

REFLEXIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

MARÍA ESTHER NAVARRETE MORALES

Abogada y Profesora del Máster de Abogacía UAL

E-mail: nm1519@icaalmeria.com

RESUMEN: Tras la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo que derogó el artículo 295 CP regulando el nuevo delito de administración desleal en el artículo 252 CP, es de vital importancia determinar el bien jurídico que se protege en el mismo; si se trata del patrimonio en sí mismo o de la fidelidad entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. El estudio de las distintas Teorías existentes sobre el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio (Teoría jurídica; Teoría económica; Teoría mixta, y Teoría personal), nos ha llevado a considerar, que el fundamento esencial de la protección jurídico-penal del patrimonio está en preservar el poder de disposición de una persona sobre los bienes económicamente transables de su patrimonio, protegidos por el derecho.

Palabras clave: Administración desleal; bien jurídico; patrimonio; fidelidad, lealtad, confianza; administrador; administrado; perjuicio; relación de dominio; bienes económicamente transables.

ABSTRACT: “Following the reform of LO 1/2015 of March 30, which repealed article 295 CP, regulating the new crime of unfair administration in article 252 CP, it is vitally important to determine the legal good that is protected therein, whether it is about the assets themselves or the fidelity between the administrator and the owner of the managed assets. The study of the different existing Theories on the foundation of the legal-criminal protection of heritage (Legal Theory; Economic Theory; Mixed Theory, and Personal Theory), has led us to consider that the essential foundation of the legal-criminal protection of the Heritage is about preserving a person’s power of disposal over the economically tradable assets of their heritage, protected by law.

Keywords: unfair administration; legal good; heritage; fidelity, loyalty, trust; administrator; administered; damage; dominance relationship; economically tradable goods.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. III. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL PATRIMONIO. 3.1. La Teoría Jurídica. 3.2. La Teoría Económica. 3.3. La Teoría Mixta. 3.4. La Teoría Personal. IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La cuestión sobre qué bien jurídico protege el delito de administración desleal ha sido motivo de debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Se ha discutido si este delito se centra exclusivamente en aspectos patrimoniales, donde el bien jurídico protegido sería el patrimonio, o si también abarca la fidelidad que debe existir entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. Esta controversia se intensificó durante la vigencia del derogado artículo 295 del Código Penal, especialmente debido a su ubicación en el capítulo dedicado a los delitos societarios.

En relación con los delitos societarios, algunos autores, como DEL ROSAL BLASCO, sostienen que son esencialmente delitos de naturaleza patrimonial, con la excepción del artículo 294 CP, que se considera un delito socioeconómico. Esto se debe a que se están tutelando los intereses patrimoniales, ya sean de la sociedad misma, de los socios o de terceros con un interés directo en ellos¹. Sin embargo, no existe un consenso unánime en la doctrina al respecto.

En una primera aproximación, GÁLVEZ JIMÉNEZ, señala que los delitos societarios tienen una naturaleza mixta o intermedia, ya que, si bien lesionan los intereses patrimoniales de manera individual, también afectan al mercado en general. Cuando los sujetos pasivos no logran sus objetivos debido a la ruptura del funcionamiento adecuado del mercado, se daña el orden socioeconómico, entendido como el mercado libre en la economía del país. Además, el artículo 296.2 del Código Penal establece que cuando la comisión del delito afecta a los intereses generales o a múltiples personas, el legislador busca dar a los delitos societarios una naturaleza que se sitúa entre los delitos patrimoniales y los socioeconómicos².

En ese contexto, la jurisprudencia también ha emitido repetidas opiniones en cuanto al bien jurídico protegido por el antiguo artículo 295 del Código Penal que, en su mayoría, ha girado en torno a la idea de que lo que se tutela es el patrimonio, categorizándose este delito como fundamentalmente patrimonial.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 22 de febrero de 2016, en su Fundamento Jurídico Quinto³, haciendo referencia a un supuesto previo a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, afirmaba que “*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido*”.

Las controversias no se limitaron a estos aspectos, ya que autores como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, entiende que el delito de administración desleal del artículo 295 del

1 DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 38.

2 GÁLVEZ JIMÉNEZ, R., “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, p. 12.

3 SAP de las Palmas de Gran Canaria, num. 73/2016 de 22 de febrero (JUR 2016\91419); ECLI: ECLI:ES:APGC:2016:97.

Código Penal tiene una naturaleza estrictamente patrimonial, sin matices adicionales⁴. Esto contrasta con la perspectiva de otro sector doctrinal que reduce el alcance del bien jurídico protegido únicamente al patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los activos, valores o capital que están bajo administración. Este último grupo, por lo tanto, interpreta que el bien jurídico protegido se refiere al patrimonio individual y no al de la sociedad en su conjunto.

La jurisprudencia también se ha manifestado al respecto, y en este sentido, se ha de mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de enero de 2003, que en su Fundamento Jurídico Tercero⁵ plantea una cuestión inicial en relación al bien jurídico protegido por el delito de administración desleal que se les imputa a las acusaciones. La doctrina mayoritaria sostiene que este delito se limita al patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los activos, valores o capital administrados, dejando sin protección penal el patrimonio social. A diferencia de lo que se establecía en el artículo 302 del Proyecto del Código Penal de 1992, que preveía “el perjuicio de la Sociedad”, en el actual artículo 295 no se exige dicho perjuicio, lo que resulta sorprendente ya que el patrimonio de la sociedad carece de protección penal. Además de esto, la exigencia de que las acciones típicas causen directamente un perjuicio económico en el patrimonio de los socios u otros titulares plantea condiciones rigurosas en relación con la causalidad e imputación objetiva.

No obstante, otras resoluciones han ampliado la noción del bien jurídico protegido, incluyendo también el patrimonio de la sociedad. Esto se refleja en la Sentencia de Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010⁶, que en su Fundamento Jurídico Quinto establece que el sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, en términos materiales, su patrimonio. Esto se debe a que las acciones típicas, que implican “disponer fraudulentamente de los bienes” o “contraer obligaciones”, deben recaer en la sociedad misma. Resulta paradójico que la sociedad no aparezca como sujeto pasivo expreso del delito, ya que el “perjuicio” resultante de este debe afectar alternativamente a “sus socios, depositarios (aunque debería decir “*depositantes*”), cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Esta omisión ha sido abordada por la doctrina al incluir a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital administrados por el sujeto activo.

Además de lo anterior, DEL ROSAL BLASCO afirma que el delito de administración desleal también protege a terceros que no están vinculados a la sociedad. Esto se debe a la necesidad de abordar situaciones como la administración desleal de depósitos bancarios y otros casos similares⁷; y de un modo análogo, DOLZ LAGO comparte esta perspectiva al argumentar que un análisis más detenido de la redacción literal del artículo permite afirmar que se protege simultáneamente la integridad del capital social, dado que la sociedad es la titular y custodia de los bienes administrados que pertenecen a cada uno de sus miembros. En consecuencia, señala este autor que el delito de administración desleal

4 LÓPEZ BARJADE QUIROGA, J., “La malversación como delito de administración desleal”, en *La Administración desleal*, Bacigalupo Zapater, E. (Dir.), Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, CGPJ, Madrid, 1999, p.125.

5 SAP de Granada, num. 45/2003 de 28 de enero de 2003 (ARP 2003/421).

6 STS num. 655/2010 de 13 de julio (RJ 2010/7340); ECLI: ECLI:ES:TS: 2010:3946.

7 DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 140.

debe considerarse desde una doble dimensión, como un delito contra el patrimonio y también contra el orden económico, ajustándose perfectamente a la categoría que establece el Título XIII del Libro II, ya que, a través de la protección otorgada por el Código Penal, no solo se salvaguardan los intereses patrimoniales, sino también la estructura económica en su conjunto, donde la sociedad se integra como una unidad operativa⁸.

