

## El delito de administración fraudulenta en el seno de la sociedad mercantil

Patricia Peck

El delito de administración fraudulenta, tipificado en el artículo 295 del Código Penal de 1995, viene a dar una respuesta a una necesidad político-criminal, dada la insuficiencia de delitos patrimoniales que sancionaban conductas relevantes en el ámbito societario, y que había sido puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia[1].

Hasta el momento, las conductas típicamente relevantes y que verdaderamente constituían el delito de lo que ahora se castiga vía 295 del CP, venían sancionándose mediante la única alternativa que el legislador del CP del 73 ofrecía, que no eran otra que los clásicos delitos patrimoniales, tales como la apropiación indebida que al no apreciar el engaño como determinante del perjuicio patrimonial, acogía la calificación de apropiación indebida, en su modalidad de distracción (administración desleal), abarcada por el art. 535 C.P. 73[2] o la estafa, pero cuya estructura típica además de ser insuficiente no se había pensado para la sanción de tales conductas, lo que provocó, en más de una ocasión la puesta en peligro del principio de legalidad. Así mismo, la falta de tipificación penal de esta conducta dejaba impunes las acciones que perjudicaban un patrimonio ajeno confiado al autor, al no poderse subsumir en el delito de estafa, por no producirse el engaño previo, tal y como señala en este sentido Francisco Muñoz Conde[3].

El art. 295 del CP dice así "los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que en beneficio propio o de un tercero, con

abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido".

Siendo una característica propia y común de los delitos societarios enmarcados en Capítulo XIII, del Título XIII del Libro II del Código Penal, tales como los que encontramos en los arts. 290, 293, 294 y 295, se requiere que el sujeto activo del delito sea un administrador de hecho o de derecho, pero en el delito de administración fraudulenta se incluyen a los socios como posibles sujetos activos del delito.

El derecho mercantil ha definido al administrador o al órgano de administración de la sociedad como un "órgano vital para la vida de la sociedad al ser el órgano ejecutivo representativo que lleva a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la representa en sus relaciones jurídicas con terceros. Así se considera un órgano necesario, tanto para la constitución de la sociedad como para su ulterior funcionamiento, y permanente por desarrollar su actividad gestora dirigida a la consecución de los fines sociales, del objeto social". En este sentido, y tal y como apunta Rodrigo Uría[4], el órgano administrativo desempeña la más importante función en el seno de la sociedad, al ejecutar los acuerdos de la Junta general y adoptar diariamente otras muchas decisiones en la esfera de su propia competencia, toda la vida social fluye a través del mismo, y es su actuación acertada o desacertada la que hace prosperar a la sociedad o la lleva al fracaso o a la ruina.

No obstante, debe advertirse que es preciso diferenciar la ilicitud mercantil de la penal, y es por este motivo que el derecho penal, que goza del principio de autonomía, le permite apartarse del resto del ordenamiento jurídico para trazar un límite conceptual de sus términos, y ha aportado una definición distinta a la que se ha mencionado en el anterior párrafo, acudiendo a sus propias reglas de interpretación para definir los términos de administrador de hecho o de derecho.

Como ya se ha dicho, el abanico de posibilidades que se ofrece para la comisión de este delito especial propio, tan solo se da por que dichos sujetos, es decir el administrador de hecho, de derecho o los socios, ostentan una especial vinculación con el bien jurídico protegido, que se deriva por un deber de diligencia, de fidelidad en el desempeño de sus funciones, en la representación de la sociedad, exigencia regulada en la legislación societaria (Art. 127 LSA y Art. 61 LSRL).

Así, y de acuerdo con Silvia Bautista[5] cuando el administrador comete un delito de administración fraudulenta "ataca un bien jurídico-penal a través de la infracción de un deber extrapenal, materializado en la confianza en la que se basa su nombramiento", quedando, en ese momento, los administradores investidos, a virtud del nombramiento de los poderes o facultades que la Ley o los estatutos les confieran y que surten efecto en el mismo momento de la aceptación del cargo (art. 125 LSA).

Lo esencial es, pues, que de facto el sujeto activo tenga la posibilidad material de ostentar el suficiente poder de representación y de desempeñar una serie de actos que le lleven a poder cometer el delito y lesionar el bien jurídico protegido. Por ello el legislador equipara a los administradores de derecho con los de hecho, puesto que en ambos casos la única diferencia que existe entre ambos es un mero nombramiento formal por su inclusión en los estatutos sociales y su inscripción en el Registro Mercantil, pero que, ambos asumen la gestión de la compañía en términos fácticos, desempeñando funciones de administración, y de gestión societaria.

Así, a efectos de poder cometer el delito, tanto el administrador de derecho como el de hecho están en una posición igualitaria para lesionar el bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta al ostentar un poder que les permite situarse en una posición y en unas condiciones predilectas para llevar a cabo las conductas típicas, ya que es en virtud de ese poder que pueden disponer de bienes de la sociedad o obligarse a cargo de la sociedad, en el ejercicio de sus funciones sociales.

