

Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos

Sumario

-

Este artículo se ocupa de los principales problemas dogmáticos que suscita la figura delictiva de la administración fraudulenta. Para ello, se hace, en primer lugar, una exposición de los diversos modelos de regulación de este delito. Seguidamente se exponen los problemas dogmáticos que generalmente plantea el delito de administración fraudulenta y se ofrece al lector propuestas de solución. Finalmente, se analizan brevemente varios supuestos en los que se discute especialmente si constituyen un delito de administración fraudulenta.

Abstract

-

This article deals with the main legal issues raised by the offence of the fraudulent administration. To do this, there is, in the first place, an exposition of the various models of regulation of this offence. In the next place, legal issues that the crime of fraudulent administration generally poses are presented and the reader is offered proposals for solutions. Finally, several cases are analyzed briefly in which it is especially discussed whether they constitute an offence of fraudulent administration.

Abstract

-

Dieser Beitrag befasst sich mit den wichtigsten dogmatischen Problemen, die von der Straftat der Untreue aufgeworfen werden. Zu diesem Zweck werden zunächst die verschiedenen Modelle zur Regulierung dieses Verbrechens dargelegt. Danach werden die dogmatischen Probleme aufgedeckt, die die Straftat der Untreue aufwirft, und dem Leser werden Lösungsvorschläge angeboten. Abschließend werden einige Fälle kurz untersucht, in denen insbesondere diskutiert wird, ob sie eine Untreue darstellen.

Title: Approach to the study of the offence of fraudulent administration: regulatory models and legal issues.

Titel: Ansatz zur Untersuchung der Untreue: Regulierungsmodelle und dogmatische Probleme

-

Palabras clave: Delito de administración fraudulenta, patrimonio, administrador, sociedad.

Keywords: Offence of fraudulent administration, patrimony, administrator, company

Stichworten: Untreue, Eigentum, Geschäftsführer, Gesellschaft.

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i4.04

-

Recepción
05/05/2020

-

Aceptación
18/09/2020

-

Índice

-

1. Introducción

2. Los modelos de regulación

- 2.1. La relevancia penal de la administración indebida de patrimonio
- 2.2. La heteroadministración general o acotada
- 2.3. La tipificación general o casuística
- 2.4. Conducta de abuso o de infidelidad
- 2.5. La delimitación con la apropiación ilícita por distracción y fraudes especiales

3. Problemas dogmáticos

- 3.1. El bien jurídico protegido y el consentimiento del titular del patrimonio administrado
- 3.2. Su configuración típica como delito especial
- 3.3. La gravedad del acto de administración fraudulenta
- 3.4. El perjuicio patrimonial

4. Casos especialmente discutidos de administración fraudulenta

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

El delito de administración fraudulenta de patrimonio constituye una figura delictiva que no cuenta con una larga tradición en las legislaciones penales hispanoamericanas. En España, por ejemplo, tomó cuerpo legislativo propio recién con el Código Penal de 1995 bajo la forma de un delito societario,¹ siendo posteriormente regulado, de manera general, como un delito contra el patrimonio a partir de la reforma del 2015.² En la legislación penal peruana su presencia es también relativamente novedosa, pues fue incorporado en el Código Penal de 1991 como un delito contra el patrimonio, aunque con la particularidad legislativa de tipificarlo como un conjunto de actos de administración irregular del patrimonio de una persona jurídica.³ En Chile su aparición legislativa es todavía mucho más cercana en el tiempo, pues ha tenido lugar mediante una reforma al Código Penal producida el 2018, regulándolo como un delito contra el patrimonio junto con otras figuras delictivas más clásicas como el delito de apropiación indebida.⁴ Es Argentina el país hispanoamericano que contaría con la regulación más antigua, pues incorporó el delito de administración fraudulenta en el Código Penal por medio de una reforma realizada el año 1967, teniendo como referencia, entre diversas legislaciones, la regulación penal de la infidelidad patrimonial alemana.⁵

En Alemania, por el contrario, la administración fraudulenta de patrimonio o, como ahí se le llama, la infidelidad patrimonial (*Untreue*), cuenta con una extensa historia legislativa que se remonta al Código Penal del Imperio de 1871, sin considerar que ya en el Código Penal Prusiano de 1851 se contemplaban ciertos supuestos especiales de deslealtad patrimonial e incluso una figura delictiva similar.⁶ También en Italia la regulación de la administración fraudulenta de patrimonio puede retrotraerse al siglo XIX, cuando el Código de Comercio de 1882 estableció que determinadas conductas irregulares en la administración de las sociedades anónimas debían ser sancionadas con penas pecuniarias, las que, luego de una reforma del año 1930, pasaron a ser privativas de libertad. Con la promulgación del Código Civil de 1942 se recogieron igualmente diversas conductas de administración irregular en la administración de las sociedades comerciales, hasta que, mediante una reforma del año 2002, se introdujo finalmente una figura general de la infidelidad patrimonial siempre en el contexto de las sociedades comerciales.⁷ En Brasil se siguió tempranamente la técnica legislativa italiana inicial de regular la administración

* Autor de contacto: Percy García Cavero, percy.garcia@udep.edu.pe.

¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, pp. 172 s.; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, 2005, p. 1.

² Aunque VERA RIVERA, *El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, 2016, p. 124, sostiene que, en el Código Penal Español de 1822, existió una figura primigenia de administración desleal genérica (artículo 778), lo cierto es que recién con la reforma de 2015 se aprecia su regulación como delito contra el patrimonio con contornos definidos.

³ GARCÍA CAVERO, *PE*, v. I, 2ª ed., 2015, p. 395.

⁴ BASCUÑÁN, «La administración desleal bien conocida», *Revista Capital*, 15 de abril de 2019.

⁵ En este sentido, CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, «Administración fraudulenta», *Revista de Derecho Penal*, (1), 2000, pp. 225 s.

⁶ KINDHÄUSER, «§ 266», *NK*, 2ª ed., 2005, nm. 6 s.

⁷ MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, 2005, pp. 29 ss.

fraudulenta mediante la criminalización de diversas conductas específicas de administración indebida en las sociedades anónimas, tal como lo evidencia el tenor del artículo 177 del Código Penal de 1940.⁸

La administración fraudulenta de patrimonio no es una figura delictiva fácil de definir en cuanto a sus elementos constitutivos, incluso en los países en los que cuenta con una larga tradición legislativa, y ha motivado una amplia discusión doctrinal. Muy expresiva es la afirmación que, en alusión a la regulación penal alemana, hace SCHÜNEMANN, en el sentido de que constituye, sin exageración, la parte más oscura y enmarañada de la Parte Especial del Código Penal Alemán.⁹ Con esta contribución evidentemente no pretendo desenredar la maraña, pero sí quizás aportar algunos puntos de referencia que puedan contribuir a una mejor interpretación de este delito en la legislación penal que haya optado por regularlo. En ese orden de ideas, lo primero que haré es presentar los distintos modelos de regulación que se han seguido al momento de tipificar el delito de administración fraudulenta, lo que supone no sólo destacar los eventuales rasgos distintivos que pudiese llegar a tener, sino también su delimitación con figuras emparentadas como la apropiación ilícita por distracción o el fraude en los contratos de mandato o comisión. Teniendo clara la identidad delictiva de la administración fraudulenta y sus posibles expresiones, me ocuparé de los problemas de imputación que usualmente suscita su aplicación en los diversos sistemas penales que la sancionan. Finalmente, abordaré de manera concisa diversos supuestos de relativa actualidad, en los que se discute intensamente sobre si se presenta, en estricto, una administración fraudulenta de patrimonio.

2. Los modelos de regulación

2.1. La relevancia penal de la administración indebida de patrimonio

La administración indebida de un patrimonio puede producir un nivel de perturbación social tal que resulte plenamente justificada la intervención del Derecho penal. Lo primero que tiene en cuenta el legislador al momento de decidir el alcance de esta criminalización es la distinción de los casos de autoadministración y los casos de heteroadministración. A esta distinción se le agrega la variable del perjuicio, resultando la siguiente ordenación de los supuestos de administración indebida de un patrimonio: La autoadministración que perjudica al mismo titular, la autoadministración que perjudica a terceros, la heteroadministración que perjudica al titular y la heteroadministración que afecta a terceros.

No hay mayor discusión para aceptar la ajenidad del Derecho penal cuando la autoadministración perjudica únicamente a su titular, en la medida que se trataría de un tema de absoluta incumbencia del propio afectado. Aunque su incapacidad en la administración del propio patrimonio pudiese evidenciar el peligro de una posible afectación futura a terceros, eso no autorizara aún a que el Derecho penal pueda intervenir. Lo que procede es, en todo caso, algún tipo de medida asegurativa, como la interdicción civil. Por el contrario, la autoadministración que perjudica a terceros sí alcanza relevancia penal, siempre que se pueda sostener que, por razones de fragmentariedad, la administración se ha hecho de una forma fraudulenta. Desde el

⁸ BITENCOURT, *Código penal comentado*, 7ª ed., 2012, art. 177.