Por otro lado, es relevante en este momento traer a colación otras posturas avaladas, entre otros, por GONZÁLEZ RUS, que argumentan que el orden socioeconómico también debería considerarse al configurar el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal⁹. Al respecto, se destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de enero de 2014¹⁰, que en su Fundamento Jurídico Segundo, –citando resoluciones anteriores del Tribunal Supremo–, sostiene que: “... *Respecto de la conducta descrita en el artículo 295, la dicción literal del precepto –disponer fraudulentamente– requiere la mediación de engaño, lo que para algunos sectores acerca este delito a la figura de la estada, sin olvidar su conocida proximidad con la apropiación indebida. En relación con esta última, decía la STS 1401/2003, con expresa mención de las SSTS 1932/2000, de 7 de diciembre de 2000, que el tipo delictivo de la apropiación indebida –artículo 252– y el delito de administración desleal –artículo 295– ofrecen la imagen de dos círculos secantes, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos –como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones– ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida*”.

De acuerdo con lo anterior, se identifica una zona de superposición en la que la conducta delictiva abarca ambas situaciones típicas, llegando incluso a constituir simultáneamente un delito de apropiación indebida y, además, un delito societario, cuya resolución se rige según las normas de concurrencia. No obstante, también es factible hablar de un delito societario de administración desleal que es independiente y claramente distinguible del primero. Mientras que el artículo 252 protege el patrimonio de personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o desviación en beneficio propio, el artículo 295 reprime la conducta de quienes, en calidad de socios o administradores, rompen los lazos de fidelidad y lealtad que los vinculan con la sociedad¹¹.

Si nos centramos ahora en este ámbito exclusivo, como lo hace el Juez *a quo* al considerar los hechos como administración desleal, es posible identificar dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el primero es de carácter individual y se compone del patrimonio social específico, mientras que el segundo es de naturaleza colectiva y está orientado a garantizar la continuidad de todas las sociedades mercantiles en el ámbito jurídico-económico.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias¹² afirma que el delito previsto en el artículo 295 del Código Penal se refiere a la

8 DOLZ LAGO, M.J. “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (I)”, en *Diario La Ley*, nº 8290, abril, 2014, pp. 8 y 9.

9 GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero”, en *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*”, Tomo IX, (Dir. COBO DEL ROSAL, M.), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 530.

10 SAP de Santa Cruz de Tenerife, num. 25/2014 de 10 de enero (ARP 2014/372); ECLI: ECLI:ES: APTF:2014:158.

11 Con mayor claridad, vid. en las figuras representadas en el Capítulo II.

12 Entre otras, SSTS num. 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002/6357) y num.71/2004 de 2 de febrero (RJ 2004/2112).

gestión desleal llevada a cabo por el administrador, ya sea de hecho o de derecho, o por el socio de cualquier sociedad, ya esté constituida o en proceso de formación. Este delito se configura cuando se ocasiona un perjuicio patrimonial a la entidad, mediante la distracción de dinero o activos de la sociedad que están bajo su control. En este contexto, no es necesario demostrar que estos recursos se han incorporado necesariamente al patrimonio personal del administrador, sino únicamente que se haya causado un perjuicio al patrimonio de la sociedad como resultado de la gestión de la empresa, en contravención deliberada y consentida de los deberes de fidelidad inherentes a la función de administrador que realiza el autor.

Por lo tanto, el elemento subjetivo del delito no requiere en todos los casos que el autor tenga la intención de apropiarse de estos recursos para su beneficio personal, aunque tampoco lo excluye. En su lugar, solo se necesita un conocimiento general sobre el perjuicio que se está infligiendo al principal. Si el administrador no solo incumple los deberes de fidelidad, sino que además utiliza su posición para obtener un beneficio personal o proporcionárselo a un tercero, su conducta se ajusta a los contornos de la administración desleal. En lo que respecta a los elementos objetivos del delito, es importante resaltar el perjuicio que sufre la sociedad y el beneficio propio o de terceros que se deriva de esta conducta. El “beneficio” al que hace referencia el artículo 295 del Código Penal no necesariamente implica que los activos pertenecientes a la sociedad ingresen en el patrimonio personal del autor (una situación que ya se ha abordado en numerosas ocasiones, interpretando conjuntamente los artículos 295 y 252 del Código Penal). En su lugar, basta con obtener algún tipo de utilidad o ventaja derivada de la conducta desleal.

Así, esta conducta puede manifestarse en diversas formas, como, por ejemplo, la recepción de dinero o ventajas de terceros, generalmente competidores, a cambio de incumplir los deberes de su cargo. También puede implicar la búsqueda de una posición más favorable dentro de la estructura de la sociedad que se administra. Incluso, se podría incluir en este concepto el uso temporal ilícito de activos que luego se restituyen y, por lo tanto, aunque beneficien a quien los disfruta temporalmente, no representan una apropiación definitiva indebida.

En definitiva, la amplitud conceptual de los elementos objetivos relacionados con el “perjuicio social” y el “beneficio ajeno a la sociedad” permite abarcar una variedad de conductas de administración desleal que impliquen la disposición fraudulenta o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad, generando un daño económicamente cuantificable para los socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de activos, valores o capital administrados por el autor.

Sin embargo, es importante recordar que todas estas discusiones se refieren a un delito de administración circunscrito al anterior artículo 295 del Código Penal, por lo que estas diferencias de interpretación deberían haber sido resueltas con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y su nueva configuración como delito de administración desleal en su forma genérica.

Para aclarar este asunto, es relevante examinar los antecedentes, comenzando por la Exposición de Motivos del Proyecto de 2013, en la cual el prelegislador proporcionaba una explicación sobre el problema y argumentaba que *“la reforma también supera la referencia a un perjuicio económicamente evaluable”* que se encontraba en el artículo 295 del Código Penal derogado, y que en algunas ocasiones había sido interpretado en el

sentido de un concepto económico del patrimonio: “*lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado teniendo en cuenta los objetivos personales a los que está orientado*”.

Con relación a las perspectivas presentadas por el prelegislador sobre el futuro delito de administración desleal genérico, la doctrina también emitió sus opiniones al respecto. JAÉN VALLEJO, por su parte, interpretó que a través de este delito se busca proteger el patrimonio en términos generales, ya sea el de una persona individual o el de una sociedad, cuando se confía a otro la administración de ese patrimonio. Se sancionan las acciones que exceden los límites en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, asegurando que el administrador cumpla con su deber, tal como lo establece la ley de sociedades anónimas, actuando con la diligencia de un empresario prudente y con lealtad hacia su representado¹³.

El autor añadió que, además de las conductas abusivas, la nueva regulación también contempla situaciones de infidelidad o deslealtad, que involucran acciones perjudiciales para el patrimonio y que se manifiestan a través de la administración de una manera incompatible con el cuidado necesario para preservar dicho patrimonio, con lo que refuerza la postura que anteriormente defendía la fidelidad como el bien jurídico protegido¹⁴. Con la nueva regulación de la administración desleal en el artículo 252, casos como los pagos por servicios ficticios, la simulación de asesoramientos inexistentes, operaciones económicas que perjudican el patrimonio administrado, la contratación de servicios no prestados, o la contratación de servicios a precios superiores al valor de mercado real, así como la creación de fondos no registrados bajo el control del titular del patrimonio administrado o la concesión de remuneraciones excesivas a miembros de consejos de administración y otros excesos perjudiciales para el patrimonio de terceros, pueden ser abordados por este delito. El objetivo es, pues, garantizar que el administrador cumpla con su deber de administrar de manera responsable y leal sin perjudicar el patrimonio ajeno, ya sea de una persona individual o de una entidad social¹⁵.

