

¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?

Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de
4 de Octubre de 2013

Nuria Pastor Muñoz

Universidad Pompeu Fabra

Ivó Coca Vila

Universidad Pompeu Fabra

*Abstract**

El presente trabajo examina si, en el marco del nuevo delito de administración desleal recogido en el Proyecto de reforma del Código Penal (art. 252 PCP), resulta posible que aquellas conductas llevadas a cabo por el administrador constitutivas de un ilícito – sea éste penal, administrativo o civil - del que se derive un menoscabo para el patrimonio administrado sean a su vez constitutivas de un delito de administración desleal. Tras exponer el problema en toda su extensión y analizar las soluciones formuladas en la doctrina y jurisprudencia alemanas, se expone una propuesta de solución. Para ello, se analizan los tres pilares esenciales de la dogmática del nuevo delito de administración desleal: el alcance de la posición de garantía del administrador, el concepto de perjuicio patrimonial y los criterios de imputación del perjuicio a la infracción del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der Treupflichtige, der einen (straf-, verwaltungs-, zivilrechtlichen, u.a.) Rechtsverstoß begeht, der wiederum zu der Belegung des betreuten Vermögens mit einer Sanktion führen kann, sich wegen Untreue strafbar macht gemäß art. 252 PCP, weil die Begehung jenes Rechtsverstoßes auch eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflichten i.S. von art. 252 II PCP darstellen kann. Nach der Darlegung des Problems sowie der bisherigen Lösungsansätze wird eine eigene Lösung vorgeschlagen. Letztere wird auf Basis der Analyse von drei Säulen des Untreuetatbestandes formuliert, nämlich der Garantienstellung des Treupflichtigen, des Vermögensschadensbegriffs sowie der Kriterien der Zurechnung des Vermögensschadens zu der Verletzung der Pflicht, die betreuten Vermögensinteressen wahrzunehmen.

This paper examines if, under the new offense of embezzlement and abuse of trust as set out in the draft amendment of the Penal Code (Section 252 PCP), it is possible that those conducts engaged in by the manager which constitute a statutory violation--be it criminal, administrative or civil--, and from which a detriment to the assets under management is derived, can in turn constitute an offense of embezzlement and abuse of trust. After describing the problem in its full scope, and after going through the solutions proposed in German literature, a solution proposal is put forward. In order to do so, the three essential theoretic pillars of the new embezzlement and abuse of trust offense are analysed: the scope of the administrator's guarantor position, the concept of damage and the criteria for the attribution of the damage to the breach of the duty to safeguard third-party economic interests.

* Nuria Pastor Muñoz es Doctora en Derecho y Profesora Investigadora Ramón y Cajal en la Universidad Pompeu Fabra. Ivó Coca Vila es doctorando y Profesor ayudante en la Universidad Pompeu Fabra. Este trabajo se enmarca en el Proyecto FFI2008-01738/FISO. Queremos expresar nuestro agradecimiento a los miembros del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, cuyas críticas y sugerencias durante el seminario en que expusimos este texto han sido de gran ayuda, así como también a todos los asistentes al Seminario de fin de proyecto celebrado en Pamplona los días 13 y 14 de junio de 2014, quienes con sus reflexiones abrieron nuevas perspectivas para el análisis del objeto de estudio. Vaya también nuestro agradecimiento a Héctor García de la Torre (Universidad Pompeu Fabra) por su contribución en la traducción del *abstract* y las palabras clave. El presente artículo aparecerá publicado con ligeras modificaciones en mayo de 2015 en el *Goldammer's Archiv für Strafrecht* bajo el título: Untreue durch die Auslösung der Gefahr von Sanktionen zu Lasten des betreuten Vermögens?

Titel: Untreue durch die Auslösung der Gefahr von Sanktionen zu Lasten des betreuten Vermögens. Eine Analyse im Lichte des § 252 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 4. Oktober 2013.

Title: Embezzlement and abuse of trust through the creation of a risk of sanction affecting third-party economic interests? An Analysis in the Light of Section 252 of the Draft Amendment to the Penal Code of 4.10.2013.

Palabras clave: administración desleal, patrimonio, perjuicio patrimonial, riesgo de sanciones, deber de velar por los intereses patrimoniales administrados.

Stichwörter: Untreue, Vermögen, Vermögensschaden, Sanktionsrisiko, Vermögensbetreuungspflicht.

Keywords: Embezzlement and abuse of trust, assets, damage, risk of sanctions, duty to safeguard the property interest of others.

Sumario

- 1. Planteamiento del problema**
- 2. Las soluciones formuladas en la discusión alemana**
 - 2.1. El argumento del “deber específico” del tipo de administración desleal**
 - 2.2. La solución del concepto económico de patrimonio: la previsibilidad de la sanción del patrimonio administrado**
 - 2.3. Exclusión de la imputación de perjuicios derivados de conductas previsibles autorresponsables de terceros: el argumento de la inmediatez**
 - 2.4. La solución del “dolo cualificado”**
- 3. Propuesta de solución**
 - 3.1. Planteamiento: un problema de definición de la posición de garantía**
 - 3.2. La distinción entre relación interna y relación externa: la lesión de deberes de garante mediante la comisión de ilícitos**
 - 3.3. Concepto de perjuicio y momento consumativo**
 - 3.4. El riesgo de que terceros autorresponsables menoscaben el patrimonio administrado: ¿un riesgo típico conforme al art. 252 PCP?**
 - 3.5. Irrelevancia de la intención de beneficiar al patrimonio administrado**
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**

1. Planteamiento del problema

1. Las presentes reflexiones se ocupan de la cuestión de si, a tenor de la novedosa regulación del delito de administración desleal (art. 252 PCP) prevista en el -todavía en ciernes- Proyecto de Ley de reforma del Código penal,¹ puede constituir delito de

¹ 121/000065: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Conforme al referido Proyecto, “Se modifica el artículo 252, que se incluye en la sección 1 bis del capítulo VI del título XIII del libro II, y que tendrá la siguiente redacción: «1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses

administración desleal la comisión por parte del administrador de un ilícito (penal, administrativo, civil, comunitario) que genera la posibilidad de que recaiga una sanción² sobre el patrimonio administrado. Ciertamente, son muchísimos los supuestos en los que como consecuencia de una determinada infracción cometida por el administrador surge la posibilidad de imponer al patrimonio administrado una sanción (en sentido amplio) con contenido patrimonial: una multa administrativa, una multa conforme al art 31 bis CP cuando el patrimonio administrado es el de una persona jurídica, el comiso de la ganancia del delito, la responsabilidad civil, una multa conforme al Derecho de la Unión Europea, la disolución de la sociedad administrada,³ o incluso sanciones sin un contenido patrimonial directo (prohibición de actividades, clausura temporal, disolución), pero a las que van necesariamente vinculados efectos perjudiciales para el patrimonio administrado⁴. Por ello, el objeto de este trabajo no lo constituyen en absoluto casos marginales. Además, en términos cuantitativos puede tratarse, como demuestra la praxis, de afectaciones muy relevantes del patrimonio administrado: piénsese, entre muchos otros casos, en las sanciones impuestas a *Microsoft* (entre otras, una multa por valor de 899 millones de euros⁵) y el cártel de las vitaminas (multa de más de 855 millones de euros⁶) como respuesta a infracciones del Derecho comunitario de la competencia.

2. En Alemania, el problema que nos ocupa ha desencadenado una discusión importante en el marco del tipo de administración desleal del § 266 Código penal alemán (en adelante: StGB), y dicha discusión se refleja en la jurisprudencia, que en diversas resoluciones se ha planteado la concurrencia de un delito de administración desleal mediante la comisión de ilícitos por parte de administradores⁷ – valorados a la luz del § 266 StGB, equivalente a

patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. 3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.» Un análisis introductorio general a la dogmática de este nuevo delito de administración desleal puede leerse en PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, (2), 2013, pp. 36 y ss. Por otro lado, el análisis de las actuaciones de gestión desleal de patrimonios societarios queda también ahora condicionado de forma relevante por el nuevo régimen jurídico-privado de los deberes de diligencia y lealtad establecido por la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

² En lo que sigue se emplea el término “sanción” en un sentido impropio, esto es, como todo aquel menoscabo patrimonial que se materializa en el patrimonio administrado mediante la acción auto-responsable y conforme a Derecho de un tercero. Por lo tanto, a los efectos que aquí interesan, constituye sanción una pena en sentido estricto o una sanción administrativa, pero también el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de un despido declarado nulo, el resarcimiento obligatorio de un daño extracontractual tras una acción civil resarcitoria o la inclusión de la empresa cuyo patrimonio se administra en un listado oficial de empresas sancionadas por corrupción (costes reputacionales).

³ Al respecto algunos autores diferencian las “sanciones represivas” (sanciones administrativas, sanciones por infracciones del Derecho de la competencia, sanciones comunitarias) de las “sanciones restitutivas”, a saber, aquéllas que se dirigen a privar al patrimonio administrado de los beneficios obtenidos ilícitamente (así, BURGER, *Untreue*, 2007, pp. 63 y ss.), si bien esta clasificación de las sanciones entre “restitutivas” y “represivas” es prescindible.

⁴ Un buen ejemplo es el caso de la Cruz Roja (s. *infra* nota 17).

⁵ STJUE, Sala Segunda, de 27 de junio de 2012. Asunto T-167/08, *Microsoft c. Comisión* (TJCE 2012\160).

⁶ ABl. EU 2003 L6/1.

⁷ Es decir, se trata de un concepto amplio de administrador no vinculado ni a la ostentación del cargo formal de administrador ni sometido a las restricciones de la figura del “administrador de hecho” del art.

nuestro art. 252 PCP⁸. Así, por ejemplo: (a) en el caso *Helmut Kohl*⁹ se planteó si constituía administración desleal la aceptación de donaciones anónimas (de aproximadamente 2 millones de marcos entre 1993 y 1998) al partido CDU, incumpliendo las exigencias del § 25 apdo. 1 frase 2, núm. 5 y apdo. 3 de la Ley de partidos políticos (que exige la identificación de los donantes), pues dicha conducta generaba el riesgo de una sanción conforme a la mencionada ley;¹⁰ (b) en el caso *Kanther*,¹¹ los acusados Kanther y Wittgenstein habían presentado una contabilidad falsa del CDU del Estado Federado de Hessen, contraviniendo las obligaciones contables del partido, y en el proceso se planteó si el riesgo de pérdida de subvenciones al partido, como consecuencia del incumplimiento de la normativa contable, constituía un riesgo propio del tipo de administración desleal; (c) en el caso *Kellermeister*¹², en el que un bodeguero había adulterado los vinos de la bodega que gestionaba, añadiéndoles glicerina y glucosa, y los había vendido con denominaciones de alta calidad, se cuestionó igualmente si tal conducta constituía un delito de administración desleal, dado que la adulteración podría haber sido descubierta y, con ello, prohibida la comercialización del vino y sancionada la bodega;¹³ (d) en el caso *Kirch*¹⁴, se planteó si el portavoz del Consejo de Administración del Deutsche Bank había cometido un delito de administración desleal contra dicha entidad al realizar unas declaraciones que influyeron en la quiebra de un importante *holding* y en la consiguiente condena del Deutsche Bank a indemnizar¹⁵; (e) en el caso del asesor fiscal¹⁶ que trabajaba en un despacho como gestor de insolvencias y disponía de órdenes de transferencia firmadas en blanco por su superior jerárquico para poder realizar pagos a partir de las masas concursales gestionadas y que había rellenado algunas de dichas órdenes de transferencia a su favor, también se planteó si su conducta constituía, además de una deslealtad frente a la masa concursal afectada, una

295 CP, cuya derogación está prevista en el referido PCP.

⁸ Vid. un panorama general de la discusión en la jurisprudencia y doctrina alemanas en SALIGER, § 266 StGB, 2ª ed., 2014, nm. 75 y ss. Pueden leerse otros casos interesantes en WEBER, «Untreue durch Verursachung straf- und bußgeldrechtlicher Sanktionen gegen den Vermögensinhaber», en SCHNEIDER et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Seebode: zum 70. Geburtstag*, 2008, pp. 437 y s.; así como en FOFANI/NIETO MARTÍN, «Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista Penal*, (17), 2006, pp. 110 y ss., pp. 133 y ss., con referencias a la jurisprudencia francesa e italiana. Y, en general, sobre el delito de administración desleal en el Derecho penal alemán, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El delito societario de administración fraudulenta», *EPCr*, (17), 1993, pp. 268 a 304; y próximamente, con detalle, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El nuevo delito de administración desleal*, en prensa.

⁹ LG Bonn, *NStZ* 2001, pp. 375 y ss. Supuesto que concluyó mediante un acuerdo de conformidad. Por ello, aunque el LG Bonn admitió la posibilidad de que la creación del riesgo de sanciones sea constitutiva de administración desleal, no se vio obligado a pronunciarse al respecto.

¹⁰ Cfr. SALIGER, *Parteigesetz und Strafrecht*, 2005, pp. 20 y ss.

¹¹ BGH, sentencia de 18.10.2006, 2 StR 499/05. Cfr. también las sentencias del OLG Frankfurt a.M., *NJW* 2004, pp. 2028 y ss., así como del LG Wiesbaden, *NJW* 2002, pp. 1510 y s. El Tribunal del *Land* de Wiesbaden condenó a los acusados con el argumento de que, como consecuencia de la dación de cuentas falsa, había nacido un riesgo elevado de pérdida de la financiación estatal para el partido político. Sin embargo, el Tribunal Federal Alemán absolvió con argumentos de tipo subjetivo.