⁹ SCHÜNEMANN, «§ 266», *LK*, 11ª ed., 1993, nm. 1.

punto de vista típico, estos casos se sancionan como insolvencias punibles o bajo alguna figura delictiva de fraude a los acreedores.

En el caso de la heteroadministración del patrimonio, tampoco hay mayor discusión para admitir su relevancia penal, si el perjuicio al titular o a los terceros se reconduce a un fraude en dicha administración. Lo que se discute, más bien, es si ambos supuestos deben ser sancionados por un mismo tipo penal (administración fraudulenta) o, más bien, por tipos penales distintos según se afecte al titular del patrimonio o a terceros. Dependiendo de esta decisión, las posibilidades regulativas del delito de administración fraudulenta son fundamentalmente dos: que el perjuicio patrimonial requerido para la configuración del delito se circunscriba al que recae sobre el titular del patrimonio administrado; o que dicho perjuicio incluya también al que pueda producirse sobre terceros vinculados. La infidelidad patrimonial alemana, por ejemplo, limita el perjuicio al titular del patrimonio,¹⁰ como lo hace también la reciente regulación chilena (“*le irrogare perjuicio*”). La administración fraudulenta peruana, por el contrario, amplía su radio de acción para incluir también el perjuicio a los terceros vinculados con la persona jurídica, a la que se le administra el patrimonio.¹¹ Esta última variante presenta ciertos problemas de delimitación con los delitos de insolvencias punibles que deberían ser resueltos, en principio, mediante las reglas del concurso de leyes por incidir ambos delitos en la protección del patrimonio.

2.2. La heteroadministración general o acotada

En relación con el alcance de la heteroadministración que configuraría una administración fraudulenta, existen, en esencia, dos modelos regulatorios en la legislación comparada. Por un lado, se encuentra el modelo alemán que castiga de manera general las distintas formas de administración fraudulenta del patrimonio ajeno con la figura de la infidelidad patrimonial (*Untreue*), mientras que, por el otro, está el modelo francés que acota la intervención punitiva solamente al caso en que se administre fraudulentamente el patrimonio de una sociedad o persona jurídica (*abus des biens sociaux*).¹² En España, por ejemplo, se sigue, desde el año 2015, el modelo alemán con la inclusión de un delito contra el patrimonio que abandona el modelo acotado de la administración fraudulenta que se preveía solamente para las sociedades mercantiles,¹³ más allá de que jurisprudencialmente se recurriese a la figura de la apropiación indebida para castigar actos de administración fraudulenta sobre bienes específicos. En la regulación penal chilena la incorporación del delito de administración fraudulenta se ha hecho igualmente por medio de un delito contra el patrimonio de carácter general, adhiriéndose claramente al modelo de la infidelidad patrimonial alemana.¹⁴ El modelo restrictivo francés es seguido, por el contrario, por la regulación penal peruana, en donde el delito de administración fraudulenta limita su ámbito de aplicación a la administración del patrimonio de personas jurídicas,¹⁵ lo que incluso fue mucho más restrictivo en la regulación italiana que se circunscribió

¹⁰ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, § 14/567.

¹¹ GARCÍA CAVERO, *PE*, v. I, 2ª ed., 2015, pp. 410 ss.

¹² FOFFANI/NIETO, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista Penal*, (17), 2006, p. 113.

¹³ VERA RIVERA, *El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, 2016, pp. 131 ss.

¹⁴ BASCUÑÁN, *Revista Capital*, 15 de abril de 2019.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, *PE*, v. I, 2ª ed., 2015, pp. 393 ss.

a las sociedades o lo es aún en la regulación brasilera que la aplica únicamente a las sociedades por acciones.

2.3. La tipificación general o casuística

En cuanto a la técnica de tipificación, existen, a su vez, dos posibles formas de configurar el delito de administración fraudulenta. La primera alternativa es determinar de manera general lo que constituye un acto de administración fraudulenta, como sucede, por ejemplo, con el delito de infidelidad patrimonial de la regulación penal alemana.¹⁶ La segunda alternativa recurre, más bien, a un tipo penal casuístico que detalla actos específicos de administración irregular, como el que fue utilizado por la regulación penal italiana hasta antes del 2002¹⁷ y que se mantiene, al día de hoy, en la regulación penal peruana¹⁸ y en la brasilera. Ambos modelos han sido objeto de críticas. Mientras que a la regulación genérica se le cuestiona utilizar una formulación difusa que podría llegar a violar el mandato de certeza o determinación,¹⁹ a la regulación casuística se le reprocha una progresiva pérdida de eficacia regulativa, al no permitir la inclusión futura de nuevos supuestos igualmente reprochables.²⁰

2.4. Conducta de abuso o de infidelidad

Cuando una legislación penal opta por la creación de un tipo penal genérico de administración fraudulenta, entran en consideración dos modalidades de realización del delito: por el abuso de las facultades de administración o por la sola infracción de un deber de lealtad patrimonial.²¹ La primera implica el uso indebido de las facultades otorgadas al administrador para comprometer el patrimonio administrado, mientras que la segunda supone una actuación (activa u omisiva) del administrador en contra del interés del patrimonio administrado. Una revisión de las legislaciones penales pone en evidencia que estas modalidades de realización pueden ser recogidas conjuntamente, como sucede con la regulación alemana o la chilena. En la jurisprudencia y doctrina penales se discute, en tal caso, cuál sería la relación entre estas dos modalidades de realización del delito: si una incluye a la otra (las llamadas tesis monistas) o si cada una regula una forma distinta de realización del delito de administración fraudulenta (las llamadas tesis dualistas), sin perjuicio de la aparición de teorías que intentan terciar entre estas dos posturas enfrentadas.

¹⁶ Con sentido crítico, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, § 14/562.

¹⁷ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Leggi complementari*, t. I, 9ª ed., 1994, p. 34; FOFFANI, «Delitos societarios», en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (dir.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, 1998, p. 68.

¹⁸ GARCÍA CAVERO, *PE*, v. I, 2ª ed., 2015, pp. 413 ss.

¹⁹ Al respecto, SALIGER, «Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes. Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB», *ZStW*, (112), 2000, p. 563; KARGL, «Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB)», *ZStW*, (113), 2001, p. 565; SEIER, «Untreue», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 19.

²⁰ GARCÍA CAVERO, *PE*, v. I, 2ª ed., 2015, pp. 414 s.

²¹ Sobre las dos modalidades de realización de la infidelidad patrimonial y sus problemas interpretativos, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, § 14/563 ss.; SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 51 ss.; ROJAS, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», *Revista Penal*, (23), 2009, pp. 158 ss.

2.5. La delimitación con la apropiación ilícita por distracción y fraudes especiales

En principio no parecería haber mayor dificultad para delimitar el delito de administración fraudulenta de lo que constituye un delito de apropiación ilícita o indebida, en la medida que la comisión del primer delito no supone necesariamente un acto de apropiación del patrimonio administrado.²² El problema de delimitación se presenta, sin embargo, cuando la figura delictiva de la apropiación ilícita incluye, de alguna manera, la modalidad de “distracción”. Es el caso, por ejemplo, de la regulación penal chilena que regula el delito de apropiación ilícita en el artículo 470 N° 1 del CP bajo dos modalidades de comisión: la apropiación y la distracción.²³ Podría pensarse que, en algunas legislaciones penales, como la peruana, no se presentaría ese problema, en la medida que el tipo penal del delito de apropiación ilícita o indebida contiene solamente un verbo típico: apropiarse. Sin embargo, si, tal como sucede con el artículo 190 del CP Peruano, el tipo penal admite la “apropiación” de bienes altamente fungibles, que siempre se reciben en propiedad (como es el caso fundamentalmente del dinero)²⁴, no hay duda que, en tales casos, la única forma de aplicar la figura de la apropiación ilícita sería mediante la modalidad de la distracción. El autor del delito no puede apropiarse de lo que recibe en propiedad, sino que el injusto estará constituido, más bien, por la irrogación de un perjuicio patrimonial mediante un acto de abuso de la confianza.