Desde nuestra perspectiva, la opinión mayoritaria es la correcta y se acerca más a la actual reconfiguración del delito de administración desleal genérica, que ahora se encuentra en el Capítulo VI del Título XIII del Código Penal, bajo el título “*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”. Además, el hecho de que el tipo penal exija un “*perjuicio en el patrimonio administrado*” sin requerir una intención específica por parte del autor, sugiere que nos enfrentamos a un delito de naturaleza patrimonial en lugar de uno basado en la infidelidad.

Esta postura ya ha sido respaldada previamente, –y así, en relación a los anteriores artículos 252 y 295 del Código Penal–, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 2 de junio de 2016¹⁶, en su Fundamento Jurídico Cuarto, establece que:

“*De otra parte, al tratar la delimitación entre el delito de administración o gestión desleal previsto en el art. 252 del CP (apropiación indebida en la modalidad de distracción) y el delito de administración desleal en el ámbito societario (art. 295 CP),*

13 JAÉN VALLEJO, M., *La nueva administración desleal como delito contra el patrimonio. Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal*, Lefebvre, Madrid, 2012, p. 23.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 STS num. 474/2016 de 2 de junio (RJ 2016/3098); ECLI: ECLI:ES:TS:2016:2402.

destaca la sentencia 206/2014 el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 CP el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, es decir, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad o el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estará atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador”.

Autores como MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ sostienen una postura similar, destacando que el bien jurídico protegido se encuentra exclusivamente en el patrimonio. Además, matiza que *“el bien jurídico se identifica con el preservado en el delito de estafa y se diferencia, por tanto, del objeto jurídico tutelado en el delito de apropiación indebida, que está compuesto por el derecho de propiedad o, en su caso (tratándose de cosas fungibles), el derecho al cumplimiento de la obligación o el derecho de crédito”*¹⁷.

La jurisprudencia menor también lo expresa de manera clara en el mismo sentido. Así, la SAP de Murcia, de 17 de mayo de 2016¹⁸, establece en el Fundamento Jurídico Segundo que los elementos materiales del delito consisten en los activos de la sociedad, —es decir, cada uno de los componentes con valor económico que conforman el patrimonio de la entidad—, y se considera que el bien jurídico protegido por el delito es la totalidad del patrimonio social. Además, la propia sociedad puede ser considerada como el sujeto pasivo del delito, por lo que cualquier perjuicio causado a la sociedad también es un elemento típico del delito. Esto significa que, si la disposición de los activos de la sociedad causa daño a sus socios, es porque previamente o al mismo tiempo se ha causado un daño equivalente al patrimonio de la sociedad. Este delito es un delito de resultado, lo que significa que se requiere la existencia de un perjuicio que el Código Penal califica como directo, lo que en realidad implica una relación de causalidad y atribución objetiva entre la acción, como la disposición de los activos, y el daño. Además, este perjuicio debe ser económicamente evaluado, con un valor patrimonial cierto, y debe ser susceptible de traducción y determinación económica precisa.

Sin embargo, resoluciones como la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 12 de enero de 2016¹⁹, en su Fundamento Jurídico Segundo, amplían de alguna manera esta comprensión del bien jurídico protegido y sostienen que: *“ El tipo penal hace referencia al que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno las infrinjan excediénd-*

17 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Valencia, 2016, p. 111.

18 SAP de Murcia, de 17 de mayo de 2016 (JUR 2016/154183); ECLI: ECLI:ES:APMU:2016:1096.

19 SAP de Zaragoza, num. 15/2016 de 12 de enero (ARP 2016/138); ECLI: ECLI:ES: APZ:2016:64.

dose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado, optándose por el legislador la inclusión de la administración infiel en el ámbito exclusivo de las sociedades, lo que quiere decir el caso de patrimonios pertenecientes a sociedades serán punibles que únicamente para los comportamientos de administración desleal. El ilícito penal que nos ocupa sanciona a los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”.

Aunque con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, relevante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2010²⁰, que en su Fundamento Jurídico Segundo ofrece una reflexión valiosa sobre la consideración de la expectativa patrimonial como un elemento protegido por el delito de administración desleal. En este sentido, plantea lo siguiente: *“Partiendo de los hechos probados en la sentencia recurrida, que se asientan en auténticos elementos probatorios deducidos no solamente de la amplia prueba documental que consta en la causa, sino de los testimonios de todos los intervinientes, y de los que no puede predicarse, en consecuencia, que se haya vulnerado la presunción de inocencia del recurrente, en el sentido de constatar un auténtico vacío probatorio, la se reduce a determinar si se produjo el elemento típico del perjuicio societario que se describe en el tipo previsto en el art. 295 del Código penal. Obsérvese que el recurrente transmite la referida opción de compra un día antes de ser destituido como administrador único de la sociedad que ostenta tal derecho, advertido como estaba de que se había convocado ya junta general con ese objeto, y con la finalidad de sustraer a referida sociedad tal derecho, a favor de terceras sociedades, con las que le ligaban próximos intereses económicos, siendo la cuestión nuclear de este recurso si con tal acción se causó o no, perjuicio (económico) a los socios o a la sociedad, o a ambos.*

Parece, por lo demás, fuera de toda discusión doctrinal que una opción de compra, aunque sea gratuita, en cuanto supone un precontrato para formalizar una futura compraventa, con el adecuado establecimiento de precio convenido para su realización, y descripción de la cosa, tiene un evidente contenido económico, y supone un activo patrimonial de la sociedad, en cuanto permite la obtención de unos terrenos para poder construir una promoción inmobiliaria, que es precisamente el objeto social de la sociedad que lo detenta. Constituye, pues, una expectativa jurídica de carácter patrimonial, cuya privación unilateral perjudica económicamente a la sociedad, y, por ende, a los socios. No pueden construirse perjuicios económicos a la sociedad, que no tengan, a su vez, transcendencia en los socios que la conforman.

El artículo 295 del Código penal, castiga a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios,

²⁰ STS num. 1840/2009 de 15 de febrero de 2010 (RJ 2010/3278); ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1430.

cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

En relación a este asunto, DOLZ LAGO expresa que el bien jurídico protegido se centra en la función económica desempeñada por la sociedad mercantil, en consonancia con el principio democrático que rige la toma de decisiones y la supervisión de sus administradores. Este concepto se enmarca en un contexto de economía capitalista productiva, cuyo enfoque se orienta hacia la generación de bienes y servicios en el mercado, en lugar de basarse exclusivamente en especulaciones financieras²¹.

II. EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de administración desleal, establecido en el nuevo artículo 252 del Código Penal, gira en torno al patrimonio que está siendo gestionado por un tercero, y la ocurrencia de un perjuicio a este patrimonio es el elemento determinante para imputar el delito a una persona que ha asumido la responsabilidad de administrarlo en nombre del titular original.

En este contexto, el concepto y la definición de patrimonio desempeñan un papel crucial en la delimitación de la aplicabilidad del delito de administración desleal. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN sugiere que el artículo 252 del Código Penal adopta un enfoque económico del patrimonio, similar al utilizado en el delito de estafa, aunque en la Exposición de Motivos del Proyecto de 2013 se mencione sorprendentemente que el concepto de patrimonio debe considerar “*los fines personales a que el mismo está orientado*”, y que, en teoría, podría ser el enfoque más adecuado en términos de *lege ferenda*²².

