá para que tanto el delito societario como el genérico delito de infidelidad patrimonial puedan ser apreciados conjuntamente con el delito de apropiación indebida, según las reglas del concurso de delitos. Esto último podría acontecer, desde luego, en el supuesto (analizado por doctrina y jurisprudencia alemanas) de que la idea de la apropiación indebida surja con posterioridad a la consumación del delito de administración desleal. Mas, a la vista de la concreta regulación propuesta por el Proyecto español de 1992 para el delito societario, tampoco podría descartarse la solución del concur-

---

(194) Vid. *supra* 2.1.1.7.

(195) El art. 368 del PLOCP condicionaba la aplicación de este delito "financiero" con una cláusula final: "salvo que el hecho constituyere delito más grave". Por su parte, el art. 297 de la PANCP supeditaba la aplicación del delito societario a la no concurrencia del tipo de la apropiación indebida ("salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el artículo 247").

so de delitos entre esta norma y la relativa a la apropiación indebida en casos de acciones simultáneas, puesto que ambos delitos no sólo poseen bienes jurídicos protegidos diferentes, sino que además ofrecen un amplio abanico de posibles sujetos pasivos afectados, en atención a lo cual es posible imaginar que el comportamiento del administrador desleal realice el tipo de la apropiación indebida con relación a bienes de alguno de los sujetos pasivos citados y, paralelamente, ponga en peligro o lesione el patrimonio de otros. Y todo ello, en fin, sin merma de dejar abierta, paralelamente, también para nuestra futura regulación penal, la cuestión de la viabilidad de las hipótesis admitidas en doctrina y jurisprudencia alemanas, esto es, la posibilidad de apreciar un concurso de delitos homogéneo o la de estimar un delito continuado de infidelidad patrimonial.

#### V.- LA INCLUSIÓN DE OTROS DELITOS COMPLEMENTARIOS.

En este apartado pretendo aludir, principalmente, a aquellas posibles figuras que podrían servir de complemento de las ya conocidas en el (varias veces mencionado) importante sector de la “**actividad bancaria**”. No desconozco, empero, que una contemplación global de todo el fenómeno del llamado Derecho penal de la infidelidad patrimonial se inscribe en un contexto más amplio, que aquí simplemente me limito a enunciar: me refiero a otras modalidades específicas de infidelidad patrimonial que fueron mencionadas con respecto al Derecho alemán vigente (196). Evidentemente, con respecto a ello baste con indicar aquí que, ante la posibilidad de una futura regulación global de la administración desleal de patri-

---

(196) Vid. *supra* 2.1.3.1. Arts. 266 b) y 266 a)-apdo. 2 del StGB.

monio ajeno en el Derecho penal español, no se puede pasar por alto la experiencia alemana que condujo a la introducción de las citadas modalidades *sui generis* de infidelidad patrimonial en el StGB (197).

### 5.1. La previsión de un específico delito “bancario”.

La posibilidad de introducir en nuestro Derecho un específico delito “bancario” se deriva de una doble perspectiva. Por una parte, encuentra su fundamento en la necesidad -destacada por un importante sector de nuestra doctrina- de ofrecer una adecuada protección penal a los intereses patrimoniales de todos aquellos sujetos que no poseen la condición de socios y que, sin embargo, pueden resultar perjudicados en la “actividad bancaria”. Por otra parte, dicho delito puede resultar conveniente si se opta (como estimo preferible) por redactar un delito societario de administración fraudulenta que no ofrezca una protección **directa** de los intereses patrimoniales de dichos sujetos.

Es cierto que la tutela penal de estos últimos intereses tendría ya un sólido punto de apoyo en la existencia del nuevo delito genérico infidelidad patrimonial, mas esa tutela puede resultar insuficiente si -como aquí se sostiene- este delito se configura como un tipo de lesión que exija la efectiva causación de un perjuicio patrimonial. Es más, el ejemplo del Derecho alemán demuestra cómo, aun en el supuesto de llegar a ensanchar notablemente el concepto de perjuicio patrimonial, incluyendo comportamientos que en realidad entrañan un simple peligro para el bien jurídico, el tipo general de la *Untreue* no abarca (ni tampoco el tipo de la apropiación indebida) todos los hechos merecedores de pena. La doctrina dominante reconoce la autonomía dogmática y la necesidad de mantener

---

(197) Cfr. en este sentido, BACIGALUPO: **Die Problematik der Untreue**, cit., p. 8.

la vigencia del art. 34 de la *DepotG* (198) para preservar los intereses patrimoniales de quienes, en general, operan en el mercado de valores.