De lo anterior queda claro que la distracción no es, en realidad, una forma de apropiación patrimonial, sino un desvío de la finalidad a la que está afectado el bien por parte de su titular. Ante esta situación, un sector de la doctrina penal sostiene que la apropiación por distracción sería una forma de administración fraudulenta especial frente a la regulación general.²⁵ Otro sector doctrinal opta por la tesis de la insolvencia punible, centrando el injusto, más bien, en la omisión del pago o devolución de lo recibido.²⁶ A mi entender, la distracción supone, al igual que la administración fraudulenta, una defraudación de la confianza depositada en el agente que recibe previamente el bien. No es un caso, por lo tanto, de fraude al acreedor. Sin embargo, la distracción no es una forma especial de administración fraudulenta, en la medida que no está referida a la infracción de un deber de fidelidad sobre una masa patrimonial, sino a la frustración de una finalidad específica a la que está afectado un bien específico por parte de su titular.²⁷ Por

²² Aunque, en la doctrina penal peruana, algunos sostienen que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica en la modalidad de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica supone un acto de apropiación, por lo que se trataría de una ley especial frente a la apropiación indebida (así, SALINAS SICCHA, *PE*, 5ª ed., 2013, p. 1183).

²³ Al respecto, destacando la disputa entre las tesis monistas y dualistas de la apropiación indebida, MAÑALICH, «Apropiación y distracción indebida. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (1), 2018, pp. 153 ss.

²⁴ En este sentido, MAÑALICH, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (1), 2018, p. 160.

²⁵ En este sentido, BASCUÑÁN, «Delitos contra intereses instrumentales», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (1), 2004, pp. 339 ss.

²⁶ En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, «La administración desleal en el Derecho penal chileno», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, pp. 269 s., al considerar la distracción una hipótesis de insolvencia punible, en este caso singular y no universal, sin sujeción a requisitos formales respecto de la omisión de devolución de una determinada cantidad de dinero o bienes aplicados a una determinada finalidad.

²⁷ Similarmente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 214.

eso, la apropiación por distracción constituiría un abuso de la confianza distinto al que sustenta la administración fraudulenta.

Las consideraciones precedentes permiten hacer la precisión de que, por administración fraudulenta de patrimonio, no pueden entenderse los delitos que se cometen en la administración o el cuidado de un bien específico o una cantidad de dinero, pues eso sí cuenta con una larga tradición bajo la forma de una apropiación indebida por distracción o por defraudaciones especiales en el marco de los contratos de mandato o comisión. De lo que se trata, por lo tanto, con la criminalización de la administración fraudulenta es de castigar a quien gestiona fraudulentamente un patrimonio y no un bien determinado. Un caso limítrofe sería la administración indebida de un patrimonio compuesto por un solo bien. Si el tipo penal de apropiación ilícita recoge de manera expresa o implícita la modalidad de la distracción, entonces deberá tratarse el caso como una apropiación ilícita. El caso de una administración fraudulenta sobre una parte del patrimonio compuesto por varios bienes da lugar, por el contrario, a una administración fraudulenta. El criterio decisivo de distinción es la pluralidad o singularidad de lo administrado.

3. Problemas dogmáticos

3.1. El bien jurídico protegido y el consentimiento del titular del patrimonio administrado

Como se sabe, la llave maestra para interpretar el alcance de un tipo penal de cara a su aplicación a los casos concretos se encuentra en el bien jurídico protegido. En las legislaciones penales que incluyen a la administración fraudulenta dentro de los delitos contra el patrimonio, se recurre generalmente al punto de vista sistemático para sostener que el bien jurídico protegido es el patrimonio.²⁸ Por el contrario, en las legislaciones que la regulan en un título distinto a los delitos contra el patrimonio, como sucedía, por ejemplo, con la anterior regulación española que la ubicaba dentro de los delitos societarios, la doctrina penal entra en discusión. Desde consideraciones teleológicas se defienden posiciones muy variadas: que el bien jurídico, pese a su ubicación sistemática, sigue siendo el patrimonio;²⁹ que se trata, en realidad, de un bien jurídico colectivo;³⁰ o que existe una conjunción de ambas perspectivas bajo un prisma de

²⁸ Respecto de la regulación penal peruana, PEÑA CABRERA, *PE*, t. II-A, 1995, p. 377; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *PE*, 4ª ed., 1998, p. 329; SALINAS SICCHA, *Curso de Derecho penal peruano*, t. III, 2002, pp. 313 s.; REYNA ALFARO, «La situación espiritual del Derecho penal societario peruano», en JAÉN VALLEJO (dir.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje al Prof. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, 2003, p. 999. En el delito de infidelidad patrimonial alemán que también se regula como un delito contra el patrimonio, igualmente, SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 10; TRÖNDLE/FISCHER, «§ 266», *StGB*, 51ª ed., 2003, nm. 2; LACKNER/KÜHL, «§ 266», *StGB*, 24ª ed., 2001, nm. 1; KRAATZ, «Zur „limitierten Akzessorietät“ der strafbaren Untreue – Überlegungen zur Strafrechtsrelevanz gesellschaftsrechtlicher Pflichtverletzungen im Rahmen des § 266 StGB anhand von Beispielen zur „GmbH-Untreue“», *ZStW*, (123), 2011, p. 453.

²⁹ Así, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESSE, *DPE*, 2ª ed., 2010, pp. 623 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las relaciones entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida en el Derecho español», en MIR PUIG *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal económico*, 2002, p. 256; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, 1998, p. 185; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La gestión desleal del patrimonio ajeno», *Derecho y Empresa*, (1), 2005, pp. 14 ss.

³⁰ En este sentido, MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, 2005, pp. 219 ss.

pluriofensividad.³¹ Esta última posición no ofrece, por lo general, un fundamento plausible para la imbricación funcional de ambas perspectivas, por lo que parece más un mecanismo de elusión de las críticas que se le hacen a una u otra perspectiva que una formulación consecuente a partir de determinada premisa general.

Dado que el enfoque penal se centra en la lesividad específica del injusto y no en su repercusión mediata en el funcionamiento global de ciertos sectores sociales, lo razonable es localizar el bien jurídico protegido por el delito de administración fraudulenta a nivel del afectado en sus derechos por el injusto. Podría pensarse, como originariamente sucedió con la incorporación del delito de administración fraudulenta alemán,³² que lo que el delito de administración fraudulenta lesiona es, en realidad, la confianza que el titular del patrimonio deposita en el administrador infiel. Sin embargo, es evidente que el tipo penal no se sustenta en la sola defraudación de la confianza depositada en el administrador, sino que ésta cobra cuerpo en el perjuicio patrimonial irrogado. Si bien el administrador asume la administración del patrimonio por un acto de confianza, lo que se protege es la ordenada gestión del patrimonio confiado. En consecuencia, no hay duda de que la administración fraudulenta constituye un delito contra el patrimonio.³³

Identificado el bien jurídico, es posible indicar quién es su titular. En principio, tal calidad recae sobre el titular del patrimonio administrado.³⁴ Los actos de administración fraudulenta deben producir, en ese sentido, un menoscabo en el patrimonio administrado. No obstante, como ya se indicó, en algunas legislaciones penales la protección penal dispensada no se limita al titular del patrimonio administrado, sino que alcanza a terceros vinculados (socios, inversionistas, acreedores, etc.),³⁵ siendo irrelevante, en tal caso, si la actuación afecta también a la persona jurídica o si, por el contrario, le beneficia. En este supuesto, el administrador abusa de sus facultades de administración sobre el patrimonio de la persona jurídica, repercutiendo dicho abuso en el patrimonio de terceros relacionados patrimonialmente con la persona jurídica. Como puede verse, la administración fraudulenta no girará en torno únicamente a los intereses patrimoniales del titular del patrimonio administrado, sino que irradiará su espectro de acción en el patrimonio de terceras personas vinculadas. En la medida que esta posibilidad regulatoria de la administración fraudulenta suscita problemas de delimitación con los delitos de fraude a los acreedores, no se debería incluir el perjuicio sobre los terceros y optimizar, más bien, su protección por medio de los fraudes a los acreedores o insolvencias punibles.

En un modelo que estructura la administración fraudulenta sobre la base de una relación entre el administrador y el titular del patrimonio administrado,³⁶ no parece haber mayor inconveniente

³¹ Así, LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *InDret*, (3), 2010, pp. 7 s., procuran compatibilizar la perspectiva supraindividual (correcto funcionamiento de las personas jurídicas) con la perspectiva individual (patrimonio), sosteniendo que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica protege inmediatamente lo segundo y mediatamente lo primero.

³² Con amplias referencias, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, 2016, pp. 76 ss.

³³ En el mismo sentido, PASTOR MUÑOZ, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal», *InDret*, (4), 2016, p. 3.

³⁴ MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, p. 188.

³⁵ Así sucede, por ejemplo, en la regulación penal peruana, como lo señala SALINAS SICCHA, *PE*, 5ª ed., 2013, p. 1186.