Por su parte, PÉREZ GÓMEZ define el patrimonio como “*aquel conjunto de bienes y derechos de carácter patrimonial que pertenecen a una persona en virtud de una relación jurídica amparada por el ordenamiento jurídico*”²³.

Es importante destacar que, con la nueva configuración del delito de administración desleal, las discusiones anteriores sobre si el patrimonio de la sociedad debería o no incluirse en el ámbito penal del artículo 295 del Código Penal han perdido relevancia, debido a la exclusión de la enumeración de posibles sujetos pasivos en el nuevo artículo 252 del Código Penal. Ahora, cualquier patrimonio ajeno puede ser objeto de este delito, siempre que se cumplan los demás elementos punitivos establecidos en el tipo penal.

En la jurisprudencia, podemos identificar diversas perspectivas sobre cómo se debe entender el concepto de patrimonio en el contexto del delito de administración desleal, especialmente en relación con el delito de estafa.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de junio de 2015²⁴, en su Fundamento Jurídico Segundo, se establece que el perjuicio puede ser considerado como una

21 DOLZ LAGO, M.J., “El delito societario de...”, op. cit.

22 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro (I)”, en *Diario La Ley*, nº 8290, abril, 2014, p. 2.

23 PÉREZ GÓMEZ, R., “La regulación en el nuevo código penal del delito de corrupción en los negocios. Definición y elementos que lo integran”, en *Revista de Derecho vLex*, nº 136, 2015, p. 3.

24 STS num. 329/2015 de 2 de junio (RJ 2015/2498); ECLI: ECLI:ES:TS: 2015:2460.

disminución del patrimonio causada por cualquier razón. Para comprender mejor este concepto de patrimonio, se hace referencia a la jurisprudencia anterior, en particular, a la Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de abril de 1992. En la misma se sostiene que la noción moderna de patrimonio considera que este representa una entidad personalmente estructurada que sirve para el desarrollo económico de una persona. Esto ha llevado a la conclusión de que el criterio para evaluar el daño patrimonial en el contexto de la estafa no se limita a considerar los elementos objetivos del patrimonio, sino que también debe tener en cuenta aspectos individuales del titular del patrimonio. En otras palabras, el criterio para determinar el daño patrimonial es una combinación de elementos objetivos e individuales, y en la estafa, se debe considerar la finalidad patrimonial del titular del patrimonio en la evaluación del daño.

En consecuencia, en situaciones donde la contraprestación no tenga un valor objetivo inferior, pero afecte negativamente a la finalidad perseguida, también se debe considerar un daño patrimonial. Como ya señaló en su momento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006²⁵, las dificultades que surgieron al adoptar una definición puramente objetiva y económica del patrimonio, en relación con la evaluación comparativa del patrimonio y la consideración de una valoración personal del mismo, llevaron a la doctrina y la jurisprudencia a una concepción mixta. Esta concepción tiene en cuenta tanto la valoración económica como los derechos patrimoniales del individuo y la intención perseguida por el autor del perjuicio a través de la acción realizada. Dicho de otro modo, lo que se busca al evaluar el requisito del perjuicio no es solo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación bajo análisis.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014²⁶, destacó con relación al perjuicio patrimonial que, aunque efectivamente ocurre cuando se produce una disminución en el patrimonio que resulta lesiva para el perjudicado, la jurisprudencia ha adoptado una perspectiva objetiva-individual del patrimonio. Esta perspectiva requiere tener en cuenta el propósito económico de la operación realizada por el titular del patrimonio con el fin de determinar si existe el perjuicio patrimonial.

Así pues, se podrá reconocer la presencia del perjuicio típico cuando la conducta imputada impida al titular del patrimonio afectado ejercer sus facultades normales de disposición sobre el mismo, de acuerdo con los objetivos determinados por dicho titular.

Resulta importante destacar que las decisiones judiciales previas han empleado, como punto de referencia para evaluar la lesión al patrimonio, su valoración o la “*transformación del perjuicio en términos económicos*”, enfoque promovido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 17 de mayo de 2016²⁷, en su Fundamento Jurídico Segundo, y que representó la corriente principal antes de la entrada en vigor del nuevo artículo 252 del Código Penal, que, —como se ha citado con anterioridad—, eliminó este concepto económico del patrimonio, al menos de manera explícita.

La citada resolución señala que “*antes de examinar cada una de las operaciones que fundamentan la condena ahora recurrida, y extrayendo la doctrina recogido en la sentencia de 29 de julio de 2002, conviene realizar un estudio del delito societario tipifi-*

25 STS num. 841/2006 de 17 de julio (RJ 2006/7697).

26 STS num. 201/2014 de 14 de marzo (RJ 2014/2118).

27 SAP de Murcia num. 287/2016 de 17 de mayo (RJ 2016/154183); ECLI: ECLI:ES:APMU:2016:1096.

cado en el artículo 295 del CP de 1995, actualmente 252 del mismo texto legal, precepto aplicable tanto a los socios como a los Administradores y que recoge la figura de la administración desleal, conforme al cual los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier entidad constituida o en formación, que en beneficio propio o de tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes o capital que administren, conducta que sí cabe, es más amplia con la actual regulación al referirse al que con facultades de administración de un patrimonio ajeno las infrinja excediéndose en el ejercicio de las mismas y de ese modo cause un perjuicio al patrimonio administrado”.

En el ejercicio de su actividad normal, aquel que tiene la autorización para administrar puede actuar de acuerdo con las prácticas y necesidades habituales de la sociedad que gestiona, actuando con fidelidad y lealtad. En estos casos, su conducta sería considerada como no delictiva, como es lógico.

Además, como señala JUAN SAN JOSÉ no se consideraría un comportamiento delictivo cuando el administrador realiza operaciones que, aunque puedan ser erróneas o arriesgadas, se encuentran dentro de los límites normales de la actividad empresarial. Sin embargo, si el administrador no solo incumple sus deberes de fidelidad, sino que también aprovecha su posición para obtener beneficios personales o para beneficiar a un tercero, su conducta adquiere las características de una administración desleal²⁸.

Es importante destacar que este beneficio personal o de terceros, que anteriormente mencionaba el artículo 295 del Código Penal, no se refiere necesariamente a la apropiación de activos pertenecientes a la sociedad. Basta con obtener alguna forma de ventaja o ganancia a través de un comportamiento desleal. Además, esta ventaja puede adoptar diversas formas y puede incluir la búsqueda de una posición más favorable dentro de la estructura empresarial que se administra. El elemento objetivo del delito implica la realización material de estas conductas de administración desleal mediante la disposición fraudulenta de activos o la asunción de obligaciones que causan un perjuicio económicamente evaluable al patrimonio administrado.

El verbo “causare” en el contexto del artículo 295 del Código Penal denota la producción de un resultado material, abarcando comportamientos que tienen un efecto causal en términos de perjuicio, sin necesidad de una posterior definición específica de la acción en el tipo penal. Por este motivo, una parte significativa de la doctrina sostiene que este delito guarda similitudes con el delito de ruptura de fidelidad o deslealtad contemplado en el párrafo 266 del Código Penal alemán.

En este sentido, el desvalor de acción en el artículo 295 que estamos analizando se centra en la violación por parte del autor de los deberes de lealtad y fidelidad que tiene hacia la sociedad y sus socios. El abuso de las funciones inherentes al cargo no constituye la razón fundamental de la incriminación, sino que actúa como el medio a través del cual se produce el menoscabo del patrimonio. En otras palabras, la expresión “*abuso de funciones*” se refiere a situaciones en las cuales el autor utiliza sus funciones o facultades

28 JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Wolters Kluwer, 2016, p. 209.

para fines distintos de aquellos para los cuales se le confiaron. Esta cláusula forma parte de la antijuricidad de la conducta, y su ausencia resultaría en la falta del elemento típico del injusto²⁹.