Y en ambos supuestos, cuando en el ejercicio de este poder el administrador, sea de derecho o de hecho, llega a extralimitarse en sus funciones, llegando a disponer de bienes ajenos o contraer obligaciones que perjudican gravemente el patrimonio social, es cuando se vulnera el deber de lealtad y de fidelidad en la administración de un patrimonio ajeno.

En cuanto a los socios como posibles autores del delito, su inclusión se justifica, no por querer ostentar un cargo de administración, que por el mero hecho de ser socio no ostenta, ya que en este supuesto nos hallaríamos ante un abuso de cargo, sino por las facultades que, en determinados supuestos, (como podrían ser en sociedades en formación en las que un socio puede realizar actividades de gestión, o en sociedades personalistas en las que el socio puede intervenir en la gestión) pueden llevar a que éstos contraigan obligaciones a cargo de la sociedad.

También puede darse en los supuestos en los que un socio nombra a un administrador, como hombre de paja, lo que le permite ostentar la posición privilegiada a la que antes hacíamos referencia para poder realizar las conductas típicas, lo que nos podría llevar a equiparar en determinados supuestos la figura del socio con la del administrador de hecho ya que mediante su conducta, el socio también dispone de los mismos ingredientes para gestionar y disponer del patrimonio social.

Es pues por darse estas posibilidades, que el legislador sintió la necesidad de incluir al socio como posible sujeto activo del delito.

## BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina se ha dividido a la hora de discutir cuál es el bien que se quería proteger con la tipificación de la conducta de la administración fraudulenta.

Los bienes sobre los que se puede disponer, eso es el objeto material sobre el que recae la acción típicamente relevante puede ser, según entiende un sector de la doctrina, el de los socios, depositarios, cuentapartícipes, y otros titulares de bienes y valores de capital que están administrados por el órgano de gestión de la sociedad.

Para otro sector, el bien jurídico protegido de la sociedad y de los socios es indivisible, por entender que el patrimonio societario lo conforman el conjunto de bienes, títulos valores que ostentan cada uno de los socios, bienes de la sociedad de los que se dispone fraudulentamente y a cuyo cargo se contraen obligaciones.

Muchos autores entienden, que también forma parte del bien jurídico protegido un derecho supraindividual como es el correcto funcionamiento de la economía de mercado[6].

También cabe cuestionarse si el deber de fidelidad de los administradores es, en sí, un bien jurídico protegido, ya que lo que caracteriza la administración societaria es el ostentar una relación que la sociedad, es decir, con los demás socios que integran la organización social, es una relación fiduciaria, y esta confianza se materializa en el otorgamiento de poderes, en el caso de los administradores de derecho. Y esta confianza se basa en la exigencia legal, pero a la vez, en la presunción de que la gestión social se realizará con la diligencia y fidelidad debida. Así, el administrador quiebra, con la comisión del delito tipificado en el artículo 295 del CP, el deber de diligencia que le es exigible, pero que a la vez es necesario para la consecución de los objetivos que se marca la sociedad en el desarrollo de su proyecto empresarial.

Y es esa estrecha relación entre administrador y sociedad la que diferencia el delito de administración fraudulenta con el de apropiación indebida, por cuanto que, en este delito tipificado en el art. 252 CP, se infringe un deber bien distinto y más tangible, que no es otro que el de entregar aquello de lo que se apropiaron indebidamente cuando les fue otorgado en virtud de un título u obligación que "produzca la obligación de devolverlos". Es esta expresa obligación de devolución en virtud de título que nos permite adivinar que, en el delito de apropiación indebida se protege el derecho de propiedad sobre bienes concretos,

mientras que en el delito de administración fraudulenta se protege la integridad de un patrimonio conformado por varios titulares, que se ha puesto en peligro, no por haberlo entregado a otro con obligación de devolverlo, si no que éste lo ha gestionado de forma que ha perjudicado, no sólo a su patrimonio, si no, las posibilidades de crecimiento y de prosperidad de la sociedad, y en consecuencia de incremento del valor de su patrimonio.

## CONDUCTA TÍPICAMENTE RELEVANTE

Las modalidades comisivas del delito de administración fraudulenta son dos y alternativas. La primera consiste en la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad, exigiéndose que el objeto de la acción recaiga sobre bienes.

Por disposición puede entenderse tanto conductas apropiatorias que impliquen una atribución de dominio definitiva, como actos dominicales que conlleven una voluntad de apropiación, y el sector de la doctrina, que así lo cree, considera que existe una delgada línea roja que separa éste delito con el de apropiación indebida, por cuanto que existen supuestos en los que la actividad del administrador acaba conllevando la apropiación definitiva de algún bien social integrándolo en su patrimonio, conducta que lleva a compartir un amplio campo común con el delito de apropiación indebida.

Serían actos en los que el administrador deriva en alguna apropiación de bienes de la sociedad.

Pero por "disponer" pueden incluirse supuestos de aprovechamiento de bienes que integran el patrimonio social sin que la sociedad o los socios obtengan beneficios siendo éstos derivados a obtener un beneficio para el administrador o un tercero.

