

¿Delito de administración desleal por exigir a la sociedad filial el pago de un préstamo que pone en peligro su existencia?

José Manuel Gómez Benítez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Tras la reforma de su ley de sociedades de responsabilidad limitada, el Tribunal Supremo alemán confirmó en un auto de 2009 (BGH, 2, StR, 95/09) su jurisprudencia previa que condenaba por delito de administración desleal (*Untreue*, parágrafo 266.1 StGB) a los administradores de una sociedad matriz que exigían a su filial el pago de un préstamo que ponía en peligro su existencia. Según esta resolución, en caso de que el cumplimiento de sus obligaciones con la matriz prive a la filial de la liquidez necesaria para satisfacer sus deudas, la matriz está obligada a asegurar los pagos debidos, concediendo incluso las garantías adecuadas. El Tribunal Supremo alemán hace coincidir esta jurisprudencia penal con la civil que identifica la responsabilidad del socio por actos que ponen en peligro la existencia de la sociedad con una responsabilidad interna frente a la sociedad controlada por actos perjudiciales, dolosos y contrarios a las buenas costumbres. Los deberes de fidelidad y de cuidado del patrimonio administrado no decaen, según, esto, ni siquiera frente al argumento de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad en cuestión.

Debido a la muy peculiar legislación alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada, que la doctrina mercantil califica como modelo de sociedades cerradas, merece la pena trascender de ese concreto ámbito, así como del específico de las relaciones entre matriz y filial, para reflexionar sobre las posibles implicaciones penales de la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad a la sociedad controlada en los grupos de sociedades, en general (artículo 18 LSC, en relación con el 42 y siguientes concordantes del Código de Comercio).

Para ello es importante establecer, en primer lugar, las muy notables diferencias entre los tipos penales de administración desleal en los Códigos Penales alemán y español, pero sin perder de vista el Proyecto de Ley Orgánica del Reforma del Código Penal, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados.

Los tipos de administración desleal en el artículo 266.1 StGB (*Untreue*)

El parágrafo 266.1 del Código Penal alemán contiene dos tipos penales muy diferentes. El primero de ellos viene en denominarse "tipo de abuso de poderes" o de confianza (*Missbrauchstatbestand*), y se caracteriza, precisamente, porque el administrador abusa de los poderes de disposición o de contracción de obligaciones que la ley, la autoridad o un contrato le conceden. La conducta típica es, por tanto, de abuso específico del poder de representación y tiene que concretarse bien en la disposición del patrimonio administrado, o bien en la contracción de obligaciones a su cargo. Estas dos únicas formas de la conducta típica deben ocasionar un daño al patrimonio administrado, daño que se constituye, por tanto, como el resultado típico de la conducta.

Junto a este tipo penal, el mismo parágrafo contiene otro, denominado "tipo de deslealtad" o de ruptura de la fidelidad (*Treubruchstatbestand*), en el que la conducta típica consiste en infringir el deber de actuar en interés del patrimonio ajeno administrado, ocasionando, así, un daño a dicho patrimonio. El tipo sigue siendo, pues, de resultado perjudicial, pero no se contrae al abuso de los

poderes de disponer u obligar, sino que su contenido es mucho más extenso, pues se trata de una conducta de infidelidad, en general, al patrimonio administrado.

Con razón, la doctrina alemana ha criticado este segundo tipo penal desde el punto de vista del principio de legalidad penal, en su vertiente de exigencia de taxatividad, que se considera incompatible con un tipo que, como este, describe una conducta tan indeterminada como infringir el deber de salvaguardar los intereses del patrimonio administrado. Sin ánimo de profundizar en estas críticas, merece la pena destacar que la doctrina alemana coincide en que este tipo penal, procedente del año 1933, se mantuvo después de esa época histórica en el Código Penal alemán debido a la existencia en su derecho de sociedades de los denominados "consejos de vigilancia", a cuyos componentes no les puede ser aplicado el tipo de abuso de poderes de disposición o de contracción de obligaciones sobre el patrimonio administrado, porque carecen de ellos. Sin embargo, este tipo penal no se ha aplicado tan solo en estos casos, sino que, por el contrario, la jurisprudencia ha encontrado en él un extenso ámbito de aplicación, como demuestra el auto que motiva este comentario, que considera aplicable a los administradores de la sociedad matriz este segundo tipo penal del delito de administración desleal, es decir, el de deslealtad o infidelidad al patrimonio administrado (*Treubruchstatbestand*).

El tipo de administración desleal en el Código Penal español (artículo 295)

Sin duda, la incompatibilidad con el principio de taxatividad penal y la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico mercantil de los consejos de vigilancia, con el consiguiente decaimiento del interés político criminal, fueron determinantes para que el tipo penal alemán de infidelidad no fuera incorporado al Código Penal español de 1995, que introdujo, por primera vez, el delito de administración desleal en nuestro ordenamiento jurídico penal. El tipo penal desde entonces vigente en España está, en efecto, hecho a imagen y semejanza del primero de los tipos penales del parágrafo 266.1 StGB, el de abuso de poderes o *Missbrauchstatbestand*, (aunque aquí se limita al ámbito societario) con el que guarda grandes similitudes. Al igual que su modelo alemán nuestro único

tipo penal se limita a las conductas de disposición abusiva (y fraudulenta) de los bienes administrados o de contracción abusiva de obligaciones a su cargo, exigiendo para su consumación que esos actos originen un perjuicio económicamente evaluable.