Por lo tanto, las acciones que implican comportamientos del administrador o socio que generan algún tipo de riesgo para los demás socios o que son poco diligentes en relación con las instrucciones recibidas, y que carecen del dolo directo requerido en el tipo penal, podrían dar lugar a responsabilidades en el ámbito civil, que se pueden buscar a través de acciones de responsabilidad contra los administradores, basadas en el nivel de diligencia exigido a estos en el ejercicio de sus cargos. Un enfoque de interpretación que respete los principios de taxatividad e intervención mínima respalda esta perspectiva.

En este sentido, es importante destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015³⁰ continúa sosteniendo que, en realidad, el concepto de patrimonio administrado es similar al del artículo 295 del Código Penal anterior. En cierto sentido, el artículo 252 del Código Penal reemplaza al artículo 295, ya que en este último se establecía que el perjuicio debía originarse en “sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”. Esta descripción, aunque más detallada, se corresponde sin duda con el concepto de patrimonio administrado. Económicamente, la correspondencia es innegable, ya que no se puede argumentar que el perjuicio al patrimonio administrado no afecte a los socios.

Sin embargo, otras resoluciones judiciales matizan que el concepto de patrimonio administrado no debe basarse exclusivamente en parámetros contables. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia del 2 de abril de 2014³¹ aboga por una concepción más personal o funcional. En esta línea, sostiene que, tanto en el delito societario como en la administración desleal, que es una faceta del delito de apropiación indebida, es necesario que exista un perjuicio para la sociedad. En el caso del primero, este perjuicio debe ser económicamente evaluable tanto para los socios como para los terceros mencionados en la norma penal.

Ha habido numerosas teorías que han intentado explicar el concepto de este elemento del tipo penal, y es que no es posible limitar el perjuicio a un parámetro meramente contable, como un saldo contable negativo. Desde esta perspectiva, el perjuicio típico podría ser equivalente a un gasto que reduzca el activo contable de la sociedad o una disminución patrimonial causada por una operación realizada en un contexto económico complicado.

La opción más sólida para determinar cuándo se cumple con este elemento típico es eliminar cualquier consideración puramente contable al definirlo. En lugar de centrarse en la mera existencia de una cifra contable, se debe poner énfasis en la causa subyacente del perjuicio, es decir, en cómo se originó y en la ilegalidad asociada a su causación. Por lo tanto, el perjuicio (económico) debe ser visto como una pérdida patrimonial caracterizada por su carácter ilícito.

Esta caracterización nos lleva a considerar la relación con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración de la sociedad, que también re-

29 Ibidem.

30 STS num. 719/2015 de 10 de noviembre (RJ 2016/96); ECLI: ECLI:ES:TS: 2015:4822.

31 SAP num. 172/2014 de Alicante de 2 de abril (ARP 2014/1419); ECLI: ECLI:ES: APA:2014:2311.

quiere que la operación sea fraudulenta, o la contratación de obligaciones de gran envergadura en el delito societario establecido en el artículo 295 del Código Penal, o incluso la misma deslealtad en la administración en el caso típico descrito en el artículo 252 del mismo Código.

Así pues, como señala JUAN SAN JOSÉ, la causa subyacente de una pérdida patrimonial no puede separarse de este elemento típico. Es imposible interpretar el perjuicio que el legislador requiere sin enfocarse en su origen y su finalidad. En otras palabras, no se puede argumentar que cualquier disminución patrimonial cause automáticamente un perjuicio típico, ya que esto no sería sostenible³².

Debido a las dificultades que surgieron al adoptar una perspectiva puramente objetiva y económica del concepto de patrimonio, especialmente en lo que respecta a la valoración comparativa de patrimonios y la influencia de una valoración subjetiva del mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han evolucionado hacia una concepción mixta. Esta concepción considera tanto la valoración económica del patrimonio como los derechos patrimoniales del titular y la finalidad perseguida por el autor de la pérdida patrimonial, desde una perspectiva contable.

En otras palabras, el requisito del perjuicio no se limita a una valoración meramente económica, sino que también tiene en cuenta la finalidad de la operación bajo escrutinio. Como se afirmó en la Sentencia de 23 de abril de 1992³³, el juicio sobre el daño debe considerar los aspectos individuales del titular del patrimonio. Es decir, el criterio para determinar el perjuicio patrimonial se basa en una evaluación objetiva e individual. En este mismo contexto, la Sentencia del 4 de marzo de 1996³⁴ establece que el perjuicio patrimonial debe considerar la finalidad económica perseguida.

La jurisprudencia ha analizado casos en los que no se cumplía con el requisito del perjuicio típico³⁵, donde cabe destacar la Sentencia del 28 de marzo de 2003³⁶, que en su Fundamento Jurídico Quinto aclara este punto de manera más detallada. En concreto señala que: *“Por último, y como muy bien apunta el Mi Fiscal, al negarse el perjuicio se está incurriendo en un evidente sofisma, manejando un concepto de patrimonio no económico, sino jurídico, lo que llevaría a afirmar que nunca hay perjuicio ni delito de apropiación indebida porque siempre surgiría una acción para reclamar el importe de lo apropiado, con lo que la salida del dinero del patrimonio se vería compensada por el ingreso en el mismo de la acción civil que nacería para reclamar ese importe. Baste aquí apuntar que el pago de la deuda preexistente fue puramente ficticio como demuestra la falsedad del recibo. La deuda sigue existiendo y con esos pagos sólo se habría procedido a la “apariencia” de su abono, pero no se habría abonado realmente. Por tanto, existe perjuicio económico y delito de apropiación indebida”*.

En relación a esta cuestión, GILI PASCUAL añade que, considerando la justificación presentada en el Proyecto de 2013,—como se mencionó anteriormente—, si se adopta un nuevo enfoque en su aplicación, se podría presenciar una expansión clara del

32 JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito...*, op. cit. p. 209.

33 STS Recurso núm. 3654/1990, de 23 de abril (RJ 1992/6783).

34 STS num. 195/1996 de 4 de marzo (RJ 1996/1954).

35 SSTS num. 915/2005 de 11 de julio (RJ 2005/5418); num. 402/2005 de 10 de marzo (RJ 2005/2688) y num. 554/2003 de 14 de abril (RJ 2003/4659).

36 STS num. 446/2003 de 28 de marzo (RJ 2003/2690).

alcance del tipo delictivo, y se debe actuar con cautela al respecto. Es importante tener en cuenta que la adopción de enfoques personales o funcionales del perjuicio podría simplificar la estructura típica del delito de administración desleal, al fusionar dos de sus elementos (la violación del deber de proteger el patrimonio y el perjuicio, ya que este último podría considerarse concurrente siempre que se disponga del patrimonio en contra del deber). Esto significa que la tipicidad de la administración desleal se activaría más fácilmente³⁷.

Pues bien, una vez que se ha identificado el bien legal protegido por el delito de administración desleal según la nueva redacción del artículo 252 del Código Penal, es necesario realizar una aclaración, ya que no todas las acciones en las que una persona que administra un patrimonio ajeno excede sus facultades constituirán el sujeto activo del delito de administración desleal. En este sentido, es importante tener en cuenta que el delito que estamos examinando busca proteger específicamente el patrimonio privado. El Código Penal regula de manera especial la protección de ciertos patrimonios que no deben considerarse como “*privados*”.

III. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL PATRIMONIO

Con la finalidad de aclarar el concepto de patrimonio y reforzar lo expuesto hasta aquí, se considera interesante diferenciar las distintas teorías que existen sobre la protección jurídico-penal del patrimonio.