³⁶ Así, MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, pp. 187 s.

para darle al consentimiento del titular del patrimonio relevancia excluyente de la responsabilidad penal.³⁷ El consentimiento debe reunir, en tal caso, los requisitos que, de manera general, se exige para su validez, esto es, debe ser emitido por el titular del patrimonio y sin ningún vicio de la voluntad.³⁸ En este punto, se plantea la cuestión de si, en relación con el patrimonio de personas jurídicas, su órgano de decisión puede consentir sobre aspectos que inciden finalmente en otras personas con intereses en su correcta administración. Un sector de la doctrina penal considera, por ello, discutible aceptar en el ámbito de las personas jurídicas la validez del consentimiento.³⁹ En la jurisprudencia alemana se manejó incluso el criterio de admitir la validez del consentimiento hasta el límite del capital social, con la clara finalidad de proteger a los acreedores.⁴⁰ Esta lógica, sin embargo, haría perder la naturaleza disponible del patrimonio, pues nadie que tenga acreedores, podría disponer completamente de su patrimonio. Pese a los diversos intereses de terceros, mientras jurídicamente la persona jurídica cuente con plena libertad de disposición, su voluntad expresada por el órgano social correspondiente constituirá un consentimiento completamente válido.⁴¹ Los perjuicios que pudiesen causarse a las minorías societarias por dicha decisión, podrán paliarse, en todo caso, con mecanismos civiles o societarios como la impugnación de acuerdos, las acciones de ineficacia, las indemnizaciones, etc.; existiendo incluso en algunos países, como en España, un delito societario de acuerdos abusivos para proteger a las minorías de dichos acuerdos.⁴²

En el plano temporal, el consentimiento debe expresarse antes de la realización del hecho penalmente relevante, de manera tal que no podrá asignársele un efecto excluyente de la responsabilidad penal, si se emitió con posterioridad a la comisión del delito de administración fraudulenta.⁴³ En caso de una conformidad posterior a la realización del hecho delictivo, el titular del patrimonio afectado podrá renunciar a cualquier pretensión civil e incluso podrá instar a la aplicación de alguna fórmula de oportunidad procesal para evitar el procesamiento penal del administrador, pero lo que no se podrá alegar es la ausencia de un acto de administración fraudulenta penalmente relevante por un acto posterior de conformidad.

³⁷ Sobre la atipicidad por consentimiento en actos de administración desleal, TRÖNDLE/FISCHER, «§ 266», StGB, 51ª ed., 2003, nm. 49 ss.; SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 12, 89.

³⁸ SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 90.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 73 ss.; FARALDO CABANA, «El consentimiento de la junta general de socios y administración desleal de sociedades», *Ius et veritas*, (27), 2003, pp. 276 ss. En la doctrina penal alemana, se manejan hasta cuatro teorías en función de si se inclinan completa o principalmente a favor de dar un efecto exoneratorio o no al consentimiento de los socios (teoría estricta de los socios, teoría limitada de los socios, teoría limitada de la corporación y teoría estricta de la corporación); al respecto, SCHÜNEMANN, «La administración desleal de los órganos societarios: El caso Mannesmann», en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, pp. 39 s.

⁴⁰ BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, 2011, pp. 215 ss.

⁴¹ Similarmente, BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, p. 213.

⁴² Vid., con mayor detalle PASTOR MUÑOZ, «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)», *InDret*, (1), 2008, pp. 1 ss. (especialmente 20 ss.).

⁴³ En el mismo sentido, BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, p. 212.

3.2. Su configuración típica como delito especial

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica se configura típicamente como un delito especial propio, en la medida que solamente podrá ser autor quien tiene la calidad de administrador del patrimonio de otro.⁴⁴ Esta limitación del círculo de autores suscita la cuestión de si el delito se puede aplicar también a quien ejerce fácticamente la administración del patrimonio. Si bien a pocos se les ocurriría defender un planteamiento formalista que circunscriba la calidad de administrador al que tiene un nombramiento formalmente válido, tampoco se debe abrir la puerta a cualquier forma de administración fáctica.⁴⁵ El que el tenor de algunas legislaciones penales permita incluso responsabilizar penalmente como autor al administrador de hecho (p.e. en la anterior regulación penal española de la administración fraudulenta societaria se incluía expresamente como autor al administrador de hecho), no significa que siempre sea posible hacerlo en términos dogmáticos. Por esta razón, resulta necesario encontrar el criterio material que permita justificar, en términos jurídico-dogmáticos, la posibilidad de ampliar el círculo de posibles autores del delito a un administrador de hecho.

Para poder determinar el alcance que se le podría llegar a reconocer a la administración fáctica en el delito de administración fraudulenta, se debe recurrir al criterio material con el que concretamente se imputa este delito especial. Si se trata de una competencia por organización, el autor del delito será el administrador que tenga el dominio social típico, para lo cual no tiene que poseer necesariamente el estatus formal de administrador, sino que bastará con la asunción fáctica de la posición de administrador desde la que lesiona el patrimonio que encarna el bien jurídico protegido.⁴⁶ De tratarse, por el contrario, de una competencia institucional, entonces el autor del delito solamente podrá serlo aquél a quien el titular del patrimonio, por una relación de confianza especial, le ha encargado su administración. Por lo tanto, únicamente el administrador con nombramiento como tal podrá ser considerado autor del delito y no cualquiera que se arrogue unilateralmente la administración del patrimonio.⁴⁷

Debe evitarse caer en el extendido error de creer que el delito de administración fraudulenta está necesariamente configurado como un delito especial de dominio o como un delito de infracción de un deber. El delito especial puede dejar suficientemente abierto el fundamento de la imputación, de modo tal que admita su realización tanto por medio de una competencia por

⁴⁴ En relación con la *Untreue* alemana, SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 61.

⁴⁵ En el Derecho penal alemán se resuelve el problema mediante opiniones interpretativas del término administrador utilizado por las leyes penales correspondientes (AGG, GmbHG). Para algunos autores el administrador de hecho se incluirá dentro del círculo de destinatarios sólo excepcionalmente –MONTAG, *Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer*, 1994, p. 53; TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82-85 GmbH und ergänzende Vorschriften)*, 3ª ed., 1995, §84 nm. 30; STEIN, «Die Adressaten der §64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung», *ZHR*, (148), 1985, pp. 207, 217– mientras otros acuden a un criterio extensivo basado en la perspectiva fáctica de análisis –GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, 1994, p. 24-.

⁴⁶ Una comprensión amplia de la administración de hecho en el delito de administración fraudulenta sostiene SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 24, sobre la base de la asunción fáctica de la posición de administración con consentimiento del titular del patrimonio o de una persona autorizada para delegar.

⁴⁷ El desarrollo de esta tesis, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación penal*, 1999, pp. 144 ss.

organización, como por medio de una competencia institucional. También es cierto que la regulación penal puede centrar claramente el tipo penal en una clase de competencia (generalmente institucional), en cuyo caso su realización se hará necesariamente a partir de determinado tipo de competencia penal. Por eso, resulta muy importante diferenciar cuándo se habla de infracción del deber como “tipo de delito” y cuándo como “realización típica”, recogiendo la acertada distinción propuesta por SILVA SÁNCHEZ.⁴⁸ Si nos enfocamos en la realización típica, debe señalarse que, en la doctrina penal, existen posiciones encontradas. Por un lado, están los que sostienen que, en principio, la competencia penal en el delito de administración fraudulenta es organizativa, admitiendo excepcionalmente una competencia institucional por deberes positivos especiales;⁴⁹ por el otro, cabe mencionar a los que lo ven como un delito de infracción de un deber,⁵⁰ lo que significa que su realización tiene lugar siempre por medio de una competencia institucional.

A nuestro modo ver, la competencia es organizativa o institucional en función del patrimonio tutelado. Si el delito de administración fraudulenta circunscribe su protección al patrimonio administrado (relación interna), entonces el delito estará configurado necesariamente como un delito de infracción de un deber, pues el administrador se encuentra vinculado por la institución específica de la confianza especial con el titular del patrimonio.⁵¹ El que el administrador haya asumido voluntariamente la posición de administrador no puede ser tomado como el fundamento de una competencia por organización: el funcionario público también asume voluntariamente el cargo. Con la relación de administración surge una vinculación de las esferas de organización y no una simple asunción de deberes de aseguramiento o salvamento. Por eso, cuando una persona confía a otro la administración de su patrimonio surge una vinculación institucional que sustenta el deber positivo de proteger el patrimonio. Esta configuración del delito de administración fraudulenta es independiente de si el tipo penal recoge una modalidad de abuso y/o una modalidad de infracción del deber de fidelidad patrimonial. El abuso de las facultades de administración sería no más que una forma de infringir el deber de fidelidad patrimonial, por lo que, al final, el fundamento de la imputación será siempre la infracción de tal deber.⁵² De ser así, el cumplimiento del deber institucional solamente se le podrá exigir al administrador que ha sido nombrado como tal, por lo que la autoría del delito deberá limitarse a este administrador. No hay duda que tal situación recae sobre el administrador formal que cuenta con un nombramiento como tal, pero también alcanza al administrador al que se le ha nombrado defectuosamente, pues la deficiencia jurídico-civil no afecta la vinculación institucional que surge de la relación de confianza especial.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. XIX.