Ciertamente, este tipo penal exige expresamente el "abuso de las funciones propias del cargo [de administrador de hecho o de derecho]" –algo que nuestra jurisprudencia identifica con la infracción del deber de lealtad al que se refería el artículo 127 LSA y se refiere el vigente 226 LSC-, pero la ulterior concreción de las conductas típicas en la realización de actos de disposición o de contracción de obligaciones delimita las infracciones del deber de lealtad de forma compatible con el principio de taxatividad, dejando fuera del ámbito penal, a cambio, otras infracciones que, sin embargo, pueden ser penalmente típicas en el Código Penal alemán a través del genérico tipo de deslealtad o infidelidad al patrimonio administrado.

Por eso, en nuestro país la introducción de los deberes de lealtad propios del cargo en el ámbito penal ha estado hasta ahora enfocada exclusivamente a estas dos formas de la acción típica, que se han aplicado sobre todo a actos realizados en beneficio propio de los administradores y perjuicio de la empresa (el tipo penal exige el ánimo de beneficiarse a sí mismo o a un tercero), como la prestación de garantías con los bienes sociales para afianzar deudas de los administradores, el pago de comisiones a sociedades vinculadas a los administradores, las sucesivas compraventas de inmuebles a precio ventajosos para los administradores, la aceptación de letras de favor en garantía de deudas personales de los administradores, la cesión de derechos arrendatarios, la percepción de retribuciones no previstas estatutariamente, la desviación de la actividad empresarial hacia otra empresa vinculada a los administradores, y otras tantas acciones de disponer u obligar que perjudican el patrimonio administrado con abuso de funciones y en beneficio propio o de terceros.

En consecuencia, nuestro delito de administración desleal no es aplicable a conductas como la esquemáticamente descrita al principio, en las que no se cuestionan las obligaciones, sino la exigencia del pago. Un caso que procede de la jurisprudencia alemana que aplica un tipo penal todavía inexistente en nuestro Código Penal.

El nuevo delito de administración desleal del artículo 252 del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria.

Ahora bien, en caso de ser aprobado, el mencionado PLORCP cambiará esencialmente la regulación del delito de administración desleal, no solo porque lo desvincula de las conductas de apropiación indebida que, en su forma de distracción del dinero administrado, viene siendo aplicado por la jurisprudencia como forma de administración desleal, y prevé su aplicación fuera del ámbito societario, sino también porque traslada miméticamente a nuestro Código Penal el segundo de los tipos penales contenidos en el Código Penal alemán, es decir, el tipo genérico de deslealtad o infidelidad a los intereses del patrimonio administrado que, con buen criterio, había quedado fuera del Código Penal de 1995. Traslación mimética significa que el artículo 252.2 del PLORCP es una simple traducción del Código Penal alemán. Así, el texto proyectado es el siguiente:

- “2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”

A la indeterminación del nuevo tipo penal proyectado, que ya se enfrenta a críticas doctrinales e institucionales sobre su incompatibilidad con el principio de taxatividad penal, se añade la que se deduce de los cambios proyectados, asimismo, en el tradicional tipo penal de abuso de los poderes de disponer u obligar al patrimonio administrado, que se convierte en el artículo 250.1 PLORCP en un tipo mucho más abierto que el vigente, puesto que no limita las conductas típicas a los actos de disposición u obligación. Sus contornos difusos harán muy difícil la delimitación entre ambos tipos penales:

- “1. Serán punibles con las mismas penas del artículo 249 o, en su caso, con las del 250 [la mismas de la estafa] los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.

Si el PLORCP saliera adelante en materia de administración desleal, se abriría, pues, un camino penal en el que todo estaría por hacer en nuestro país, y en el que, como sucede siempre que el legislador no respeta las exigencias de taxatividad penal, la jurisprudencia (generalmente la menor, porque estos delitos en sí mismos no tienen la gravedad requerida para el acceso a la casación penal) tendrá que ir dotando de contenido lo que el legislador ha querido dejar abierto, como si el método tópico fuera parte del proceso legislativo.

No es descartable, en consecuencia, que en el futuro la conducta de los administradores de la sociedad matriz que exigen a la filial el pago de la deuda contraída con ella, situándola así en situación de inviabilidad que la aboque al concurso de acreedores o a la liquidación pueda ser constitutiva de un delito de administración desleal, al igual que en Alemania, por la vía, presumiblemente, del proyectado artículo 252.2 del Código Penal.

No obstante, la variedad de situaciones legales que pueden dar lugar a un grupo de sociedades y de las relaciones económicas entre dominante y dominada, así como la ausencia de una regulación legal detallada de las relaciones internas en los grupos, cobran especial importancia al respecto los concretos instrumentos jurídicos que las regulen, especialmente los estatutos sociales correspondientes, que tendrán una importancia decisiva a la hora de definir las respectivas obligaciones y, por tanto, los deberes de fidelidad de la dominante hacia la dominada, especialmente en cuanto a las relaciones de la filial con terceros.