3.1. La Teoría Jurídica

El concepto jurídico de patrimonio se refiere a los derechos y deberes patrimoniales de un sujeto jurídico, que pueden ser tanto de valor económico como no³⁸. Estos derechos y obligaciones están relacionados con la normativa privada o pública vigente³⁹. En el pasado, este concepto se basaba principalmente en paradigmas del derecho privado y se consideraba que la protección penal era una extensión de los derechos subjetivos en el ámbito del derecho privado⁴⁰.

Sin embargo, esta visión ha evolucionado, ya que se consideraba demasiado formal y de poca relevancia real⁴¹. La idea de perjuicio se limitaba a la desaparición de un derecho, sin importar su importancia económica, centrándose en la relación jurídica entre la persona y el bien. Esto dificultaba la evaluación de la gravedad de las infracciones patrimoniales, ya que no se tenía en cuenta el valor económico de los objetos involucrados⁴².

37 GILI PASCUAL, A., “*Administración desleal genérica. Incidencia en la Apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)*”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J.L. (Coord.), Valencia, 2015, pp. 767 y ss.

38 GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 16.

39 MUÑOZ CLARES, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 168.

40 MATA Y MARTÍN, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 128.

41 GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Comares, Granada, 2003, p. 54.

42 GALLEGO SOLER, J., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, segunda edición, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2015, p. 110.

3.2. La Teoría Económica

La concepción económica del patrimonio se define como el conjunto de bienes valorables en dinero de una persona, independientemente de su naturaleza jurídica o de su reconocimiento por normativas. Estos bienes están bajo el control real de una persona⁴³, incluso si ese control proviene de acciones económicas ilegales⁴⁴. En esta teoría, el patrimonio incluye todos los bienes y posiciones económicas valorables, enfocándose únicamente en su valor económico⁴⁵. No se requiere que los objetos patrimoniales estén respaldados por el ordenamiento jurídico⁴⁶.

Para determinar un perjuicio patrimonial, basta con una disminución económica, aunque esto se refleje en la pérdida de bienes bajo el control del sujeto perjudicado, siempre y cuando sea reconocido por el sistema legal. En esta teoría, la pertenencia de elementos al patrimonio y su valor se basa en criterios económicos, sin preocuparse por su naturaleza jurídica⁴⁷. Esto lleva a la protección legal de hechos que no necesariamente involucran derechos subjetivos, pero tienen importancia económica.

Sin embargo, esta teoría enfrenta críticas, como: a) contradicción con el ordenamiento jurídico, cuestionando la unidad del sistema legal; b) basarse en el sistema económico, lo que implica una construcción no normativa del concepto; c) dificultad para valorar el patrimonio y su perjuicio; y, d) la necesidad de valoración que aleja el patrimonio de la realidad objetiva, dándole un carácter abstracto⁴⁸.

3.3. La Teoría Mixta

La crítica a las Teorías jurídicas y económicas del patrimonio llevó a la formulación de una postura dominante en la doctrina española que busca conciliar sus deficiencias⁴⁹. Según esta postura, el patrimonio se define como la totalidad de los bienes económicamente transables que estén bajo la protección del ordenamiento jurídico y que no contradigan las leyes⁵⁰. Solo las relaciones reguladas por contratos pueden considerarse objetos patrimoniales, y el sujeto patrimonial es quien tiene el poder de disposición sobre estos bienes⁵¹.

Estos fundamentos provienen de la doctrina civilista más moderna y se aplican principalmente en el Derecho civil, aunque también se pueden utilizar en el Derecho penal⁵².

43 BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 22.

44 Ibidem.

45 GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto...*, Op. Cit., p. 17.

46 GALLEGU SOLER, J., *Responsabilidad penal...*, Op. Cit., p. 120.

47 HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980, p. 32 y ss.

48 Ibidem, p. 135 y ss.

49 GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la...*, Op. Cit., p. 55; GALLEGU SOLER, J.: *Responsabilidad penal...*, Op. Cit., p. 145 y 146, indica que esta postura también es dominante en Alemania, Italia y Suiza. ANTÓN ONECA, L., "La estafa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IX, Francisco Seix, Barcelona, 1958, p. 68, define el patrimonio como un conjunto de valores económicos que se encuentran reconocidos jurídicamente.

50 BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho penal*, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos, segunda edición, Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 167.

51 GALLEGU SOLER, J., *Responsabilidad penal...*, Op. Cit., pp. 160 y ss.

52 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, p. 35 argumentaba que la dificultad para establecer una definición jurídica clara del patrimonio radica en su carácter abstracto, ya que carece de una base en una realidad social concreta y está influenciado por las condiciones económicas e ideológicas de su tiempo. Cualquier definición del patrimonio se ve moldeada por las circunstancias de la época en la que se formula. En este sentido, es importante recordar, como mencionaba DE LOS MOZOS, J., "Aproximación a una teoría general del

En el ámbito civil, se han ofrecido diversas definiciones de patrimonio⁵³, destacando su función de satisfacer las necesidades del titular y servir como garantía para los acreedores⁵⁴. Sus características incluyen la posibilidad de valorar económicamente sus elementos, su estructura interna y externa, autonomía, intransmisibilidad y origen legal⁵⁵.

En cuanto al contenido del patrimonio, no se considera como un objeto de derecho subjetivo en su totalidad, sino que se compone de elementos patrimoniales que pueden ser activos⁵⁶ (bienes y derechos) o pasivos⁵⁷ (deudas u obligaciones) según corresponda, incluso incluyendo elementos futuros⁵⁸.

patrimonio” en *Revista de Derecho Privado*, 1991, p.588, que el concepto de patrimonio tal como lo conocemos surgió en el siglo XIX en un contexto cultural muy diferente al actual.