⁴⁹ En este sentido, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 107 ss.

⁵⁰ VERA RIVERA, *El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, 2016, pp. 214 ss.

⁵¹ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83, en diversos casos.

⁵² Al respecto en la doctrina alemana existe un enfrentamiento entre las llamadas tesis monistas (ambas modalidades presuponen un deber de protección especial del patrimonio ajeno) y las llamadas tesis dualistas (cada modalidad constituye un tipo penal independiente). Sobre la evolución histórica de esta discusión KINDHÄUSER, «§ 266», *NK*, 2ª ed., 2005, nm. 11 ss. Una tesis dualista, en sus distintas variantes, podría tener su razón de ser en los vacíos que genera la ausencia de una modalidad de distracción de dinero en el delito de apropiación indebida, por lo que en legislaciones penales que, por el contrario, la reconocen, la tendencia debería ir naturalmente por la unificación de ambas modalidades de la administración fraudulenta en la existencia de un deber especial de fidelidad patrimonial.

La configuración material del delito de administración fraudulenta cambia completamente si este delito protege también el patrimonio de terceros (relación externa). En tal caso, la competencia penal del administrador por el perjuicio irrogado a éstos será por organización, no de naturaleza institucional. La administración fáctica se amplía, en estos casos, a los que ejercen *de facto* la administración del patrimonio, lo que no se limita, como podría pensarse, al administrador sin un nombramiento. La competencia por organización en la administración fraudulenta puede alcanzar a cualquiera que ejerza actos de administración sobre el patrimonio, como sucede, por ejemplo, con el socio mayoritario de una empresa que se escuda en un testafarro que sólo firma papeles o con el directivo de una empresa madre que controla las decisiones administrativas de las sociedades hijas.⁵³ A todos los que ejercen fácticamente funciones de administración de un patrimonio ajeno, les alcanza el deber negativo de no afectar a los demás en el ejercicio de esas funciones.

3.3. La gravedad del acto de administración fraudulenta

El acto de administración sancionado por el delito de administración fraudulenta supone primeramente que esa administración haya superado los límites de permisión jurídica del riesgo de perjuicio.⁵⁴ Incluso si tales límites se superasen, el principio de la mínima intervención no autoriza el castigo penal *eo ipso* de todo acto de administración indebida del patrimonio ajeno.⁵⁵ Por fragmentariedad sólo los actos más graves e intolerables deben ser penalmente sancionados, dejando los casos menos graves en manos del Derecho civil o societario.⁵⁶ Sin embargo, muchas veces la tipificación penal no hace una explícita referencia a la exigencia de esta gravedad, por lo que la jurisprudencia es la que se ha encargado de desarrollarla en los casos concretos que han tenido que resolver los tribunales.⁵⁷ El que se alcance esta gravedad depende evidentemente del específico contexto de actuación, en el que se ejerce la administración del patrimonio ajeno, por lo que no es posible establecer un mismo parámetro de medición de la gravedad aplicable a todos los casos.

En el caso de una persona jurídica, que es por cierto el que mayores problemas de administración fraudulenta suscita, el ordenamiento jurídico recoge el interés general por la correcta y transparente administración de su patrimonio, por lo que contiene normas societarias que deben ser observadas obligatoriamente por los administradores. La existencia de esta regulación

⁵³ En relación con el delito de infidelidad patrimonial alemán bajo la lógica de la asunción fáctica de la posición de dominio, SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 24.

⁵⁴ PASTOR MUÑOZ, *InDret*, (4), 2016, p. 16.

⁵⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996, pp. 30 s.

⁵⁶ En este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t. I, 1976, pp. 76 ss.; MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley orgánica del Código penal», *CPC*, (16), 1982, p. 112; GONZÁLEZ VIZCAYA, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», *Actualidad Penal*, (10), 1997, p. 231; FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 125; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, 1997, pp. 58 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, 1996, p. 23. Críticamente, SCHÜNEMANN, «¿“Infracción grave del deber” en la administración desleal?», en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, pp. 85 s.

⁵⁷ Sobre la referencia a la gravedad de la infracción del deber en el delito de infidelidad patrimonial desarrollada por la jurisprudencia alemana, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, § 14/562. Igualmente, FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 119.

primaria genera con mayor razón la necesidad de establecer un límite para determinar qué conductas de administración indebida del patrimonio de una persona jurídica deben quedarse en el plano estrictamente societario y qué conductas deben pasar a ser tratadas por el Derecho penal. Solamente las graves infracciones a la normativa primaria sobre la correcta administración de la sociedad podrían alcanzar el nivel de un delito de administración fraudulenta.⁵⁸ Así, respecto de las sociedades anónimas, por ejemplo, el BGH alemán ha formulado varios criterios de determinación como la falta de cercanía con el objeto de la empresa, la desproporción en atención a la situación patrimonial, la falta de transparencia en los procesos internos o la presencia de motivos inapropiados como la persecución de preferencias personales.⁵⁹ Como se dijo, la gravedad del acto de administración indebida se debe determinar en atención a las particularidades regulativas de cada contexto de actuación.⁶⁰

El requisito de la gravedad del acto de administración fraudulenta ha sido desarrollado por los tribunales penales alemanes en la interpretación del delito de infidelidad patrimonial. Algún autor ha señalado que esta exigencia jurisprudencial ha significado, de alguna manera, la entrada en el sistema continental europeo del criterio anglosajón de la regla del criterio empresarial (*business judgement rule*).⁶¹ Con base en este parámetro interpretativo se sostiene que toda decisión empresarial que se haya efectuado siguiendo las reglas de procedimiento establecidas goza de la presunción de corrección de haberse tomado de buena fe, y no resulta, por ello, revisable por los órganos judiciales, ni puede dar lugar a reclamaciones contra los administradores. Esta presunción sólo se rompería cuando existe un interés personal o una clara falta de información relativa a los presupuestos de la decisión,⁶² siendo recién a partir de ese momento en que resulta posible plantear un supuesto de administración fraudulenta. Acudir a la regla del criterio empresarial sería aún más necesario en el caso de administraciones que necesitan ser originales y arriesgadas.⁶³ Ante este planteamiento, otros entienden que la determinación del riesgo permitido en la administración fraudulenta se debe hacer atendiendo a la voluntad del titular del patrimonio, por lo que la regla del criterio empresarial podría ser tomada en cuenta únicamente como un indicador de esa voluntad.⁶⁴

3.4. El perjuicio patrimonial

El delito de administración fraudulenta exige, por lo general, que las acciones fraudulentas se realicen en perjuicio del titular del patrimonio administrado. Este perjuicio debe entenderse en un sentido patrimonial, en la medida que se trata de un delito contra el patrimonio.⁶⁵ Para

⁵⁸ ROJAS, *Revista Penal*, (23), 2009, p. 157.

⁵⁹ SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 89; ROJAS, *Revista Penal*, (23), 2009, p. 158.

⁶⁰ Similarmente, PASTOR MUÑOZ, *InDret*, (4), 2016, p. 17.

⁶¹ HÜFFER, «Mannesmann/Vodafone: Präsidiumsbeschlüsse des Aufsichtsrats für die Gewährung von Appreciation Awards an Vorstandsmitglieder», *BB*, (43-7), 2003, p. 28.

⁶² FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 128.

⁶³ La referencia en COCA VILA, «La *Business judgment rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. mult., Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 807 ss.

⁶⁴ Así, COCA VILA, en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 831 ss.

⁶⁵ Sobre la valoración económica del perjuicio, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Los delitos societarios», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, v. II, 1998, p. 590.

determinar la existencia del perjuicio existen diversos criterios en pugna. Por un lado, se acude al criterio de la compensación, según el cual no habrá un perjuicio si el acto de administración provoca, al mismo tiempo, un aumento del patrimonio que compensa la pérdida.⁶⁶ Por el contrario, existirá un perjuicio, si luego del acto de administración el patrimonio tiene menos valor que antes. El perjuicio puede tener lugar tanto cuando hay una disminución patrimonial, como cuando se ha impedido un aumento patrimonial esperable.⁶⁷ Para determinar si se presenta una compensación debe hacerse un análisis singular (la misma acción) e inmediato (el aumento debe resultar directamente de la acción).⁶⁸ La compensación puede determinarse con un enfoque económico, en cuyo caso podrán considerarse también las expectativas ciertas de ganancia. Sin embargo, tal enfoque limitado a lo económico podría introducir en el análisis los beneficios de origen ilegal, por lo que se plantea usar, más bien, un enfoque jurídico que haga la comparación con los beneficios que lícitamente se podrían obtener. Por otro lado, existe el criterio de la frustración del fin, según el cual lo que determina el perjuicio es que se haya frustrado el fin al que se afecta el patrimonio administrado. En nuestra opinión, ambos criterios inciden en la determinación de la relevancia delictiva del acto de administración fraudulenta, aunque en momentos distintos del análisis.