¹² BGH, *MDR* 1979, p. 988.

¹³ La primera instancia absolvió con el argumento de que no existía perjuicio y, además, el autor actuó con el propósito de beneficiar a la bodega. Sin embargo, el Tribunal Federal Alemán (BGH, *MDR* 1979, p. 988) considera que concurre un perjuicio en el hecho de que un eventual control de los vinos habría supuesto la imposibilidad de comercializarlos, con las consiguientes pérdidas para el titular del patrimonio administrado.

¹⁴ *Kirch vs. Breuer/Deutsche Bank*, BGH 24 de enero de 2006, *ZIP* 2006, pp. 317 y ss.

¹⁵ Cfr. con detalle *infra* V.2.

¹⁶ BGH, *NStZ* 2000, p. 375.

administración desleal contra su despacho, en la medida en que éste podía ser condenado a pagar daños y perjuicios a dicha masa concursal; (f) por último, conviene hacer referencia al caso de la Cruz Roja,¹⁷ en el que un miembro de dicha asociación había adquirido en nombre de ésta un solar para construir una vivienda familiar que iba a ser ocupada por la administradora de la asociación, el tribunal se planteó si concurría un delito administración desleal, pues, al ser la adquisición contraria a los estatutos de la asociación -el sentido y el fin de la adquisición consistía en otorgar a la administradora un beneficio personal injustificado- el autor había sometido a la Cruz Roja al riesgo de que la Administración pública competente le privara de su estatus de entidad de utilidad pública, lo cual hubiera podido suponer la pérdida de determinadas ventajas fiscales.¹⁸

3. Ciertamente, en el marco de la legislación penal española actualmente vigente, estos casos no han sido objeto de discusión, pues el art. 295 CP, cuya derogación prevé el PCP,¹⁹ es muy restrictivo en cuanto a las conductas típicas, limitándolas a la realización de actos de disposición sobre el patrimonio social y a la contracción de obligaciones en perjuicio de ésta. En efecto, el tenor literal del art. 295 CP impide en general plantear la subsunción en el precepto de la conducta consistente en cometer un ilícito (un delito fiscal, una infracción laboral, etc.); ello solamente resulta posible en los supuestos en que el ilícito consista en la realización de un pago con cargo a la sociedad administrada, por ejemplo, pagos de corrupción. Pues bien, el nuevo art. 252 PCP implica una modificación radical del panorama,²⁰ pues si bien es restrictivo en cuanto a la conducta típica en su primer subtipo, el llamado tipo de abuso («los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado»), no lo es en su segunda modalidad típica, el subtipo de infidelidad (art. 252.2 PCP), que prevé el castigo de “quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses

¹⁷ El OLG Hamm (*wistra* 1999, pp. 350 y ss.), apreció un delito de administración desleal. En cambio, recientemente el OLG Celle, sentencia del 23.8.2012 (Con comentario de JAHN, «Zur Strafbarkeit bei Verursachung hoher Spendenwerbungskosten», *JuS*, 2013, pp. 179 y ss.), sostiene lo contrario, a saber, que el peligro de ser privado del reconocimiento de “entidad interés público” no integra el tipo de administración desleal. Cfr. también MOSIEK, «Nochmals: Zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens», *HRRS*, (10), 2012, pp. 457 y s.

¹⁸ Algo similar se planteaba en el caso conocido en Alemania como el “escándalo de la liga” (*Bundesligaskandal*), en el que los miembros del consejo de administración del Arminia Bielefeld, para evitar el posible descenso de categoría y los importantes costes que ello le generaría al club, optaron por sobornar a varios jugadores de distintos equipos rivales, para tratar así de asegurarse la permanencia en la máxima categoría del fútbol alemán. Con ello, sometieron al club al riesgo de que la Federación alemana de fútbol le retirara definitivamente la licencia para participar en cualquier competición oficial, lo cual implicaba con casi total seguridad la extinción de la sociedad (BGH, *NJW* 1975, p. 1234). La sentencia de revisión fundamentó la absolución del acusado con el argumento de que la contrariedad a la ley o a la moral del negocio no bloquea ni sustituye la ponderación económica que se ha de llevar a cabo en el cálculo del saldo, cálculo necesario para determinar si concurre perjuicio típico. Al respecto, con detalle, vid. SALIGER, *Parteiengesetz und Strafrecht*, 2005, pp. 147 y ss.

¹⁹ Vid. “Disposición derogatoria única” del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (121/000065).

²⁰ Sobre el nuevo art. 252 PCP, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *Iuris*, (2), 2013, pp. 36 y ss.

patrimoniales tenía el deber de salvaguardar". En efecto, el tenor literal del subtipo de infidelidad permite plantearse la subsunción en él de la conducta del administrador consistente en cometer ilícitos que implican el riesgo de que el patrimonio administrado sufra consecuencias jurídicas perjudiciales.²¹

4. En realidad, el problema de la tipicidad conforme al art. 252 PCP de la comisión de ilícitos que generan la posibilidad de sanción (perjudicial) del patrimonio administrado es un problema intrínsecamente ligado a la dogmática del patrimonio y al núcleo del injusto del delito de administración desleal, por lo que sirve de piedra de toque de toda la nueva dogmática de la gestión desleal. Es más, lo cierto es que puede incluso discutirse que se trate de un problema "específico" del delito de administración desleal. En todo caso, los supuestos que nos ocupan plantean, en esencia, una pregunta relativa al alcance de la *posición de garantía del administrador*, del autor idóneo del delito del art. 252 PCP, en concreto, la cuestión de si la generación del riesgo de que la autoridad correspondiente imponga una sanción al patrimonio administrado puede ser considerada una infracción de los deberes de garante del administrador, esto es, una falta de lealtad idónea para generar un perjuicio. Pues bien, para poder ofrecer una respuesta a esta pregunta, será necesario aclarar antes algunas cuestiones previas fundamentales.

La primera hace referencia al *concepto y determinación del perjuicio*. Al respecto, conviene tener en cuenta que una concepción estrictamente económica de patrimonio se interesará esencialmente por el riesgo fáctico de descubrimiento y sanción efectiva (es más, esencialmente por el riesgo de ejecución real de la sanción²²), así como por los beneficios esperados como fruto de la comisión del ilícito (sean éstos legítimos o no). En efecto, para una concepción estrictamente económica no tendrán relevancia las modificaciones jurídicas experimentadas por el patrimonio (el nacimiento de pretensiones de sanción), salvo que éstas tengan un efecto de disminución del valor de dicho patrimonio en la economía real, que no necesariamente coincidirá con la legal. En cambio, una concepción de patrimonio que otorgue relevancia a su dimensión jurídica considerará relevante tener en cuenta el nacimiento de la pretensión de sanción y no reconocerá como patrimonio a los beneficios esperados como fruto del ilícito cuando tales beneficios sean "retrotraíbles" (por ejemplo, en virtud del comiso).

La segunda cuestión atañe al momento consumativo: ¿cuándo deberá considerarse que concurre el perjuicio, el resultado típico del delito de administración desleal? ¿En el momento en que hay un riesgo de sanción que genera una merma del valor del patrimonio administrado o en el momento de la ejecución de la sanción, de manera que antes de esta

²¹ De hecho, en Alemania se ha discutido la subsunción de estos casos precisamente en el precepto equivalente a nuestro tipo de infidelidad (y su fuente de inspiración), a saber, el § 266 I, frase segunda. Cfr. por todos SALIGER, § 266, *SSW-StGB-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 75, así como la monografía de BURGER, *Untreue*, 2007, *passim*.

²² Es efecto, para un concepto económico de patrimonio estricto, la mera imposición de la sanción no supondría un menoscabo del patrimonio si fuera esperable que la Administración, pese a imponer la sanción, no proceda a su ejecución. Así, en aquella localidad en la que se tramitan expedientes urbanísticos sancionadores, éstos concluyen con la orden de derribo, pero su ejecución se somete a una votación en el pleno que nunca llega a tener lugar, el patrimonio "gravado" con la sanción impuesta, en realidad, sigue valiendo lo mismo que antes de la sanción.

última solamente se pueda hablar de peligro de perjuicio? ¿O es por el contrario necesario encontrar una solución que permita tener en cuenta ambos momentos?

Además, deberá aclararse una tercera cuestión que igualmente ha constituido objeto de discusión en la doctrina alemana, a saber, la de si es posible considerar que el riesgo de que un *tercero* menoscabe –conforme a Derecho- el patrimonio administrado puede ser imputado al administrador. Como es obvio, el problema se analizará en términos distintos si se ubica el momento consumativo en el nacimiento de la pretensión de sanción o en el momento de la ejecución de esta última. Pero en todo caso se deberá analizar si el hecho de que la ejecución de la sanción dependa de una autoridad que actúa de oficio (de forma debida) y en algunos casos incluso de un tercero facultado a intervenir pero no obligado a hacerlo (el agraviado en los delitos solamente perseguibles a instancia de parte o el perjudicado que puede ejercitar la correspondiente acción civil) plantea algún obstáculo para imputar el perjuicio a la conducta del administrador. En realidad, éste es un problema general del delito de administración desleal siempre que se admita que el patrimonio tiene una dimensión económica, pues al determinar el carácter beneficioso o perjudicial de la conducta del administrador se tienen en cuenta conductas esperables de terceros: la entidad de crédito que decide cortar la línea de financiación a la sociedad cuyo administrador ha cometido un ilícito o ha realizado negocios de riesgo (lícitos), la agencia de *rating* que decide calificar a la baja a la empresa administrada o la masa de los consumidores que decide dejar de comprar el producto de esa empresa para cuya producción se ha contaminado el medioambiente (de manera lícita o ilícita). Ello obedece a que la dimensión económica del patrimonio hace de él un bien jurídico profundamente “dependiente del contexto”, es decir, del mercado y, por lo tanto, en última instancia, de los terceros. La cuestión es, entonces, si esa incorporación de las conductas esperables de los terceros al juicio de tipicidad es en cualquier caso satisfactoria en términos de imputación objetiva del comportamiento.

2. Las soluciones formuladas en la discusión alemana

La doctrina y jurisprudencia alemanas se han ocupado ya de los casos objeto de este trabajo. Este apartado se dedica a exponer las diversas soluciones, las cuales reflejan a su vez distintas concepciones del delito de administración desleal: de la posición de garantía, del perjuicio y del momento consumativo de este delito.

2.1. El argumento del “deber específico” del tipo de administración desleal

Algunos autores han negado de plano que los casos de comisión de ilícitos que generan el riesgo de consecuencias jurídicas perjudiciales para el patrimonio administrado sean típicos conforme al delito de administración desleal y lo han hecho con el argumento de que el administrador, al cometer dichos ilícitos, no infringe el *deber específico* de velar por los intereses patrimoniales administrados propio del tipo de administración desleal,²³ sino

²³ Así, por ejemplo, OTTO, «Keine strafbare Untreue im Fall Kohl», *RuP*, 2000, p. 110, donde recoge las conclusiones de su dictamen de parte en defensa del ex canciller alemán Helmut Kohl en el caso de las donaciones anónimas a la CDU. Cfr. también RÖNNAU, «Untreue als Wirtschaftsdelikt», *ZStW*, (119), 2007,

solamente el deber que surge de la norma que le prohíbe cometer dicho ilícito (el tipo de estafa, el tipo del 305 CP, las normas laborales que prohíben despidos improcedentes, etc.). Según este planteamiento, los deberes que derivan de las normas que prohíben los correspondientes ilícitos no han sido instituidos por el ordenamiento jurídico para proteger el patrimonio administrado, sino para proteger otros intereses,²⁴ por lo que no estarían abarcados por el deber del tipo de administración desleal,²⁵ entendido este como aquél que garantiza de forma inmediata y genuina²⁶ la salvaguarda del patrimonio administrado.²⁷ De este modo, se lograría evitar que el delito de administración desleal acabara convirtiéndose en una especie de “delito universal”²⁸ que concurriría necesariamente junto con todo ilícito que genera consecuencias jurídicas perjudiciales para el patrimonio administrado, esto es, evitar una constante “doble punición”.²⁹

Pues bien, este planteamiento parte de la idea de que el deber de velar por los intereses patrimoniales administrados no incluye un deber –como mínimo, *penal*– de actuación conforme a la legalidad vigente,³⁰ algo que, como sus mismos partidarios admiten,³¹ no es compatible con una visión normativa que reconoce el deber de legalidad del administrador. Pero además, quizá lo más sorprendente de esta solución es que parte de

p. 922, con más referencias; y en un sentido semejante, KUBICIEL, «Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit», *NStZ*, (7), 2005, p. 360.