- 53 Para CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Reus, t. I, vol. II, Madrid, 1987, p. 649, se trata de un conjunto de derechos que pueden ser valorados en términos de dinero, estrechamente relacionados entre sí debido a su contribución a los objetivos generales de una persona o a un propósito específico, y en algunos casos, la ley los considera una entidad abstracta (llamada “universitas iuris”), que incluye también las obligaciones del titular; Para GARCÍA GARCÍA, J., “Teoría general del patrimonio”, en *Estudios en homenaje al profesor Díez Picazo, L.*, t. I, Parte General, Civitas, Madrid, 2003, p. 581, se refiere a un conjunto organizado de activos, derechos y obligaciones de naturaleza económica o financiera, asignado a un titular o destinado a beneficiarios finales, y que se maneja de manera integral en términos de responsabilidad, gestión y administración.
- 54 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, Op. Cit., pp. 40 y ss, Indica que el patrimonio en primer lugar implica reconocer un espacio de libertad para el individuo, involucra la cesión de recursos económicos disponibles para su beneficio, con el propósito de facilitar su participación en la sociedad. Además, también señala que el reconocimiento de la libertad del individuo para disponer de sus bienes debe equilibrarse con la necesidad de garantizar la seguridad en las transacciones en relación con los derechos de los acreedores. Esto significa que la libertad absoluta del deudor para gestionar sus activos no debe permitir que evite sus responsabilidades con los acreedores, y se debe evitar que destruya la única protección que tienen los acreedores, que es su patrimonio.
- 55 DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, décimo primera edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 391 y ss.
- 56 En relación a este tema, surgen inquietudes, en primer lugar, en cuanto a la distinción entre los conceptos de “cosa” y “bien” (para una revisión más detallada sobre este asunto, se puede consultar, entre otros, el trabajo de B. BIONDI en su obra “Los bienes”, editada por Bosch, donde se realiza una interesante diferenciación basada en la relación entre el objeto y el sujeto). En segundo lugar, se plantea la cuestión de determinar si “bien” y “derecho” son conceptos distintos o no. Según CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral...*, op. cit., p.651, no es del todo preciso incluir entre los elementos patrimoniales las cosas o bienes en lugar de los derechos de propiedad sobre ellos. Por otro lado, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, op. cit., p. 338 afirma que los derechos subjetivos y los bienes no son elementos separados que se excluyan mutuamente, sino que son aspectos de una misma realidad jurídica.
- 57 En la doctrina legal, existe una falta de consenso sobre este tema. Mientras que PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, vol. I, Barcelona, 1987, p. 318, argumenta que las deudas y obligaciones no deben ser consideradas parte del patrimonio, ya que son cargas que el individuo ya soporta, pero la corriente principal de la doctrina tiene una opinión opuesta, por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil...*, Op. Cit., pp. 47 y ss.
- 58 En lo que respecta a este tema, la opinión de la doctrina es unánime en la interpretación de los artículos 1271 y 1911 del Código Civil. En particular, el artículo 1271 del Código Civil establece que cualquier cosa que no esté fuera del comercio de las personas, incluso las futuras, puede ser objeto de un contrato. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M., “Comentario del art. 1271 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, t. II, (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R, SALVADOR CODERCH, P.), Madrid, 2011, p. 474, señala que Esto significa que una cosa futura es válida como objeto de un contrato siempre que su existencia sea posible y se la considere como una cosa real, sin necesidad de crear una ficción de su existencia. Por otro lado, el artículo 1911 del Código Civil establece que el deudor es responsable del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, tanto presentes como futuros. Este artículo, como señala GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario del art. 1911 del CC», en *Comentario del Código Civil*, t. II, (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R, SALVADOR CODERCH, P.), Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 2055, el artículo 1911 del Código Civil, consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal, lo que implica que el deudor garantiza a sus acreedores la capacidad de satisfacer sus obligaciones o deudas utilizando todos sus activos, ya sean actuales o futuros.

Esta caracterización y delimitación del patrimonio busca superar las limitaciones de las teorías jurídicas y económicas por separado, y se sostiene que el patrimonio es la totalidad de bienes económicamente transables bajo protección legal⁵⁹, cuyo titular tiene poder de disposición⁶⁰.

3.4. La Teoría Personal

Se argumenta que la Teoría Personal o el concepto funcional de patrimonio se relaciona con las correcciones normativas necesarias en comparación con la teoría mixta⁶¹. Esta teoría se basa en un concepto particular de bien jurídico llamado “teoría personal del bien jurídico”, donde el patrimonio no es simplemente la suma de bienes, sino que se fundamenta en la relación de dominio de una persona sobre ciertos bienes⁶². Cuando se sustrae un objeto ajeno, no se daña la propiedad del objeto en sí, sino las facultades o poderes de disposición que la persona tiene sobre él, lo que da contenido al derecho⁶³.

La función del patrimonio se relaciona con el desarrollo de la personalidad⁶⁴, y según OTTO, el patrimonio es una unidad personal estructurada que asegura el desarrollo de la persona en el ámbito de las posesiones. Se compone de las relaciones de dominio de una persona sobre objetos (llamados bienes patrimoniales) que son reconocidos como elementos autónomos en el comercio económico por la comunidad jurídica. El patrimonio se considera como la potencia económica de un sujeto jurídico basada en su poder de dominio sobre estos objetos⁶⁵. Con esta teoría, el enfoque no se centra únicamente en el objeto de la relación, sino en la relación misma entre la persona y el objeto⁶⁶. La infracción patrimonial afecta tanto al objeto en sí, que tiene un valor económico, como a la finalidad que el titular del objeto patrimonial deseaba lograr con él, lo que se puede medir en términos de daño⁶⁷.

Además, esta idea tiene sus raíces en el enlace constitucional, ya que el artículo 10 de la Constitución establece que el libre desarrollo de la personalidad es fundamental en la estructura normativa de la sociedad. Por lo tanto, la protección jurídico-penal del patrimonio tiene sentido porque contribuye al desarrollo de la personalidad en el ámbito económico⁶⁸ y garantiza un espacio para el libre desarrollo de la persona. El patrimonio tiene sentido en referencia a una persona, ya sea física o jurídica, y se protege porque los bienes que lo componen están destinados a satisfacer las necesidades de esa persona⁶⁹. En

59 ROJAS AGUIRRE, L., “El tipo de administración desleal...”, Op. Cit., p. 141.

60 Ibidem.

61 GALLEGO SOLER, J., *Responsabilidad penal...*, Op. Cit., p. 179-180.

62 Sobre esta teoría, HASSEMER, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de ALCÁCER, R, MARTÍN, M, ORTIZ DE URBINA, Í., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 96.

63 GALLEGO SOLER, J., *Responsabilidad penal...*, Op. Cit., p. 181.

64 Ibidem, p. 179.

65 OTTO, H., *Die Struktur des strafrechtlichen...*, Op. Cit., p. 34.

66 GALLEGO SOLER, J., *Responsabilidad penal...*, Op. Cit., p. 180.

67 ASÚA BATARRITA, A., “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones): La teoría de la frustración del fin”, en *Anuario de Derecho Penal y Política Criminológica*, 1993, p. 82 y ss., 123 y ss.

68 ROJAS AGUIRRE, L., “El tipo de administración...”, Op. Cit., p. 142.

69 MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, p. 38.

los delitos económicos, incluida la administración desleal, el objeto de protección es tanto el derecho económico como los derechos de las personas involucradas en ese ámbito.

Es relevante destacar que el concepto personal del patrimonio ha sido respaldado por diversas resoluciones del Tribunal Supremo, lo que le otorga una importancia significativa. En este sentido, es necesario destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992⁷⁰, (Caso del aceite de colza) se afirmaba que *“en la doctrina moderna, el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio.”*

Por tanto, se puede afirmar que la base de la lesión se encuentra en la disminución de la función para la cual se destina el objeto de la propiedad⁷¹, y la relación de dominio no necesariamente debe ser un derecho subjetivo, pero sí se requiere que el bien esté legalmente atribuido al patrimonio de la persona afectada.

Lo notable de esta perspectiva sobre el patrimonio es que implica considerar que para evaluar el *“daño”*, también se deben tener en cuenta los aspectos individuales del titular del patrimonio. En otras palabras, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. Bajo este enfoque, se debe considerar la finalidad patrimonial perseguida por el titular del patrimonio al determinar el daño propio de un acto de estafa. Por lo tanto, en situaciones en las que la contraprestación no tenga un valor objetivo menor, pero cause una frustración de esa finalidad, se puede apreciar un daño patrimonial. Por eso, no es sorprendente que, incluso si se obtiene un bien que es económicamente equivalente a lo deseado por la víctima, en casos de estafa, si se ha defraudado la finalidad perseguida, se cumple con los elementos del delito⁷².

En consecuencia, el concepto personal de patrimonio debe tener en cuenta, al determinar el daño, la finalidad patrimonial perseguida por el titular del patrimonio⁷³. Esto se basa en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10 de la Constitución Española⁷⁴. La relación de dominio sobre el bien patrimonial debe ser real y no meramente potencial, lo que significa que las expectativas y oportunidades de ganancia y adquisición pueden considerarse parte del patrimonio, siempre que estén lo suficientemente concretas e individualizadas como para verse como partes autónomas del patrimonio, debido a su participación en el comercio económico como oportunidades específicas⁷⁵.