La conducta de administración fraudulenta supone respecto del titular del patrimonio administrado la infracción de un deber de fidelidad, lo que implica ya la frustración del fin al que el titular ha afectado el patrimonio administrado. Si el fin al que está afectado el patrimonio se mantiene o consolida, pese a que el administrador ha desbordado los límites de una actuación permitida, no se podrá sostener un acto de administración fraudulenta, más allá de otras responsabilidades legales del administrador. En caso que el acto de administración del patrimonio haya frustrado el fin afectado, lo que queda por determinar, a nivel propiamente del perjuicio patrimonial, es si se ha producido una disminución no compensada del patrimonio administrado. Esta compensación se define, en principio, con una perspectiva económica, por lo que podrán considerarse las expectativas ciertas de ganancias.⁶⁹ Sin embargo, esta apertura económica no autoriza a incluir las ganancias o expectativas que tengan un carácter ilegal. La falta de un título jurídico con el que se pueda reconocer un derecho sobre los beneficios procurados con el acto de administración indebida impiden que sean considerados en el análisis comparativo y, por lo tanto, que sean tomados como una compensación.

Especialmente discutida es la cuestión de si el perjuicio debe entenderse en el sentido estricto de lesión patrimonial o si cabe interpretarlo en un sentido más amplio como peligro de lesión patrimonial.⁷⁰ Para poder responder a la interrogante planteada resulta necesario explicar primeramente cuándo un peligro de lesión patrimonial puede equipararse a una lesión patrimonial efectiva como perjuicio. Un sector de la doctrina defiende un criterio jurídico de definición, conforme al cual el peligro patrimonial es equiparable a la lesión si, en el resto del

⁶⁶ Al respecto, ROJAS, *Revista Penal*, (23), 2009, p. 164.

⁶⁷ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2000, pp. 43 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, «La administración desleal del art. 295 del Código penal», *Cuadernos de Derecho judicial*, (7), 1999, p. 41.

⁶⁸ ROJAS, *Revista Penal*, (23), 2009, p. 165.

⁶⁹ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 93 ss., siempre que se apoyen en un derecho subjetivo.

⁷⁰ Sobre esta discusión en el caso del delito de infidelidad patrimonial alemana, con mayores referencias, PERRON, «Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue», *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 737 ss.; BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 285 ss.

ordenamiento jurídico, cabe vincularle consecuencias jurídicas en la forma de pretensiones indemnizatorias o resolutorias.⁷¹ La ausencia de criterios legalmente claros en el propio Derecho civil para determinar las pretensiones indemnizatorias en relación con situaciones de peligro patrimonial, hace que el criterio jurídico sirva de muy poco, además de correr el riesgo de transitar por un camino innecesario si finalmente son consideraciones económicas las que influyen en la decisión jurídico-civil. Por esta razón, se recurre a un criterio económico basado en la alta probabilidad de producción de un resultado de lesión que, aunado a la ausencia de mecanismos de neutralización o compensación, repercute en la propia valoración económica del patrimonio. Desde esta perspectiva, tanto la lesión patrimonial como el peligro de lesión patrimonial serían dos formas de aparición de un concepto de perjuicio en el sentido de reducción del valor económico.⁷² En nuestra opinión, el elemento del “perjuicio” engloba no sólo la lesión patrimonial efectiva, sino también el peligro concreto de dicha lesión. El perjuicio, por lo tanto, no sólo tiene lugar cuando se produce un daño patrimonial efectivo, sino también cuando el peligro de daño impacta en el valor del patrimonio administrado.⁷³

La exigencia de la producción de un perjuicio patrimonial hace que el delito de administración fraudulenta sea un delito de resultado, lo que supone que la imputación objetiva exigirá para la consumación del tipo penal no sólo la realización de la conducta fraudulenta (la imputación del comportamiento), sino también que se haya producido un perjuicio patrimonial reconducible al comportamiento imputado objetivamente al autor (la realización del riesgo prohibido en el resultado).⁷⁴ No es necesario establecer un aporte causal a la generación de las condiciones de perjuicio contra el patrimonio administrado, sino que, por los deberes impuestos al administrador, esa situación de perjuicio pueda considerarse un asunto suyo. Por otro lado, la estructuración típica como un delito de resultado, permitirá, en el plano conceptual, el castigo a título de tentativa, en tanto el autor realice la conducta típica, pero el perjuicio no tenga lugar (como daño efectivo o peligro de daño) por razones ajenas al autor. Pese a esta posibilidad conceptual, debe tenerse en cuenta que muchas conductas de administración irregular sin peligro de daño, por sí mismas, constituyen ya infracciones societarias que llevan aparejadas responsabilidades civiles o sociales.⁷⁵ En este sentido, razones de carácter político-criminal podrían hablar en contra de la necesidad de castigar penalmente estos supuestos de tentativa, siendo lo más conveniente dejar la solución del conflicto a los mecanismos extrapenales pertinentes.⁷⁶

4. Casos especialmente discutidos de administración fraudulenta

⁷¹ Así, CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, pp. 131 ss.

⁷² BRÄUNING, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, p. 288.

⁷³ Sobre la puesta en peligro del patrimonio como perjuicio patrimonial, ampliamente, GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, pp. 386 ss. (especialmente 406 ss.).

⁷⁴ PASTOR MUÑOZ, *InDret*, (4), 2016, p. 18; KINDHÄUSER, «Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, 2018, p. 354; SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 207.

⁷⁵ Destaca esta situación, GÓMEZ BENÍTEZ, «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebido y los ilícitos mercantiles», *La Ley*, (4237), 1997, pp. 2053 ss.

⁷⁶ En este sentido, resulta llamativo que, en el Derecho penal alemán, en donde el delito de infidelidad patrimonial está constituido como un delito de resultado, el legislador haya decidido no castigar la tentativa [al respecto, SEIER, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, Parte 5, Cap. 2, nm. 32].

En la práctica de los tribunales penales de distintos países que regulan el delito de administración fraudulenta, se han presentado casos difíciles en cuanto a su calificación como tal. Sin perjuicio de que la solución depende en gran medida de las particularidades típicas de la regulación positiva de cada país, es posible, por lo menos en el plano conceptual, encontrar algunos criterios para responder a la cuestión de si efectivamente constituyen una administración fraudulenta o no. Y eso es precisamente lo que se pretende hacer en este apartado.

Un supuesto especialmente discutido sobre su relevancia como delito de administración fraudulenta es la disposición patrimonial que realiza el administrador con un amplio margen de discrecionalidad sin que exista una retribución patrimonial. La dificultad para determinar si existe una administración fraudulenta es que los actos de administración realizados son, en principio, lícitos,⁷⁷ radicando el problema en si el administrador ha superado el límite de su discrecionalidad, al no existir ningún beneficio para el titular del patrimonio administrado.⁷⁸ Dentro de estos casos cuentan donaciones (en especial, a partidos políticos), contratos de esponsorización o gastos por responsabilidad social corporativa. Algunos intentan establecer el punto de decisión en la inobservancia de los procedimientos formales para la toma de decisión.⁷⁹ Esta posición limita, sin embargo, el foco del análisis al carácter indebido del acto de administración, al no tener en consideración si es que se ha producido efectivamente un perjuicio patrimonial. La sola superación del límite de la discrecionalidad no es base suficiente para sostener la producción necesaria de un perjuicio patrimonial. Lo realmente problemático para establecer si una decisión discrecional configura una administración fraudulenta reside en que el perjuicio irrogado resulta muchas veces difícil de determinar, ya que estas decisiones (como donar, esponsorizar o gastar) pueden traer como consecuencia una buena publicidad o el mejoramiento de la percepción social. La dificultad de cuantificar estos beneficios no debe, sin embargo, llevar a la conclusión de que no es posible determinar si hubo perjuicio o no. Atendiendo a la finalidad a la que se encuentra afectado el patrimonio, se pueden definir los criterios de evaluación para precisar si, al final del día, la decisión discrecional ha producido efectivamente un perjuicio patrimonial.⁸⁰ Un referente especialmente importante en esta labor de ponderación es, sin duda, la situación concreta en la que se encuentra el patrimonio administrado, pues no es lo mismo hacer, por ejemplo, una importante donación cuando la empresa se encuentra saludable en términos económicos que hacerla estando en una grave situación de crisis económica.