²⁴ En este sentido, con más referencias, CORSTEN, *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, 2011, pp. 126 y ss.; HILLENKAMP, «Risikogeschäft und Untreue», *NStZ*, (5), 1981, pp. 161 y ss., p. 166; RANSIEK, «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», *ZStW*, (116), 2004, pp. 634 y ss., p. 672; SCHLÖSSER/DÖRFLER, «Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den deutschen Corporate Governance Kodex», *wistra*, (9), 2007, pp. 326 y ss., p. 329; GÜNTHER, «Die Untreue im Wirtschaftsrecht», *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 316; ESSER, § 266 StGB, *AnwaltKommentar StGB*, 2011, nm. 190; VOLHARD, «Die Untreuemode. Ist die Angabe unvollständigen Rechenschaftsberichts einer politischen Partei wegen Untreue strafbar?», en PRITWITZ et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 677 y ss.; SEIER, «Untreue», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 200 y ss., 203 y ss.; DIERLAMM, § 266, *MK-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 47 y 198.

²⁵ OTTO, *RuP*, 2000, p. 110; DIERLAMM, «Untreue – ein Korruptionsdelikt?», en SCHÖCH et al. (eds.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafwissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, 2008, p. 611.

²⁶ Cfr. SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 200; VOLHARD, *FS-Lüderssen*, 2000, p. 678. En cambio, JAHN, *JuS*, 2013, pp. 183 y ss., considera suficiente que la norma infringida proteja de forma indirecta el patrimonio administrado.

²⁷ En este sentido, con detalle, SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, p. 413. (*Schutzzweckzusammenhang*). En esta misma línea, vid., GILI PASCUAL, «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs», *CPC*, (109), 2013, pp. 83 y ss., quien a propósito del pago de comisiones ilícitas sostiene que, en aras de evitar un desbordamiento del ámbito típico del delito de administración desleal del art. 295, resultaría más adecuado entender que al «fin de protección de la norma recogida en dicho precepto le incumben sólo los derechos económicos de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes (y, directa o indirectamente –según los autores– los de la sociedad), de modo que, si éstos se ven salvaguardados en términos de saldo contable, la eventual ilicitud de las fórmulas empleadas para dicha salvaguarda interesará, en su caso, a otros preceptos (penales o no), pero no al de administración desleal».

²⁸ Cfr. SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, p. 413.

²⁹ Críticos con esta presunta doble punición, OTTO, *RuP*, 2000, p. 110, y VOLHARD, *FS-Lüderssen*, 2000, p. 678.

³⁰ IBOLD, *Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen*, 2011, p. 181. En un sentido semejante, THOMAS, «Untreue in der Wirtschaft», en HANACK (ed.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, 2012, pp. 806 y s.

³¹ Así SCHÜNEMANN, «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 130 y ss.; ZIESCHANG, § 266, *Kapitalmarktstrafrecht*, 3ª ed., 2013, nm. 75 y s.

una premisa injustificada, a saber, la de la exclusión del art. 252 PCP de todo acto de administración que sea perjudicial precisamente porque el legislador haya decidido en otra norma caracterizar dicho acto de ilícito y vincular a él una sanción que afecta al titular del patrimonio, no a su administrador. ¿Por qué deberían quedar estas conductas fuera del tipo de administración desleal?³² ¿Por qué va a incluir el deber específico del art. 252 PCP la prohibición de, por ejemplo, conceder créditos a empresas insolventes en condiciones perjudiciales para el patrimonio administrado y no, por ejemplo, la prohibición de violar normas de competencia cuya sanción puede consistir en una multa millonaria, conforme a la normativa comunitaria, que recae sobre el patrimonio administrado?³³ ¿Por qué razón debe quedar un socio de *Microsoft* menos protegido frente al administrador que da pie a que la sociedad de la que es cotitular sea objeto de constantes multas millonarias que frente al administrador que dispone abusivamente del patrimonio social?

En realidad, lo que esta solución elude (porque no lo resuelve) es que la comisión de un ilícito tiene, debido a la existencia de una relación interna entre el administrador y el patrimonio administrado, una doble dimensión, a saber, una relativa a los intereses protegidos por la norma correspondiente (los de la competencia leal, la Administración Tributaria, el tercero que ha sufrido daños, etc.) y otra relativa a la protección de los intereses administrados, de manera que es posible que se produzca un concurso de delitos.

2.2. La solución del concepto económico de patrimonio: la previsibilidad de la sanción del patrimonio administrado

Según un segundo planteamiento, los casos que nos ocupan son constitutivos de un delito de administración desleal *si* existe una probabilidad clara de descubrimiento del ilícito y sanción efectiva del patrimonio administrado. Esta opinión ha tenido eco en la jurisprudencia alemana: así, en la sentencia del Tribunal del *Land* de Bonn en el caso *Kohl*³⁴; en la sentencia del Tribunal del *Land* de Wiesbaden en el caso *Kanther*, que condenó a los acusados Kanther y Wittgenstein por administración desleal con el argumento de que, como consecuencia de la dación de cuentas falsa el partido (CDU) había nacido un riesgo

³² En este mismo sentido, PERRON, § 266, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 45b; SCHWIND, «Zur Strafbarkeit der Entgegennahme von anonymen Parteispenden als Untreue (§ 266 StGB) – dargestellt am Fall Dr. Helmut Kohl», *NStZ*, (7), 2001, pp. 351 y ss.; ERB, «Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 dStGB) durch die Begründung einer Haftungs- verbindlichkeit beim Handeln im wirtschaftlichen Interesse des Vermögensinhabers – Strafrecht als ultima ratio?», en WRÖBEL et al. (eds.), *Festschrift für Andrzej Zoll*, v. II, 2012, p. 1083; SALIGER, § 266, *SSW-StGB-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 82.

³³ De hecho, el argumento no ha sido acogido por la jurisprudencia alemana. Un análisis detallado en JÄGER, «Untreue durch Auslösung von Schadensersatzpflichten und Sanktionen», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 595 y ss.. En efecto, la jurisprudencia no ha acogido este planteamiento (BGH 5 StR 394/08 – sentencia del 17 de julio de 2009, LG Berlin). También admiten con carácter general la tipicidad conforme al delito de administración desleal BURGER, *Untreue*, 2007, pp. 286 y ss.; PERRON, § 266, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 45b; EL MISMO, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.10.2006 - 2 StR 499/05», *NStZ*, (9), 2008, p. 518; con matices, SALIGER, «Gibt es eine Untreuemode? Die neue Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung», *HRRS*, (1), 2006, p. 22; EL MISMO, § 266, *SSW-StGB-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 75.

³⁴ LG Bonn *NStZ* 2001, pp. 375 y ss. Con todo, piénsese que la sentencia del LG Bonn al acabar en conformidad, no se vio obligada a pronunciarse de forma definitiva sobre la calificación de los hechos. De hecho, admitió que la generación de riesgo de sanciones puede constituir administración desleal conforme al § 266 StGB, pero a la vez manifestó sus dudas sobre la existencia de dolo (al respecto III.4).

elevado de pérdida de la financiación estatal para el partido³⁵ (si bien el Tribunal Federal Alemán absolvió después con argumentos de tipo subjetivo³⁶); también la sentencia del Tribunal Federal Alemán en el caso *Kellermeister* apreció un delito de administración desleal argumentando que, de haber sido descubierta la adulteración del vino, ello habría generado un menoscabo patrimonial para la bodega, pues ésta debería haber retirado los vinos del mercado y podría haber sido sancionada por ello;³⁷ por último, la sentencia de primera instancia del caso de la Cruz Roja consideró que la infracción de los estatutos de dicha asociación por su administrador – al realizar una adquisición contraria a dichos estatutos – había generado para la Cruz Roja el riesgo de que la Administración pública competente le privara de su estatus de entidad de utilidad pública y, con ello, de las correspondientes ventajas fiscales.

Pues bien, a este planteamiento no le interesa el nacimiento de una pretensión jurídica de sanción, sino solamente la existencia de un riesgo *real* de que tal sanción sea efectivamente impuesta y ejecutada.³⁸ Por ello, su criterio de tipicidad es el de la *previsibilidad* de la sanción. Pero no debe olvidarse, por una parte, que el concepto económico no conduce necesariamente a ver las cosas en los términos expuestos, pues desde una perspectiva económica podrían formularse objeciones a la incorporación al perjuicio típico de los menoscabos patrimoniales provenientes de las conductas autorresponsables de terceros. Además, por otra parte, cabe a su vez distinguir diversas concepciones económicas de patrimonio, según se tengan en cuenta (concepción estrictamente económica) o no (concepción jurídico-económica) las expectativas ilícitas de enriquecimiento vinculadas al ilícito.

2.3. Exclusión de la imputación de perjuicios derivados de conductas previsibles autorresponsables de terceros: el argumento de la inmediatez

Según algunos autores, el administrador que comete un ilícito genera ciertamente un riesgo de menoscabo del patrimonio administrado, pero el resultado de lesión no es imputable a la conducta de aquél porque su realización depende necesariamente de la actuación autorresponsable de un tercero, que puede ser debida (caso de sanciones jurídico-públicas) o meramente potestativa (pretensiones indemnizatorias de ejercicio facultativo).³⁹ Se trata

³⁵ LG Wiesbaden, *NJW* 2002, pp. 1510 y s.

³⁶ BGH, sentencia de 18.10.2006, 2 StR 499/05.

³⁷ BGH, *MDR* 1979, p. 988. La primera instancia había considerado que no existía administración desleal del bodeguero, argumentando que el sujeto no había causado un perjuicio a la bodega y que había actuado con el propósito de beneficiarla. Sin embargo, el Tribunal Federal Alemán consideró que existía perjuicio en el sentido de la administración desleal porque, a raíz de cualquier control que hubiera tenido lugar, los vinos ya no se podrían haber vendido, generándose con ello pérdidas para la bodega; en la medida en que dicho riesgo existía de forma permanente, concurría, según el Tribunal, una “*schadensgleiche Vermögensgefährdung*”.

³⁸ En este sentido, vid. SCHÜNEMANN, § 266, *LK-StGB*, 12ª ed., 2012, nm. 184; SCHÜNEMANN, «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 42 y ss. Vid. también, WEBER, *FS-Seebode*, 2008, pp. 444 y ss.; y en sentido asimismo semejante, DIERLAMM, § 266, *MK-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 197 y s.

³⁹ SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, pp. 412 y ss.; HOYER § 266, *SK-StGB*, ent. 123, julio 2010, nm. 104: «Im Ergebnis heißt dies, dass jedenfalls immer dann noch **kein tatbestandsmäßiger Vermögensschaden** vorliegt, **wenn es zum Verlust einer bestimmten Vermögensposition noch einer weiteren Handlung** entweder des Täters oder des Opfers oder eines

del argumento de la *inmediatez*, que es trasladado del delito de estafa al delito de administración desleal⁴⁰ y que ha tenido una importante acogida en la jurisprudencia alemana.⁴¹ Lo cierto es que la jurisprudencia de aquel país oscila entre una idea de inmediatez de carácter *temporal* - es decir, exige observar las consecuencias del acto de administración en el instante inmediatamente posterior a dicho acto - y una idea de inmediatez en términos, por así decir, más normativizados⁴², esto es, como la exigencia de que las consecuencias imputables a la conducta del administrador no hayan estado generadas por sujetos autorresponsables que hayan actuado después de hacerlo el administrador.⁴³

En todo caso, la concepción de inmediatez que aquí nos interesa es aquella conforme a la cual no es posible imputar al administrador los perjuicios generados por terceros autorresponsables, pues la concepción *temporal* de inmediatez que entiende que en la determinación del perjuicio solamente se pueden tener en cuenta las pérdidas y ganancias que se producen inmediatamente tras el acto de administración nos parece, en sí, rechazable, pues olvida la dimensión a largo plazo de cualquier actos de gestión patrimonial. Por ello, la exigencia de inmediatez entendida en sentido temporal solamente sería admisible cuando en esas pérdidas y ganancias *inmediatas* se contabilicen también las expectativas de pérdida y ganancia que nacen en el momento del acto de administración. En nuestra opinión, la cuestión realmente compleja es la determinación de si en las expectativas de ganancia y pérdida deben contabilizarse también aquellas expectativas cuya realización depende de la conducta autorresponsable de terceros. A este respecto, desde el planteamiento de la inmediatez se han formulado diversas propuestas: conforme a una primera versión, la imputación de los perjuicios derivados de conductas autorresponsables de terceros solamente se debe excluir cuando el tercero lleve a cabo conductas ilícitas frente a las que el administrador no tenga el deber de defender el patrimonio administrado⁴⁴ - así, esta interpretación admite casos de *falta de inmediatez*, a saber, los de conducta lícita del tercero (debida, justificada o conforme a Derecho) -. Una segunda variante excluye de forma general la posibilidad de imputar los perjuicios

Dritten **bedarf**» (negrita en el original).

⁴⁰ BRAND, «Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 13. April 2011 - 1 StR 94/10 (LG Köln): [Rechtswidrig erlangte Spenden in Partei-Rechenschaftsbericht - Kölner Parteispendenaffäre]», *NJW*, 2011, pp. 1751 y s., considera esencial la exigencia de inmediatez porque, de lo contrario, el tipo de administración desleal del § 266 se convierte en el fundamento de una responsabilidad ilimitada.