En suma, la jurisprudencia ha desarrollado un concepto de patrimonio que no se limita únicamente al aspecto económico, sino que también considera la finalidad deseada al realizar una disposición patrimonial como parte del ejercicio de los derechos patrimoniales de una persona. El patrimonio no puede entenderse sin tener en cuenta la función que se le asigna y la finalidad que la persona pretendía como parte de su ejercicio de derechos patri-

70 STS Recurso núm. 3654/1990 de 23 de abril (RJ 1992/6783).

71 GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto...*, Op. Cit., p. 19.

72 STS Recurso núm. 3654/1990 de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/6783).

73 GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto...*, Op. Cit., p. 22.

74 STS num. 359/1998 de 17 de octubre (RJ 1998/6880).

75 ROJAS AGUIRRE, L., “El tipo de administración...”, Op. Cit., p. 142.

moniales⁷⁶. Algunos autores se oponen a esta formulación argumentando que esta teoría no resuelve cuestiones que no puedan ser resueltas por el concepto mixto de patrimonio y que el hecho de que la víctima se haya decepcionado con respecto a los fines que buscaba con la cosa no es lo que determina la construcción del concepto, sino más bien que sean bienes económicamente transables bajo la protección del ordenamiento jurídico⁷⁷.

IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN

El hecho de que el patrimonio sea el bien jurídico protegido no implica necesariamente el fundamento de su protección. El fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio radica en la necesidad de preservar la integridad de los bienes que son económicamente transables y que pertenecen a una persona, siempre que estén bajo la protección del ordenamiento jurídico o que, al menos, tengan una apariencia jurídica de conformidad con el ordenamiento jurídico, como lo sostiene la perspectiva mixta o jurídico-económica del patrimonio.

Aunque los bienes patrimoniales están vinculados a una persona y esta ejerce sus derechos legales sobre ellos, el fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio no se limita a garantizar el libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad de disposición económica, debido a que ese enfoque es bastante abstracto y no captura completamente la realidad de lo que sucede.

En cambio, el fundamento real de esta protección es asegurar el poder de disposición de una persona sobre los bienes que integran su patrimonio, siempre que estos estén protegidos por el derecho. La teoría personal o funcional del patrimonio no cambia este fundamento, sino que lleva a diferentes interpretaciones y consecuencias en lugar de un fundamento radicalmente diferente. En otras palabras, el bien jurídico es el propio patrimonio, pero las finalidades o necesidades específicas del titular del patrimonio en relación con un bien material concreto deben tenerse en cuenta al analizar un delito específico.

En el caso de la administración desleal, se puede observar que las finalidades del titular del patrimonio siempre se han considerado en el análisis del comportamiento típico sin requerir una construcción de un concepto de patrimonio diferente. El comportamiento típico se produce cuando el administrador actúa en contra de los intereses patrimoniales del administrado y de las decisiones previamente establecidas sobre esos bienes y se mueve fuera de los límites legales al actuar en contra de los intereses del titular de los bienes⁷⁸. El elemento nuclear es que la decisión del titular del patrimonio respecto a los bienes se encuentra contenida en el mandato de administrarlos en función de su propio interés y no en función de intereses de terceros, incluyendo los del administrador. Por lo tanto, el comportamiento atípico se produce cuando el administrador actúa de acuerdo con el mandato recibido, incluso si eso resulta en una disminución patrimonial.

El fundamento de la protección jurídico-penal del patrimonio radica, pues, en la preservación del poder de disposición de una persona sobre los bienes económicamente transables que integran su patrimonio y que están protegidos por el derecho, y en esta

76 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La malversación...", Op. Cit., p. 134.

77 BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, Op. Cit., p. 27.

78 PASTOR MUÑOZ, N., COCA VILA, I., *El delito de administración...*, Op. Cit., pp. 79 y 80.

línea, la Teoría Personal del patrimonio no altera este fundamento, sino que enfatiza la importancia de considerar las finalidades del titular del patrimonio al analizar comportamientos delictivos específicos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La protección jurídico-penal del patrimonio no se justifica simplemente por ser el bien jurídico protegido, sino por la necesidad de preservar la integridad de los bienes económicamente transables pertenecientes a una persona, siempre que estén bajo la protección legal o tengan una apariencia jurídica. Esta perspectiva, conocida como la teoría mixta o jurídico-económica del patrimonio, sostiene que el fundamento real de esta protección es asegurar el poder de disposición de una persona sobre los bienes que componen su patrimonio y están protegidos por la ley.

Aunque los bienes patrimoniales están vinculados a una persona y esta ejerce derechos legales sobre ellos, la protección jurídico-penal va más allá de garantizar la libertad de disposición económica, ya que este enfoque resulta abstracto. El fundamento real es asegurar el poder de disposición sobre los bienes del patrimonio, siempre que estén protegidos por el derecho. La teoría personal o funcional del patrimonio no altera este fundamento, sino que conduce a diferentes interpretaciones y consecuencias.

En el caso de la administración desleal, el análisis del comportamiento típico considera las finalidades del titular del patrimonio, sin requerir una construcción diferente del concepto de patrimonio. La conducta típica ocurre cuando el administrador actúa en contra de los intereses patrimoniales del administrado y las decisiones previamente establecidas sobre esos bienes, y se mueve fuera de los límites legales al actuar en contra de los intereses del titular de los bienes.

El fundamento esencial de la protección jurídico-penal del patrimonio radica en preservar el poder de disposición de una persona sobre los bienes económicamente transables de su patrimonio, protegidos por el derecho. La teoría personal del patrimonio no cambia este fundamento, sino que destaca la importancia de considerar las finalidades del titular del patrimonio al analizar comportamientos delictivos específicos. En resumen, el bien jurídico es el patrimonio mismo, y la protección se centra en asegurar el poder de disposición del titular sobre esos bienes, teniendo en cuenta sus objetivos específicos en relación con bienes materiales concretos.

Con respecto a la discusión sobre si su propósito es proteger la confianza o una relación de confianza carece de respaldo en el texto legal. El delito se centra en causar daño al patrimonio administrado, basándose en el resultado más que en la confianza, por lo que no protege una relación de confianza en sí misma. La infracción del deber se considera un medio para dañar el patrimonio protegido, no el bien en sí. La posición de dominio del administrador sobre el patrimonio del sujeto pasivo es argumentada como la fuente del deber de lealtad, mientras que otros sostienen que el administrador tiene un deber activo de promoción y apoyo hacia los bienes jurídicos encomendados. La responsabilidad penal se aplicaría solo en casos graves que interfieran significativamente en la libertad de organización ajena, descartando la idea de que el artículo 252 del Código Penal protege una relación de confianza especial o la simple infracción del deber de lealtad.

Por último, en cuanto al bien jurídico cuando el sujeto activo del delito sea el órgano de administración debemos señalar que en el artículo 252 del Código Penal, se protege principalmente el patrimonio de la sociedad, no el de los socios individualmente considerados, incluso cuando la infracción es cometida por el órgano de administración. Este enfoque se respalda en disposiciones legales, como el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece el deber de lealtad de los administradores hacia el interés social. El bien jurídico protegido es el patrimonio administrado, que en este caso es el patrimonio social, ya que el autor no tiene control sobre los patrimonios individuales de los socios. Se destaca que la sociedad tiene un interés institucional independiente y superior al de los socios, lo que justifica la protección exclusiva del patrimonio social. La jurisprudencia respalda esta interpretación al considerar que el objeto jurídico protegido abarca la integridad del patrimonio de la sociedad. Aunque existen interpretaciones que argumentan lo contrario, se sostiene que la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 clarifica que, en los casos de administración desleal por parte del órgano de administración, se protege el patrimonio de la sociedad.