De acuerdo con ello, podría trasladarse al Derecho español la idea de introducir un precepto parecido, definido como delito de peligro concreto. Con todo, parece evidente que un delito de estas características no puede tener cobijo en el C. p., sino en la legislación especial, (199) dadas las dificultades de tipificación que comporta. Esta circunstancia aconseja una regulación conjunta con la legislación extrapenal que le sirva de base.

### 5.2. La estafa de inversión de capital.-

El legislador español debe plantearse, por último, la oportunidad de introducir en nuestro C.p. un delito de estafa en la inversión de capital, de similar estructura al precepto contenido en el art. 264 a) del StGB alemán, que -en mi opinión- reúne los requisitos de precisión y certeza exigibles a un tipo de peligro abstracto, en consonancia con la moderna técnica de tipificación recomendada por la doctrina (200).

A mi juicio, la creación de un precepto semejante - que, como sabemos, no carecería incluso de precedentes en la legislación histórica española- (201) podría constituir un instrumento de extraordinaria importancia como necesario complemento de los delitos de administración desleal en el específico ámbito de la actividad bancaria, toda vez que anticipa la

---

(198) Vid. *supra* 2.1.2.

(199) En concreto en una **Ley bancaria**, cuyo proyecto se halla en tramitación parlamentaria en el momento de redactar estas líneas.

(200) Vid. por todos en nuestra doctrina, TERRADILLOS: **Delitos de peligro y criminalidad económica**, cit., *passim*, especialmente pp. 102 y ss.

(201) Hay que recordar la existencia del art. 734 del C.p. de 1928. Vid. *supra* 3.1.

línea de castigo penal a un momento anterior al peligro concreto para el patrimonio.

En efecto, creo que se puede sostener que, del mismo modo que acontece con otros modernos tipos defraudatorios existentes en el Derecho alemán, está justificado el recurso a delitos de peligro para tutelar ya la mera libertad de disposición frente al fraude. Y, en particular, estimo que en este caso resulta acertada dogmáticamente la configuración de un delito de peligro abstracto, dado que en la estafa de inversión de capital, regulada en la línea del art. 264 a) del StGB, el radio de peligrosidad de la acción se extiende sobre un número indefinido de personas y su desvalor reside precisamente en la indeterminación de la frontera de peligro, con lo cual no hay por qué exigir que un sujeto individual entre efectivamente en el radio de la acción peligrosa y su patrimonio se vea puesto en concreto peligro (202).

En cualquier caso, comparto la idea de quienes estiman que el castigo de tales conductas no debe dejarse exclusivamente en manos de la regulación administrativa o civil y que, a través del reforzamiento de bienes jurídicos individuales, se consigue al propio tiempo una eficaz tutela de los bienes colectivos (203).

Contando en el C.p. español con un precepto como éste no existiría dificultad alguna en perseguir por la vía penal casos (relativamente frecuentes en la actividad bancaria) como aquellos en los que, v. gr., un banco decide llevar a cabo una ampliación de capital y, para captar los fondos, recurre a una publicidad en cuyos folletos informativos se oculta la real

---

(202) Cfr. SCHÜNEMANN: *¿Ofrece la reforma ...?*, cit., p. 36.

(203) El interés colectivo en el funcionamiento de los aspectos esenciales de la economía de libre mercado no es sino la suma de los intereses individuales de todos los intervinientes en el mercado. Cfr. SCHÜNEMANN: *ibidem*.

situación de grave deterioro patrimonial de la entidad y se asegura no poseer, irregularmente, acciones propias en sus registros contables (ausencia de autocartera) (204).

---

(204) En ejemplos como el relatado en el texto puede no ser tarea sencilla apreciar un delito de estafa del art. 528 del C.p. español, debido a factores de diversa índole, sobre todo a la dificultad de conectar el perjuicio con el engaño, dado que puede suceder, p. ej., que en realidad el perjuicio se produzca a la postre por circunstancias ajenas a la *relación de riesgo* (que no es una relación de pura causalidad), concebida de acuerdo con el modelo de la imputación objetiva propio del delito de estafa. Vid. por todos, BAJO/PÉREZ MANZANO: *Manual*, cit., pp. 284 y ss. Piénsese, v.gr., en el caso de que el perjuicio no tenga lugar con el acto de disposición patrimonial, sino en un momento posterior, propiciado por otras circunstancias ajenas a la citada relación de riesgo típica (bajada imprevista de la cotización de las acciones, intervención de la entidad bancaria por el organismo competente, etc.). Por lo demás, difícil será en casos semejantes probar también el dolo de engañar y de perjudicar, si es que (de nuevo, p. ej.) la citada ampliación de capital contaba con el aval de una prestigiosa entidad bancaria extranjera e incluso había sido autorizada por la autoridad administrativa bancaria nacional.