⁴¹ Así, BGH, sentencia del 5 de julio de 2009, *HRRS* 2009, Nr. 718; sentencia del BGH, sala 5, de 17 de julio de 2009 (*Berliner Stadtreinigungsbetriebe*), con comentario de MOSIEK, «Neues zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens», *HRRS*, (12), 2009, pp. 565 y ss. Cfr. SALIGER, § 266, *SSW-StGB-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 75; MOSIEK, *HRRS* 2009, p. 566; el mismo, *HRRS* 2012, pp. 454 y ss. Pese a ser múltiples las resoluciones en las que se recurre al argumento de la falta de inmediatez para negar la tipicidad del hecho (vid. MOSIEK, *ob cit.*), no faltan resoluciones en un sentido contrario, por ejemplo, OLG Hamm *NJW* 1982, p. 192 y BGHSt, 56, 203, en la que el Tribunal Federal alemán considera suficiente la causalidad y afirma que la inmediatez es un requisito de la estafa que nada tiene que ver con el delito de administración desleal del § 266 StGB (crítico al respecto MOSIEK, *HRRS*, (10), 2012, pp. 455 y s.).

⁴² MOSIEK, *HRRS*, (10), 2012, pp. 454 y ss.

⁴³ BGH *HRRS* 2010 Nr. 945 nm. 47: «(U)nmittelbar' heißt insoweit nicht zeitgleich bzw. sofort oder auch bald. Eine unmittelbare Schadenskompensation ist vielmehr dann gegeben, wenn keine weitere, selbständige Handlung mehr hinzutreten muss, damit der kompensationsfähige Vermögenszuwachs entsteht».

⁴⁴ Así, PERRON, § 266, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 45b.

derivados de la conducta del tercero, con independencia de su licitud o ilicitud, por lo que asume una exigencia de inmediatez en sentido fuerte.⁴⁵ Por último, una tercera variante entiende igualmente que la falta de inmediatez impide imputar los perjuicios generados por terceros responsables, si bien construye, en los casos de imposición de sanciones, la imputación recurriendo a la figura de la autoría mediata mediante instrumento que actúa justificadamente (en ejercicio de un deber).⁴⁶

Ciertamente, parece que la doctrina suele negar la imputación del resultado a la infracción del deber del actuante cuando la causa inmediata de la producción del resultado lesivo obedece a la actuación responsable de la propia víctima o de un tercero.⁴⁷ Por tanto, parecería que la mera creación de un riesgo de lesión mediato (mediante actuación autorresponsable de tercero) no debería ser suficiente para imputar el resultado a aquél que actuó previamente.⁴⁸ Aplicado a los casos objeto de estudio, ello significaría que la creación de un riesgo de sanción no sería una conducta típica conforme al art. 252 PCP por ser aquél un riesgo mediato de lesión.⁴⁹ Sin embargo, este planteamiento presenta, en primer lugar, un problema que deriva de la misma dogmática del patrimonio, a saber, que en la calificación de un acto de administración como “beneficioso” o “perjudicial” incorporamos automáticamente al juicio conductas autorresponsables previsibles de terceros (a veces concretos, a veces difusos, como en el caso del mercado) o, mejor dicho, las expectativas de conductas de terceros - en eso consiste el juicio de racionalidad económica -. En efecto, que un negocio tenga éxito o fracase es algo que no está -no solo- en manos del administrador, sino que depende también de las preferencias libres de los consumidores. En segundo lugar, debe ponerse en duda la premisa mayor de este planteamiento, pues es discutible que en los casos de conductas previsibles de terceros no sea posible vincular normativamente la conducta de quien pone la condición de la conducta del tercero con los efectos de esta última; ello depende del alcance de la posición de garante de quien no impide la producción de un resultado lesivo.

2.4. La solución del “dolo cualificado”

Por último, en algunas sentencias la jurisprudencia alemana⁵⁰ ha sostenido una interpretación que pretende excluir la tipicidad conforme al § 266 StGB de los supuestos de comisión de ilícitos argumentando que en ellos no concurre el dolo necesario, en especial cuando el administrador no ha actuado con ánimo de lucro. Para llegar a esta conclusión, la

⁴⁵ Así claramente HOYER, §§ 266, *SK-StGB*, ent. 123, julio 2010, nm. 107; o SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, pp. 412 y ss.

⁴⁶ PERRON, «Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue», en SIEBER et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, 2008, p. 745, quien actualmente parece haber abandonado este planteamiento (v. § 266, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 45b). En general, sobre el recurso a la autoría mediata para la imputación objetiva del resultado, vid. EISELE, Vorbem. §§ 13 ff, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 100 y ss.

⁴⁷ Cfr. al respecto EISELE, previos a los §§ 13 ss., *Schönke/Schröder*, 29ª ed., nm. 101.

⁴⁸ En este sentido MATT/SALIGER, «Straflösigkeit der versuchten Untreue - Über die Richtigkeit dieser Entscheidung des Gesetzgebers und dogmatische Konsequenzen», en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, pp. 234 y ss., con más referencias.

⁴⁹ SALIGER, *Parteiengesetz und Strafrecht*, 2005, p. 218; EL MISMO, *HRRS*, (1), 2006, p. 20.

⁵⁰ Claramente en el caso *Kanther*: BGH, sentencia de 18.10.2006, 2 StR 499/05.

jurisprudencia exige una especie de doble dolo que debe abarcar tanto el comportamiento del administrador como el resultado de perjuicio para el patrimonio administrado.⁵¹ No obstante, al proceder de este modo, se construye un concepto de dolo *ad hoc* que no está en condiciones de superar un test de coherencia sistemática; en realidad, introduce en el § 266 StGB elementos subjetivos adicionales que no se encuentran en el tipo y acaba por dar relevancia a la “falta de intención” de perjudicar al patrimonio administrado, algo que, por cierto, resulta incompatible con la jurisprudencia del caso *Siemens*, en la que el Tribunal Federal Alemán ha indicado claramente que las intenciones de beneficiar a la sociedad no excluyen la tipicidad de la conducta del autor.⁵²

3. Propuesta de solución

3.1. Planteamiento: un problema de definición de la posición de garantía

1. La cuestión esencial que plantean los casos objeto de estudio es la de si entre los deberes de garante del administrador se cuenta un deber de omitir, en su actividad de gestión, aquellas conductas ilícitas que generan riesgos de consecuencias jurídicas perjudiciales para el patrimonio administrado.⁵³ En nuestra opinión, el deber jurídico-penal de gestión leal del administrador se define necesariamente como un deber de gestión “dentro de la legalidad”. Ello se encuentra en perfecta armonía con el régimen jurídico-privado y, específicamente, con el régimen legal de la administración societaria. Al respecto, adviértase que la última reforma de la Ley de Sociedades de Capital (por Ley 31/2014) contempla expresamente el deber de legalidad como una manifestación específica del deber de diligencia (art. 225 LSC), y, en la medida en que la actividad de gestión ilícita tampoco pueda ser vista como una gestión “en el mejor interés de la sociedad”, el deber de legalidad configura así igualmente el deber genérico de lealtad regulado en los nuevos arts. 227 y 228 LSC. Es decir, la comisión de ilícitos constituye una quiebra de los deberes impuestos por la normativa mercantil a los administradores, por lo que, con independencia de cómo se interprete desde la óptica jurídico-privada el ilícito en cuestión, ya sea como una infracción del deber de diligencia (art. 225 LSC), ya sea como una infracción del deber de lealtad (arts. 227 y 228 LSC),⁵⁴ o de ambas obligaciones, no hay razón alguna por la que

⁵¹ También en este sentido HOYER, § 266, *SK-StGB*, ent. 123, julio 2010, nm. 104.

⁵² BGH 2 StR 587/07, de 29.08.2008.

⁵³ No se analiza en este trabajo el problema añadido de qué ocurre en el caso en que un miembro del Consejo de Administración comete un ilícito (por ejemplo, un delito fiscal consistente en defraudar la cuota del Impuesto de Sociedades) y los demás miembros lo saben y no lo impiden. Sobre el problema de cómo y hasta qué punto opera en el seno de un órgano de administración colegiado el principio de confianza, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]», *InDret*, (2), 2011, pp. 1 y ss.

⁵⁴ Adviértase que la regulación de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores sociales ha sido modificada sustancialmente de forma reciente por la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. Pese a que el ahora vigente art. 228 LSC en el que se concretan las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad guarda silencio en relación con el deber de legalidad, no así en cambio el nuevo art. 225 LSC regulador del deber de diligencia que expresamente establece que “Los administradores deberán desempeñar el cargo y **cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos** con la diligencia de un ordenado empresario”, lo cierto es que el también nuevo art. 227 LSC a la hora de definir el deber de lealtad establece que “Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y **en el mejor interés de la sociedad.**” (la negrita es nuestra). Parece plausible afirmar, pues, que el administrador que

negar desde la óptica del art. 252 PCP carácter penal al referido deber de legalidad. Así pues, no solo no cabe comprender el deber de lealtad del art. 252 PCP como un deber de persecución del beneficio con independencia de la legalidad de su conducta,⁵⁵ sino que jurídico-penalmente también hemos de partir de la existencia de un deber de legalidad. Ahora bien, de la ilegalidad de la gestión del administrador y de la infracción del deber mercantil de lealtad no deriva necesariamente la tipicidad de su conducta conforme al art. 252 PCP,⁵⁶ pues para ser típica la gestión del administrador ha de ser en todo caso idónea para perjudicar al patrimonio administrado.

2. El ilícito, que *ad extra* constituye una infracción de la norma correspondiente (administrativa, penal, etc.), *puede* constituir *ad intra*, debido a la existencia de una posición de garantía del autor respecto al patrimonio administrado, una deslealtad, un injusto adicional. En efecto, la comisión de un ilícito puede tener dos dimensiones normativas: la infracción de la norma que prohíbe el ilícito y la infracción de la norma que obliga a una administración leal. En contra de lo que parecen sostener quienes niegan la tipicidad con el argumento del “deber específico”, desde la perspectiva del art. 252 PCP, el ilícito no interesa en cuanto infracción de una norma jurídica concreta (tributaria, laboral, mercantil, etc.), sino en cuanto infracción del deber de garante del administrador. Al administrador se le dirige un mandato de actuación leal que incluye evitar incurrir en conductas que generen consecuencias patrimoniales perjudiciales para la esfera patrimonial administrada, sean tales conductas ilícitas o no. Por ello, la razón por la que el art. 252 PCP obliga al administrador a omitir un fraude fiscal no tiene nada que ver con la protección de la Hacienda Pública; se le prohíbe dicho fraude porque a éste acto de gestión jurídico-negocial del patrimonio que se administra va vinculado un menoscabo del patrimonio

compromete el patrimonio social a través de la comisión de ilícitos no actúa “en el mejor interés de la sociedad”, de modo que, no solo infringiría su deber de administración diligente (art. 225 LSC), sino que, además, sería también desleal para con los titulares del patrimonio social a los efectos del art. 252 PCP. Sobre los conceptos de deber de diligencia y lealtad en el derecho societario, fundamental, PAZ-ARES, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, (4), 2003, pp. 4 y ss. Acerca esto mismo, aunque en atención a la regulación del deber de lealtad ahora derogada, vid RIBAS FERRER, art. 226, *Comentario de la ley de sociedades de capital*, t.II, 2011, p. 1626, quien señala que el administrador, en su gestión, además del interés estricto de la sociedad, debe contemplar otros intereses privados, como los de los empleados, proveedores, clientes y acreedores, pero también otros intereses públicos, protegidos por leyes ambientales, urbanísticas, laborales o fiscales. En definitiva, el interés de la sociedad no justificaría el incumplimiento de normas legales. En la doctrina alemana, en el mismo sentido, véase, entre otros muchos, RIEGER, *Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands*, 2012, pp. 27 y ss., 47 y ss., 60 y ss.; BAYER, «Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen», en BITTER (ed.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 85 y ss., p. 89; FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern», *ZIP*, (4), 2005, pp. 141 y ss., p. 144, con ulteriores referencias a la doctrina en la n. 42. En contra, en la doctrina anglosajona, EASTERBROOK/FISCHEL, «Antitrust Suits by Targets of Tender Offers», *Mich. L. Rev.*, (18), 1982, pp. 1155 y ss., p. 1168, n. 36: “Managers have no general obligation to avoid violating regulatory laws, when violations are profitable to the firm, because the sanctions set by the legislature and courts are a measure of how much firms should spend to achieve compliance”; aunque con una mínima reserva: “We put to one side laws concerning violence or other acts thought to be malum in se.”; y en un sentido semejante, vid. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, 2002, pp. 272 y ss.

⁵⁴ Sobre el deber de velar por los intereses patrimoniales administrados, v. por todos KINDHÄUSER, § 266, *NK-StGB*, 4ª ed. 2013, nm. 31 y ss.

⁵⁵ No obstante, como es sabido, en materia de estafa la doctrina dominante no parece tener problemas con la construcción de un concepto de patrimonio al margen del Derecho. Un análisis del problema en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, pp. 57 y ss.).

⁵⁶ En este sentido, vid. SCHÜNEMANN, § 266, *LK-StGB*, 12ª ed., 2012, nm. 121.

administrado.⁵⁷ Así pues, no se trata de “adulterar” deberes dirigidos a proteger intereses distintos del patrimonio, convirtiéndolos en deberes relacionados con la garantía de este último, sino de que el deber de no cometer fraude fiscal es, en el art. 305 CP, un deber dirigido a proteger a la Hacienda Pública y, en el art. 252 PCP, un deber de no perjudicar los intereses patrimoniales de los que se es garante. En todo caso, nótese que, conforme a nuestro planteamiento, el delito de administración desleal no se convierte en un complemento indisociable de la infracción básica, pues es perfectamente posible que el acto ilícito en cuestión no constituya a su vez administración desleal. Así, por ejemplo, el administrador que comete un delito fiscal y somete al patrimonio que administra a un importante menoscabo fruto de la sanción, no comete a la vez un delito de administración desleal cuando los socios han consentido a la comisión de ese ilícito. El hecho ilícito solo será relevante a los efectos del art. 252 CP cuando constituya, además de la infracción correspondiente, una lesión del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos en el sentido del delito de administración desleal.