De acuerdo con Silvia Fernández Bautista la diferencia entre el delito de apropiación indebida con el de administración desleal radica en el deber que infringe el sujeto activo, el

deber de administrar lealmente, contraria al principio de confianza en que se basa la administración societaria, dará lugar, junto con el cumplimiento de los demás elementos que constituyen el tipo penal a un delito de administración fraudulenta y a la infracción del deber de devolver aquello que inicialmente se entregó.

La segunda modalidad comisiva es la de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, que la perjudiquen, y que sean en beneficio del sujeto activo o de un tercero.

Joan J. Queralt observa que, de esa apariencia de licitud y de ausencia de transferencias de activos de la sociedad al administrador, nace el mayor peligro. Se trata pues de una administración abusiva, pues se aprovecha del puesto que el sujeto activo ostenta para la obtención de ventajas que aparentemente no provienen de la entidad.

El perjuicio patrimonial que se produce debe ser económicamente evaluable no para la sociedad en sí, que de ser así, procederán las acciones prevista en los artículos 133 y 134 LSA (Acción Social de Responsabilidad), sino que el perjuicio ha de situarse en sus propietarios, los socios, y un correlativo beneficio obtenido por el administrador que servirá como base para la evaluación de la pena alternativa de multa.

## SUJETOS PASIVOS

El delito se configura como un delito de resultado lesivo, por cuanto que se exige la causación directa de un perjuicio económicamente evaluable a cualquiera de los sujetos enumerados en el artículo 295 CP.

Se configuran como principales sujetos pasivos de este delito a los socios principalmente que, de hecho representan intereses internos de la sociedad, pero, por el hecho de que no todos los socios pueden compartir los mismos intereses, y que se da, a menudo, una dualidad entre intereses personales e internos, el perjuicio al que se refiere el precepto

penal, que se debe causar al socio, debe entenderse como aquél perjuicio que se vincula de forma directa a la condición de socio, como sujeto perteneciente a la sociedad, que ha participado con aportación de capital, capital que se administra de forma desleal.

Sectores doctrinales han cuestionado el hecho de que el sujeto pasivo sea el socio y no la sociedad en sí, configurándose un tipo penal de protección a las minorías.

Son sujetos pasivos los depositarios, entendiéndose como tales aquellos que reciben una cosa mueble en depósito. Silvia Bautista advierte que la inclusión de los depositarios como sujetos pasivos de este delito no es más que un error del legislador por cuanto que se está protegiendo al sujeto que recibe en depósito una cosa mueble y no al depositante que es quien entrega la cosa con el fin de depositarlo.

Este fallo del legislador, que no ha incluido a los depositantes como posibles sujetos pasivos, lleva, sin duda, a que nos encontremos ante un claro supuesto de desprotección penal que la doctrina ha intentado salvaguardar proponiendo distintas interpretaciones, por cuanto que unos han propuesto sustituir, sin más, depositarios por depositantes, y otros han entendido depositario como aquellos titulares de bienes o valores administrados por la sociedad.

En este aspecto el legislador no ha sabido apreciar el valor de la concreción del lenguaje puesto que podemos hallarnos en supuestos en los que puedan existir depósitos que no necesiten ser administrados y cuya única finalidad sea el mero depósito, por ejemplo, de ahorro en una entidad financiera, por lo que los actos tendentes a administrar lo que no necesite ser administrado pase a ser una apropiación indebida, pues permite sancionar a aquellos que "se apropien o distraigan dinero recibido en depósito".

Se incluyen como sujetos pasivos, además de los anteriormente mencionados, a los cuentapartícipes y a los titulares de bienes, valores o capital administrado.

Haciendo un pequeño apunte, debe tenerse en cuenta que a efectos de interpretar el tipo penal, se consideran cuentapartícipes, aquellos que son parte en un contrato de cuenta en participación regulado en los artículos 239 a 243 del C.Com, cuyo fin es que tanto el empresario que necesita financiarse como el capitalista que quiere invertir, compartan beneficios o pérdidas, pero en todo caso el destino que debe hacer el inversor de los bienes que recibe es obtener un beneficio mediante la gestión de lo que ha recibido, con la diligencia de un buen comerciante.

En cuanto a los titulares de bienes, valores o capital administrado, algunos autores que consideraban que el delito del 295 del CP tan solo intentaba proteger a las minorías, han visto aquí, la posibilidad de que, en este extremo, se esté intentando considerar a la sociedad como posible sujeto pasivo, ya que ésta, como persona jurídica, puede ser titular de bienes o capital que su propio órgano de administración dispone.

## CONCLUSIÓN

Así, y a modo de conclusión de todo lo expuesto, debe quedar claro que cometen el delito de administración fraudulenta aquellos que, en el ejercicio de su cargo de administrador de una sociedad, sea de derecho o de hecho, o un socio, que tengan la posibilidad de ostentar una posición privilegiada en el seno de una sociedad, puedan realizar actos de disposición del patrimonio social, entendiéndose como tal, tanto el patrimonio de los socios, materializado en los intereses sociales, como el patrimonio de la sociedad, por cuanto que ésta puede ser, por si misma titular de bienes o derechos, causando un perjuicio económicamente evaluable.

Disponível em:< [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=250](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=250)> Acesso em.: 27 set. 2007.