Otro de los supuestos discutidos como administración fraudulenta son los llamados negocios de riesgo. La idea principal es que no se puede considerar un acto de administración fraudulenta la sola disposición del patrimonio en operaciones de riesgo. Es necesario que estas operaciones estén alejadas de la finalidad a la que se ha afectado el patrimonio administrado, de manera tal que no se podrá sostener una administración fraudulenta si el negocio riesgoso se hace en el marco del giro comercial previsto. El siguiente paso es evaluar si tal negocio se ha hecho

⁷⁷ MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, p. 203.

⁷⁸ FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, pp. 115 ss.

⁷⁹ Así, el planteamiento de la Fiscalía española en el caso del contrato de esponsorización del Ayuntamiento de Marbella con el Atlético de Madrid, FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, pp. 115 s. En el mismo sentido parece ir igualmente el razonamiento de SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, pp. 69 s.

⁸⁰ PASTOR MUÑOZ, *InDret*, (4), 2016, p. 19. En relación con el contrato de esponsorización, MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, pp. 206 ss.

cumpliendo el mínimo de diligencia debida o respetando las máximas reconocidas en el ámbito comercial concreto.⁸¹ De manera específica, la jurisprudencia alemana ha considerado, por ejemplo, que la concesión de créditos constituye un negocio de riesgo, por lo que el administrador debe ponderar los riesgos de pérdida en los diversos escenarios al momento de realizar la disposición patrimonial. El solo hecho de que posteriormente no se pueda recuperar satisfactoriamente el crédito, no constituye necesariamente una administración fraudulenta. Tal posibilidad de imputación se excluye si es que el administrador ha realizado una diligente ponderación de los riesgos para evitar razonablemente una pérdida patrimonial no compensada.⁸² Por el contrario, si el administrador infringe los deberes de información o comprobación, el perjuicio no compensado de la operación se le podrá imputar como una administración fraudulenta, siempre que, claro está, sea la realización del riesgo creado indebidamente por la infracción de los deberes de información o comprobación correspondientes.

El pago de retribuciones o indemnizaciones excesivas a los altos directivos ha levantado igualmente una gran discusión sobre la posibilidad de subsumir dicho pago en el delito de administración fraudulenta. Sin duda el caso más representativo en la literatura alemana es el ocurrido con las empresas Mannesmann-Vodafone, en el que se hizo un cuantioso pago (*appreciation award*) al presidente del Consejo de Administración de la empresa alemana Mannesmann por sus gestiones en una OPA hostil realizada por la empresa inglesa Vodafone para adquirir sus acciones. El pago de una bonificación de reconocimiento no tiene nada de extraño en el mundo empresarial, por lo que, en principio, no podría dar pie a una administración fraudulenta.⁸³ Sin embargo, el punto de discusión no es que se puedan hacer estos pagos de reconocimiento a los directivos, sino que, en el contexto concreto, no se presentaron claras las razones que justificasen ese desembolso y tampoco que existiesen prestaciones futuras con las que poder sustentar el pago de tal bonificación.⁸⁴ En consecuencia, se podrá sostener una administración fraudulenta si es que, desde el punto de vista del desempeño del directivo, no existe fundamento alguno para otorgarle el pago de reconocimiento.

Se ha discutido también si constituye una administración fraudulenta la asunción de los gastos legales y, eventualmente, de las multas impuestas a los administradores en el ejercicio de sus funciones. Está claro que estos pagos no traen como consecuencia un beneficio económico que compense directamente su desembolso. En este sentido, en la jurisprudencia francesa domina el parecer de que constituyen gastos que no se corresponden con el interés social de la entidad y, por lo tanto, deberían entrar en el radio de acción del delito de abuso de los bienes sociales.⁸⁵ Sin embargo, pese a que no se trata de desembolsos por los que la empresa estuviese obligada, un sector de la doctrina penal sostiene que, si los montos son razonables y no suponen una

⁸¹ Así, SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 43.

⁸² En este sentido, SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 87.

⁸³ SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 56.

⁸⁴ JAKOBS, «Caso Mannesmann/Vodafone. Acusación de administración desleal por infracción de deberes especiales jurídico-societarios», en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 162.

⁸⁵ Al respecto, FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 118.

dilapidación, el beneficio para la entidad se podría encontrar en relación con la creación de un buen “clima laboral”.⁸⁶ Esta asunción de los gastos legales resultará incluso más razonable si es que, de la actuación ilegal del administrador, se puede desprender una posible responsabilidad civil de la representada, por lo que una defensa del primero redundaría en los propios intereses de la segunda. Discutible es que la asunción de los gastos o multas se establezcan de manera previa a la realización de las infracciones. Sin embargo, no puede sostenerse una posición absoluta de rechazo en estos casos, sino que dependerá del alcance y el sentido *ex ante* del compromiso.

La conformación de cajas negras por parte del administrador se ha convertido también en un tema discutido sobre su relevancia como un delito de administración fraudulenta. En la jurisprudencia alemana se ha concluido que sí lo es cuando el dinero se pone permanentemente fuera del alcance del titular, aunque se use luego, de darse el caso, en su interés (por ejemplo, para el pago de sobornos).⁸⁷ Una respuesta única en el tema de las cajas negras no parece ser lo más apropiado, pues un dato relevante es la finalidad de tales cajas negras. Si su finalidad es sustraerlas del control del titular del patrimonio y luego usarlas discrecionalmente, no habrá duda de la configuración de la administración fraudulenta. En cambio, si el uso previsto es para favorecer al mismo titular del patrimonio, podría pensarse que no se presenta una situación de perjuicio.⁸⁸ Sin embargo, surge inmediatamente la cuestión de las posibles sanciones administrativas que podrían recaer sobre el titular del patrimonio administrado por la constitución de cajas negras en la administración. Un caso que grafica esta situación es el procesamiento penal al que se sometió al ex canciller alemán Helmut Kohl por haber ocultado contablemente el dinero recibido por donantes al partido político CDU que deseaban mantenerse en el anonimato.⁸⁹ Si bien el dinero recibido se administró en beneficio del partido, se infringió la normativa sobre financiamiento de partidos, abriendo el camino a una sanción económica contra esta organización política. Debe reconocerse, sin embargo, que, en tales casos, el foco de atención ya no es la constitución de una caja negra en sí misma, sino la realización de un acto de administración del patrimonio que implica la comisión de una infracción, cuya sanción impacta pecuniariamente en el titular del patrimonio administrado.

Otro caso discutido como un eventual delito de administración fraudulenta es el pago de ventajas indebidas al administrador para influir en su toma de decisión. Si la decisión adoptada resulta contraria a los intereses del patrimonio administrado, se abre indudablemente la puerta a la administración fraudulenta.⁹⁰ Así sucede, por ejemplo, cuando el administrador comete un delito de corrupción privada en su modalidad pasiva que suponga una contratación en peores condiciones que las que podía obtener en el mercado para su representada.⁹¹ Dado que el administrador actúa ilegalmente para procurarse un beneficio estrictamente individual en contra del interés del titular del patrimonio administrado, la administración fraudulenta podrá tener

⁸⁶ FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 118.

⁸⁷ TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, § 14/568.

⁸⁸ En este sentido, SCHÜNEMANN, «Acerca de la cuadratura del círculo en la dogmática del perjuicio de peligro», en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 105.

⁸⁹ FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 139.

⁹⁰ Así, FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 133; MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, p. 197.

⁹¹ En relación con la figura del *Kick Back*, SCHÜNEMANN, en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2010, p. 48.

completo asidero. No obstante, debe hacerse la precisión de que si el tipo penal de corrupción privada sigue el modelo de regulación del perjuicio patrimonial,⁹² entonces lo que se presentaría es un concurso de leyes que, por especialidad, tendrá que solucionarse con la aplicación del delito de corrupción privada. Esta solución en la aplicación de la ley penal no niega, sin embargo, que el cohecho pasivo del administrador del patrimonio sea también un acto de administración fraudulenta, pues lo que sucede es que el tipo penal de corrupción privada recoge, de manera completa, el desvalor del hecho.