3. Pues bien, a partir de aquí es necesario analizar, de entrada, cuándo el administrador actúa en el ejercicio de sus funciones como garante del patrimonio administrado, esto es, cuándo *administra*, pues las conductas perjudiciales cometidas al margen de su cargo constituirán menoscabos generados “desde fuera” (3.2). Además, habrá que pronunciarse sobre el concepto de perjuicio y el momento consumativo (3.3), pues dichos aspectos son esenciales para enfocar correctamente el problema de la autorresponsabilidad del tercero que sanciona -o, en otros casos, del tercero que actúa de forma no debida perjudicando al patrimonio administrado- (3.4). Por último, se explicará brevemente por qué la intención de beneficiar al patrimonio administrado no sirve para fundamentar la atipicidad de la conducta del autor (3.5).

3.2. La distinción entre relación interna y relación externa: la lesión de deberes de garante mediante la comisión de ilícitos

1. La concurrencia de un delito de administración desleal se fundamenta en la lesión del deber que rige la relación interna administrador-patrimonio administrado. Ello implica que dicho delito solamente puede concurrir cuando el administrador actúa como tal, en ejercicio de sus funciones, como autor idóneo del art. 252 PCP (gestor autónomo del patrimonio administrado) y que, por consiguiente, hay que dejar fuera del tipo aquellos supuestos en los que el administrador crea riesgos de perjuicio “desde fuera”. En concreto, quedan fuera del tipo de administración desleal los actos perjudiciales que el administrador comete aprovechando las posibilidades fácticas que genera su posición, como por ejemplo, la sustracción de un valioso cuadro de la sala de reuniones que el administrador comete aprovechando que dispone de las llaves correspondientes; y, en general, todas aquellas conductas que no formen parte de la actividad de gestión autónoma jurídico-negocial de dicho patrimonio.⁵⁸

⁵⁷ Sobre el concepto de deber de custodia patrimonial (*Vermögensbetreuungspflicht*) en el § 266 StGB, con otras muchas referencias a la doctrina, KINDHÄUSER, § 266, *NK-StGB*, 4ª ed., 2013, nm. 31 y ss.

⁵⁸ Con detalle sobre la noción de deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos en el delito de administración desleal, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El nuevo delito de administración desleal*, en prensa.

2. Pues bien, la dificultad esencial radica en deslindar en concreto los casos en que el administrador actúa como garante del patrimonio de los casos en que solamente podemos hablar de actuación “desde fuera”, al margen de la posición de garante. Ello se percibe claramente en el caso *Kirch vs. Breuer/Deutsche Bank*:⁵⁹ en una entrevista, al portavoz del Consejo de Administración del Deutsche Bank, Breuer, le preguntaron si consideraba que el sector financiero iba a ayudar a la sociedad Kirch Media GmbH & Co. KGaA; Breuer respondió que dudaba que el sector financiero estuviera dispuesto a poner medios a disposición de la sociedad Kirch, salvo que ésta hiciera cambios sustanciales. Fruto de tales declaraciones, se produjo el colapso financiero de la sociedad Kirch, crisis a la que siguió la del TaurusHolding y la sociedad PrintBeteiligungs GmbH, ambas relacionadas con la primera. Y el Tribunal Federal Alemán declaró la existencia de un derecho a la indemnización contra el Deutsche Bank. ¿Constituye la realización de unas declaraciones como las de Breuer un delito de administración desleal contra el patrimonio administrado, en el caso, el patrimonio del Deutsche Bank?⁶⁰

3. Formulada en términos generales, la cuestión aquí es si la posición de garantía incluye el deber de omitir *cualquier* conducta que pueda generar consecuencias patrimoniales negativas para el patrimonio administrado o si, por el contrario, hay conductas a título particular que están al margen de dicha posición de garantía, de modo que la eventual responsabilidad del administrador no se diferencia de la de cualquier externo que perjudica al patrimonio administrado. Esta última alternativa parece ser más convincente, pues la posición de garantía del administrador existe en virtud de un acto de asunción, con los límites propios de dicha clase de posiciones de garantía. La posibilidad de que un garante genere perjuicios para la esfera patrimonial garantizada al margen de la posición de garantía puede verse claramente a propósito del problema de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP, el cual prevé la responsabilidad civil subsidiaria de «las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares» (apdo. 2) y la de «las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizada» (apdo. 5). En estos casos, no parece que la responsabilidad civil subsidiaria se limite a las actuaciones propias del cargo (propias de la posición de garantía), ya que solamente se exige que el delito del que surge la responsabilidad civil sea cometido “utilizando” los medios de la persona natural o jurídica que responderá subsidiariamente. Así pues, el administrador que utiliza los medios de la empresa para cometer un determinado ilícito al margen de la gestión de la persona administrada (atropella ebrio a un transeúnte con el vehículo de la empresa cuando vuelve de una cena con amigos) actuaría “desde fuera”, por lo que no se debería siquiera plantear la concurrencia de un delito de administración desleal.⁶¹ Por la misma razón, tampoco cometería administración desleal el administrador de una sociedad que comete un delito fiscal a título personal o unos malos tratos contra su mujer, pese a que ello

⁵⁹ BGH 24 de enero de 2006, ZIP 2006, pp. 317 y ss.

⁶⁰ JÄGER, *FS-Otto*, 2007, p. 594.

⁶¹ PERRON, § 266, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, nm. 23b.

tenga repercusiones negativas para la sociedad en términos de costes reputacionales. Por ello, en el caso *Kirch*, al que hemos hecho referencia antes, podría decirse que el acusado, Breuer, al hacer declaraciones sobre las posibilidades de obtener financiación por parte de la sociedad Kirch Media, actuó como particular y no como administrador, pues simplemente expresó su opinión en cuanto experto en finanzas y no en cuanto portavoz del Consejo de Administración del Deutsche Bank.⁶²

3.3. Concepto de perjuicio y momento consumativo

1. Así las cosas, sentado que la comisión de un ilícito generador de riesgo de sanciones para el patrimonio administrado puede constituir un delito de administración desleal, no basta con constatar que la gestión ilegal es contraria al deber de lealtad jurídico-privado y la vinculación del ilícito a la actividad de gestión jurídico-negocial del administrador, sino que es, además, preciso que la conducta del administrador sea idónea para perjudicar el patrimonio administrado. Ello obliga a determinar el concepto de perjuicio. Para un planteamiento económico, el riesgo de sanción creado por el administrador es un riesgo que se ha de valorar a la luz de la probabilidad real de la sanción, sin que tengan relevancia alguna las meras modificaciones jurídicas del patrimonio administrado. En consecuencia, el riesgo de sanción deberá valorarse junto a las expectativas de beneficio vinculadas a la comisión del ilícito, sean éstas lícitas o ilícitas.⁶³ En el otro extremo, para una concepción estrictamente jurídica, el perjuicio va de la mano del nacimiento de pretensión de sanción contra el patrimonio administrado. Finalmente, para una concepción jurídico-económica en la que solamente constituyen patrimonio los elementos de valor económico que cuentan con reconocimiento jurídico, el nacimiento de una pretensión de sanción sobre un patrimonio es perjudicial si el menoscabo jurídico vinculada a aquélla implica una disminución del valor económico del patrimonio, esto es, si el patrimonio lastrado en estos términos *vale menos* que el patrimonio libre de pretensiones de sanción. Lo habitual será que se cumpla esta última condición: así, cuando sobre un patrimonio pesa una pretensión de sanción, en una eventual *due diligence* previa a la compra de dicho patrimonio, la existencia de dicha pretensión de sanción implicará sin lugar a duda una valoración del patrimonio inferior a la que habría arrojado esa misma auditoría en caso de no estar

⁶² En todo caso, hay que subrayar lo complejo que resulta en la praxis concretar la nítida distinción teórica entre el administrador que actúa como tal y el que lo hace a título personal. La colisión entre ambos roles resulta prácticamente inevitable y conduce a importantes tensiones entre ciertos derechos fundamentales de cualquier ciudadano, como por ejemplo, la libertad de expresión, y los deberes ínsitos a la posición de garantía patrimonial asumida. Se trata, pues, de decidir si y en su caso, hasta dónde, el desempeño de determinados roles profesionales puede llegar a exigir al profesional una readaptación de su propia vida – en principio, personal- conforme a ciertos estándares de conducta. Sea como fuere, parece que criterios puramente formales, como el lugar o el horario de trabajo no resultan –aisladamente considerados– idóneos para la delimitación de ambas esferas en el caso del administrador social.

⁶³ Sea como fuere, la subordinación de la posición jurídica del administrador a la mera “economía fáctica” no se lleva a cabo tampoco por los defensores de un planteamiento estrictamente económico del patrimonio de manera consecuente. En su planteamiento se detecta cierta falta de coherencia, pues éstos no sostienen en ningún caso la existencia de un deber del administrador de comportarse de forma contraria a Derecho (bajo amenaza de sanción penal por administración desleal), tampoco cuando el ilícito pueda constituir –desde una óptica económica– el mejor de los comportamientos posibles para el titular del patrimonio administrado. Y la incoherencia es inevitable, pues ¿cómo iban a sostener que del precepto de la administración desleal surge un deber de cometer ilícitos? En la doctrina es unánime la negación de tal deber de cometer infracciones. Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, § 266, *LK-StGB*, 12ª ed., 2012, nm. 121, con más referencias.

lastrado ese patrimonio por una pretensión de sanción.⁶⁴ Dicho esto, en la medida en que el concepto mixto no reconoce cualquier expectativa de enriquecimiento, sino solamente las que son lícitas, el menoscabo vinculado a la pretensión de sanción no se podrá compensar con las expectativas de beneficio ilegítimo vinculadas al ilícito (por ejemplo, las expectativas de beneficio vinculadas a un delito fiscal). Solamente será posible que exista compensación (y, con ello, que desaparezca la idoneidad para perjudicar) en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico prevé para el ilícito una determinada sanción, pero no priva al sancionado de los beneficios del ilícito.

2. En concreto, la comisión del ilícito no será idónea para perjudicar cuando la sanción prevista implique un coste que es, en términos económicos, rentable, esto es, cuando haya *compensación*. Esta última no se producirá en el caso de los delitos, pues en tal supuesto la expectativa de beneficio generada mediante el ilícito no es legítima, está lastrada por la pretensión de comiso,⁶⁵ por lo que no forma parte del patrimonio y, por ello, no puede compensar el perjuicio inherente a la pretensión de sanción. En cambio, sí podrá haber compensación y, con ello, desaparecer el perjuicio en los casos en que la sanción prevista por el legislador sea inidónea para desincentivar a un ideal infractor racional, a saber, en los supuestos en que el legislador no prevé la pérdida del beneficio generado por el ilícito. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de despidos laborales improcedentes, en los que el ordenamiento considera que con el pago del correspondiente monto queda equilibrada la situación entre empleador y trabajador o en otras infracciones administrativas cuya sanción no logra compensar el beneficio de la infracción. Por ejemplo, no actúa de forma idónea para perjudicar al administrador que insta a los conductores de los camiones de reparto a que estacionen sistemáticamente en zonas prohibidas, si resulta que el monto de las constantes sanciones administrativas esperadas es un coste económicamente razonable en atención a los beneficios que le genera a la empresa la realización del reparto en un tiempo

⁶⁴ En términos semejantes a lo que ocurre cuando una entidad bancaria concede un crédito a un sujeto insolvente – cfr. en este sentido BVerfG, NJW 2010, p. 3209 ss., p. 3219, que viene a adoptar el criterio orientado al Derecho de balances formulado en su momento por HEFENDEHL (el llamado “*bilanzorientierter Ansatz*” (*Vermögensgefährdung und Expektanzen*, 1994, pp. 177 y ss.), cfr. por todos SALIGER, «Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik», ZIS, 2011, p. 907). En este sentido, vid. además GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2001, pp. 438 y s., y recientemente, PASTOR MUÑOZ, «Herausforderungen bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrechts», en ZÖLLER et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 1462 y ss., p. 1454.

⁶⁵ En Alemania, donde rige el principio del beneficio bruto (*Bruttoprinzip*) en el cálculo del comiso, la falta de compensación es evidente. De hecho, la doctrina alemana atribuye al comiso calculado según este principio un “*strafähnlicher Charakter*” (WEBER, *FS-Seebode*, 2008, p. 446). Y algo parecido sucede también en España si, como señala CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, 2001, p. 54, se entiende que el comiso abarca los ingresos brutos sin deducciones: «Si se considera que todos los ingresos que proceden del delito son ilícitos y que el autor que se vale de su patrimonio para realizar o inducir a un hecho típico (fin ilícito) pierde todo derecho a la restitución y no tiene acción para recuperar lo perdido, debemos concluir que rige en nuestro derecho el principio de la ganancia bruta, extendiéndose la confiscación al total rendimiento del delito sin deducción de los costes desembolsados por el penado para su obtención.» En este mismo sentido, AGUADO CORREA, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso», *RECPC*, 2013, pp. 23 y s., n. 83. Y este principio parece consolidarse en la reforma del comiso prevista en el art. 127.3 PCP (cfr. al respecto AGUADO CORREA, «Comiso: crónica de una reforma anunciada», *InDret*, (1), 2014, pp. 15 y ss.), que ve en esta nueva previsión una incorporación del § 73a StGB.

inferior al de la competencia.⁶⁶ Pues bien, en tales supuestos, el administrador que actúa ilegalmente no ha originado un perjuicio, pues la pretensión de sanción iba acompañada de expectativas de ganancia (el beneficio de no tener que seguir pagando a ese trabajador, el beneficio de hacer el reparto de forma más rápida) que son lícitas. Evidentemente, esto no significa que el deber de lealtad obligue al administrador a infringir norma alguna: no hay un deber de despedir de forma improcedente, ni de instar a los repartidores a aparcar en zonas prohibidas, por muy rentable que ello pueda resultar.

3. Por otra parte, resultan problemáticos los casos en los que el ilícito genera una pretensión de sanción sobre el patrimonio administrado pero el riesgo real de sanción es nulo o casi nulo. De entrada, debe indicarse que el riesgo de sanción nunca podrá calificarse de *absolutamente nulo*, pues el administrador no puede excluir, por ejemplo, que se produzca un cambio en la política sancionatoria del Estado en un determinado sector. Además, en la praxis, en la medida en que tenga lugar un proceso por administración desleal contra el administrador por haber cometido un ilícito generador del riesgo de sanciones, no podrá hablarse nunca de un riesgo nulo: la prueba de que el riesgo no era, *ex ante*, nulo, es que se produjo su descubrimiento. Sea como fuere, parece que en estos casos, pese a que el riesgo de sanción sea bajo, en la medida en que existe, hay perjuicio, salvo que la pretensión de sanción se vea compensada cuantitativamente por los beneficios consolidables (no retrotraibles) del ilícito. Obviamente, la conducta del administrador en estos casos deberá considerarse atípica siempre que sea posible construir el consentimiento de la sociedad – expreso, tácito o presunto –.⁶⁷

4. Ahora bien, nótese que la concepción de patrimonio que se defiende en estas líneas conduce a la conclusión de que con la comisión del ilícito se produce (salvo que existan expectativas lícitas, no retrotraibles, que permitan negar la idoneidad para perjudicar del acto de administración) un *primer perjuicio*. En buena lógica, ello implica que en ese momento ya es posible hablar de *consumación*. Sin embargo, ello podría resultar problemático a la vista de la naturaleza esencialmente dinámica del patrimonio, la cual determina que el perjuicio patrimonial, tras su constatación, pueda sufrir alteraciones cuantitativas: una vez se ha producido esa primera consumación (desistible), el perjuicio puede aumentar, disminuir e, incluso, desaparecer. Pues bien, parece que esa dimensión cambiante del perjuicio en el tiempo no debería ignorarse en la construcción de la consumación, que también debería ser comprendida como un fenómeno dinámico, un proceso que se inicia con una primera consumación (“consumación desistible”) - que en los casos objeto de estudio se produce con el nacimiento de la pretensión de sanción - y que se prolonga en el tiempo hasta un momento posterior en el que el ese “perjuicio inicial” se estabiliza (“consumación no desistible”).

⁶⁶ Cfr. sobre las llamadas “infracciones de deber útiles”, vid. BAYER, *FS-Schmidt*, 2009, pp. 85 y ss.; FLEISCHER, *ZIP*, (4), 2005, pp. 141 y ss.; y MÖLLER, *Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht*, 2012, pp. 28 y ss., 31 y ss.

⁶⁷ Con detalle al respecto PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El nuevo delito de administración desleal*, en prensa; cfr. asimismo las monografías de CORSTEN, *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, 2011, pp. 67 y ss.; y SCHRAMM, *Untreue und Konsens*, 2005, pp. 46 y ss., pp. 64 y ss., pp. 227 y ss.

Estas alteraciones del perjuicio pueden producirse o bien al margen de la actuación del administrador (que es ya el autor de un delito *consumado* desde el momento en el que se produce la consumación desistible), quien simplemente observa como la actuación de terceros acaba por determinar el *quantum* definitivo del perjuicio, o bien pueden producirse en virtud de actuaciones postconsumativas del administrador. En este último caso, son posibles dos escenarios: (1) en primer lugar, aquél en que, tras la consumación inicial, el administrador dispone todavía en exclusiva de la posibilidad normativa de disminuir o incluso hacer desaparecer el perjuicio. Por ejemplo, el administrador concede en nombre de la empresa un crédito en condiciones ruinosas pero se reserva la posibilidad de exigir durante un plazo determinado ulteriores garantías que lograrían hacer desaparecer el menoscabo ínsito al otorgamiento del crédito; en este caso el administrador puede actuar de dos modos, a saber, o bien hace valer su potestad y lograr eliminar el perjuicio, o bien no lo hace y el perjuicio existente se estabiliza cuando, al vencimiento del crédito, el deudor es insolvente. Un caso semejante es aquél en el que el administrador que ha cometido una infracción tributaria tiene la posibilidad de regularizar en términos del 27 LGT (declaración extemporánea sin requerimiento previo) y, con ello, evitar la sanción efectiva, reduciendo el perjuicio al pago de los correspondientes recargos. Y obviamente podría pensarse también en la posibilidad del administrador que ha cometido un delito fiscal de reducir el perjuicio mediante la regularización del art. 305.4 CP. Por otra parte, es posible un segundo escenario (2) en el que el administrador ya no puede revocar de forma autónoma el perjuicio, sino que, a lo sumo, puede tratar de operar jurídico-negocialmente en aras de aminorar e, incluso, eliminar el perjuicio final esperable. Así por ejemplo, el administrador que ha concedido un crédito ruinoso a un deudor “de confianza” intenta *a posteriori* renegociar las condiciones del crédito, solicitándole al deudor que garantice el crédito ya concedido; en este caso, de nuevo, el administrador podría o bien intentar revocar el perjuicio, o bien omitir cualquier intento al respecto.

Pues bien, una solución consistiría en eludir el problema planteado, afirmando que contablemente en el patrimonio administrado sería preciso considerar “perdido” el importe correspondiente a la eventual sanción. De ser así las cosas, el “primer perjuicio” que marca el momento consumativo no aumentaría cuantitativamente mediante la ejecución de la sanción, pues en el momento del ilícito ya debería contabilizarse como provisión el monto total de la sanción posible. Sin embargo, esta solución no parece convincente, pues, aunque ciertamente es correcto afirmar que el perjuicio inicial vinculado al ilícito se corresponde cuantitativamente con el monto de sanción esperado, y que con su producción tiene lugar la consumación del delito, esta última no puede construirse del mismo modo en que se hace en los delitos contra la vida - sobre la base de los cuales, dicho sea de paso, se ha construido históricamente el concepto de resultado y de desistimiento -, pues ello supondría desconocer la naturaleza esencialmente dinámica del patrimonio y su carácter marcadamente contextual. Si se parte de una visión del injusto penal que trasciende a la mera lesión físico-material del patrimonio y se toma en consideración su carácter expresivo,⁶⁸ resulta obligado tener en cuenta, en la decisión de cuándo el administrador ha

⁶⁸ En este sentido, vid. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 105; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 137 y ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 175 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Rationale

cuestionado de forma seria y real su deber de velar por el patrimonio administrado, aquello que sucede tras la primera consumación, que aquí hemos denominado “consumación desistible”. Ello significa que es inevitable admitir la posibilidad de un *desistimiento postconsumativo* (tras la consumación desistible) a través del cual el administrador revoca el cuestionamiento de la norma que se deriva de su conducta inicial y determina, con ello, que el reproche expreso estatal a través de la pena se muestre como innecesario.⁶⁹ Por tanto, el momento del nacimiento de la pretensión de sanción da lugar a un perjuicio que determina la producción de la consumación del delito (ese perjuicio es el objeto de imputación a la conducta del administrador), si bien el administrador puede desistir de dicha consumación.⁷⁰

5. Así las cosas, si lo dicho se proyecta sobre los casos que hemos expuesto antes, ello significa, en primer lugar, que cuando el administrador que dispone del poder para revocar el perjuicio de forma autónoma logra efectivamente eliminarlo, concurre un desistimiento *postconsumativo* que excluye el injusto.⁷¹ A la misma conclusión habría que llegar, en segundo lugar, en los casos en los que, pese a no disponer de la facultad de eliminar el perjuicio sin intervención de terceros, el administrador lo logra porque consigue que los terceros colaboren (por ejemplo, consigue que su deudor otorgue mejores garantías al crédito ya concedido). En tercer lugar, en los supuestos en los que el administrador sin facultad de revocación autónoma del perjuicio intenta eliminarlo sin éxito por falta de colaboración de los terceros, el administrador *expresa* efectivamente su pretensión de volver al Derecho; si bien la doctrina mayoritaria española negaría relevancia a dicho

Strafzumessung durch Straftatdogmatik», en NEUMANN (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, pp. 633 y s.; recientemente, FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret* 3/2014, pp. 5 y ss.; y ROBLES PLANAS, «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, p. 185; EL MISMO, «Dogmática de los límites del Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, pp. 27 y ss.).

⁶⁹ Cfr. FRISCH, *InDret*, (3), 2014, p. 25 (aunque a propósito del desestimiento preconsumativo). En este sentido ya WEGE, *Rücktritt und Normgeltung*, 2011, p. 76 ss., quien a partir de una concepción de la norma de sanción en la que el fin de ésta es proteger la norma de conducta (pp. 46 y ss.), entiende que cuando el desistimiento expresa la validez de la norma con la misma credibilidad que la expresaría la pena, esta última no es necesaria (pp. 83 y ss., pp. 85 y ss.), esto es, cuando con su conducta expresa el reconocimiento de que ha actuado mal y, a la vez, el reconocimiento del Derecho (p. 86). Y ello se aplica tanto a la tentativa como al hecho consumado, pues ambos desencadenan la necesidad de sanción, para restabilizar la norma (p. 76, p. 79). En todo caso, en el planteamiento de WEGE, el desistimiento tiene la credibilidad exigida cuando existe la posibilidad de alcanzar el resultado, la evitación del resultado es imputable al autor, la incondicionalidad del desistimiento y debe tener el dominio de la conducta posterior al hecho (p. 86 y s.).

⁷⁰ La admisión de un desistimiento postconsumativo no supone entender el delito de administración desleal como un delito de consumación anticipada en sentido estricto (sobre este último, vid. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 307 y ss.). En nuestro planteamiento, el primer momento consumativo no equivale a ninguna tentativa inacabada específicamente tipificada ni se trata de una mera consumación formal. En ese momento, el delito está ya formal y materialmente consumado; de ahí que hablemos de “consumación desistible”.

⁷¹ El Derecho penal alemán reconoce de manera explícita en el § 46 StGB (Principios de la medición de la pena) la relevancia del “comportamiento posterior al hecho”, estableciendo asimismo en el § 46a StGB (Conciliación autor-víctima, reparación del daño) la posibilidad al tribunal de prescindir de la pena (no superior a un año de prisión o una pena de multa de hasta trescientos setenta días) cuando el autor haya reparado su hecho por completo, en su mayor parte o haya perseguido la reparación seriamente (1) o en el caso de que la reparación del daño requiera de él una considerable aportación personal o una renuncia personal, resarza, en todo o en su mayor parte, a la víctima (2).

desistimiento malogrado o fracasado, éste sí debería desempeñar un papel relevante en el marco de una comprensión expresiva del injusto.⁷² Este mismo problema se plantea en aquellos casos en los que el administrador que pretende desistir no logra él mismo revocar el resultado porque es un tercero interviniente en el delito el que lo hace. En cuarto lugar, en los supuestos en los que el administrador no hace nada durante la fase consumativa del delito y permite que el perjuicio inicial se consolida, concurriría un delito de administración desleal consumado. Dicha solución se aplicaría a todos los casos en los que la modificación cuantitativa del perjuicio se produce al margen de toda actuación del administrador, de manera que la casualidad de que no se produzca la sanción (la estabilización del primer perjuicio) no beneficiará al administrador, que responderá de un delito de administración desleal consumado.

6. Por último es preciso determinar el alcance de la fase consumativa, es decir, cuándo se produce la consumación no desistible y, con ello, acaba la posibilidad de un desistimiento postconsumativo excluyente del injusto y entramos en la fase en que solamente es posible la reparación. En principio, cabría afirmar que dicha fase está formalmente condicionada por el proceso, y más concretamente, por el enjuiciamiento del delito que ocluye en cierta medida la posibilidad de un desistimiento postconsumativo. Expresado en términos materiales – y generalizables para todo el delito de administración desleal –, esto significa que la fase consumativa termina cuando se produce la estabilización del perjuicio, en concreto, en el momento en que se acaban de materializar todas las modificaciones cuantitativas del perjuicio que eran previsibles en el momento en que el autor infringió su deber de gestión leal, sin que esté ya en disposición el autor de revocar expresivamente el injusto en cuestión. No obstante, no es posible aquí cerrar la discusión sobre cuáles serían los límites entre la consumación no desistible y la fase en que ya solamente cabe reparar. En todo caso, la proximidad de ambas categorías sugiere la importancia de replantear el tratamiento legislativo de la reparación del daño en los delitos patrimoniales y valorar positiva la tendencia de algunas legislaciones a otorgar efectos eximentes de dicha reparación.