Especialmente discutido es finalmente el caso de si la realización de conductas ilícitas en el marco de las funciones de administración configura, al mismo tiempo, un delito de administración fraudulenta.⁹³ Bajo una apreciación global de la actuación ilegal del administrador –en la que se incluya no sólo el beneficio económico que produce la infracción legal, sino también el daño reputacional, los decomisos y las obligaciones civiles compensatorias sobre el titular del patrimonio administrado–, podría concluirse que ésta resulta siempre perjudicial.⁹⁴ A este parecer se le opone, sin embargo, el que sostiene que encargar la administración de un patrimonio a otro supone asumir ciertos riesgos de infracción legal, por lo que, de seguirse la concepción amplia del perjuicio, se caería en el absurdo de considerar toda infracción legal del administrador, a la vez, una administración fraudulenta.⁹⁵ Ambas posturas caen en posiciones extremas que no ponen la atención en la relación interna que se presenta entre el administrador y el titular del patrimonio administrado. En mi opinión, la actuación del administrador que infringe la ley quedará al margen de una actuación fraudulenta si es que dicha actuación se hace razonablemente en interés del titular del patrimonio administrado. Por ejemplo, el pago de un soborno que el administrador hace a solicitud del funcionario público para que éste cumpla con su deber y no se afecte el negocio que administra: los policías solicitan un pago para desalojar, dentro del plazo de defensa posesoria, a los invasores de un terreno del titular del patrimonio administrado. Si, por el contrario, el administrador actúa ilegalmente para conseguir ventajas indebidas, la exposición del patrimonio del administrado no tendrá ninguna justificación.⁹⁶ Por ejemplo, el pago de un soborno para evitar los controles estatales que impedirían que salga al mercado un producto defectuoso y riesgoso para la salud de los consumidores. Los actos de administración, cuya ilegalidad se sustenta únicamente en razones de orden o de buen funcionamiento del mercado, no podrán configurar un delito de administración fraudulenta, si es que mantienen o preservan materialmente la finalidad a la que se encuentra afectado el patrimonio administrado.

5. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ (1997), *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Idemsa, Lima.

⁹² Sobre los modelos de regulación del delito de corrupción privada, GARCÍA CAVERO, «Los nuevos delitos de corrupción privada en la legislación penal peruana», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (122), 2019, pp. 13 ss.

⁹³ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», *InDret*, (1), 2015, pp. 1 ss.

⁹⁴ En la misma línea, PASTOR MUÑOZ, *InDret*, (4), 2016, p. 13, considera que el beneficio a tener en cuenta siempre debe ser legal.

⁹⁵ MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, pp. 195 s.

⁹⁶ Así, FOFFANI/NIETO, *Revista Penal*, (17), 2006, p. 133.

ANTOLISEI (1994), *Manuale di Diritto penale. Leggi complementari*, t. I, 9ª ed., A. Giuffrè Editore, Milán.

BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESSE (2010), *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

BASCUÑÁN (2019), «La administración desleal bien conocida», *Revista Capital*, 15 de abril de 2019, disponible en <https://www.capital.cl/la-administracion-desleal-bien-conocida> (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2019).

————— (2004), «Delitos contra intereses instrumentales», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (1), pp. 291 ss.

BITENCOURT (2012), *Código penal comentado*, 7ª ed., Editora Saraiva, San Pablo.

BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO (1998), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima.

BÄUNING (2001), *Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.

CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ (2000), «Administración fraudulenta», *Revista de Derecho Penal. Estafas y otras defraudaciones – I*, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 209 ss.

CASTRO MORENO (1998), *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Barcelona.

COCA VILA (2019), «La *Business judgment rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. mult., Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, pp. 805 ss.

CRAMER (1968), *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Gehlen, Berlín.

FARALDO CABANA (2003), «El consentimiento de la junta general de socios y administración desleal de sociedades», *Ius et veritas*, (27), pp. 271 ss.

————— (2000), *Los delitos societarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

FOFFANI (1998), «Delitos societarios», en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (dir.), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, pp. 57 ss.

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

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

GARCÍA CAVERO (2019), «Los nuevos delitos de corrupción privada en la legislación penal peruana», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (122), pp. 11 ss.

————— (2015), *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, v. 1, 2ª ed., Editorial Pacífico, Lima.

————— (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho: Criterios de imputación penal*, J.M. Bosch, Barcelona.

GARCÍA DE ENTERRÍA (1996), *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid.

GÓMEZ BENÍTEZ (1997), «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebido y los ilícitos mercantiles», *La Ley*, (4237), pp. 2053 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2010), «La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Ara editores, Lima, pp. 171 ss.

GONZÁLEZ VIZCAYA (1997), «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», *Actualidad Penal*, (10), pp. 229 ss.

GÜBEL (1994), *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

HERNÁNDEZ BASUALTO (2010), «La administración desleal en el Derecho penal chileno», en GÓMEZ-JARA DÍEZ/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Ara editores, Lima, pp. 225 ss.

HÜFFER (2003), «Mannesmann/Vodafone: Präsidiumsbeschlüsse des Aufsichtsrats für die Gewährung von Appreciation Awards an Vorstandsmitglieder», *Betriebs-Berater*, (43-7), pp. 1 ss.

JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

————— (2010), «Caso Mannesmann/Vodafone. Acusación de administración desleal por infracción de deberes especiales jurídico-societarios» (trad. García Caveró), en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Ara editores, Lima, pp. 161 ss.

KARGL (2001), «Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (113), pp. 565 ss.

KINDHÄUSER (2018), «Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, pp. 337 ss.

————— (2005), «§ 266», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. II, 2ª ed., Nomos Verlag, Baden-Baden.

KRAATZ (2011), «Zur „limitierten Akzessorietät“ der strafbaren Untreue – Überlegungen zur Strafrechtsrelevanz gesellschaftsrechtlicher Pflichtverletzungen im Rahmen des § 266 StGB anhand von Beispielen zur „GmbH-Untreue“», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123), pp. 447 ss.

LACKNER/KÜHL (2001), *Stragesetzbuch*, 24ª ed., C.H. Beck, Múnich.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2005), «La gestión desleal del patrimonio ajeno», *Derecho y Empresa*, (1), pp. 14 ss.

LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS (2010), «La administración desleal societaria en el Derecho penal español», *InDret*, (3), pp. 1 ss.

MANSDÖRFER (2011), *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, C.F. Müller, Heidelberg.

MAÑALICH (2018), «Apropiación y distracción indebida. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (1), pp. 153 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), «Las relaciones entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida en el Derecho español», en MIR PUIG *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal económico*, Livrosca, Caracas, pp. 249 ss.

————— (2001), *El delito societario de administración desleal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

MAYO CALDERÓN (2005), *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada.

MONTAG (1994), *Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer*, Duncker & Humblot, Berlín.

MUÑOZ CONDE (1982), «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley orgánica del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (16), pp. 107 ss.

PASTOR MUÑOZ (2016), «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal», *InDret*, (4), pp. 1 ss.

————— PASTOR MUÑOZ (2008), «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)», *InDret*, (1), pp. 1 ss.

PASTOR MUÑOZ/COCA VILA (2016), *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona.

————— PASTOR MUÑOZ/COCA VILA (2015), «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», *InDret*, (1), pp. 1 ss.

PEÑA CABRERA (1995), *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-A, Jurídicas, Lima.

PERRON (2008), «Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue», en SIEBER/DANNECKER/KINDHÄUSER/VOGEL/WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, pp. 737 ss.

REYNA ALFARO (2003), «La situación espiritual del Derecho penal societario peruano», en JAÉN VALLEJO (dir.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje al Prof. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Ara editores, Lima, pp. 989 ss.

RODRÍGUEZ RAMOS (1999), «La administración desleal del art. 295 del Código penal», *Cuadernos de Derecho judicial*, (7), pp. 33 ss.

ROJAS (2009), «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», *Revista Penal*, (23), pp. 138 ss.

SALINAS SICCHA (2013), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Grijley, Lima.

————— (2002), *Curso de Derecho penal peruano*, t. III, Idemsa, Lima.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ (1996), *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona.

SCHÜNEMANN (2010), «La administración desleal de los órganos societarios: El caso Mannesmann» (trad. Gómez-Jara), en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Ara editores, Lima, pp. 15 ss.

————— (2010), «¿“Infracción grave del deber” en la administración desleal?» (trad. Gómez-Jara), en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Ara editores, Lima, pp. 79 ss.

————— (2010), «Acerca de la cuadratura del círculo en la dogmática del perjuicio de peligro» (trad. García Caveró), en GÓMEZ-JARA/GARCÍA CAVERO (eds.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Ara editores, Lima, pp. 93 ss.

————— (1993), «§ 266», *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch*, 11ª ed., De Gruyter, Berlín.

SEIER (2012), «Untreue», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, Parte 5, Cap. 2.

SILVA SÁNCHEZ (2014), «Prólogo», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, BdeF, Buenos Aires, pp. I ss.

STEIN (1985), «Die Adressaten der §64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, (148), pp. 207 ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ (1998), «Los delitos societarios», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, v. II, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 571 ss.

SALIGER (2000), «Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes. Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (112), pp. 563 ss.

TIEDEMANN (2017), *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., Vahlen, Múnich.

————— (1995), *Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82-85 GmbH und ergänzende Vorschriften)*, 3ª ed., Otto Schmidt, Colonia.

————— (1976), *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t. I, Rohwolt, Hamburgo.

TRÖNDLE/FISCHER (2003), *Stragesetzbuch und Nebengesetze*, 51ª ed., C.H. Beck, Múnich.

VERA RIVERA (2016), *El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.