Relacionada con este problema está la cuestión de cuándo se inicia el cómputo de la prescripción. Todo parece indicar que éste debería iniciarse en el día en el que se consuma el delito, por lo tanto, en el inicio de esa fase de consumación desistible. Finalmente, adviértase que esta concepción del desistimiento *postconsumativo* no excluye la posibilidad

⁷² Sobre la exigencia de que no se produzca la consumación como condición del desistimiento, vid. ZACZYK, § 24, *NK-StGB*, 4ª ed. 2013, nm. 55, así como sobre el desistimiento malogrado, nm. 77; GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2012, pp. 45 y ss., para quien la eficacia es consustancial a la exención de responsabilidad en tales casos. Por su parte, MUÑOZ CONDE (*El desistimiento voluntario*, p. 145 y s.; EL MISMO, «Der misslungene Rücktritt», *GA*, pp. 33 y ss.) parte de la punibilidad del desistimiento malogrado, salvo en los casos en que el desistimiento es perfectamente idóneo y elimina el riesgo creado por el autor y, sin embargo, se produce el resultado; dicho resultado ya no es objetivamente imputable al autor. Un análisis del problema en BENLLOCH PETIT, *El desistimiento*, manuscrito, pp. 322 y ss., quien plantea (p. 326, nota 437) el reparo de que «en muchos casos este empleo del mejor de los medios de evitación todavía existentes al momento de desistir no bastará para “eliminar totalmente el riesgo introducido con la ejecución”, pues si ha llegado a existir por un tiempo un riesgo incontrolado de lesión, el peligro de lesión del bien jurídico ya se ha objetivado de modo irreversible. Quizás la intervención del agente logre atajar este peligro hacia el futuro, pero no podrá ya borrar hacia el pasado el hecho de que de sus actos ejecutivos ha surgido por unos instantes un peligro real y actual de producción del resultado.»

de que el administrador repare el delito. Una cosa es desistir y otra cosa reparar. El administrador que tras ser denunciado procede a reparar, ya no desiste, simplemente repara el delito. Cuestión distinta es si de *lege ferenda* debería proponerse la previsión de la posibilidad de una reparación eximente de pena. De hecho, ya existen algunos Códigos penales que otorgan, en los delitos patrimoniales (incluida la administración desleal) efectos eximentes a conductas posteriores al surgimiento del perjuicio⁷³.

3.4. El riesgo de que terceros autorresponsables menoscaben el patrimonio administrado: ¿un riesgo típico conforme al art. 252 PCP?

1. En la medida en que se admita que el patrimonio tiene una dimensión económica, éste no puede ser tratado como otros bienes jurídicos (vida, integridad física), en la medida en que se trata de un bien especialmente “dependiente del contexto”⁷⁴, pues su dimensión económica no puede definirse al margen de las conductas esperables de otros (¿cuál sería el valor de mercado de un bien o negocio sin una pluralidad de terceros que valoran dicho bien o negocio?). En efecto, el carácter beneficioso o perjudicial de un acto de administración, al margen de que constituyan un ilícito o no, la determinamos a la luz de las conductas esperables de terceros (los consumidores, que se espera que compren el medicamento para cuyo desarrollo se han invertido millones; la inversión de terceros que, a la vista de determinada restructuración de la empresa; la concesión de financiación de una entidad bancaria, etc.). Pero ello genera la duda de si esta dinámica propia de la dimensión económica de patrimonio es suficiente para justificar la vinculación normativa que ésta implica entre la conducta del administrador y las esferas jurídicas de los terceros o si, por el contrario, ello requiere una justificación específica desde la teoría de la imputación objetiva.

2. Es evidente que la autoridad que sanciona *domina* su propia conducta, pero normativamente no es candidata a la imputación del perjuicio que se ha generado en el patrimonio administrado por el administrador, sino una conducta a la que se imputa un menoscabo permitido (y debido). Así, el tercero que actúa debidamente es autorresponsable en el sentido de que domina el curso que genera el perjuicio, pero normativamente no es responsable del perjuicio sufrido por la esfera patrimonial

⁷³ Así, el § 167 Código penal austríaco prevé, bajo determinados presupuestos, el levantamiento de la pena del delito de administración desleal y muchos otros delitos patrimoniales cuando tiene lugar la reparación.

⁷⁴ Es interesante recordar aquí la consideración de WELZEL, *Abhandlungen*, p. 140 quien sostiene que, en realidad, el merecimiento de protección penal es siempre consecuencia de un juicio de atribución contexto-dependiente. «*Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in „Funktion“ sind, d.h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, usw. sind nicht einfach „da“, sondern ihr Dasein ist In-Funktion-Sein, d.h. in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen erleiden. [...]*». A este respecto, el patrimonio no se diferenciaría de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad. Ahora bien, podría sostenerse que en la decisión normativa sobre qué es patrimonio, en su definición normativa, se ha introducido un elemento, el valor económico, que constituye, en realidad, una remisión al contexto. Por tanto, el patrimonio no solamente está definido en términos normativos, como cualquier otro bien jurídico, sino que, en nuestra opinión, su determinación (y la constatación de su menoscabo) depende, en cierta medida, de la decisión del contexto, de terceros con los que interactúa el titular del patrimonio o quien lo representa. Así también, recientemente, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 140. Sin embargo, en el caso del patrimonio se constata una “dependencia respecto al contexto” adicional, pues en la definición de patrimonio se ha incorporado una dimensión económica que implica ya una remisión en bloque a las circunstancias contextuales.

administrada por el autor del ilícito, pues dicho tercero no es garante de evitar tal perjuicio, sino precisamente de asegurar la pretensión jurídica de sanción. Lo dicho se aplica también a las conductas no debidas de terceros que, si bien son dominadas por dichos terceros, no tienen un vínculo normativo con el patrimonio administrado y, en todo caso, constituyen el ejercicio de un derecho. Obviamente, ello no impide que, en caso de que el tercero actúe de forma ilícita, se le pueda imputar el ilícito correspondiente (un delito de daños, etc.), ni que pueda en su caso ser interviniente en sentido estricto, como partícipe, en el delito del administrador (el tercero que aporta facturas falsas para que el administrador encubra una deslealtad), pero estos son supuestos que aquí no son objeto de análisis.

3. La cuestión que entonces hay que abordar es la de si es posible vincular normativamente la conducta del tercero con la posición de garantía del administrador. Esta pregunta se puede formular de dos maneras, según cómo se conciba el perjuicio, a saber, o bien cuestionándose si es posible imputar al administrador como perjuicio típico el menoscabo generado naturalísticamente por el tercero o bien preguntándose si es posible incorporar a la determinación del carácter beneficioso o perjudicial de la conducta del administrador la conducta esperada del tercero. De entrada puede decirse que aquí nos enfrentamos a un problema en cierta medida inverso al de las denominadas conductas neutras o neutrales:⁷⁵ no estamos ante alguien, A, que actúa de manera, de entrada, permitida, pese a que sabe que otro, B, incorporará su aportación (la de A) a su organización delictiva (la de B), sino que estamos ante casos en los que el primero que actúa, A, lo hace “contando con” conductas de otros que recaerán sobre la esfera de la que A es garante.

Pues bien, conforme a una primera solución, el vínculo normativo entre la conducta del administrador y el perjuicio generado por el tercero lo constituiría la *autoría mediata*,⁷⁶ conforme a la cual el administrador que comete el ilícito sería competente por la realización, a través de la correspondiente administración sancionadora, del riesgo de perjuicio para el patrimonio administrado. Sin embargo, este planteamiento no sirve para resolver los casos de imposición de sanciones que no son *self-executing*, esto es, los casos en los que entre el ilícito y la intervención de la autoridad sancionadora, media una decisión libre no debida de un tercero (la acción civil correspondiente, la denuncia en caso de delitos perseguibles solamente a instancia de parte).⁷⁷ Y ello no resulta satisfactorio, pues parece que la diferente configuración del proceso sancionatorio no debería incidir de manera tan decisiva en la tipicidad de la conducta del administrador. La segunda posibilidad consiste en recurrir al criterio de la *previsibilidad* de la conducta perjudicial del tercero.

4. Esto armoniza con el hecho de que las conductas previsibles o esperables de los terceros determina la dimensión económica del patrimonio. Por lo demás, el criterio de la mera *previsibilidad* de la conducta del tercero resulta ciertamente útil cuando la conducta de la

⁷⁵ Al respecto, por todos, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003 pp. 24 y ss., 290 y ss.

⁷⁶ En este sentido PERRON, *FS-Tiedemann*, 2008, p. 745.

⁷⁷ Sobre la distinción entre sanciones materialmente auto-ejecutables (*materiell selfexecuting*) y sanciones vinculadas a procedimientos de evaluación y/o selección, vid. SALIGER, § 266, *SSW-StGB-StGB*, 2ª ed., 2014, nm. 75; EL MISMO, *Parteiengesetz und Strafrecht*, 2005, pp. 130 y ss. De idéntica opinión, MATT, § 266, *Matt/Renzikowski-StGB*, 2013, nm. 134. En sentido crítico, sin embargo, SCHÜNEMANN, § 266, *LK-StGB*, 12ª ed., 2012, nm. 184.

autoridad correspondiente consistente en imponer una sanción es una conducta lícita y, además, debida. Sin embargo, en la medida en que la toma en consideración de las expectativas de conducta de los terceros parece ser la regla general, impuesta por la referida dimensión económica del patrimonio, hay que preguntarse si esta regla encuentra límites cuando lo previsible es que los terceros causen *ilícitamente* perjuicios al patrimonio administrado. Se trata de casos que no constituyen *stricto sensu* el objeto de estudio de estas líneas, pero que sirven de piedra de toque del criterio de la previsibilidad. Piénsese en los siguientes supuestos: (1) el administrador despide a unos trabajadores violentos que probablemente incendiarán la fábrica en el curso de sus protestas, como efectivamente ocurre; (3) el administrador comete un ilícito medioambiental, siendo previsible que un grupo ecologista bloquee el arribo de sus barcos mercantes a sus puertos de destino, con las consiguientes pérdidas, cosa que hacen; (4) el administrador, pese a tener conocimiento del plan de varios trabajadores descontentos consistente en incendiar una nave de la empresa, no hace nada para impedirlo. Estos casos nos hacen dudar de la solidez del mero criterio de la previsibilidad, pues este criterio debe superar a su vez un filtro normativo concretado en la posición de garantía del administrador. La mera previsibilidad no es un criterio suficiente, sino que lo decisivo es, a la luz de la posición de garantía del administrador, determinar si este último tiene o no el deber de adaptar su gestión a determinadas conductas previsibles de terceros.

Cuando la conducta del tercero es lícita y, con más razón, cuando es debida, parece que el administrador sí tiene el deber de tomarla en consideración. Allí, pues, la solución del criterio de la previsibilidad coincidiría con la del criterio de la posición de garantía. En cambio, cuando la actuación (esperada) del tercero es ilícita, el análisis se complica. ¿Tiene el administrador el deber de tomar en consideración el hecho de que los trabajadores despedidos incendiarán (previsiblemente) la fábrica, causando graves daños?, ¿tiene el administrador el deber de mejorar las condiciones de trabajo de un grupo de trabajadores que ha amenazado con destruir maquinaria industrial de gran valor, causando con ello graves pérdidas a la empresa administrada? ¿Y tiene acaso el deber, como garante, de evitar que unos gamberros de la zona destruyan, conforme a su amenaza, unas instalaciones de la entidad administrada?

Parece evidente que la amenaza de un tercero no genera *per se* una posición de garante, pero la cuestión es qué ocurre cuando el sujeto (nuestro administrador) ya ostenta cierta posición de garantía respecto al patrimonio amenazado. Y es que, en realidad, estos casos presentan una diferencia cualitativa respecto a los supuestos en los que la conducta esperada del tercero otorga sentido económico al acto de administración. En estos últimos casos, el sentido económico de la conducta del administrador hay que determinarlo conforme a las expectativas de conducta del mercado o los potenciales clientes concretos a los que se dirige el producto o la inversión. En cambio, en los casos en que es previsible que terceros lesionen el patrimonio administrado – los ecologistas que han amenazado con apedrear la sede social de la empresa peletera que utiliza pieles de focas para sus abrigos o ¡los terroristas que han amenazado en caso de que la empresa no pague el “impuesto revolucionario”! – el tercero no define la dimensión beneficiosa o perjudicial del acto de administración sino que sencillamente anuncia que perjudicará al patrimonio

administrado. Y lo realmente complejo es entonces valorar si el tercero que decide vincular a la conducta del administrador la causación de un daño al patrimonio administrado reconfigura con ello la posición de garantía de dicho administrador (que nace de un acto de organización: la asunción), generando un deber de “adaptarse” a la situación generada por el tercero que amenaza. Sea como fuere, en este lugar no se pueden resolver estos supuestos, cuya solución requeriría evidentemente abordar minuciosamente el alcance del principio de confianza como criterio configurador de la posición de garantía del administrador. Apúntese únicamente que ello nos aboca de nuevo a un problema esencial del delito de administración desleal: la posición de garantía del administrador.

3.5. Irrelevancia de la intención de beneficiar al patrimonio administrado

Por último, conviene subrayar que las *buenas intenciones* del administrador que comete el ilícito, esencialmente la de ahorrar costes al patrimonio administrado o generar mayor beneficio, no afectan en nada al juicio de tipicidad. Por ello, no es admisible⁷⁸ el planteamiento al que con frecuencia recurre la jurisprudencia alemana conforme al cual el dolo quedaría excluido cuando el autor actúa pensando en beneficiar al patrimonio administrado. Si el administrador comete un ilícito en tales términos que se dan los elementos objetivos del art. 252 PCP y conoce el riesgo creado, es responsable de un delito de administración desleal. La atipicidad podrá fundamentarse, a lo sumo, bien cuando concorra un error relevante – por ejemplo, el desconocimiento de que por dicho ilícito amenazan sanciones al patrimonio administrado – o bien, en su caso, cuando pueda fundamentarse el consentimiento del titular del patrimonio administrado a la gestión mediante ilícitos.⁷⁹

4. Conclusiones

1. La cuestión de la tipicidad, conforme al art. 252 PCP, de la comisión de ilícitos debe resolverse esencialmente determinando el alcance de la posición de garantía asumida por el administrador de un patrimonio ajeno.
2. Los ilícitos cometidos por el administrador que generan riesgos de sanción para el patrimonio administrado solamente pueden ser relevantes conforme al art. 252 PCP si son cometidos por el administrador en el ejercicio de sus funciones de administrador, esto es, en el seno de su relación interna con el titular del patrimonio, en cuanto garante de este último, y no cuando son cometidos aprovechando las posibilidades fácticas de actuación que le ofrece su posición.
3. Con base en una concepción jurídico-económica de patrimonio en la que la dimensión jurídica exige reconocimiento jurídico (y no mera apariencia jurídica), puede afirmarse que el ilícito es idóneo para perjudicar el patrimonio administrado como consecuencia del

⁷⁸ Así WEBER, *FS-Seebode*, 2008, p. 440.

⁷⁹ Con detalle al respecto PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El nuevo delito de administración desleal*, en prensa. Vid. también POLLER, «Untreue durch Übernahme von Geldsanktionen, Verfahrenskosten und Verteidigerhonoraren?», *StraFo*, (7), 2005, p. 279 s.

nacimiento de una pretensión de sanción, salvo en los supuestos en los que asumir los costes de la sanción tenga sentido económico para el patrimonio administrado. Esto último nunca ocurrirá en los casos de comisión de delitos, donde la pretensión de sanción en sentido amplio incluye el comiso del beneficio obtenido, pero sí podrá ocurrir en el caso de ilícitos laborales como el despido improcedente, en el que los costes generados por el mantenimiento de un trabajador pueden ser superiores a los costes derivados de la infracción laboral (casos en los que, además, podrá construirse normalmente un claro consentimiento presunto).

4. Siendo así las cosas, el momento consumativo se ubica en el mismo momento de la comisión del ilícito (primera consumación o consumación desistible), pues es en ese mismo momento en el que queda gravado el patrimonio administrado con una pretensión de sanción que aminora su valor, al igual que ocurre en los casos en que el administrador contrae obligaciones absurdas para la sociedad (esto es, que no van vinculadas a ninguna expectativa lícita de enriquecimiento). Ahora bien, la fase de consumación se prolonga durante el periodo de tiempo hasta el momento en que se produce la sanción o la prescripción del plazo para imponerla y/o ejecutarla (consumación no desistible). De ese modo, se incorpora a la valoración del injusto la dimensión cuantitativa del perjuicio y, al mismo tiempo, se abre la posibilidad de desistimiento postconsumativo eficaz durante ese periodo de tiempo.

5. La pretensión de sanción por parte de la autoridad correspondiente es el fundamento de la afirmación del perjuicio. Dicha pretensión se incorpora a la valoración de la conducta del administrador del mismo modo que se incorpora la previsible reacción del mercado o de determinados clientes potenciales. Con ello, la incorporación de las expectativas de conductas de terceros a la valoración de la dimensión económica de los actos de administración se basa en la previsibilidad. Ciertamente, ello parece derivar de la naturaleza contexto-dependiente de la dimensión económica del patrimonio y encuentra su fundamento en la posición de garantía del administrador. A la luz de esta última debe abordarse también el estudio de los casos complejos en los que terceros amenazan con menoscabar el patrimonio administrado.

5. Bibliografía

AGUADO CORREA (2014), «Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *InDret*, (1), pp. 1 a 57.

- EL MISMO (2013), «Decomiso de los productos de la delincuencia. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *RECPC*, (15-05), pp. 1 a 27.

BAYER (2009), «Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen», en BITTER (ed.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Schmidt, Köln, pp. 85 y ss.

BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito. Su problemática en la tentativa de autor único*, Barcelona, 1998, manuscrito.

BRAND (2011), «Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 13. April 2011 - 1 StR 94/10 (LG Köln): [Rechtswidrig erlangte Spenden in Partei-Rechenschaftsbericht - Kölner Parteispendenaffäre]», *NJW*, pp. 1751 y s.

BURGER (2007), *Untreue (§ 266 StGB) durch das Auslösen von Sanktionen zu Lasten von Unternehmen*, Herbolzheim, Centaurus.

CHOCLÁN MONTALVO (2001), *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid.

CORSTEN (2011), *Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung*, Baden-Baden, Nomos.

DIERLAMM (2008), «Untreue - ein Korruptionsdelikt?», en SCHÖCH et al. (eds.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafwissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln, Heymanns, pp. 607 y ss.

EASTERBROOK/FISCHEL (1982), «Antitrust Suits by Targets of Tender Offers», *Michigan Law Review*, (80), pp. 1155 y ss.

ERB (2012), «Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 dStGB) durch die Begründung einer Haftungs- verbindlichkeit beim Handeln im wirtschaftlichen Interesse des Vermögensinhabers - Strafrecht als ultima ratio?», en WRÓBEL et al. (eds.), *Festschrift für Andrzej Zoll*, v. II, Lex, Warszawa, pp. 1075 y ss.

ESSER (2011), «§ 266», en LEIPOLD/TSAMBIKAKIS/ZÖLLER (eds.), *AnwaltKommentar StGB*, Bonn, Dt. Anwaltverl., pp. 1766 y ss.

FOFFANI/NIETO MARTÍN (2006), «Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista Penal*, (17), pp. 110 y ss.

FRISCH (2014), «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), pp. 1 y ss.

GALLEGO SOLER (2002), *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GILI PASCUAL (2013), «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs», *Cuadernos de Política Criminal*, (109), pp. 45 y ss.

- EL MISMO (2012), *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GÜNTHER (2004), «Die Untreue im Wirtschaftsrecht», en HEINRICH (ed.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld, pp. 311 y ss.

HEFENDEHL (1994), *Vermögensgefährdung und Exspektanzen: das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs*, Duncker & Humblot, Berlín.

HILLENKAMP (1981), «Risikogeschäft und Untreue», *NStZ*, (5), pp. 161 y ss.

IBOLD (2011), *Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen. Dargestellt am Beispiel von Bestechungszahlungen zugunsten eines Unternehmens*, Duncker & Humblot, Berlín.

JÄGER (2007), «Untreue durch Auslösung von Schadensersatzpflichten und Sanktionen», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag*, Heymann, Köln, pp. 593 y ss.

JAHN (2013), «-Zur Strafbarkeit bei Verursachung hoher Spendenwerbungskosten», *JuS*, pp. 179 a 182.

KINDHÄUSER (2013), «§ 266», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4^a ed., Nomos, Baden-Baden.

KUBICIEL (2005), «Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit», *NStZ* (7), pp. 353 y ss.

LENCKNER/EISELE (2010), «§§ 13 ff», en ESER (dir.), *Schönke-Schröder*, 28^a ed., Beck, München.

LESCH, (1999), *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Köln.

MARTIN (2000), *Bankuntreue*, Duncker & Humblot, Berlín.

MATT/SALIGER (1999), «Straflosigkeit der versuchten Untreue», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a.M, Lang, pp. 217 y ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (1993), «El delito societario de administración fraudulenta», *EPCr*, (17), pp. 268 y ss.

MOSIEK (2012), «Nochmals: Zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens. Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 1032, BGH HRRS 2011 Nr. 675, BGH HRRS 2011 Nr. 936, BGH HRRS 2011 Nr. 1153, BGH HRRS 2012 Nr. 781», *HRRS*, (10), pp. 454 y ss.

- EL MISMO (2009), «Neues zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens. Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17. Juli 2008 – 5 StR 394/08 = HRRS 2009 Nr. 718», *HRRS*, (12), pp. 565 y ss. (2012),

MUÑOZ-CONDE (1973), «Der misslungene Rücktritt», *GA*, pp. 33 y ss.

- EL MISMO (1972), *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona.

OTTO (2000), «Keine strafbare Untreue im Fall Kohl», *RuP*, pp. 109 y ss.

PASTOR MUÑOZ/COCA VILA (2015), *El nuevo delito de administración desleal*, en prensa.

- LOS MISMOS (2013), «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, (2), pp. 36 y ss.

PASTOR MUÑOZ, «Los pagos de corrupción realizados por los administradores de sociedades en contextos de corrupción sistémica: ¿una deslealtad punible?», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Bernd Schünemann*, en prensa.

- EL MISMO (2013), «Herausforderungen bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrechts», en ZÖLLER et al. (eds.), *Gesamte Strarechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 1462 y ss.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (2010), *La libertad institucionalizada: Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

PAZ-ARES (2003), «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, (4), pp. 4 y ss.

PERRON (2014), «§ 266», en ESER (ed.), *Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., Beck, München.

- EL MISMO (2013), «Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens», en FREUND et al. (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 857 y ss.

- EL MISMO (2008), «Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue», en SIEBER et al. (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Heymann, München, pp. 737 y ss.

- EL MISMO (2008), «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.10.2006 - 2 StR 499/05», *NStZ* (9), pp. 517 y ss.

POLLER (2005), «Untreue durch Übernahme von Geldsanktionen, Verfahrenskosten und Verteidigerhonoraren?», *StraFo*, (7), p. 274 y ss.

POZUELO PÉREZ (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RANSIEK (2004), «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», *ZStW*, (116), pp. 634 y ss.

RIBAS FERRER (2011), «Arts. 225 y 226», en ROJO/BELTRÁN (eds.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, t.II, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, pp. 1608 y ss.

ROBLES PLANAS (2014), «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, pp. 185 ss.

- EL MISMO (2014), «Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, pp. 27 y ss.

- EL MISMO (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

RÖNNAU (2007), «Untreue als Wirtschaftsdelikt», *ZStW*, (119), pp. 887 y ss.

SALIGER (2014), «§ 266», en SATZGER et al. (eds.), *SSW-StGB*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln.

- EL MISMO (2012), «Juristischer und wirtschaftlicher Schaden», *HRRS*, (8-9), pp. 363 y ss.

- EL MISMO (2011), «Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik», *ZIS*, (11), pp. 902 y ss.

- EL MISMO (2006), «Gibt es eine Untreuemode? Die neue Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung», *HRRS*, (1), pp. 10 y ss.

- EL MISMO (2005), *Parteiengesetz und Strafrecht. Zur Strafbarkeit von Verstößen gegen das Parteiengesetz insbesondere wegen Untreue gemäß § 266 StGB*, Mohr Siebeck, Tübingen.

SCHLÖSSER/DÖRFLER (2007), «Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den deutschen Corporate Governance Kodex», *wistra*, (9), pp. 326 y ss.

SCHÜNEMANN (2012), «§ 266», en LAUFHÜTTE et al. (eds.), *LK-StGB*, 12ª ed., De Gruyter, Berlín.

- EL MISMO (2008), «El tribunal supremo en la maraña del tipo de la administración desleal», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, pp. 123 y ss.

SCHWIND (2001), «Zur Strafbarkeit der Entgegennahme von anonymen Parteispenden als Untreue (§ 266 StGB) – dargestellt am Fall Dr. Helmut Kohl», *NStZ*, (7), pp. 349 y ss.

SEIER (2012), «Untreue», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, pp. 606 y ss.

SILVA SÁNCHEZ (2010), «Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik», en NEUMANN (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Müller, Heidelberg, pp. 625 y ss.

- EL MISMO, «Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]», *InDret*, (2), pp. 1 y ss.

THOMAS (2012), «Untreue in der Wirtschaft», en HANACK (ed.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, pp. 795 y ss.

VOLHARD (2002), «Die Untreuemode. Ist die Angabe unvollständigen Rechenschaftsberichts einer politischen Partei wegen Untreue strafbar?», en PRITTWITZ et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 673 y ss.

WEBER (2008), «Untreue durch Verursachung straf- und bußgeldrechtlicher Sanktionen gegen den Vermögensinhaber», en SCHNEIDER et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Seebode: zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, pp. 437 y ss.

WEGE (2011), *Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZACZYK (2013), «§ 24», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Nomos Kommentar zum StGB*, 4ª ed. Nomos, Baden-Baden.

ZIESCHANG (2013), «§ 266», en PARK (ed.), *Kapitalmarktstrafrecht*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden.