

**LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y DE APROPIACIÓN
INDEBIDA TRAS LA REFORMA DE 2015**

Fidel Ángel Cadena Serrano
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

RESUMEN: 1. El delito de apropiación indebida del artículo 252 CP 95 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1.1. Delimitación jurisprudencial del delito. 1.2. Posición doctrinal. 1.3. La necesidad de crear un tipo de administración desleal en el ámbito societario. 2. La irrupción del delito de administración desleal del CP de 1995 y sus relaciones con el delito de apropiación indebida. Diferencias entre ambos delitos según la doctrina y el Tribunal Supremo. 2.1. Posición doctrinal. 2.2. Doctrina del Tribunal Supremo. 2.3. Toma de posición. 3. El actual delito del artículo 252 CP. 3.1 Derecho comparado. 3.2 Bien jurídico. 3.3 Sujeto activo. 3.4 Desvalor de la acción. 3.5 Desvalor del resultado. 3.6 Tipo subjetivo. 3.8 Problemas concursales. 4. El actual delito del artículo 253 CP. 4.1 Penalidad. 5. El delito del artículo 254 CP. 6. Malversación de caudales públicos.

1. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 252 CP EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1.1. Delimitación jurisprudencial del delito.

Pocos delitos han sido tan transformados por la función nomofiláctica del Tribunal Supremo. Casi desde el principio, el TS quiso distinguir desde la estructura típica del precepto dos modalidades distintas. Una de ellas, la apropiación indebida en sí misma considerada; otra, la distracción. Ésta última, en principio solo se refería a la distracción del dinero y bienes fungibles, pero antes de que el legislador de 1995 incorporara el artículo 295, la preocupación dogmática, por un lado, y las necesidades de política criminal, por otro, habían favorecido y alentado que las conductas de gestión desleal de patrimonios ajenos, incluidos los societarios, encontrasen tipicidad bajo el paraguas polisémico de la “distracción”. Esa forma jurisprudencial de entender el precepto rigió tanto para la figura típica del viejo artículo 535 CP de 1973, como para la más próxima del artículo 252 CP de 1995.

La doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 513/2007, de 19 de junio, 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012, de 12 de julio, entre otras muchas), en efecto, resumió la interpretación jurisprudencial de este delito proclamando que el artículo 252 del Código Penal de 1995 sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o que niega haberlas recibido y la **distracción de dinero o bienes fungibles** cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Esa consideración de la apropiación indebida partía de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, **se apropiaren o distrajeren**, y se conformaba sobre un bien jurídico diverso, la propiedad, en el primer caso, y el patrimonio, en el segundo. Alguna vieja sentencia del TS¹ destacaba esa diferencia expresando que hablar de la apropiación indebida del dinero recibido en administración comportaba una

¹ STS de 5.3.1990, en cuyo FJ segundo, puede leerse que el objeto jurídico del delito de apropiación indebida es la propiedad. Y mal puede lesionar el bien jurídico de la propiedad en cuanto tal, quien es propietario. Apropiación de lo que es propio es una contradictio in adjecto

contradictio in adjecto, pues nadie puede apropiarse de lo que ya es propio, por lo que derivaba la lesión del bien jurídico en tales casos hacia el patrimonio.

Esa doble dimensión de la apropiación indebida permitía una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación – y sigue previendo en el actual artículo 253 CP-, toda vez que su extremada fungibilidad comporta que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente, en los supuestos de obligación de devolver o el destinatario final del dinero, en los supuestos de obligación de entregar, un derecho a recibir otro tanto de la misma especie o calidad, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Por esa razón, para solventar la tipicidad de la apropiación de dinero, la jurisprudencia de la Sala Segunda diferenció dos modalidades en el delito de apropiación indebida, sobre la base de los verbos nucleares del tipo penal, “apropriarse” y “distracer”, con notables diferencias en su estructura típica. De manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivalía necesariamente a convertirse ilegítimamente en su titular –apropiación-, sino que también se extendía a actuar ilícitamente sobre ese bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron –distracción-, aun cuando ello no significase que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario fuese merecedora de sanción penal a través del delito de apropiación indebida, pues la distracción para ser típica requería una vocación de permanencia. La esencia del tipo como mixto alternativo permitía esa distinción sin tensionar excesivamente el principio de taxatividad.

En definitiva, apropiarse significaba incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distracer comportaba dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recaía siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tenía como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero era, así, distracción, esto es, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud se recibió y que redundaban generalmente en ilícito enriquecimiento del que lo detraía con esa finalidad.

No quedaba, por tanto, en el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP 95 excluido el dinero como objeto del delito de apropiación indebida, pese a la transmisión de propiedad inherente a su fungibilidad, pues “la apropiación indebida se caracterizaba, en ese caso, por la transformación que el sujeto activo introducía, en tanto convertía el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió el dinero, efecto o cosa mueble, en una titularidad ilegítima rompiendo dolosamente el fundamento de la confianza que determinó que aquéllos le fueron entregados” (SSTS de 11.10.1995 y de 25.6.2012).

Por ello, cuando se trataba de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP 95 requeriría como elementos del tipo objetivo los siguientes: a) que el autor lo recibiese en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecutase un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excedía de las

facultades conferidas por el título de recepción, **dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado**; c) que como consecuencia de ese acto se causase un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación (STS de 18.2.2014).

El delito de apropiación indebida, dentro de la unidad de su injusto típico, albergaba dos modalidades que se integraban pacíficamente en su seno. En relación con esa “universidad”, unidad en la diversidad, conviene precisar, con la STS de 9.5.2014 *“que esa doble modalidad que la jurisprudencia aprecia en el tipo de apropiación indebida ni vacía de contenido la rúbrica del tipo (apropiación indebida) extendiendo la tipicidad fuera de los márgenes del principio de legalidad, ni convierte las modalidades de “distracción” en una mera administración desleal según el modelo germánico, que tantos problemas de taxatividad está planteando en dicho país, porque en todo caso la doctrina jurisprudencial requiere que se emplee o gaste el dinero administrado dándole **de modo definitivo** un destino distinto del acordado”*.

Con el fin de recalcar el carácter definitivo de la distracción, la doctrina jurisprudencial exigía para poder apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se hubiera superado lo que se denominaba el **“punto sin retorno”**, que distinguía el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva –usos ilícitos no dominicales-, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28 de marzo).

Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio², para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero *“hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un **punto sin retorno**, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales”*. El punto sin retorno se identificaba como aquel que delimita la imposibilidad de devolver o entregar el dinero, por haber sido ya empleado o gastado en contratos traslativos del dominio.

Asimismo la apropiación indebida en cualquiera de sus dos modalidades podía hacerse en beneficio propio o de un tercero.

No bastaba pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo, o incluso ilícito, de las facultades conferidas, sino que era necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, **con vocación de permanencia** (STS. 11 de julio de 2005)³. La naturaleza de la sanción penal como “ultima ratio”, y el

² En el mismo sentido, la STS 513/2007 de 19 de junio, o la STS 938/98, de 8 de julio. También las de 22.11.2011; 28.3.2012 y 9.5.2014

³ La STS de 11 de julio de 2005 expresaba este requisito de la siguiente forma.

“Es preciso, sin embargo, algo más, pues el artículo 535 del CP de 1973, 252 del vigente, no contiene una sanción para cualquier clase de incumplimiento por exceso extensivo de las facultades del administrador, comisionista o depositario o similares según el artículo 535 o 252 actual. Es necesario que con la conducta del autor se extraiga definitivamente la cosa del ámbito de disposición de su propietario o, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta, pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia”.

respeto al principio de tipicidad, impedían considerar que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario constituyera, en nuestro derecho penal, un delito de apropiación indebida.

Es por ello que “las conductas descritas que reflejen actos de carácter abusivo de los bienes ajenos pero que no impliquen necesariamente apropiación, es decir, ejecutadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, podían ser constitutivas de administración desleal, que en nuestro ordenamiento solo está tipificado como delito societario, pero no de apropiación indebida, ni en su modalidad propia ni en la de distracción, pues ambas requieren lo que define el tipo: **la apropiación, es decir una vocación de permanencia en la privación de la disponibilidad del titular**” (STS de 9.5.2014).

Las SSTs de 19.1.2008, de 6 de octubre de 2009 y de 13.2.2014 insisten en la misma idea y recalcan en el tipo subjetivo que “el elemento subjetivo del tipo, en la modalidad de distracción, solo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio al titular. No es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, sino lisa y llanamente un perjuicio al sujeto pasivo” (SSTs de 27.1.2009; 17.6.2009 o 7.7.2009). Tampoco es necesaria, en la modalidad de distracción, la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, aunque no quepa descartarlo, sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y conocimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTs de 11.4.2007; 13.4.2007 o 10.7.2000).

La diferencia entre las figuras de apropiación y distracción quedaba así nítidamente sellada, sin poder obviarse que esa doble modalidad no vaciaba de contenido la rúbrica común del tipo (apropriación indebida), que seguía cobijando tanto la apropiación como la distracción, razón por la cual y aunque se acentuaba progresivamente la diferencia estructural entre ambas figuras, la doctrina del TS se había mostrado opuesta a aceptar que se produjera ruptura del principio acusatorio si la acusación se sostenía por una modalidad y la condena se producía por la conducta alternativa (SSTs de 11.4 y 22.7 de 2013).

1.2. Posición doctrinal.

Frente a la opinión jurisprudencial que distinguía entre apropiarse y distraer en función de lo expresado y que en una y otra modalidad admitía el beneficio propio del autor o de un tercero, en la doctrina la opinión dominante entendió que la diferencia entre las modalidades típicas de acción, consistentes en “apropriarse” y en “distraer” residía en que la primera iba referida a actos realizados en beneficio del propio patrimonio del autor del delito, mientras que la segunda aludía a actos realizados en beneficio del patrimonio de otras personas⁴.

⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en La Ley, nº 4680, 1998, p.2. También MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C, “El delito societario de administración desleal, Valencia, 2001, pp.28 y ss.

Acogiéndose a la distinción jurisprudencial, señalaba, por ejemplo, MARTÍNEZ BUJÁN⁵, pese a la alternatividad típica, que la apropiación indebida seguía pivotando sobre dos notas características: un comportamiento ilícito, que objetivamente suponía realizar un acto dominical ilícito, ora de apropiación, ora de distracción y que desde luego concurría en idéntica manera cuando el objeto era dinero; y un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie o calidad, o si se prefiere la privación definitiva de la propiedad, tanto se tratase de dinero como de cualquier otro bien mueble. No parecía, por tanto, que se exigiese por este autor que la apropiación debiese redundar en beneficio del sujeto activo y la distracción en favor de un tercero.

Pese a ello por GÓMEZ BENÍTEZ y la opinión dominante en la doctrina, se seguía considerando que la modalidad típica de apropiarse se refería a actos realizados en beneficio del propio patrimonio del autor del delito y la modalidad típica de distraer aludía a actos ejecutados en favor del patrimonio de un tercero distinto al autor del delito.

Otros comentaristas como NIETO⁶ consideraban equivocada la decisión del Proyecto de 2013 de suprimir las apropiaciones indebidas de dinero habida cuenta de que existían determinados supuestos de administración desleal del dinero que debían ser reconducidos al delito de apropiación indebida. Incluso llegaba a aclarar premonitoriamente que “la supresión del verbo distraer en el delito de apropiación indebida carecería de relevancia, en la medida en que el resto del Proyecto de 2013 incluía ya la novedosa expresión “apropriarse para sí o para un tercero”, que permitiría abarcar los supuestos tradicionalmente subsumidos en el verbo distraer”.

VIVES ANTÓN⁷, tendiendo puentes con la interpretación jurisprudencial del término distraer, explicaba que en los casos en que el objeto material sea el dinero como bien fungible (y no como objeto específico), casos tradicionalmente incluidos desde antiguo por la jurisprudencia en el delito de apropiación indebida, es cierto que el que recibe el dinero “adquiere la propiedad del mismo con la obligación de devolver la cantidad de que se trate”, ello no obstante, lo único que sucede es que el bien jurídico “no podía ser la propiedad de dinero, sino el derecho al valor que el mismo representa. El delito pasa a proteger así los derechos de crédito y a consistir por tanto en tales casos, no en una auténtica apropiación de cosas, sino en una disposición abusiva de valores patrimoniales”. En el mismo sentido, el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2012, proclamaba que “la referencia al dinero ponía de relieve que no solo había que prestar atención al derecho de propiedad, sino también al derecho de crédito que el acreedor propietario tenía por la cantidad entregada”.

1.3. La necesidad de crear un tipo de administración desleal en el ámbito societario.

⁵ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”. Estudios penales y criminológicos. Volumen XXXV, Santiago de Compostela, 2015.

⁶ NIETO MARTÍN, A., “El delito de administración fraudulenta”, Barcelona, 1996, pp.275 y s.

⁷ VIVES ANTÓN T, en VIVES, BOIX, OTRS, CARBONELL, GONZÁLEZ CUSSAC, “Derecho Penal Parte especial, Valencia 1993, p.966.

La función nomofiláctica del TS extendiendo la distracción a la gestión desleal del patrimonio ajeno y la mención en la nomenclatura típica de contratos jurídicos de la voz “administración”, junto con las necesidades de política criminal, habían creado el campo de cultivo preciso para poder subsumir en este delito la figura del administrador desleal aunque fuese societario. Alentaba ese propósito la necesidad de cubrir con el manto de la tipicidad los excesos en la administración de patrimonios societarios dado que todavía no había arribado al CP el ya derogado delito del artículo 295 del llamado Código de la democracia. Entre esas tensiones y expectativas, la jurisprudencia seguía avanzando en la extensión típica del delito de apropiación indebida al administrador desleal. Así, se decía que en la modalidad de apropiación indebida consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radicaba en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el artículo 252 CP y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producida por la infidelidad, concurriendo el tipo aunque no se probase que el dinero había quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufría el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en la que habría violado los deberes legales inherentes a su status –STS de 1.4.2007-. La interpretación consolidada del término distracción había acabado por encontrar acomodo típico en el artículo 252 a la gestión desleal de patrimonios ajenos.

No obstante, pese a los esfuerzos de la jurisprudencia por otorgar autonomía y vuelo al verbo alternativo “distraer”, permitiendo su extensión al administrador societario, las dificultades para subsumir en el artículo 252 CP conductas que no comportasen apropiación definitiva, sino mero “uso provisional” reflejaban la palmaria necesidad de buscar una norma que en el ámbito societario incriminase aquellas distracciones no definitivas. Esos usos provisionales, atípicos para la apropiación indebida, eran, sin embargo, prototípicos en la administración desleal societaria, que además comenzaba a focalizar el núcleo de la prohibición en el exceso intensivo del infiel gestor⁸.

⁸ En este sentido, la STS de 11.7.2005, justificaba la expresa incriminación de un tipo de administración desleal societaria, pues recordaba que el tipo del artículo 252 CP podría haber cubierto los excesos extensivos del administrador, pero no los intensivos, que serían los propios del entonces vigente artículo 295 CP, con esta reflexión:

“En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza.

Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 CP vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la

La necesidad de un tipo societario era especialmente sensible sobre todo en el ámbito bancario, donde se habían destacado con radical protagonismo conductas como el “autopréstamo” o abusiva utilización de crédito, en favor de los administradores o de empresa vinculadas con los mismos; la autocartera encubierta⁹, o la prestación de garantías en beneficio de los administradores con bienes propios de la sociedad, que de provocar perjuicio, pese a su uso provisional y no definitivo, no cabían en los estrechos márgenes de la apropiación indebida y en consecuencia reclamaban una distinta tipicidad en el ámbito de los delitos societarios.

La doctrina, por su parte, coincidía en la afirmación de que el delito de apropiación indebida resultaba inaplicable en todos los casos en que no se podía probar una auténtica apropiación indebida de los fondos sociales, dado que se trataba de simples acciones de distracción provisional, cuyo título previo solía ser el préstamo mutuo o aparecer en la forma de negocios vacíos.

Además algún autor, como GÓMEZ JARA¹⁰ había destacado que la esencia del delito de administración desleal era, no el uso temporal ilícito de los bienes de la empresa, sino la vulneración del deber de lealtad, de tal manera que de haberse lesionado deberes ad intra generarían el delito del artículo 295 y de haberse infringidos deberes ad extra el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP, lo que comportaba que siempre que se vulnerasen deberes ad intra, aunque la disposición del administrador desleal fuese definitiva, el delito cometido sería del artículo 295 CP.

La necesidad del precepto societario era superior si se compartía la necesidad de incriminar el comportamiento desleal que causaba mero peligro, que constituía simple omisión, que se conformaba con el tipo de infidelidad o que reclamaba la posibilidad de concurrencia de los tipos de apropiación indebida y administración desleal en concurso de delitos ideal o incluso real.

En nuestra opinión, siendo cierto que apropiación indebida y administración desleal son conductas diferentes, aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, pues en la apropiación indebida la deslealtad supone

apropriación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador”.

⁹ Por autocartera debemos entender, en el ámbito de la gestión empresarial de sociedades mercantiles, la adquisición de acciones propias por una sociedad; de manera que esa sociedad se convierte en accionista de sí misma. Las operaciones sobre acciones propias han estado presentes en numerosas crisis empresariales desde el siglo XIX en todo el mundo y han sido utilizadas como instrumento de ocultación en fraudes empresariales y bursátiles.

¹⁰ GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “La administración desleal de los órganos societarios”. Barcelona 2008, pp.183 y ss. En parecido sentido, GILI PASCUAL, a., “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, Cuadernos de Política Criminal, nº 109, 2013.

una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador, no puede caber duda de que determinadas conductas de administración desleal, con independencia de que se hayan ejercido o no dentro de los límites del cargo, siempre que supongan apropiación definitiva de dinero o bienes, pueden encontrar acomodo típico en el delito de apropiación indebida. Y ello tanto sea el exceso intensivo como extensivo. Piénsese en el administrador que fuera del ejercicio de sus facultades, exceso extensivo, utilizara el dinero entregado con un fin societario específico para directamente apropiarse del mismo. O incluso, en ese mismo administrador, que dentro de las funciones propias de su cargo y teniendo facultad para disponer de los bienes sociales, excediéndose en ese uso, exceso intensivo, adquiriese inmuebles por un precio extraordinariamente superior al de mercado o pagara honorarios por los servicios prestados por un tercero a la sociedad en cuantía injustificadamente superior a la adeudada. Incluso en estos dos últimos ejemplos, si en el tipo subjetivo, el administrador actuara con lucro propio o de tercero o compartido y buscara la apropiación indebida del exceso en beneficio propio o de tercero no debería excluirse la aplicación del tipo de la apropiación indebida.

2. LA IRRUPCIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL CP DE 1995 Y SUS RELACIONES CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS DELITOS SEGÚN LA DOCTRINA Y EL TRIBUNAL SUPREMO.

2.1. Posición doctrinal.

Hemos visto que la función nomofiláctica describiendo la estructura del tipo alternativo de distracción había alcanzado extraordinaria precisión. En la modalidad de apropiación indebida consistente en la administración desleal, la doctrina del TS había destacado que el elemento específico, además de la administración encomendada, radicaba en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el artículo 252 CP y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producida por la infidelidad, concurriendo el tipo aunque no se probase que el dinero había quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en la que habría violado los deberes legales inherentes a su status. Por su parte el tipo subjetivo solo precisaba el conocimiento y voluntad de perjudicar a ese patrimonio administrado.

El artículo 252 según la evolución doctrinal expuesta cubría tanto los supuestos de apropiación indebida de bienes o dinero en beneficio propio, como la distracción definitiva de esos mismos bienes o dinero en perjuicio del patrimonio administrado y en beneficio de un tercero.

Por ese motivo lo lógico era pensar, como exponen FARALDO O GILI PACUAL, que el artículo 295 CP venía a llenar los espacios que no podía cubrir la apropiación indebida y que se referían a los llamados usos no dominicales ilícitos caracterizados por la inexistencia de una apropiación o distracción definitiva, pero con uso provisional de recursos ajenos societarios susceptibles de causar un perjuicio al

patrimonio administrado. La penalidad más benigna del delito del artículo 295 CP abonaba esa interpretación.

Pese a que esa era la interpretación más ajustada a la ortodoxia hermenéutica, cuando irrumpe el artículo 295 CP en la reforma de 1995, tanto la doctrina como la jurisprudencia ofrecieron interpretaciones diversas sobre la relación de ambos delitos durante el periodo de convivencia de ambas figuras.

En la doctrina se vertieron ríos de tinta sobre la delimitación típica de ambas figuras. MAYO CALDERÓN centra el origen de la dificultad de delimitación en el hecho de no contemplar el CP de 1995 una figura de administración desleal genérica, como lo hacía el artículo 266 del StGB, habiéndose limitado a introducir la forma específica de administración desleal tan solo para el ámbito societario. Para esta autora el contenido de injusto que la doctrina dominante atribuye a la acción de administración fraudulenta en el ámbito societario es el mismo que corresponde a la realización de esa acción en otros ámbitos, por lo que no conseguía entenderse que esa acción solo se tipificase en el ámbito societario.

Dando respuesta a esa inquietud colocada en la génesis del precepto, y otorgando a posteriori razón a MAYO CALDERÓN el Preámbulo de la reforma del CP de 2015, dice ahora lo siguiente:

“La rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo VI del Título XIII del Libro II pasa a denominarse «De la administración desleal», creándose una Sección 2.ª bis en el mismo Capítulo para integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica «De la apropiación indebida».

El CP de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio que ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores

u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”.

Desde luego el criterio dominante, expuesto por GILI PASCUAL, era el de que los delitos de apropiación indebida y administración desleal no podían superponerse ya que eran perfectamente diferenciables. El criterio fundamental esgrimido en la doctrina para establecer la distinción fue el de la “temporalidad”. Había que distinguir entre el carácter temporal o definitivo de la disposición: si se trataba de usos temporales ilícitos, pero no apropiatorios, se estaría ante del delito de administración desleal; por el contrario si se trataba de una apoderamiento definitivo, ya fuera de dinero o de otros bienes, tanto fuese en beneficio propio – apropiación-, como en beneficio ajeno – distracción- se aplicaría el artículo 252 CP. De esta manera el legislador habría optado por tipificar las conductas de administración desleal solo en el ámbito societario, sin prever una gestión desleal genérica, como hemos visto denunciaba FARALDO, decidiendo castigarlas con una pena inferior a las conductas apropiatorias. Por esa razón la doctrina, con carácter general, se separaba de la solución del concurso de normas, resuelto por alternatividad -8.4 CP-, y consideraba que destacada la distinción entre ambas figuras, su aparente confluencia debía resolverse o por consunción, cuando la apropiación indebida desplazaba al mero uso temporal, o por subsidiariedad, de forma que la apropiación indebida ostentara el título principal y solo de no aplicarse ésta podría recurrirse subsidiariamente al delito societario.

MARTÍNEZ BUJÁN, dentro de la llamada opinión mayoritaria, sintetizaba que en la medida en que ambos delitos representan estadios de agresión distintos al mismo bien jurídico protegido, la solución pasaba por el concurso de normas, con la conclusión de que la apropiación indebida representaba la lesión de mayor entidad en cuanto implicaba conducta apropiatoria, con la consecuencia de absorber el desvalor más leve de la administración desleal, que tan solo comportaba uso temporal ilícito.

El criterio de CONDE PUMPIDO TOURÓN se enmarcaba en el de la temporalidad. Para este autor la diferencia entre ambas figuras consistía en que la administración desleal del artículo 295 abarcaba actuaciones abusivas y desleales de los administradores de carácter menor que perjudicaban al patrimonio social, pero sin apropiación definitiva de los bienes de la sociedad; y la apropiación indebida incluía los supuestos de apropiación genuina con animus rem sibi habendi y los de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad.

Esa opción por el concurso de normas, con carácter general, ciertamente no excluía que en determinados supuestos cupiese el concurso de delitos ideal, medial o real.

Así, MARTÍNEZ BUJÁN, sirviéndose de un ejemplo de GÓMEZ BENÍTEZ, se refiere a la concesión abusiva de préstamos con dinero social a los administradores y abre un abanico de posibilidades. En el caso de que la concesión abusiva de esos préstamos se realizase en el marco de las facultades del administrador con conciencia de su ilegalidad, pero con vocación de devolución, el mero uso ilícito no dominical, con carácter temporal, nos llevaría al delito de administración desleal. Si los desleales

administradores solo pretendiesen apoderarse de esos fondos sin pensar en la amortización, el delito sería de apropiación indebida. Pero si además de ello, la apropiación de esos recursos conllevara el efecto de disminuir la solvencia en mercado de la sociedad estaríamos ante un delito de administración desleal en concurso ideal con un delito de apropiación indebida. El concurso real, fuera de la progresividad lesiva de una única acción, quedaría reservado para la realización de diversas acciones, concretadas algunas en el temporal perjuicio patrimonial de la sociedad o asimilados y otras en la apropiación indebida de los bienes, valores o dinero de esa misma sociedad.

BAJO FERNÁNDEZ, en la misma línea, destaca que el delito de administración desleal discurre en el límite entre los usos ilícitos provisionales –usos ilícitos no dominicales-, que si no producen perjuicios son atípicos, pero que de producirlos nos colocarían ante el delito de administración desleal y la apropiación indebida, es decir, la disposición de los bienes, en concepto de dueño, de modo que implique incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver.

El concurso de normas entre ambos delitos, para BAJO debería resolverse por el principio de subsidiariedad, siendo el artículo 295 norma subsidiaria. Lo razona de la siguiente manera:

“La apropiación indebida incluye actos de disposición en concepto de dueño (enajenación, gravamen, uso, disfrute, posesión, etc.) con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar y devolver y con el ánimo de no entregar ni devolver, lo que constituye un uso ilícito dominical, mientras la administración desleal implica un acto de disposición, no en concepto de dueño, sin significar incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver o, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver, lo que constituye un uso ilícito no dominical”.

“Entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal hay una relación de subsidiariedad, siendo ésta la norma subsidiaria en defecto de la apropiación indebida. Esto es así por varias razones. En efecto, no puede olvidarse que el delito de administración desleal del artículo 295 CP nace con la vocación de colmar una laguna existente entre el delito tradicional de apropiación indebida y la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes. Es decir, aparece con la idea de castigar subsidiariamente los comportamientos que queden fuera de la apropiación indebida”.

Volveremos a este tema cuando estudiemos el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal. Baste ahora decir que más allá de la tutela del patrimonio de la sociedad y de los grupos o sujetos enumerados en el artículo 295 CP, era difícil no ver que la realización del tipo podía afectar, al menos desde el punto de vista político criminal, al orden económico y a la seguridad del tráfico mercantil, generando un peligro para la estabilidad y funcionamiento de la economía de mercado. Son muchos los autores que opinan en ese sentido, como GONZÁLEZ RUS, MAYO CALDERÓN, SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO, LUZÓN PEÑA Y ROSO CASADILLAS. En dicho sentido, algunos de ellos hablaban de que el delito del artículo 295 en su versión 95 protegía intereses metaindividuales además del patrimonio de socios, sociedad y terceros equiparados.

Como hemos dicho esta era la opinión que la hermenéutica ortodoxa alentaba. Pero la doctrina no estuvo libre de la disparidad. La crítica a la posición escasamente uniforme del TS no logró ocultar que la diversidad también calaba en la doctrina.

Existían otros planteamientos doctrinales que extrayendo de cada delito un injusto diferente reclamaba que la colusión de preceptos se resolviese por las normas del concurso de delitos y no de leyes.

Así, FARALDO CABANAS se alejaba de las tesis tradicionales para sostener que entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal no existía solapamiento, en la medida en que la “apropiación” es un elemento normativo del tipo de la apropiación indebida con una función especialmente importante para la captación del injusto de dicho delito, algo que no ocurre con la administración desleal, limitada a los llamados usos no dominicales ilícitos carentes de la nota de apropiación. Por ese motivo la autora se inclinaba por el concurso de delitos entre ambas figuras en determinados supuestos, en los que dos acciones del administrador lesionasen, una de ellas, el patrimonio y la otra, la propiedad

Más categóricos son LUZÓN y ROSO para quienes la relación entre ambos tipos es la propia del concurso de delitos.

“Dado que las diferencias entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, van desde la protección de distintos bienes jurídicos hasta diverso desvalor de la acción y diverso desvalor del resultado, en tales supuestos no hay concurso de leyes, sino de delitos, generalmente ideal cuando exista una sola acción y en otras ocasiones real si existen acciones distintas y separadas”.

Esos mismos autores añaden que el carácter del tipo del delito del artículo 295 CP como mixto alternativo, puede colocarnos ante un solo delito si existen varias disposiciones fraudulentas o contracciones de obligaciones que se hallen amalgamadas por una clara vinculación instrumental o económica. De desaparecer esa vinculación entre las diferentes disposiciones o contracción de obligaciones la condena debería ser por dos o más delitos de administración desleal.

2.2. Doctrina del Tribunal Supremo.

La doctrina del TS tampoco mantuvo un rumbo firme. Podemos identificar hasta cuatro posicionamientos asentados para verificar la distinción.

- En una primera época¹¹, aparece como piedra angular la doctrina recogida en la llamada sentencia del caso Argentia Trust. Es la STS 224/1998, de 26 de febrero, y su

¹¹ La STS del caso Argentia Trust rezaba del siguiente literal tenor:

“Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían -como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad

clave de bóveda en la interpretación se mantuvo durante toda una década. En extracto sostuvo que en el tipo de distracción del artículo 252, al igual que en el tipo del artículo 535 precedente, se seguía conteniendo la gestión fraudulenta en la disposición desleal del dinero administrado, aunque no quedase acreditada la incorporación del mismo al propio patrimonio. En consecuencia se entendió que la irrupción en escena del artículo 295 no vino a suponer que las disposiciones desleales de dinero por el administrador societario quedaran desplazadas desde el artículo 252 hasta el novedoso artículo 295, entre otras cosas, porque ello conllevaría el indeseable efecto de reducir su penalidad. Esa sentencia quiso descubrir la existencia de un espacio de intersección común entre ambas figuras delictivas inmortalizado con la geométrica imagen de los círculos secantes. La construcción adquirió fortuna y vino a entorpecer el entendimiento entre ambos tipos que se derivó en todos los supuestos hacia el concurso de normas resuelto siempre por el principio de alternatividad o mayor rango punitivo en favor de la apropiación indebida.

- En la segunda etapa¹², aquel posicionamiento asentado en los círculos secantes evolucionó para señalar espacios propios de tipicidad para cada delito. La STS de 29 de

inherentes a su "status". De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida el uso de los verbos "apropiarse" y "distracer" en el art. 535 del CP de 1.973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo - aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del "animus rem sibi habendi" sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en "saber lo que se hace y querer lo que se sabe".

Resuelta afirmativamente la cuestión de si pueden ser subsumidas en el tipo de apropiación indebida previsto en el art. 535 del CP derogado los actos de administración desleal o fraudulenta, ha de ser forzosamente rechazada la pretensión, mantenida en el cuarto motivo del recurso, de que, incluyendo en dicho tipo penal la conducta del acusado -la que observó concretamente disponiendo de seiscientos millones de pesetas en perjuicio de Banesto- se ha penalizado un hecho que cuando se cometió era atípico y que hoy sería punible sólo incardinándolo en el art. 295 del CP vigente, naturalmente de imposible aplicación retroactiva. Pero también ha de ser rechazada la pretensión, deducida subsidiariamente con respecto a la anterior en el sexto motivo y apoyada por el Ministerio Fiscal, según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada- que tenía en el CP de 1.973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. **Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la Sentencia recurrida aplicando el art. 252 y no el 295, ambos del CP vigente”.**

¹² La STS de 29.7.2002, cuyo criterio asomó en otra STS de 26.1.2009 matizaba lo siguiente:

“Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de Febrero de 1.998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso Argentinia Trust y en ella se afirma, que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535, no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295, si no por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud, -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-, que tenía en el Código Penal de 1.973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquél caso concreto a la cuestión planteada, creemos que deben hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triplo de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el

julio de 2002 del caso Banesto coronó ese hito jurisprudencial. La identidad total de las figuras de administración desleal y de apropiación indebida bajo la modalidad de distracción pasaba a convertirse en identidad parcial y la bella metáfora de los círculos secantes era sustituida por la de los círculos tangentes. La posición empezaba a ser muy acertada. Para esta doctrina, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, suponía una disposición de los bienes cuya administración les había sido encomendada que superaba las facultades jurídicas del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas fuesen desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad suponía una actuación fuera de lo que el título de recepción permitía, mientras que en la administración desleal, la deslealtad se integraba por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resultaba perjudicial para la sociedad, pero que no habría superado los límites propios del cargo de administrador. En ésta, es decir, en la administración desleal no había apropiación indebida de bienes o dinero por el administrador, sino, además del inexcusable perjuicio a sociedad, socios o asimilados, simplemente beneficio propio o de tercero. Pero ese beneficio propio o de tercero del que hablaba el artículo 295 del Código Penal no suponía ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal.

beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

Por último cuando el administrador, prevaleciéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado”.

- La tercera fase¹³ viene representada por las SSTS de 12.5.2009, 18.11.2009 o las más recientes de 17.6.2013 y de 3.3.2014, para las que en el artículo 295 se deben

¹³ Esta solución basada en el carácter temporal o definitivo de la disposición, viene expuesta con nitidez en la STS de 19 de diciembre de 2014, que recordando la evolución doctrinal del TS, dice así:

“Así, esta Sala ha venido manteniendo que el art. 252 CP que, hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015, tipificaba la apropiación indebida, contiene en realidad dos delitos: el delito de apropiación indebida clásico que es un delito contra la propiedad (se apropiaren) y un delito de administración desleal de patrimonio ajeno que hace referencia a distraer dinero o cualquier otro activo patrimonial que se hubiere recibido en administración. Por eso se venía reclamando que el Código Penal reflejara esa realidad en dos tipos diferentes acorde con su distinta naturaleza: uno afecta al derecho de propiedad y el otro al patrimonio y así se ha hecho en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, que tipifica en dos secciones y artículos distintos la apropiación indebida (artículo 253) y la administración desleal (artículo 252) dentro del Título XIII que lleva como rúbrica “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico” y dentro del Capítulo VI “De las defraudaciones”.

Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado sobre esta doble dimensión del delito de apropiación indebida como es exponente la Sentencia 417/2014, de 23 de mayo, en la que se declara: “son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo referidas a la modalidad típica de la apropiación indebida mediante distracción de dinero, prevista en el art. 252 CP, junto con la clásica apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio. Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal –decíamos en la STS 656/2013, 22 de julio- parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distrajeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida. Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron. En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero....”.

La jurisprudencia de esta Sala ha permitido, pues, hacer frente a los supuestos de administración desleal, a través del tipo penal de distracción de dinero contenida en el art. 252 CP, ello sin embargo puede provocar confusión ya que tenemos, de un lado, una administración desleal genérica, la del art. 252 CP y, por otro lado, la administración desleal societaria prevista en el art. 295 CP, sustancialmente igual y, sin embargo, castigada injustificadamente, con menos pena (incluso con previsión de pena alternativa de multa). Por ello hace tiempo que se viene reclamando la supresión del art. 295 CP, llevando la administración desleal al ámbito de los delitos patrimoniales.

Con la reforma operada por la LO 1/2015 se resuelve el problema que suscitaba la diferenciación entre el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, y el delito de societario de administración desleal, que se suprime con esta reforma. Sobre esta cuestión, se ha producido una evolución en la posición mantenida por el Tribunal Supremo ya que la más reciente jurisprudencia ha venido a superar la llamada relación de intersección del ámbito típico de ambas figuras, círculos secantes, que consideraba existente un concurso de normas que se resolvía por la vía del art. 8.4 del CP, principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena, y se ha centrado en diferenciar la clase de exceso cometido, que puede ser intensivo o extensivo. Así, para aplicar el delito del artículo 295, se exige que el administrador desleal, al que éste artículo se refiere, actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones. “El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque

indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador" (STS núm. 915/2005 de 11 julio), suponiendo un exceso extensivo. También se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto, que en el delito de apropiación indebida por distracción se referiría a un supuesto de administración de dinero.

Los distintos criterios que permiten diferencias estas dos figuras delictivas vienen expresados en la Sentencia 765/2013, de 22 de octubre, en la que se declara que esta Sala ha recordado en las STS núm. 91/2013, de 1 de febrero, 517/2013, de 17 de junio, y 656/2013, de 22 de julio, que existen posiciones diferentes en las resoluciones que se han esforzado en ofrecer pautas interpretativas acerca de la relación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Una línea jurisprudencial explica la relación entre ambos preceptos como un concurso de principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena. Señala en este sentido la STS 1217/2004 de 22 de enero "que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973. El art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetren en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, de 27 de noviembre; 867/2002, de 29 de septiembre; 1835/2002, de 7 de noviembre y 37/2006, de 25 de enero)".

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, mientras que el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el animus rem sibi habendi y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Estimamos que debe acogerse la concepción expresada en esta última resolución (STS 462/2009, 12 de mayo), en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, y se ratifica en la STS 656/2013, de 22 de julio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.

Expuestas las distintas posiciones defendidas para diferenciar el delito societario de administración desleal, que como delito societario desaparece con la reforma operada por LO 1/2015, del delito de

incluir las actuaciones abusivas y desleales de los administradores de carácter menor que abusan del patrimonio social de una forma desleal, pero sin apropiación definitiva de los bienes de la sociedad. En cambio en el ámbito de la apropiación indebida se incluirían los supuestos de apropiación indebida con animus rem sibi habendi y los de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad.

- La cuarta etapa, que convive en el tiempo con la tercera, quiere distinguir el campo de aplicación de los delitos fijándose en el tipo de exceso cometido por el administrador. Si el administrador actuara dentro de los límites que la ley señalaba para sus funciones, cometiendo un exceso intensivo, el delito cometido era el del artículo 295, mientras que si la distracción se lograba fuera del ámbito de aquellas funciones, el exceso era extensivo, y la figura aplicada la del artículo 252. Este posicionamiento caló hondo en la doctrina del TS que, sin haber abandonado otros criterios, lo siguió preferentemente en muchas resoluciones. La principal crítica a esta doctrina dimanaba de la comprobación de que el exceso intensivo, vulnerando los deberes genéricos ad intra, nos colocaban siempre en presencia del delito de administración desleal, con independencia de que la disposición de bienes fuera temporal o definitiva y de las características apropiatorias o no de esa disposición desleal.

Así la STS 915/2005, 11 de julio señala, dentro de esta concepción dirimente de la colusión típica explica lo siguiente:

"Cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295,

administración desleal genérico, en la modalidad de apropiación indebida por distracción, puede comprobarse, dados los hechos que se declaran probados en el supuesto que examinamos, que no puede aplicarse, como se pretende en el motivo, la administración desleal societaria ya que no encajan en ninguna de las posiciones antes expuestas para delimitar esa figura delictiva. Efectivamente, como se señala por el Tribunal de instancia, los acusados recurrentes han realizado actos de apropiación que, aunque lleven aparejada deslealtad, de ningún encajan en las facultades del administrador”.

resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio)".

- Existen incluso otras posiciones de distinción basadas en el objeto sobre el que recae la acción delictiva, el bien jurídico protegido y la temporalidad.

En cuanto al objeto podemos citar la STS núm. 91/2013, de 1 de febrero, que siguiendo la STS 462/2009, 12 de mayo, la cual indica lo siguiente:

"Igualmente se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la provocación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez".

En relación con la estructura y el bien jurídico como criterio diferenciador podemos citar la STS de 1.2.2013, proclama la siguiente doctrina:

"Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP , el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador."

Y finalmente, el criterio de la temporalidad es desarrollado por la STS de 19.12.2014, cuando usa el criterio de la vocación de permanencia de la apropiación en relación con el uso de tarjetas de empresa para fines particulares para optar por la aplicación del delito de apropiación indebida en el mediático caso de las tarjetas opacas de Caja Madrid.

2.3. Toma de posición

Para distinguir el delito de apropiación indebida del delito de administración desleal del artículo 295 ha de partirse de una diferencia básica que servirá de referencia. El injusto típico del delito de apropiación indebida lesiona la propiedad y en el caso de dinero o bienes fungibles el derecho de crédito que el acreedor propietario tiene a la devolución de otro tanto de la misma especie o calidad. En cambio, el delito de administración desleal lesiona el patrimonio mediante una conducta realizada por el sujeto activo que infringe un deber jurídico de velar fielmente y cuidar el patrimonio de otro sobre el que tiene capacidad jurídica de disposición.

Como destacara el Consejo Fiscal, en la administración desleal hay administración, existe un poder de disposición jurídico y se protege el patrimonio; mientras que en la apropiación indebida hay custodia legal –término que introduce en el artículo 253 CP el legislador de 2015–, existe poder de disposición fáctico y se protege el derecho de propiedad.

En virtud de ello, existe delito de administración desleal societario cuando el administrador, en beneficio propio o de tercero, abusando de las facultades de disposición jurídica inherentes a su cargo, comete un exceso (dispone fraudulentamente de bienes o contrae obligaciones en terminología del CP de 1995) que perjudica el patrimonio de la sociedad administrada, socios o equiparados. Ese administrador societario, como el simple administrador en la administración desleal genérica, realiza esas conductas, vulnerando el deber de fidelidad, con conocimiento del perjuicio que ocasionan al patrimonio administrado, y en beneficio propio o de tercero. El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infieles a las obligaciones que como administradores de hecho o de derecho les exigen por un lado, con carácter genérico el artículo 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 227 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y otros preceptos análogos, que imponen deberes de diligencia y lealtad.

Se trata, pues, de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado.

Es verdad que el administrador debe actuar en beneficio propio o de tercero, y este ha sido el elemento que ha distorsionado su entendimiento. Y es que ese beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio dinero o bienes pertenecientes a la sociedad, sino que basta simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra.

Pero la línea roja irrebasable en este delito es la apropiación indebida de dinero o bienes. Y ello porque si la lesión es la propiedad y no al patrimonio saltamos a la tipicidad de la apropiación indebida. El artículo 295 es gestión desleal que provoca perjuicio al patrimonio societario, mientras que el artículo 252 CP de 1995 era apropiación indebida de los bienes o dinero recibidos en comisión, administración, depósito o cualquier otro título que produzca obligación de devolver o negar haberlos recibido. El que se apropia indebidamente ataca a la propiedad, realiza actos de disposición fácticos, pero no jurídicos y ejerce como presupuesto una custodia desleal derivada de una relación de confianza en virtud de título - artículo 253 CP actual- o bien simplemente derivada del hallazgo o del cuasi contrato –artículo 254 CP-. El que administra deslealmente vulnera el patrimonio, actúa amparado en sus facultades jurídicas ejerce la administración del patrimonio al que perjudica.

La administración nunca puede rebasar la línea roja de la apropiación indebida, pero sin que llegue a producirse la apropiación del patrimonio social, puede llegar a comprender dentro del beneficio propio o ajeno que configura su esencia, los llamados usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

La STS de 1.2.2013 recuerda en este punto que “en el artículo 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves –de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP”.

Si quisiéramos mezclar las teorías del exceso y la temporalidad, diríamos que cuando el exceso del administrador en las funciones de administración es extensivo o fáctico y se realicen los elementos típicos de la apropiación indebida siempre habrá delito del artículo 252 CP.

Pero cuando el exceso es intensivo, debe distinguirse a su vez: si la disposición de bienes es provisional o definitiva, pero sin existir apropiación indebida de los bienes o dinero dispuestos por parte del administrador, habrá administración desleal, pero si es el administrador quien realiza el acto apropiatorio definitivo en beneficio propio o de tercero deberá existir apropiación indebida.

Pondremos dos ejemplos, que algunos autores sitúan en la zona fronteriza. MARTÍNEZ BUJÁN¹⁴ cree que en los supuestos en que el administrador recibe dinero con obligación de darle un destino específico e incumpliendo esa obligación le da un destino distinto al pactado en beneficio propio o de tercero habrá apropiación indebida. Es el famoso ejemplo de NIETO.

GILI PASCUAL¹⁵ establece aquí una diferencia. Es sugestiva. En el contexto de ese ejemplo recuerda que debe distinguirse entre los deberes genéricos ad intra del

¹⁴ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., op. cit. pp. 524

¹⁵ GILI PASCUAL, A., “Comentarios a la reforma del CP de 2015”. Director: González Cussac, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

administrador, concretados en la lealtad y los deberes específicos ad extra, situados fuera de la esfera de disponibilidad jurídica del administrador, como pudieran ser los de entregar o devolver. Por ello, si el administrador recibiese el dinero afecto a un fin o destino determinado e incumpliera esa obligación de entrega para apoderarse del mismo existiría un delito de apropiación indebida. Su exceso habría sido extensivo y la obligación incumplida situada extra muros de la obligación de fidelidad y lealtad del administrador de ajenos patrimonios. En cambio, si ese administrador hubiese recibido el dinero para que dispusiera del mismo en función de diversas alternativas e incumpliendo el deber de fidelidad se apropiase de esa cantidad, habría administración desleal. En este caso, el excesivo sería intensivo.

La distinción no nos convence. En primer lugar, porque el administrador que incumple la obligación de entrega está vulnerando el deber de fidelidad y sobre todo el de conservación. Y en segundo lugar, porque esa diversidad es artificiosa. Tanto en un caso como en otro se está apoderando del dinero y esa es la línea roja irrebasable. En ambos casos está actuando contra la propiedad y en ambos casos el exceso será extensivo. El exceso es extensivo, no solo cuando el sujeto carece de facultades jurídicas de disposición, sino también cuando existiendo éstas se actúa completamente al margen de las mismas burlando su esencia o contenido y anteponiendo su voluntad o capricho sobre la legalidad.

Lo mismo ocurrirá en supuestos como los narrados en la STS de 15.4.2014, pues si el administrador con capacidad para disponer de los bienes, excediéndose en el uso de sus facultades jurídicas, lleva a cabo materialmente un acto apropiatorio, en beneficio propio o de tercero, pagando cantidades desproporcionadas por los bienes adquiridos, el delito igualmente será de apropiación indebida. Si compra por 2 millones de euros una finca que vale 1 millón, existe un acto apropiatorio e indebido de un millón de euros, en beneficio propio o de tercero y ya no podría hablarse de simple administración desleal.

Es pues la realización del acto apropiatorio por parte del administrador lo que impide en cualquier caso estar en presencia del delito de administración desleal. Todo ello sin dejar de reconocer que la parificación de penas entre ambos delitos por el legislador de 2015 ha hecho perder sentido práctico a la distinción dogmática entre ambos tipos.

3. EL ACTUAL DELITO DEL ARTÍCULO 252 CP.

3.1. Derecho comparado.

En la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modifica la rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal» y que comprenderá el artículo 252. Este artículo introduce el tipo de la administración desleal genérica y sustituye integrándolo en su seno al delito de la administración desleal societaria. Luego veremos en qué medida el delito societario, sobre todo en determinados ámbitos, bancarios o de intermediación financiera, de sociedades de crédito o de inversión, no hubiera merecido el reconocimiento de su peculiaridad con un tipo específico o con un subtipo agravado.

El artículo 252 CP tiene ahora la siguiente redacción:

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

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

Nuestro legislador en el periodo prelegislativo se había debatido entre los modelos alemán y austriaco.

El párrafo 266 del StGB (der Untreue), dentro de la administración desleal genérica, contiene en un mismo apartado dos conductas diferenciadas: el denominado tipo de abuso, que castiga al que abusa de las facultades conferidas por la ley, la autoridad o el negocio jurídico para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro, ocasionando con ello un perjuicio a los intereses patrimoniales por los que debía velar (**mißbraucht**) y el tipo de infidelidad, que castiga a quien lesione de cualquier modo el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos, ya derive ese poder de la ley, la autoridad, negocio jurídico o relación de confianza, ocasionando perjuicio a los intereses patrimoniales que tenía el deber de salvaguardar (**Treuebruchtatbestand**).

El párrafo 266 StGB reza del siguiente tenor literal:

“1.- El que abuse de las facultades que le han sido otorgadas por Ley, comisión de la autoridad o negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o el que por Ley, comisión de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza tenga el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos, los lesione ocasionando de esta forma daño a los intereses que le han sido confiados, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con pena de multa.

2.- En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad.

Nuestro Proyecto de 2013 había importado ambas tipicidades, configurando el tipo de infidelidad como básico y el de abuso como específico. Decía así el proyectado artículo 252 en el Proyecto de 2013:

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

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

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.”

En la última parada del proceso reformista fue íntegramente suprimido el entonces apartado segundo del artículo 252, que incorporaba el llamado tipo de infidelidad, por lo que la voluntad del legislador solo podía interpretarse como la supresión de esa modalidad que en Alemania había sido censurada por su escasa taxatividad. Influyó en esa desaparición el informe del CGPJ que había considerado que ese tipo se correspondía con la existencia de los llamados Consejos de Vigilancia que prevé el derecho alemán en régimen de sociedades y que no existen en nuestro derecho.

Como se ve el Proyecto que era una clara copia del modelo alemán dejó así descabalgado el tipo de infidelidad. Ni siquiera podemos decir que ello haya servido indudablemente para excluir ese tipo de infidelidad, pues por inspiración del informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto en el tipo de abuso se sustituyó la expresión “facultades para disponer de un patrimonio ajeno”, remedo del parágrafo 266, por la más abierta de “facultades para administrar”, por lo que el tipo es ahora tan diáfano que no excluye de su radio las modalidades de infidelidad. Es decir, el exceso en las facultades de administración que provoque perjuicio podría ser típico según el tenor literal definitivo, algo que no podría haberse predicado si la exigencia del exceso se relacionara no con las facultades de administración, más genéricas, sino con las facultades de disposición de un patrimonio ajeno, indefectiblemente más concretas y específicas.

Dicho de otra manera, en el tipo de abuso, caben las conductas típicas del parágrafo 266, fuente de inspiración, o las del artículo 295 CP 95, es decir, la disposición fraudulenta de bienes y la contracción de obligaciones, pero la actual amplitud del artículo 252 CP 2015, que solo exige el exceso en las facultades de administración y la provocación de perjuicio al patrimonio deja abierta la posibilidad de incriminar tipos de infidelidad como la revelación de secretos o el incumplimiento de la obligación de no competencia, modalidad esta última que ya ha dado lugar a la STS de 26 de julio de 2004 que condena por haber permitido el administrador desleal, incumpliendo su deber de evitar la competencia, a otra empresa distinta aprovechar medios y recursos de la administrada con deslealtad.

El paradigma alemán, en fin, queda en vía muerta, pues desconocemos si la amplitud del precepto permitirá castigar comportamientos subsumibles en dicho tipo de infidelidad.

Además del artículo 266 StGB, el derecho alemán tipifica otros delitos societarios, pero en diversa sede. Actualmente la Ley de sociedades germana dedica sus artículos 399 a 408 (capítulo de “Normas penales y sanciones pecuniarias. Disposiciones penales”) a tipificar los delitos e infracciones en que incurre el administrador de una sociedad, incriminando un vasto catálogo de ilícitos: 1) falsedad de datos (particularmente para conseguir la suscripción de acciones), 2) descripciones inexactas (falsedades en los documentos de información societaria), 3) infracción a las

obligaciones en caso de pérdida de capital social o insolvencia, 4) falsa declaración o falsificación de resguardos de depósitos, 5) infracciones al deber de información, 6) infracciones al deber de guardar secreto, y 7) irregularidades en la emisión de acciones, voto fraudulento, etc. Esta normativa, complementada con el Código Civil, permite una adecuada sanción de los delitos societarios.

En nuestro CP, tras la reforma de 2015, los tipos societarios específicos se encuentran tipificados en los artículos 290 a 297 CP. Pero de esa relación ha desaparecido el artículo 295, que ahora se introduce como administración desleal genérica en el vigente artículo 252 CP.

Nuestro CP tras la reforma de 2015, en el ámbito de la administración desleal genérica, si aceptásemos que el tipo de infidelidad habría quedado destipificado, lo que como hemos visto es discutible, habría acabado por aproximarse al modelo austriaco. El artículo 153 STGB austriaco dispone lo siguiente:

“El que a sabiendas abusa de las facultades que le han sido otorgadas por Ley, comisión de la autoridad o negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno y de esta manera cause un perjuicio patrimonial, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta seis años o con pena de multa de hasta trescientos días”.

Como se observa el modelo austriaco opta solo por la incriminación del tipo de abuso y desde nuestra voluntad legislatoris parece que ha sido el prototipo finalmente seguido, aunque ya hemos formulado la salvedad de que la amplitud típica del actual artículo 252 CP no excluye desde la literalidad de la Ley el tipo de infidelidad seguido en algunas aisladas sentencias del TS.

En el CP portugués se sigue una curiosa tipificación. Por un lado, el artículo 244.1, sanciona la administración desleal genérica, de una forma que podríamos asimilar al llamado tipo de infidelidad.

“El que habiendo recibido por ley o por acto jurídico el encargo de disponer de intereses patrimoniales ajenos o de administrarlos o fiscalizarlos, causare a esos intereses, intencionalmente y con grave violación de los deberes que le incumben, un perjuicio patrimonial importante, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o multa”.

Pero, por otro lado, también tipifica en el artículo 235 los daños en la administración o administración dañosa, de esta forma:

“1.- El que, infringiendo intencionalmente normas de control o reglas económicas de una gestión racional, provoque daño patrimonial importante en una unidad económica del sector público o cooperativo, será castigado con pena de prisión de hasta 5 años o multa de hasta 600 días.

2.- La punición no tendrá lugar cuando el daño se verifique contra la expectativa fundada del agente”.

Examinaremos ahora dos legislaciones, la italiana y la francesa, que no contienen en el CP un delito de administración desleal genérico o específico y que

poseen, en cambio, una gran variedad de delitos societarios diseminados en leyes civiles o societarias.

En el modelo italiano¹⁶ existe, en relación con los delitos societarios, una variada gama de infracciones que se diseminan en la legislación bancaria y en el CC. Por ello algún autor ha hablado de la necesidad de ejercitar una “*actio finium regundorum*” para delimitar esas tipicidades. Con todo, el papel central -de auténtico «arquitrabe» del sistema- se ha otorgado al tipo incriminador de las *falsedades en los balances y en las comunicaciones sociales*, previsto por el art. 2621 núm. 1 CC.

La tutela en la fase inicial de conformación se traduce, para las sociedades de capital, en la garantía de la efectividad de las aportaciones de los socios. De esta manera para proteger las iniciales aportaciones dinerarias de los socios se incrimina la emisión de acciones o la atribución de cuotas por una suma inferior a su valor nominal, así como la emisión de nuevas acciones o la atribución de nuevas cuotas antes de la total liberación de las que habrían sido suscritas con anterioridad (art. 2630 párrafo primero núm. 1 CC).

A las aportaciones en especie y a los más numerosos engaños relacionados con la regularidad de emisión del capital social, se dedica el tipo que incrimina -tanto en sede de constitución de la sociedad, como en las eventuales fases sucesivas de aumento del capital o de transformación de la sociedad-, la fraudulenta sobrevaloración de los bienes en especie conferidos a la sociedad o de aquellos otros bienes que la sociedad haya adquirido de sus propios socios o administradores (art. 2629 CC).

Otros tipos, en fin, sancionan la violación de la prohibición de suscripción de las acciones o cuotas propias por parte de la sociedad emisora, o bien, la violación de la prohibición de la suscripción de acciones o cuotas de la sociedad controlante por parte de la sociedad controlada (art. 2630 bis CC).

Con el fin de salvaguardar la integridad del capital social en la fase sucesiva del ejercicio de la gestión social, el legislador procede a castigar con sanciones penales, en particular, comportamientos como la indebida restitución de las aportaciones o la liberación de la obligación de constituir las que pesa sobre los socios, exceptuando el caso de reducción del capital (art. 2623 núm. 1 CC); el reparto ilegal de beneficios o de dividendos a cuenta (art. 2621 números. 2 y 3 CC); las maniobras indebidas sobre las acciones o cuotas propias por parte de la sociedad emisora y las participaciones

¹⁶ El modelo italiano ha sido extraído de LUIGI FOFFANI, Ricercatore di Diritto penale, Università degli Studi di Catania, en su estudio “Delitos societarios”, Traducción de José Ángel Brandáriz García y Luz Puente Aba. Universidad de A Coruña. También sobre los nuevos delitos societarios véase, en general, A. ALESSANDRI, (coord.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002; L. FOFFANI, Art. 2621-2642 c.c., en C.E. PALIERO/F. PALAZZO (coord.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2007, p. 2443 ss.; A. GIARDA/S. SEMINARA (coord.), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, CEDAM, 2002; F. GIUNTA (coord.), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002; A. LANZI/A. CADOPPI (coord.), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, CEDAM, 2006; C. LUNGHINI, Art. 2621-2642 c.c., en E. DOLCINI/G. MARINUCCI (coord.), *Codice penale commentato*, 2ª ed., Milano, IPSOA, 2006; M. MASULLO/A. BIANCONI, en T. PADOVANI (coord.), *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1218 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 20. También LUIGI FOFFANI, En “Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización, Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009.

recíprocas entre sociedad controlante y controlada (art. 2630 párrafo 1º núm. 2 y párrafo 2º núm. 4 CC) y las irregularidades en los procedimientos de reducción del capital, fusión y escisión de la sociedad (art. 2623 núm. 1 CC).

También el Codice Civile de 1942 dedica el título XI, libro V, Capítulo I, a las denominadas “Disposiciones penales en materia de sociedades y consorcios”. Los delitos allí previstos constituyen un complejo normativo ordenado sobre la base de un criterio pormenorizado, aunque se contemplan como infracciones autónomas las siguientes: 1) la falsedad ideológica en los actos sociales, 2) la distribución ilegal de utilidades, 3) la divulgación de datos sociales reservados, 4) la violación de las obligaciones que incumben a los administradores, 5) los préstamos y garantías de la sociedad, 6) la violación de obligaciones inherentes a los liquidadores, 7) la omisión o ejecución tardía o incompleta de denuncias, comunicaciones o depósitos, y 8) la omisión de indicaciones obligatorias (artículos 2621 a 2627).

El capítulo II está dedicado a las sociedades, por acciones, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y cooperativas y en su desarrollo se contemplan diversos delitos. Enumera como delitos específicos: 1) las maniobras fraudulentas sobre títulos de propiedad, 2) la valoración exagerada de aportes en especie, 3) la violación de obligaciones de administradores, 4) los conflictos de intereses, 5) la violación de las obligaciones de síndicos, 6) la irregularidad de los títulos de acciones y obligaciones, y 7) la omisión de la inscripción del representante de los accionistas en el respectivo registro.

El capítulo III de aquel título se refiere a los consorcios, el IV a los administradores judiciales y los consorcios gubernamentales y el V a las circunstancias agravantes, penas accesorias y comunicación de sentencias condenatorias.

En Francia¹⁷, en sede también de delitos societarios, existe una tradición secular de dispersión normativa diseminada en el seno de una legislación de minuciosidad extrema. A partir de 1856 se instrumentó la represión y el renacimiento de la responsabilidad personal dentro del derecho societario, estableciéndose sanciones civiles por entenderse insuficientes las fijadas en el ámbito penal.

La ley del 17 de julio de 1856 introdujo ciertas figuras delictivas en el ámbito de la sociedad en comandita por acciones y muy pronto se enriqueció con disposiciones análogas referidas a la sociedad de responsabilidad limitada (ley de marzo de 1863) y a las sociedades en general (ley del 24 de julio de 1867). La Ley de 10 de septiembre de 1947 tipificó el delito de administración desleal en las sociedades comanditarias. La Ley sobre sociedades comerciales del 24 de julio de 1966 renovó el derecho penal societario a la vez que lo sistematizó. Actualmente, junto a ésta última Ley, existen decenas de disposiciones que prevén sanciones penales aplicables a las más diversas irregularidades del ámbito societario. Como norma más próxima a la administración desleal societaria puede citarse L, Abus des pouvoirs des biens et credit, en el artículo 437.3 de la Ley de 24 de julio de 1966; L, Abus des pouvoirs sociaux, en el artículo 473.4 de la misma ley; y los artículos 425.4 y 5, 480 y 488.1 que prevén los mismos delitos en los ámbitos de las sociedades de responsabilidad limitada, comanditarias y en liquidación respectivamente.

¹⁷ “Apuntes sobre la necesidad de regular la responsabilidad penal de los administradores societarios” por Pablo D. FRICK, Buenos Aires, 2004. .

Dada la diversidad de modelos, como denuncia LUIGI FOFFANI, llama la atención que en la Europa de la unidad y el mercado único la legislación del derecho penal societario siga derroteros tan dispares y regulaciones diseminadas por el código civil, código de comercio, código penal o apéndices reticulares.

3.2. Bien jurídico.

No podemos olvidar, en este recorrido, que el nuevo delito del artículo 252 CP tipifica la administración desleal genérica, pero no la societaria. Los delitos societarios siguen cobijando las modalidades típicas de los artículos 290, 292, 293 y 294, pero el artículo 295 CP de 2010 ha desaparecido. Su tipicidad hay que reconducirla al artículo 252 CP. A partir de ahora solo tendremos una herramienta genérica para dar respuesta a todo tipo de administración desleal, ora recaiga sobre un patrimonio individual ora sobre un patrimonio societario. Para satisfacción de algunos especialistas se sigue la línea del derecho alemán de la UNTRUE o criminalidad genérica de toda producción dolosa de un daño patrimonial ajeno, societario o no. Dará igual que el autor sea el tutor, el albacea o el administrador societario. Y también dará lo mismo que el patrimonio administrado sea individual o societario. Es aquí donde puede cuestionarse esa igualdad de tratamiento. Parece que el administrador societario que administra fraudulentamente sociedades bursátiles, financieras, de crédito, agencias de valores o incluso compañías de seguros, además de lesionar el patrimonio de esas entidades atenta contra la seguridad del sistema económico, el libre mercado o la competencia. Entre tanto no se reconozca esa especialidad pluriofensiva, serán las agravaciones genéricas basadas en la cuantía –artículo 250 1.5 y 2, 50.000 y 250.000 euros- o en el número de afectados -250.1.5, las únicas capaces de dar cobertura típica a esos olvidados flecos de tipicidad de lo injusto.

A partir de esa reflexión surge la pregunta. ¿Hay bien jurídico distinto en la administración desleal societaria, en relación con la genérica?

Opiniones distintas jalonan el discurso doctrinal.

En un primer grupo se reúnen los autores que piensan que el único bien jurídico protegido es el patrimonio. Ahí se hallaría RODRÍGUEZ MOURULLO¹⁸ para quien “el bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es el patrimonio de socios, depositantes, cuenta partícipes, o titulares de los bienes, valores o capital administrado”.

QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS¹⁹, en la misma línea, pero extendiendo el ámbito de los sujetos pasivos, consideran que el bien jurídico no se contrae, como pudiera parecer a primera vista, al patrimonio de los socios, depositarios o cuentapartícipes, pues el tipo alude a los titulares de los bienes, valores o capital que se administra, entre los cuales se encuentra la propia sociedad”²⁰

¹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO OTERO, G., “El bien jurídico protegido en los delitos societarios, con especial referencia a la administración desleal”. Cuadernos de Derecho Judicial VII-1999.

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G, y MORALES PRATS, F., “Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal”, pp. 993. Aranzadi. 2009.

²⁰ De otra opinión es Nieto Martín, quien considera que el bien jurídico en el delito de administración desleal es el patrimonio de los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o

Para NIETO MARTÍN el patrimonio social quedaba excluido del artículo 295 CP, pues de haberse protegido por el precepto, se estaría otorgando protección a intereses inherentes al buen desenvolvimiento de la gestión societaria. Por esa razón entendía que el objeto material del delito era el patrimonio de la sociedad, pero el bien jurídico sería la protección del patrimonio de socios y asimilados.

Para LÓPEZ BARJA también se reduce la protección de la administración desleal al patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto estudiado. MARTÍNEZ BUJÁN²¹ considera que el bien jurídico del delito societario del antiguo artículo 295 CP reside en el patrimonio de la sociedad y de los sujetos enumerados, pero a continuación añade que debe admitirse que la realización del tipo puede afectar en mayor o menor medida al orden económico generando un peligro próximo o remoto. Sin embargo ese peligro no se encontraría incorporado a la materia de la prohibición.

Otros autores, como LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS²², consideraban que se protegía en el artículo 295 CP tanto el patrimonio de socios y asimilados como el propio patrimonio social.

Pero más allá de la extensión o no de la protección del bien jurídico al patrimonio social, que la jurisprudencia ha terminado por incluir en determinadas sentencias, la pregunta indagaba sobre si además de los diferentes patrimonios, el bien jurídico del precepto se extendía a otra cosa distinta, a un alud identificable y diverso del propio patrimonio de la sociedad o asimilados. La STS de 11 de abril de 2007 entendió, en ese sentido, que junto al bien jurídico individual, representado por la protección de los patrimonios de la sociedad, socios o equiparados, existía un bien jurídico público o colectivo representado por la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico económico. En otras resoluciones se afianzó el criterio de que se protegían diversos **intereses**, principalmente **de carácter patrimonial**, que tenían que ver con el funcionamiento de las sociedades mercantiles, lo que condicionaba igualmente el **carácter del sujeto activo** de estos delitos, incluso de aquéllos que aparentemente son comunes (CP art. 291 y 292) lo que implicaba su realización por el administrador de hecho o de derecho de la sociedad o por los socios. De otro lado, el hecho de que se

capital que administre la sociedad, en tanto que el objeto de la acción es, según el propio tenor literal del precepto 295 del Código Penal, el patrimonio de la sociedad. Cfr. Nieto Martín, Adán. El delito de administración fraudulenta, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 254. En igual sentido opina MARTÍNEZ BUJÁN mencionando además al citado “patrimonio individual” de los sujetos antes descritos como el bien jurídico que se protege en “sentido técnico” en tal delito. Cfr. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ. El delito societario de administración desleal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 31-34. Así opina también MATA MARTÍN, al considerar que el bien jurídico en la administración desleal es el patrimonio individual, en tanto que el patrimonio social sólo juega el papel de objeto material. Cfr. MATA MARTÍN, Ricardo, “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, en Empresa y derecho penal (Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 342. Matizando la cuestión al considerar al patrimonio de forma global como bien jurídico protegido en tal delito, mediante la pérdida o disminución de valor de una parte concreta del mismo, vid FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, Los delitos societarios en el Código Penal español, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 328 y 329.

²¹ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “El delito societario de administración desleal”, pp.32. Valencia 2001.

²² LUZÓN PEÑA, D. M. y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal en Derecho español”, InDret. Barcelona 2010.

realizasen en el ámbito de las sociedades implicaba **intereses** que iban **más allá de los individuales** y que justificaban su ubicación entre los delitos contra el orden socioeconómico.

En la doctrina, otros autores entendieron que el bien jurídico protegido se integraba tanto por el patrimonio social y de socios o equiparados como por el funcionamiento adecuado del sistema económico.

Así, GONZÁLEZ RUS, entendía que el precepto protegía, además del patrimonio, el buen funcionamiento de la sociedad²³. MAYO CALDERÓN distinguía dentro del delito dos bienes jurídicos; el patrimonio de la sociedad, que para la consumación exigía efectiva lesión, por cuanto desde ese punto de vista era un delito de resultado material; y la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico, en relación con el cual el delito era de peligro concreto²⁴. En el mismo sentido LUZÓN ROSSO.

Finalmente, SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO²⁵ también se acogen al sector doctrinal que entiende que el delito además de proteger el patrimonio, tutela el sistema económico en su conjunto y la función que la sociedad desempeña dentro de su estructura.

En nuestra opinión, en el delito societario del viejo artículo 295 CP se protegía el patrimonio de los titulares de los bienes administrados, incluida la sociedad, pero la realización de esa conducta afectaba también al funcionamiento del sistema económico y la fiabilidad del sistema societario para la comunidad que se colocaba en situación de riesgo o peligro. Un peligro que no se integraba en el injusto típico por lo que solo podía calificarse de abstracto o remoto. Precisamente por esa razón, la especialidad de la administración desleal societaria podría reclamar una tipicidad distinta o bien un subtipo agravado, preciso siempre por esa afectación potencial del orden socioeconómico, pero mucho más en aquellas modalidades ya descritas, bursátiles, financieras, de inversión, agencias de seguros, gestión de ahorros o valores que de una forma más directa se vinculan con la estabilidad del sistema económico y con la base del ahorro.

Dicho de otra manera, la introducción de un delito de administración desleal genérico, como el vigente artículo 252 CP, en nuestra opinión, no se oponía conceptualmente a que se hubiese regulado otro delito societario específico que cobijase la administración desleal societaria. De la misma opinión es MARTÍNEZ BUJÁN, quien recordando que dado que la introducción de un nuevo delito debe estar aconsejada desde las perspectivas de la dogmática y de la política criminal, como así sucede en el ámbito de la malversación de caudales públicos, precisaba que acaso hubiera bastado, si

²³ GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Sustracción de una cosa a su utilidad pública o social. Delitos societarios”, en Compendio de Derecho Penal español Parte Especial. Director: Cobo del Rosal. Marcial Pons. Madrid 2000. PP 530 y siguientes.

²⁴ MAYO CALDERÓN, B., “La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295 CP y propuesta de lege ferenda. Comares. Granada.2005, pp. 22 y ss.

²⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J., “Delitos socioeconómicos y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. La Ley 2014, pp. 516 y ss.

de lo que se trataba era de tener en cuenta el elemento que aporta lo societario, de añadir junto al tipo genérico una agravación en la que se encajase su circunstancia.²⁶

Otros autores como NIETO²⁷ parecen proponer la introducción de un delito específico de administración desleal societario en el ámbito de la intermediación financiera y la gestión de ahorros del ciudadano.

Destaca FARALDO CABANA²⁸ que la tipificación expresa de un delito societario de administración fraudulenta, como un tipo especial y más grave de administración desleal de patrimonio ajeno estaría justificada, sea por el interés general en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, dada la importancia en el tráfico jurídico económico actual, sea por la exigencia de una amplia regulación de deberes y obligaciones de los administradores de sociedades en la legislación sectorial, que establecen un nivel de responsabilidad y exigencia a los gestores propio de la regulación del CC en sede de gestión de patrimonios ajenos.

En el mismo sentido DOLZ LAGO.²⁹ También ROSO CAÑADILLAS³⁰. Y SEQUEROS SAZATORNIL³¹ para quien en los delitos societarios subyace una concepción tuitiva del sistema económico, dada la relevante función que las sociedades económicas desempeñan en dicho sistema.

3.3 Sujeto activo. Deberes de administración.

El tipo del nuevo artículo 252 CP, plagiando la fórmula alemana, define al sujeto activo indicando las fuentes naturales de su legitimación³², como “los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico” las infrinjan, excediéndose en su ejercicio y causando perjuicio al patrimonio administrado. El delito de esta forma se convierte en especial, dado que el legislador circunscribe el círculo de sus posibles autores. Señala GILI PASCUAL³³ que el carácter cerrado de la fórmula permite la

²⁶ MARTÍNEZ BUJÁN, PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS, volumen XXXV de 2015, pp. 558 y ss. También el Informe del CGPJ de 2013, en su página 199, matizaba que “la creación de este tipo genérico, no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como subtipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico. Podrían subsistir un tipo genérico de infidelidad con otro agravado para el ámbito societario, como en su día pretendió el Proyecto Alternativo de CP alemán de 1966, en el que cohabitaban el tipo genérico de Untreue – parágrafo 266 del AE- con el tipo societario agravado de Missbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse –parágrafo 183 AE-.

²⁷ NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal”, en Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma de 2012, pp.795 y 800. Valencia 2013.

²⁸ FARALDO CABANA, P., “Los delitos societarios”, 2ª edición, adaptada a la reforma de 2015. Tirant lo Blanc. Valencia 2015, pp. 420 y ss.

²⁹ DOLZ LAGO, M.J., “El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro”. Diario La Ley, 8290, 10 de abril de 2014, pp. 25 y ss.

³⁰ ROSO CAÑADILLAS, R., “Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el proyecto de reforma de 2013”, CPC número 2014, pp.99-100.

³¹ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J., op. cit, pp.1240 y ss. La Ley 2014.

³² GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas”. En Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición. Director: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Tirant lo Blanc. Valencia 2015.

³³ GILI PASCUAL, a., op., cit., pp. 773 y 774.

exclusión de actuaciones que descansen sobre una simple relación de confianza. Esa relación de confianza (*Treueverhältnis*), como vimos estaba expresamente incluida en la fórmula alemana del artículo 266 del StGB.

El sujeto activo del delito será quien tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno. La persona que administra puede ser física o jurídica. Cuando la persona que administra sea jurídica el que administre por cuenta o encargo de ésta será autor por la vía del artículo 31 CP. Por otro lado, las facultades para administrar deben proceder de la ley, estar encomendadas por la autoridad o haber sido asumidas mediante un negocio jurídico. Esta última modalidad será la más frecuente y en ella quien constituya el negocio jurídico definirá cómo se llevará a cabo y los criterios de actuación del representante³⁴.

Entre los sujetos activos legitimados por la Ley podrían citarse el tutor o albacea legales. Los nombrados por la autoridad judicial o administrativa pueden dar lugar al desplazamiento de la tipicidad hacia la malversación de caudales públicos, como ocurrirá con los administradores concursales en relación con la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores, según el artículo 435.4 CP, y también con los administradores o depositarios de dinero, bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, según el artículo 435.3 CP.

El negocio jurídico será la forma de actuación más importante.

El problema que se plantea por la excesiva rigidez de las fuentes legitimantes puede llevar a la exclusión de figuras tan típicas como el administrador de hecho. Lo plantean así Sequeros y Dolz quienes llegan a cuestionar si la administración de hecho constituye una relación de confianza excluida de la triple esfera legitimante del novedoso artículo 252 CP de 2015.

Nosotros creemos en este punto que la administración de hecho del artículo 31 CP sigue siendo aplicable al artículo 252 tras la reforma de 2015. Ese artículo 31 resuelve la actuación en nombre de otro y dispone que “quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o en representación legal o voluntaria de otro” responderá personalmente como autor aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”, por lo que podría ser autor por esta vía quien actuase en representación legal o voluntaria de la persona natural designada administradora por ley, autoridad o negocio jurídico. E incluso quien actuase como administrador de hecho de la persona jurídica designada como administradora en virtud de la triple fuente legitimante³⁵.

De la misma opinión es el Informe del Consejo Fiscal al AP de 2012, cuando sobre la duda suscitada hilvanó la siguiente reflexión:

³⁴ MUÑOZ CUESTA, J., y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., “Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015. Pp.160 y ss. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona. 2015.

³⁵ FARALDO CABANA, P., “Los delitos societarios”, adaptado a la reforma de 2015. pp. 419 y ss. Tirant lo Blanc. Valencia 2015.

“Se discute si todos los supuestos del actual artículo 295 estarían incluidos en el nuevo tipo de administración desleal. Creemos que sí, porque la administración de hecho del art. 31 CP sigue siendo aplicable al nuevo tipo, y porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apoderamiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común ajena en todo lo que excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981). De hecho en Alemania se han ido derogando los tipos especiales de administración desleal en el ámbito mercantil por entender que se solapaban con el tipo básico. La doctrina de aquel país solo se ha planteado si quedan suficientemente protegidos entonces los acreedores. En este sentido ha de tenerse en cuenta que gran parte de los tipos patrimoniales que se modifican en el Anteproyecto lo son para reforzar los derechos de crédito de los acreedores”.

En el ámbito societario, la figura del administrador de hecho de las sociedades se ha consolidado por la actuación de gestores, apoderados o representantes sin poderes documentados, figuras admitidas por el artículo 236.3 LSC. Ese artículo 263.3 de la LSC, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, expresamente dice que *“la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

En efecto, la [Ley 31/2014, de 3 de diciembre](#), por la que se modifica la [Ley de Sociedades de Capital](#) para la mejora del gobierno corporativo, reformó el [art. 236 LSC](#) y en su apartado tercero señaló expresamente que el ámbito subjetivo de las acciones de responsabilidad se extendía igualmente a los administradores de hecho, considerando como tales, tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador; como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

En este sentido y en el ámbito de la responsabilidad gestora de los administradores sociales, conviene recordar que la jurisprudencia contencioso-administrativa proclama la tesis de que, sin perjuicio de hacer efectiva primero la acción de responsabilidad contra el administrador social, como particular invocación de la doctrina del levantamiento del velo, cuando para el resarcimiento del daño producido por la actuación del administrador social resulta ineficaz la legitimación pasiva ordinaria o formal, puede accederse a la realidad de que se habían interpuesto apariencias para cubrir la responsabilidad de los verdaderos administradores, bajo la condición de simples apoderados o gestores (STS, Sala IV, de 30 de julio de 2001).

La doctrina, extensible al ámbito penal, será de aplicación en todos aquellos supuestos en que la administración efectiva de las sociedades no la ejerza el órgano nombrado al efecto, sino esos administradores de hecho consentidos o aceptados por dicho órgano incluso sin existencia de título de representación. Nuevamente el artículo 31 CP permitirá en estos casos considerar autores a esos administradores de hecho.

Y del concepto de autores no debería excluirse a los administradores de derecho, garantes omisivos que hubieran permitido la actuación contraria a la sociedad y sus

intereses por haber trasladado al administrador de hecho el deber especial o la posición de poder.

Si hemos considerado al delito especial, de manera que solo puede ser autor el que reúne las cualidades exigidas por el legislador, se plantea el problema de cómo incardinar la participación del administrador de hecho o asimilado. Bien, ya hemos dicho que si el administrador nombrado por ley, autoridad o negocio jurídico es una sociedad, el artículo 31 CP y toda la doctrina penal del actuar en nombre de otro permitirán configurar al administrador de hecho como autor material. Si el administrador legitimado por la triple fuente normativa es una persona física el administrador de hecho encajará como autor en atención al mismo artículo 31 CP.

Nos interesa aclarar en este punto que el que actúa en nombre de otro – el administrador de hecho que actúa en nombre del administrador nombrado por ley, designado por la autoridad o contratado por negocio jurídico- pasa a responder desde el artículo 31 CP y se convierte en intraneus del delito especial. No es un simple partícipe extraneus en el delito especial, sino que al asumir la transferencia de los deberes institucionales del intraneus primitivo, tesis de Roxin³⁶, o al acoger la posición de dominio y garantía del bien jurídico que tenía el intraneus formal, tesis de Schünemann³⁷, pasa a convertirse en un nuevo intraneus que debe responder como autor del delito principal. Pese a existir en el actuar en nombre de otro siempre un mismo presupuesto –delito especial- la asunción de la posición especial de garantía o la transferencia del dominio del hecho, consigue que el extraneus, deje de ser tal, para convertirse en un intraneus de la norma penal.

También es admitida la figura de los factores generales³⁸ o singulares por el artículo 286 C Co³⁹. Su actuación dolosa en perjuicio de la empresa excediéndose en las facultades de administración permitirá configurar la autoría. El juego conjunto de los

³⁶ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Madrid 1988, pp.383 y ss.

³⁷ SCHÜNEMANN, “Unternehmenskriminalität und Strafrecht, p.129 y ss.

³⁸ Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos (artículo 286 C CO)

³⁹ Artículo 287

El contrato hecho por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal.

Artículo 288

Los factores no podrán traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio ni ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello.

Si negociaren sin esta autorización, los beneficios de la negociación serán para el principal, y las pérdidas, a cargo del factor.

Si el principal hubiere concedido al factor autorización para hacer operaciones por su cuenta o asociado a otras personas, no tendrá aquel derecho a las ganancias ni participará de las pérdidas que sobrevinieren.

Si el principal hubiere interesado al factor en alguna operación, la participación de éste en las ganancias será, salvo pacto en contrario, proporcionada al capital que aportare; y no aportando capital, será reputado socio industrial.

artículos 287 y 288 C Co así permite deducirlo. Su autoría dimanará del negocio celebrado con su principal y de la propia legislación mercantil.

En cuanto a los **apoderados**, que no constituyen órgano de la sociedad, al regirse sus relaciones con la sociedad y frente a terceros por las normas del contrato de mandato, que puede ser tanto expreso como tácito, podrán ser autores sin necesidad del artículo 31 CP a través de la fuente legitimante del negocio jurídico representado por dicho mandato.

En los supuestos de **delegación**, como recalcará la STS, Sala IV, de 26 de diciembre de 2001, la responsabilidad de delegante y delegado seguirá estas pautas:

- Legalmente el auténtico gestor y el responsable de la marcha de la sociedad es el órgano de administración, y si conforme a lo previsto en el artículo 236.2 LSC no es motivo de exoneración de responsabilidad del administrador la circunstancia de que el acuerdo o acto lesivo hubiera sido adoptado, aprobado o autorizado por la Junta general, tampoco podrá la voluntad del delegante exonerar la responsabilidad del delegado.

- Debe aceptarse que dichos gestores se consideren coadministradores "de facto", aunque no por ello se obviaría la responsabilidad del verdadero órgano de administración, sino que en todo caso ambos, como responsables solidarios, tendrían que hacer frente a la responsabilidad total por los daños ocasionados.

Igualmente, cuando el órgano social colegiado haya **delegado** determinadas funciones en uno de los miembros, no pierde por ello su condición de órgano administrador, ni limita sus funciones y competencia, sino que crea una competencia concurrente para determinados actos de la gestión ordinaria, sobre los que además siempre conserva un deber de control e intervención que debe ejercer con el fin de evitar o reducir eventuales daños a la sociedad o a terceros. A tal efecto, la indicada reforma de 2014 introduce en el señalado art. 236 un cuarto y un quinto párrafo. Esos párrafos dicen que “cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”. Y que “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”. Estos artículos permitirían, en su caso, otorgar la condición de autores legitimados por la ley el negocio jurídico a delegante y delegado.

En el ámbito de la delegación podrán ser autores, por lo tanto, según los casos, delegante y delegado y solo podrá salvarse la responsabilidad del delegante en los supuestos de delegación en persona capacitada a la que se han otorgado los medios precisos para la ejecución de los cometidos transferidos. En este sentido, la STS 1828/2002, de 25 de octubre, que analiza un delito contra el medio ambiente por vertidos contaminantes proclama que *“en el ámbito de los delitos de empresa... el amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho corresponde*

a aquéllos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía (los denominados hombres de atrás), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho, y que difícilmente pueden por sí mismos poner fin al mismo. Por ello, la actuación de los operarios en la realización material del ilícito solamente debe excluir la imputación del mismo a los superiores en los supuestos en los que se haya producido una delegación efectiva de la posición de garante, si bien solamente debe reconocerse valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.

Para la jurisprudencia el administrador de hecho es la persona que **por sí sola o conjuntamente** con otras, adopta o impone sus decisiones en la gestión, esto es, ejerce materialmente las funciones de dirección, **gobierna en la sombra**, ejerce los actos de administración (el administrador de derecho es un hombre de paja o un mero testaferro. SAP Madrid 18-11-02) que constituyen las conductas que se definen en los distintos tipos penales. Su **participación** en la gestión y dirección de la sociedad ha de ser **activa**, permanente y no sujeta a aprobación o decisión de otros. STS 26-1-07.

En cuanto a la infracción de las facultades de administración el término polisémico permite dos interpretaciones. Si se parte del tipo de abuso la infracción quedará reducida a la ausencia de protección de los intereses del administrado en los negocios jurídicos y relaciones exteriores. En cambio, si se partiese del tipo de infidelidad encajaría en el artículo 252 CP la violación de los deberes de velar por los intereses de los administrados –artículo 1889 CC o 227 LSC- y de lealtad que podrían extender el tipo a la realización de conductas que vulnerasen las relaciones internas.

3.4. Desvalor de la acción.

Recuerda el informe del Consejo Fiscal al AP de 2013 que en el derecho comparado, los esfuerzos por separar los tipos de administración desleal y apropiación indebida han llevado a defender dos teorías. Una de ellas, denominada “teoría del abuso” ha visto el núcleo del tipo de administración desleal en el uso abusivo de un poder de representación; la otra, apelada “teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad”, ha puesto el acento en la lesión del deber de fidelidad, que al autor le incumbe por diferentes motivos, de proteger un patrimonio ajeno. El legislador alemán, en el reseñado párrafo 266, unificó ambas doctrinas, en un tipo que procede de 1933. Así, a la idea de abuso va unida la de un poder de disposición sobre un patrimonio que sobre el mismo corresponde a su titular; a la de infracción del deber, la vinculación de ese poder a los intereses del titular del patrimonio.

Pues bien, si el prelegislador había incorporado en el artículo 252 CP ambas modalidades de administración desleal genérica, en la recta final y tras el informe del CGPJ cayó el llamado tipo de infidelidad. Había señalado el informe del CGPJ que era bastante plausible que el legislador del 95 al introducir el artículo 295 hubiera optado por el tipo de abuso constituido por las conductas de disposición fraudulenta de bienes y contracción de obligaciones, restringidas al ámbito societario, y que había prescindido deliberadamente del tipo de infidelidad o deslealtad. Al mismo tiempo, el informe del CGPJ había destacado que en Alemania el tipo de infidelidad, construido sobre la mera infracción de deberes de custodiar el patrimonio, pretendía solventar los problemas

derivados de la deslealtad omisiva del deber objetivo de control por parte de los Consejos de Vigilancia, aquí inexistentes.

Por esas razones el tipo de infidelidad descabalgó del proyectado artículo. Quedaba claro que la voluntad legislatoris debía interpretarse como la exclusión típica deliberada del tipo de infidelidad.

Desde ese punto de vista, el nuevo artículo 252 incorporaría el tipo de abuso representado por la disposición fraudulenta de bienes y contracción de obligaciones.

La doctrina en esfuerzo ejemplificativo dotado de gran contenido didáctico ha considerado incursas en el tipo de abuso dentro del ámbito societario, desde aquel presupuesto común de la disposición fraudulenta de bienes y contracción de obligaciones las siguientes conductas como más frecuentes:

- Los autopréstamos o *insider borrowing*. Son supuestos en los que los administradores se sirven de fondos sociales en su favor. Quedaría incluido en el tipo penal del nuevo artículo 252 el caso de los administradores societarios que dentro o fuera de las facultades de administración se otorgasen esos autopréstamos con la intención de devolverlos, tanto cuando no se hubieran fijado intereses, como cuando se hubieran estipulado con carácter simbólico o mínimo. El perjuicio para el patrimonio social vendría representado por la utilización de los recursos sociales soslayando su incremento con la producción de intereses. Si el administrador lo que hace bajo esa modalidad es un acto apropiatorio de los fondos con carácter definitivo en beneficio propio o de tercero la tipicidad se desplazaría al delito de apropiación indebida del artículo 253 CP.

- Los supuestos de autocartera encubierta. En ellos se otorga el préstamo con fondos sociales para la adquisición de acciones de la entidad, con lo que se contribuye a mantener ficticiamente una imagen de saneamiento y bonanza. Es como si se aparentase un aumento de capital que desde luego es ficticio. La figura permite mantener una cotización en bolsa que no se corresponde con la situación económica real de la empresa. La doctrina conviene en que con ese comportamiento se ocasiona un perjuicio para la sociedad en la medida en que se disminuye efectivamente el capital. Esta modalidad encontrará acomodo típico en el nuevo artículo 252 si la asistencia financiera para adjudicación de acciones propias tiene como finalidad el vaciamiento patrimonial de la sociedad y se cumplen el resto de requisitos de ese artículo 252 CP.

- Pago de comisiones irregulares por la sociedad. Son pagos de comisiones con fondos sociales a los administradores o a personas físicas o jurídicas vinculadas con ellos. Sería típica por la vía del artículo 252 CP la recepción de la comisión por la realización de gestiones ya retribuidas por el ejercicio de sus funciones y también cuando la cantidad fuera desproporcionada en perjuicio de los intereses sociales. Para Sequeros en el caso de no existir razón alguna para el cobro de esas cantidades adicionales podría existir junto al delito de administración desleal el de apropiación indebida. Es dudoso que una sola acción que afecta a bienes jurídicos iguales o tan próximos deba solucionarse con el concurso ideal de delitos. En nuestra opinión, de no existir razón alguna para ese cobro indebido, surge un acto de apropiación que debe castigarse por el delito de apropiación indebida ahora del artículo 253 CP. Lo mismo opina MARTÍNEZ BUJÁN. Para este autor el supuesto sería atípico si el importe de la

comisión resultara equivalente al vigente en mercado, por absoluta carencia de perjuicio.

- Cobro de comisiones por el administrador provenientes de terceros. Son casos de compra o venta de recursos sociales de la sociedad en los que el administrador cobra comisión de un tercero por la operación. Dado que la comisión proviene de un tercero debe descartarse la apropiación indebida. En cuanto al delito de administración desleal debe distinguirse: si no existió perjuicio para la sociedad no puede haber delito; pero si la comisión esconde una operación perjudicial para la sociedad y beneficiosa para la empresa del comitente existiría el delito del artículo 252 CP. En estos últimos supuestos no debe olvidarse que existirá además un delito del artículo 286 bis CP de corrupción entre particulares, pues nuestro administrador infiel habría recibido el beneficio o la ventaja no justificados como contraprestación por favorecer indebidamente las expectativas económicas de la sociedad del comitente.

- La compra de bienes en favor de la sociedad por precio superior al mercado o la venta de bienes por precio inferior al real. Comenta GARRIDO LORENZO⁴⁰ que este fue el supuesto del asunto denominado “Cementeras” dentro del caso BANESTO, pues se vendieron las hormigoneras en cuya propiedad participaba el Banco por un precio muy inferior a mercado y luego volvieron a adquirirse por ese mismo Banco por un precio muy superior al de venta. Estos casos se han llevado en ocasiones al delito de estafa con el argumento de que tanto en los supuestos de administrador único como de administración colegiada, cabe la posibilidad de convencer al Consejo de Administración, que en su composición mayoritaria desconoce las intenciones del sector desleal, para obtener los votos necesarios para efectuar la contratación, cuando no a la propia Junta para que otorgue la autorización para contratar. No queda claro que estos casos se excluyan del delito de administración desleal, pues es evidente que excediéndose el administrador de las funciones de administración con un exceso en principio intensivo provoca un perjuicio a la sociedad. Y es más, en nuestra opinión, el administrador que abona cantidades excesivas por los bienes adquiridos o que vende recursos sociales por precios irrisorios, se coloca en el llamado exceso extensivo, y realiza auténticas apropiaciones indebidas o usos dominicales ilícitos en beneficio propio o de tercero, por lo que el delito aplicable sería el de apropiación indebida.

- Percepción de dividendos ficticios o no distribuibles. Constituye una estrategia que puede descapitalizar a la sociedad. Para MARTÍNEZ BUJÁN⁴¹ esta conducta es el arquetipo de la disminución fraudulenta de capital social. Ya hemos visto que en Italia la conducta estaba calificada como delito tipificado por la reducción del capital por el reparto ilegal de beneficios o de dividendos a cuenta (art. 2.623 núm. 1 CC). Lo mismo ocurre en Alemania y en Francia que diseminan en normas mercantiles y civiles la regulación de concretos ilícitos. Dentro de nuestra tesis son supuestos que rebasan la línea roja de la administración desleal, pues al existir un acto de apropiación extravasan su tipicidad al delito de apropiación indebida del ahora vigente artículo 253 CP, y ello tanto si el administrador es accionista de la sociedad, en cuyo caso la apropiación será

⁴⁰ GARRIDO LORENZO, M.A., “Los delitos societarios, especial referencia al delito de administración desleal”, pp.38 y ss. 2014

⁴¹ Citado por GARRIDO LORENZO, M.A., en “Los delitos societarios, especial referencia al delito de administración desleal”, pp.39 y ss. 2014.

en beneficio propio, como si no lo es, supuesto en el que la apropiación acrecerá a terceros, es decir, a los no accionistas⁴².

- La falta de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de vivienda. Otra vez, en este supuesto, la esencia del acto apropiatorio reconduce la tipicidad al delito de apropiación indebida. La jurisprudencia es unánime en este punto. Citemos solo como muestra la STS de 12.2 2016, para la que “el delito de apropiación indebida lo cometerá, conforme al art. 252 del CP quien, habiendo recibido cantidades que, por imperativo legal, solo puede percibir a través de una cuenta especial con garantía expresa de devolución, no las entregue (o ingrese) en dicha cuenta separada, e incumpliendo esta obligación las confunda con su patrimonio, disponiendo de ellas como si fueran propias, bien para sí, bien para las necesidades de sus negocios. De este modo está disponiendo ilícitamente de ellas, incumpliendo una prohibición legal clara y explícita, aunque solo pretenda su utilización temporal con intención de entregar la vivienda comprometida, comportamiento que inicia, pero no consuma, el delito de apropiación indebida. El delito se consuma cuando se llega al denominado “punto sin retorno”, es decir cuando el promotor incumpla definitivamente la doble alternativa prevista por la ley, entregar la vivienda o devolver el dinero del que ha dispuesto indebidamente y que debería haber garantizado”.

- Contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Encajaría en esta calificación la extralimitación en las funciones de administración caracterizada por la concesión de créditos a sí mismo o a terceros. Si el crédito solicitado a nombre de la sociedad es utilizado por el administrador para interés propio, con simple desviación temporal, encajaría en el ámbito del delito societario por disposición fraudulenta, pero si el dolo abarca la apropiación definitiva y ésta se consuma por llegar la disposición del dinero a la llamada línea sin retorno, otra vez la figura típica se desplazaría al delito de apropiación indebida. Si el préstamo fuera concedido externa y directamente al administrador y éste utilizara para garantizar su concesión gravámenes soportados sobre bienes sociales, la tipicidad se encajaría en el delito de administración desleal por contracción de obligaciones. Como muy bien dice GARRIDO LORENZO⁴³ si el dinero del préstamo se aplica a usos propios del administrador o sus empresas o terceros concertados con él, con carácter definitivo, estaremos en presencia de un delito de apropiación indebida, pero si se hace un uso simplemente temporal de ese dinero del préstamo afectando a la sociedad por la pérdida de recursos e irrogando un perjuicio a la misma el delito sería de administración desleal.

Podrá decirse que la distinción entre apropiación indebida y administración desleal del patrimonio societario o no ha perdido importancia, pero no es justamente así. En verdad la pena ha pasado a ser la misma y el principio acusatorio no se vulneraría acusando por un tipo y condenando por el otro, pero es bueno conocer bien la diferencia entre ambas conductas y destacar que reviste más gravedad la de apropiación indebida por la línea roja que representa el acto apropiatorio.

También debe quedar claro que en el nuevo artículo 252 caben todas las administraciones desleales de ajenos patrimonios, no solo las referidas a patrimonios

⁴² MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “El delito societario de administración desleal”. Tirant lo Blanc. Valencia. 2001, pp. 53 y ss.

⁴³ GARRIDO LORENZO, M.A., “Los delitos societarios, especial referencia al delito de administración desleal”. Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ. Número 13 del año 2014.

societarios, sino también a patrimonios particulares o individuales propios de una persona física y no jurídica. Los tutores o albaceas, que pueden ser testamentarios, legales o dativos, abarcando todas las fuentes legitimantes, cometerán este delito si provocan perjuicio en el patrimonio representado por haber vulnerado sus deberes de recta administración. También el que tenga atribuida la representación del patrimonio de una persona natural que abusando de las facultades de administración irroge un perjuicio a ese patrimonio que administra. En este sentido cabe recordar que la reforma de 2015 excluye de la apropiación indebida el título de la administración. El preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en este punto, recuerda lo siguiente:

“La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado”.

Pero volvemos a repetir que si la administración desleal del patrimonio ajeno llegase al extremo de cristalizar un acto de apropiación se aplicaría la figura de apropiación indebida. En este delito de AI –apropriación indebida- se ha encajado el comportamiento del administrador de la comunidad de propietarios que ingresa las cantidades de la comunidad en sus cuentas particulares y ello aunque no se pruebe que ese dinero acabara incorporándose a su patrimonio –STS de 2.11.2001-. En el mismo tipo de AI se ha encajado la conducta del administrador de la sociedad que recibe dinero de la sociedad para ingresarlo en Hacienda para pagar deudas tributarias y hace suyo ese dinero (STS de 18.10.1998). Esos comportamientos de apropiación, por mucho que ese título –administración- haya desaparecido del artículo 253 actual deberán seguir calificándose como delito de apropiación indebida. De la misma manera, el tutor que se apropie de las cantidades de su pupilo cometerá el delito del artículo 253 (STS de 21.6.2004). En definitiva puede concluirse que la desaparición de la voz administración del delito del artículo 253 CP no evitará que los actos apropiatorios del administrador se configuren como apropiación indebida. Lo mismo ocurrirá con el administrador societario que podrá desde luego llegar al delito de apropiación indebida. Sirva el siguiente ejemplo. El administrador de una sociedad de ordenadores compra el cableado del hardware a una empresa determinada por un millón de euros al año. Entre sus facultades de administración se encuentra la de llevar a cabo esa adquisición. Si lo comprase a una empresa de su hijo sustituyendo a la primera por el mismo precio siendo el hardware de la misma calidad no habría perjuicio y tampoco delito de administración desleal. Si esa adquisición a la empresa de su hijo fuese por el mismo precio, pero aumentando los gastos de transporte, envío o mantenimiento respecto de la anterior en 200.000 euros existiría un delito de administración desleal por el perjuicio irrogado a la sociedad que representa infringiendo deberes de lealtad. Ahora bien, si verificase esa

adquisición de idéntica calidad a la empresa de su hijo por 2 millones de euros – el doble de su valor –, existiría una apropiación indebida por un millón de euros, ya se integrara ese excedente pecuniario en su patrimonio o en el de un tercero, o en el patrimonio o la empresa de su hijo. Es la apropiación indebida la que señala el límite.

Volviendo al delito novedoso del artículo 252 CP y a la controversia suscitada sobre el tipo de infidelidad, debemos recordar que pese a la exclusión de esa modalidad alternativa de la administración desleal genérica en la literalidad del artículo, pues se suprimió el apartado segundo del artículo 252 que la contenía, la modificación del texto del apartado primero que vamos a relatar suscita la duda de si la nueva redacción ha supuesto la resurrección del tipo de infidelidad. En efecto, si en el texto del Proyecto se hablaba del administrador que “teniendo facultades para disponer de un patrimonio ajeno”, llevase a cabo la conducta típica, tras el informe del Consejo Fiscal, se sustituyó en la ley aquella redacción por la del administrador que “teniendo facultades para administrar” realizase el tipo legal. Este último concepto entrecomillado es lo suficientemente abierto para permitir integrar en la tipicidad comportamientos no abusivos, por no haber existido disposición fraudulenta o contracción de obligaciones, que sin embargo sean simplemente contrarios a los deberes de velar por los intereses de los administrados naturales, artículo 1889 CC, o societarios, artículo 227 LSC⁴⁴. Algunos autores, aun reconociendo esa amplitud, siguen descartando que en el precepto esté incluido el tipo de infidelidad, pues en la medida en que el texto actual sigue hablando del administrador que “teniendo facultades para administrar”..... “las infringere”, parece que el núcleo regulador de la tipicidad se refiere a las facultades de las que se puede abusar, no a los deberes que se deben infringir, lo que facilitaría la exclusión del tipo de infidelidad de la tipicidad de la administración desleal societaria. No obstante ello, como indica GILI PASCUAL, persiste la duda de la posible tipicidad de infracciones del deber de fidelidad, como la revelación de secretos industriales o la vulneración de las reglas de no competencia que ocasionando perjuicio a la sociedad pudieran encontrar acomodo típico en el artículo 252 CP. De hecho, en la jurisprudencia, la desatención del deber de evitar la competencia que ha acabado provocando daño económico a la empresa representada ha sido ya castigada como delito societario del antiguo artículo 295 CP que hoy se correspondería con el artículo 252 CP (SSTS de 26.7.2004 y de 10.3.2005).

Y qué decir de los comportamientos omisivos. Los propone como típicos NIETO. ¿Deberán ser típicos comportamientos como no ejercer acciones administrativas o judiciales que ocasionen perjuicio a los intereses económicos de la sociedad, o incluso aquéllos caracterizados por desaprovechar legítimas expectativas de enriquecimiento societario?

Para MARTÍNEZ BUJÁN⁴⁵, manteniendo las modalidades genéricas de acción de la disposición fraudulenta de bienes y contracción de obligaciones, no existiría inconveniente en admitir determinados supuestos de comisión por omisión destacados por la doctrina, como no evitar la prórroga de un contrato perjudicial o dejar transcurrir el plazo que tenía la sociedad para satisfacer una obligación, generando el deber a costa del patrimonio social de indemnizar al acreedor societario. Parece evidente que, en esos y otros supuestos, concurren omisión y garantía. Y dado que el garante del patrimonio social, administrador societario, habría omitido haber llevado a cabo la conducta que

⁴⁴ GILI PASCUAL, A., op. cit. pp. 772 y ss.

⁴⁵ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. M., OP. CIT., pp. 534 y ss.

hubiera evitado con seguridad rayana en la certeza la lesión del bien jurídico, perjuicio al patrimonio societario, la conclusión no debería ser otra que la de la plena aplicabilidad del artículo 11 CP. En cuanto al ejemplo de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS de no ejercitar acciones impidiendo el disfrute de beneficios o el de dejar prescribir créditos societarios, también podrían integrarse en el mismo tipo del artículo 252 CP. Concurriría omisión y garantía y la omisión sería equiparable a la acción desde el punto de vista del contenido del injusto, en cuanto habría causado e irrogado perjuicio. Naturalmente en todos esos casos deberá atenderse también al tipo subjetivo, esto es, al dolo de saber que se provoca daño, pues lo que no se puede es confundir al administrador torpe con el desleal. Piénsese que no cabe la comisión culposa, lo que significa la exclusión de la administración negligente provocadora de perjuicio al patrimonio administrado.

Otros ejemplos como los de desaprovechar la oportunidad de enriquecer a la sociedad solo pueden solucionarse desde la dimensión que haya de darse al término perjuicio, por lo que reservamos su estudio a ese capítulo, en el que también estudiaremos los negocios de riesgo.

3.5. Desvalor del resultado.

Como recordamos el viejo artículo 295 CP calificaba el perjuicio con la adjetivación “económicamente evaluable”. La estrechez del calificativo suscitó críticas. Tal vez por eso el Preámbulo del Proyecto de 2013, inspirado en una concepción dinámica y no estática del patrimonio, destacaba que “lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado”. Por ello, el Preámbulo citado añadía que “existe perjuicio patrimonial no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o falta de incremento del mismo.....sino también cuando su actuación.....frustra el fin perseguido o el que se hubiera aplicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, depositantes, o titulares de dichos bienes o patrimonio”. Para mayor ilustración el Preámbulo ponía ejemplos de esos comportamientos que podían ocasionar perjuicio por elusión de las expectativas económicas y así hablaba de la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden encontrar función económica en el contexto de la sociedad, el préstamo no autorizado a terceros, el empleo del dinero en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social e incluso la creación de cajas negras que se mantuvieran fuera del control del titular del patrimonio administrado.

Los ejemplos ilustraban comportamientos de administración desleal societaria que según el Proyecto de 2013 deberían integrarse en el artículo 252 CP. Siendo todo ello cierto y estando de acuerdo en la idea de que el perjuicio económico y el daño a un patrimonio que no solo es estático sino también dinámico, exige incorporar dentro del concepto “perjuicio económico” al daño emergente, surgen dudas en relación con supuestos como el lucro cesante, la frustración de expectativas o a la incorporación de bienes absolutamente inútiles para el objeto de funcionamiento del ente social⁴⁶. Desde luego siempre y en todo caso dicho perjuicio tendrá que ser económicamente evaluable, como lo acredita el apartado segundo del precepto que rebaja a la condición de delito leve la actuación desleal típica que no supere los 400 euros.

⁴⁶ MUÑOZ CUESTA, J., y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., op., cit., pp.161.

Por otro lado no puede llegarse a la espiritualización absoluta del requisito que permitiría con su extensión ad libitum criminalizar cualquier decisión de gestión empresarial⁴⁷.

El problema se plantea con los actos que pueden ocasionar perjuicio por elusión de las expectativas económicas o con aquellos que sin suponer detrimento o merma de los recursos sociales se traduzcan en la falta de incremento de los mismos. No toda la doctrina coincide en que esas expectativas frustradas integren el perjuicio típico.

Para algunos autores dentro del término perjuicio debe comprenderse tanto la reducción o falta de incremento del activo, como la actuación contraria a los intereses sociales que frustre el fin perseguido o que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de adquisición de los órganos sociales, incluyendo la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que habrían obtenido mediante una gestión leal y comprometida del patrimonio.

Abona esa tesis que extiende el concepto, tanto el Preámbulo del Proyecto de 2012 ya mencionado, como la supresión del adverbio de modo directamente que acompañaba al sustantivo perjuicio en la regulación del extinto artículo 295 CP y que ha desaparecido en el artículo 252 CP vigente.

MARTÍNEZ BUJÁN⁴⁸, considera que el acogimiento de una concepción más amplia del requisito del perjuicio patrimonial hubiera exigido que el tipo apelase a la frustración del fin pretendido. El informe del Consejo Fiscal al AP de 2012 también proclamaba que “hubiera sido conveniente que el legislador hiciera mención a un criterio individual objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso al acto, que aunque no produzca una pérdida contable, compromete la finalidad de la empresa o su funcionamiento”.

En la medida que ese concepto no se ha incorporado finalmente al texto es evidente que el delito sigue siendo de lesión, sin que se haya creado un delito de peligro, que desde luego podría haberse hecho y hubiera protegido mejor los intereses del patrimonio administrado. Pero no se hizo.

El perjuicio debe estar en relación causa a efecto⁴⁹ con la infracción de las facultades de gestión del administrador, siendo la extralimitación de esas facultades la que haya dado lugar a la causación del perjuicio patrimonial, propio de los delitos que como éste se incluyen en el Capítulo de las defraudaciones. Entre la infracción de las facultades de gestión y el perjuicio irrogado deberá existir no solo relación de causalidad, sino también imputación objetiva del resultado lesivo a esa acción de extralimitación. El criterio de la imputación objetiva servirá como corrección normativa

⁴⁷ GILI PASCUAL, A., op. cit. Pp. 775 y ss. En este punto, recuerda GILI Pascual que no es posible situar en la diana del delito cualquier decisión que rebase la *business judgment rule*, concretada en el artículo 226 de la LSC, modelo 1/2014, de 3 de diciembre. El artículo 226.1 LSC dice así: En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

⁴⁸ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, op. cit., pp.545 y ss.

⁴⁹ MUÑOZ CUESTA, J., y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., op., cit., pp.161.

de la causalidad típica, de tal manera que además de ésta la imputación objetiva del resultado a la acción exigirá haber creado o incrementado la situación de riesgo o haber vulnerado la norma que hubiera evitado la lesión del bien jurídico. La concurrencia de cualquiera de esos dos criterios: creación o incremento del riesgo jurídicamente desaprobado o vulneración de la de la norma cuya finalidad era evitar la lesión del bien jurídico permitirá confirmar la imputación del resultado a la acción de gestión extralimitada.

Ahora bien, eso no obsta, sea cual sea el concepto de perjuicio acogido, para incluir en el tipo de administración desleal las llamadas operaciones de riesgo o altamente especulativas, pues como explica MARTÍNEZ BUJÁN⁵⁰, siguiendo a la dogmática alemana, el problema que suscitan no está vinculado al perjuicio sino a la infracción del deber de lealtad, que incumbe al sujeto activo, y al dolo que en esas construcciones generalmente aparece como eventual. En esas operaciones especulativas no basta con la infracción del deber de lealtad y el dolo eventual, sino que será preciso también que exista perjuicio económicamente evaluable en la forma vista. Pero al no haberse construido el delito como de peligro⁵¹, el mero riesgo no es típico y si al final el perjuicio no se produce el delito no habrá existido ni siquiera en su modalidad de tentativa, si el autor hubiera actuado con simple dolo eventual. Sería absurdo penar una operación de extraordinaria rentabilidad por el peligro de que no hubiera triunfado.

En esas operaciones de riesgo existirá perjuicio si la especulación termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla en la dogmática alemana de “creación de peligro dañosa” (schädigenden Gefährdung) o de “daño de riesgo” (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, lo que no significa que la simple puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU).

Precisan algunos sectores doctrinales que si el autor hubiera actuado en esas operaciones especulativas de alto riesgo con dolo directo de perjudicar al patrimonio cabría castigar por el delito de administración desleal en grado de tentativa aunque el resultado de perjuicio no se hubiera producido.

3.6. Tipo subjetivo.

El artículo 252 CP ha excluido de su literalidad típica el elemento de “en beneficio propio o de tercero” que existía en la redacción del derogado artículo 295 CP.

Ello y la extensión presumible del delito al tipo de infidelidad ha explicado que determinado sector doctrinal demande o reivindique un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo y caracterizado por el ánimo de lucro para evitar recorrido típico excesivo al precepto. El problema es que ese elemento podría tener sentido en un delito de administración desleal societario, pero no en un delito que quíerese o no es ahora

⁵⁰ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., op., cit., pp. 544 y ss.

⁵¹ Lo configuraba como delito de peligro el § 183 del Proyecto Alternativo alemán.

genérico⁵². En nuestra opinión en un tipo genérico como el que construye el artículo 252 CP la inclusión en el tipo de esa motivación, elevándola a la categoría de elemento subjetivo de lo injusto, reduciría extraordinariamente la tipicidad y por ende la protección del patrimonio ajeno. Por otro lado, ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus, o lo que es lo mismo, no pueden crearse elementos subjetivos donde el legislador no los ha previsto⁵³.

En la tesis que patrocinamos la administración desleal se relaciona con el perjuicio al patrimonio y en esa provocación dolosa de perjuicio no es necesario el ánimo de lucro. Bastaría con el conocimiento y voluntad de la provocación del daño, acompañados del conocimiento y voluntad de infringir las facultades de administración. Bastaría además el dolo eventual. De existir ánimo de lucro y encontrarnos ante un acto apropiatorio el delito aplicable sería el de apropiación indebida.

3.8. Problemas concursales.

Sabemos que en cuanto a la penalidad el legislador ha equiparado a los delitos de los artículos 252 y 253 CP.

En nuestra opinión y como hemos explicado, los delitos de administración desleal y de apropiación indebida no se solapan. O existe uno o existe otro. Como mucho hemos detectado zonas de proximidad y determinadas situaciones límite entre una y otra tipicidad. Por eso cuando estemos ante una sola acción habrá que optar entre la tipicidad del artículo 252 o 253, resultando que el delito de apropiación indebida, en mi opinión más grave, se consumará cuando desde la custodia legal de una cosa mueble o dinero, asumiendo un poder de disposición fáctico se lleve a cabo un acto apropiatorio concurriendo el resto de requisitos típicos; mientras que existirá administración desleal genérica, cuando desde la administración legal, dativa o negocial, se ejercite un poder de disposición jurídico, excediéndose en el mismo que ocasione un perjuicio al patrimonio. El acto apropiatorio distingue al delito de apropiación indebida como un sello indeleble. Nos remitimos aquí a lo ya explicado ut supra.

Si el administrador realizase varias conductas que encajasen en el tipo del artículo 252 unas y en el del artículo 253 CP otras podría aplicarse el concurso de delitos real o medial.

En relación con el delito de malversación de caudales públicos ya hemos dicho que las relaciones de los artículos 435.3 y 435.4 desplazan la tipicidad de esos especiales administradores hacia el delito de malversación de caudales públicos. Habría un concurso de normas resuelto por el principio de especialidad en favor del delito que protege caudales y bienes públicos o asimilados.

Es muy importante la relación que el delito del artículo 252 va a tener con el de corrupción entre particulares. La corrupción entre particulares guarda mucha relación con el cohecho de administradores públicos. Ya la STS de 29 de julio de 2002, recordaba lo siguiente:

⁵² Eso ocurría en el § 183 del Proyecto Alternativo alemán, bajo la expresión encabezada por la preposición de acusativo que denotaba finalidad “*zum eigenem oder fremdem Vorteil*”, para obtener un beneficio o ventaja propio o ajeno.

⁵³ De otra opinión, GILI PASCUAL, A., OP. CIT., PP. 776 Y SS.

“Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa, prevaleciéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados.”

En efecto, y ahora con más motivo tras haber desaparecido el beneficio propio o de tercero del derogado artículo 295 CP, cuando la infracción de los deberes de lealtad que provoque un daño al patrimonio administrado traiga su causa de la corruptora influencia de un tercero que ofrece un soborno, existirá un concurso de delitos, generalmente medial, entre el delito fin de administración desleal genérico del artículo 252 CP y el delito medio de corrupción activa del actual artículo 286 bis 1 CP. Por cierto que esta modalidad concursal era asaz discutible de concurrir el delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis 1 CP con el artículo 295 antiguo en la medida en que este delito incorporaba el beneficio propio o de tercero. Por otro lado, la relación concursal y la concurrencia del delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis 1 CP en los casos en que exista beneficio en forma de soborno para el administrador se constituye también en argumento que convierte en innecesaria y perturbadora la exigencia del ánimo de lucro en el delito del artículo 252 CP, pues restringiría extraordinariamente el tipo del delito societario y podría solapar la concurrencia concursal del delito del artículo 286 bis 1 CP. Por lo demás, el artículo del artículo 286 bis CP en esos supuestos de ventaja determinante de la causación del perjuicio al patrimonio administrado, ofrece una doble vertiente, activa y pasiva, de manera que se aplicaría al administrador infiel y sobornado en su modalidad del artículo 286 bis 1 en concurso con el delito del artículo 252 CP y también al tercero corruptor en su modalidad del artículo 286 bis 2 CP, quien igualmente como extraneus podrá ser partícipe por cooperación necesaria en el delito especial.

Desde luego y como hemos dicho cuando el soborno particular de lugar no a un simple perjuicio del patrimonio por parte del administrador sino a una auténtica apropiación indebida por parte del mismo administrador o del tercero o de ambos, cual ocurrirá en los supuestos, por ejemplo, de adquisición de bienes para la sociedad por un precio extraordinariamente superior el concurso será con el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP.

4. EL ACTUAL DELITO DEL ARTÍCULO 253 CP.

El vigente artículo 253 CP dice así:

“1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

Después de todo lo explicado, la brevedad se impone. Si ya hemos trazado la línea divisoria entre el delito de administración desleal genérica del artículo 252 CP y el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP en el acto apropiatorio, ese ejercicio de delimitación debería permitirnos ser ahora breves.

En sede de apropiación indebida las claves de la reforma pasan por la supresión de voces: activos patrimoniales, administración y distracción.

Veamos la significación de cada una de esas omisiones.

En cuanto a la voz “activos patrimoniales” se había incluido en el CP del 95 y se mantuvo en el proyecto de 2007. La verdad es que la expresión solo tenía sentido si se interpretaba como la posibilidad de incluir en el artículo 252 CP la apropiación indebida de los bienes inmuebles. Ese cambio de objeto del delito no fue avalado claramente por la doctrina del TS. La STS de 28 de junio de 2005, tímidamente y obiter dicta, había dicho que *“si se trata de la distracción de un inmueble.... en virtud del principio de taxatividad, con que han de ser interpretados los tipos penales, tal acción no era típica en la fecha de comisión de los hechos, por haber sido incorporada a la tipología del art. 252 del nuevo Código penal con la expresión “activo patrimonial” en 1995”*. Miméticamente repite lo mismo la STS de 28 de octubre de 2005. Pero no fue esa la interpretación generalizada de la voz “activo patrimonial” en la doctrina del TS, que más bien la entendía como “el precio de venta del bien inmueble”, no como el propio bien inmueble en sí, como puede verse en la STS de 22.9.2010. Esa es la opinión igualmente del Consejo Fiscal en su informe al AP de 2012. La doctrina era más comprensiva con la integración de esa posibilidad de apropiación dentro del delito del artículo 252 CP. Se invocaban razones de lógica y adaptación a los tiempos modernos y se decía que no existe ninguna razón por la que si el administrador de un patrimonio decide con sus poderes notariales de disposición donar un bien inmueble a su hija no pueda calificarse ese comportamiento como delito de apropiación indebida y sí se pueda calificar así si lo que decide incorporar al patrimonio de su hija es un ordenador o dinero administrados⁵⁴. Lo mismo opina MARTÍNEZ BUJÁN. En mi opinión la expresión activos patrimoniales podría haberse interpretado en ese sentido, y desde luego dada su condición de acto apropiatorio en tal caso la figura delictiva aplicada hubiera sido la de apropiación indebida y no la de administración desleal. Juega también en favor de esa tesis el hecho de que la usurpación de bienes inmuebles exija para su tipicidad violencia o intimidación, por lo que las conductas no violentas de integración en el patrimonio del

⁵⁴ CASTRO MORENO/GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”. En F.J. Álvarez, (dir.) Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma del CP de 2012. Valencia 2013.

administrador o de un tercero de bienes inmuebles que quedan fuera de aquel tipo podrían haber encontrado acomodo típico en el delito de apropiación indebida. La condición especialmente vulnerable de algunas víctimas y la eficaz protección de su patrimonio, junto con el conocimiento generalizado de que los negocios jurídicos pueden ser más eficaces que la violencia o intimidación jugarían en favor de esa extensión de la apropiación indebida a los bienes inmuebles.

En relación con la voz “administración” ha abandonado la relación ejemplificativa de títulos hábiles, donde siempre figuró junto al depósito y la comisión, para ser sustituida por la el sintagma nominal “custodia”. La verdad es que su desaparición se halla en relación con la supresión proyectada del dinero como objeto del delito, aunque como sabemos en el último momento del recorrido de la reforma, Comisión de Justicia, se recuperaron como objeto del delito tanto el dinero, como los efectos o valores. En realidad esa supresión no era necesaria, pues, por decirlo de alguna manera, ni el dinero como objeto ni la administración como título deben perturbar el entendimiento de que el administrador puede cometer delito de apropiación indebida en relación con el dinero y en nuestra opinión lo hará siempre que habiendo recibido ese dinero con cualquier finalidad, única o alternativa en función de su gestión, asuma sobre el mismo facultades dominicales integrándolo en su patrimonio o en el de un tercero.

Igual ocurre con la voz “distracción”, pues por mucho que haya desaparecido del tenor literal del artículo 253 CP, es evidente que cuando el objeto de la apropiación indebida sea el dinero y puesto que en ese caso se recibe su propiedad, existirá apropiación indebida cuando el sujeto activo se apropie del mismo en beneficio propio o de tercero, resultando acreditado ese acto de apropiación cuando se llegue al denominado punto sin retorno.

No queda, por tanto, en el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP excluido el dinero como objeto del delito de apropiación indebida, pese a la transmisión de propiedad inherente a su fungibilidad, pues “la apropiación indebida se caracteriza, en ese caso, por la transformación que el sujeto activo introduce, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió el dinero, efecto o cosa mueble, en una titularidad ilegítima rompiendo dolosamente el fundamento de la confianza que determinó que aquéllos le fueron entregados” (SSTS de 11.10.1995 y de 25.6.2012).

Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP 95 requerirá como elementos del tipo objetivo los siguientes: a) que el autor lo recibiese en virtud de depósito, comisión, custodia o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecutase un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excedía de las facultades conferidas por el título de recepción, **dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado**; c) que como consecuencia de ese acto se causase un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación (STS de 18.2.2014).

Es la única forma de entender la apropiación definitiva de dinero. Ya el informe del Consejo Fiscal al AP precisaba que la referencia al dinero ponía de relieve que en la apropiación indebida no sólo había que prestar atención al menoscabo del derecho de propiedad, sino también al derecho de crédito que el acreedor propietario tenía por la

cantidad entregada. La ausencia de referencia en la Exposición de Motivos – insistía el Consejo Fiscal - parece indicar que se considera salvada la referencia por la mención a las cosas muebles y al deber de devolución –pues al fin y al cabo el dinero es una cosa mueble-, pero siendo problemáticas las cosas fungibles bien merecería una aclaración este tema, porque en este supuesto el bien jurídico protegido no es el derecho de propiedad, sino el derecho del acreedor a ver devuelto otro tanto de la misma especie o calidad, un derecho de crédito, en definitiva.

Ahora incluida en el texto legal la referencia al dinero su apropiación indebida solo puede entenderse en la forma expresada.

Y ello pese a que el Preámbulo de la LO 1/2015 parece preconizar la opinión contraria cuando proclama lo que sigue:

“La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”.

Nosotros creemos que después de haberse incluido el dinero como objeto material sobre el que puede recaer la acción delictiva del delito de apropiación indebida desde luego cabrá la apropiación indebida del mismo en beneficio propio o de un tercero. Y ese hecho constituirá delito del artículo 253 CP, no del artículo 252 CP. Por mucho que haya desaparecido la voz administración del artículo 253 CP, si el dinero se ha recibido en depósito, comisión o simple custodia y más allá de que se haya transmitido la propiedad del mismo, por cuanto vengamos obligado a devolver otro tanto de la misma especie o calidad, la frustración definitiva del derecho de crédito a su devolución y la disposición abusiva sobre ese valor patrimonial ajeno del que termine apropiándose el receptor por cualquier título en beneficio propio o de tercero seguirá integrando el delito de apropiación indebida del artículo 253 CP.

En estos supuestos de entrega de dinero podrá haber espacio típico para el delito de administración desleal, si el dinero se ha entregado en administración y el administrador infringiendo las facultades de lealtad y fiel gestión ocasiona un perjuicio al patrimonio administrado con perfecta exclusión de un acto apropiatorio de ese valor patrimonial por su parte. Por ejemplo, si recibido el dinero como administrador se invirtiese con deslealtad e infidelidad en una operación de altísimo riesgo que terminase por perjudicar completamente el patrimonio administrado concurriendo además todos los requisitos del artículo 252 CP.

La STS de 2.3.2016 destaca, en este sentido, incluyendo el dinero entre el objeto típico de la apropiación indebida, que la nueva regulación de la apropiación indebida en la LO 1/2015 es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de

administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes, sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal, el nuevo art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

Debemos también significar que al delito de apropiación indebida se llega cuando concurrentes el resto de requisitos típicos se burlan los derechos del transmitente negando haber recibido el objeto típico o los derechos del destinatario incorporando al ámbito de dominio del autor los bienes, cosas muebles, valores, dinero o efectos recibidos para entregar o devolver.

En cuanto a la penalidad, en la apropiación indebida y administración desleal se han homogeneizado las penas y ambos tipos remiten a los artículos 249 y 250 CP.

En el derecho comparado, la regulación es diversa.

En PORTUGAL se dedican a la apropiación indebida varios artículos.

Art. 205. Abuso de confianza: 1. El que ilegítimamente se apropie de cosa mueble que le haya sido entregada por título no traslativo de la propiedad es castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa.

Art. 209: apropiación ilegítima en caso de accesión o de cosa hallada. 1. El que se apropie ilegítimamente de cosa ajena que haya entrado en su posesión o detentación por efecto de fuerza natural, error, caso fortuito o de cualquier manera independiente de su voluntad será castigado con pena de prisión de hasta un año o multa de hasta 120 días. 2. En la misma pena incurrirá el que se apropie ilegítimamente de cosa ajena que haya encontrado.

En ALEMANIA rige el § 246.

Art. 246: apropiación indebida (Unterschlagung). 1. El que se apodere (zueignet) antijurídicamente para sí o para un tercero de una cosa mueble ajena, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión o con multa, si el hecho no está castigado en otros preceptos con una pena más grave. 2. Si en los casos de la sección primera, la cosa le ha sido confiada al autor (anvertraut), la pena es de hasta 5 años de prisión o multa.

En AUSTRIA se regulan dos modalidades. El parágrafo 133 (Veruntreuung), describe la apropiación indebida con abuso de la relación de confianza. Parágrafo 133. 1. El que se apodere para sí o para un tercero de un bien que le ha sido confiado para enriquecerse antijurídicamente él o un tercero, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 360 días.

Y el párrafo 134 (Unterschlagung) regula la apropiación indebida sin previa relación de confianza. Párrafo 134. 1. El que se apodera para sí o para un tercero de un bien ajeno que ha encontrado, o que ha entrado en su custodia por error o sin su intervención, con la intención de enriquecerse antijurídicamente él mismo o un tercero, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días. 2. Del mismo modo será castigado el que retiene una cosa ajena que sin ánimo de apropiación ha introducido en su custodia.

Nuestro legislador ha seguido el ejemplo austriaco y portugués distinguiendo entre la apropiación indebida con abuso de confianza y sin ella. La primera la castiga en el artículo 253 y la segunda en el artículo 254 CP.

4.1. Penalidad.

La penalidad de la apropiación indebida es digna de ser considerada. Lo mismo ocurre con el delito de estafa. También el artículo 252 CP vigente remite a los artículos 249 y 250.

Pero volvamos a la apropiación indebida del artículo 253 y su peculiaridad penal.

En relación con la cuantía existen cuatro estadios de tipificación: delito leve si la cuantía no excede de 400 euros -253.2 CP-; delito menos grave, si la cuantía de la apropiación no excede de 50.000 euros –artículo 253.1 CP-; delito grave, si excede de 50.000 euros –artículo 253, en relación con el artículo 250.1.5 CP; y delito igualmente grave, si la cuantía excede de 250.000 euros –artículo 250.2 CP-.

Ese mecanismo de cuádruple gradación dota de extraordinario casuismo al instituto de la penalidad. Veámoslo con ejemplos. Longum iter per praecepta, breve et efficax per exempla. Nos fijaremos solo en la cuantía, es decir, en casos en los que no concurren otros subtipos agravados del artículo 250.1 CP.

Por ello en relación con la continuidad –repetimos que estos ejemplos son siempre de delitos continuados- vamos a señalar siete posibilidades de castigo:

- Imaginemos cuatro apropiaciones individuales de 100 euros cada una. Integrarían un delito leve continuado, con pena de 2 meses a 3 meses –artículo 253.2 y 74.1 CP-.

- Esas mismas cuatro apropiaciones, pero siendo de 100 euros tres de ellas y una de 200 euros. Delito continuado menos grave. No obstante como a la condición de delito menos grave se llega por la suma total, sin que ninguna infracción individual supere los 400 euros, se castigará solo por el artículo 253.1 CP, en relación con el artículo 249.1 CP, pero sin necesidad de imponer la pena en su mitad superior, pues la aplicación del artículo 74.1 CP, lesionaría el principio ne bis in ídem⁵⁵. Pena de seis meses a tres años de prisión.

⁵⁵ El Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo celebrado el 30 de octubre de 2007 deliberó sobre estas dos distintas posibilidades, acogiendo como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el

- Cuatro apropiaciones por 500 euros una de ellas y el resto por valor inferior o igual a 400 euros. Delito continuado menos grave de apropiación. Se castigaría con el artículo 253.1 y el artículo 74.1 CP⁵⁶. Pena en su mitad superior de 21 meses a 3 años de prisión.

- Cuatro apropiaciones, las cuatro por 20.000 euros. Delito grave continuado. Artículo 250.1.5, al que se llega por la suma global, pero sin que ninguna apropiación individualmente excediera de 50.000 euros. No se aplicaría el artículo 74.1 CP para no lesionar el principio de doble desvaloración. Pena de 1 año a 6 años de prisión y de 6 a 12 meses multa. Sin obligatoriedad de imponer las penas en su mitad superior. En la individualización de estas penas debería valorarse que la pena privativa de libertad nunca debería ser inferior a la del ejemplo anterior, sino siempre superior.

- Cuatro apropiaciones, tres de ellas de 20.000 euros y una de ellas de más de 50.000 euros. Delito grave continuado. Artículos 250.1.5 y 74.1 CP. Pena de 3 años, 6 meses a 6 años de prisión y de 9 a 12 meses multa.

- Cuatro apropiaciones, las cuatro por 80.000 euros. Delito grave continuado. Artículo 250.2 CP, al que se llega por la suma global, pero sin que ninguna apropiación individualmente excediera de 250.000 euros. No se aplicaría el artículo 74.1 CP para no lesionar el principio de doble desvaloración. Pena de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses. Sin obligatoriedad de imponer las penas en su mitad superior.

- Cuatro apropiaciones, tres de ellas por 80.000 euros. La cuarta por 260.000 euros Delito grave continuado. Artículo 250.2 CP y 74.1 CP. Pena de 6 a 8 años de prisión y multa de 18 a 24 meses. Con obligatoriedad de imponer las penas en su mitad superior.

Todo ello sin perjuicio del delito masa cuando proceda –artículo 74.2 inciso final-.

Ahora vamos a poner ejemplos que materialicen la regla del artículo 250.1.8 CP. Cuando al delinquir el culpable hubiera sido anterior y ejecutoriamente condenado por tres delitos con antecedentes no cancelados o cancelables.

Veamos otra vez los eficaces ejemplos:

- Se comete un delito leve de apropiación indebida. Existían tres delitos leves anteriores del mismo autor con antecedentes no cancelables. Delito del artículo 250.1.8 CP. Pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses. Deberá en la individualización valorarse que todos los delitos eran leves. Los tres delitos previos pueden ser también menos graves o graves, lo que se valorará en la penalidad. No es

artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

⁵⁶ La aplicación del artículo 74.1 CP en este caso no lesionaría el principio ne bis in ídem, pues basta para que tal no ocurra con que, al menos, una de las infracciones individualmente considerada supere los 400 euros.

posible aplicar la reincidencia, por vedarlo el bis in ídem y la prohibición de doble desvaloración del artículo 67 CP, pues no podrán extraerse del tipo sus elementos constitutivos para desvalorarlos también como circunstancia agravante de reincidencia. Piénsese en este, como en otros ejemplos, que si solo existiesen antecedentes por dos delitos leves habría que penar por el delito cometido – no por el artículo 250.1.8 CP- con la agravante de reincidencia.

- Se comete un delito menos grave del artículo 253.1 CP de apropiación indebida. Existían tres delitos anteriores del mismo autor con antecedentes no cancelables. Delito del artículo 250.1.8 CP. Pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses. Deberá en la individualización valorarse que el nuevo delito es menos grave. Los tres delitos previos pueden ser leves, menos graves o graves, lo que también se valorará en la penalidad. No es posible aplicar la reincidencia, por vedarlo el bis in ídem y la prohibición de doble desvaloración del artículo 67 CP, pues no podrán extraerse del tipo sus elementos constitutivos para desvalorarlos también como circunstancia agravante de reincidencia. En este caso concreto debe repararse en que de haberse cometido el delito menos grave del artículo 252 y de haber existido solo dos condenas previas por delito, la pena por aquel delito sería de 21 meses a 3 años de prisión, al concurrir reincidencia, por lo que no tendría sentido que esa pena fuese menor de concurrir tres condenas previas. En este último caso, la pena de prisión debería por ello ser superior a la de 21 meses además de la pena de multa, pues no podría lo menos ser sancionado más gravemente que lo más.

- Se comete delito del artículo 250.1.5 CP, apropiación indebida que excede de 50.000 euros. Existían tres delitos anteriores del mismo autor con antecedentes no cancelables. Delito del artículo 250.1.5 CP. Los tres delitos previos pueden ser leves, menos graves o graves, lo que también se valorará en la penalidad. Como al subtipo agravado se llega por el artículo 250.1.5 CP, no hace falta el artículo 250.1.8 CP, por lo que esas condenas previas se valorarán como reincidencia. Penas del artículo 250.1 CP en su mitad superior ambas.

- Se comete delito del artículo 250.2 CP, apropiación indebida que excede de 250.000 euros. Existían tres delitos anteriores del mismo autor con antecedentes no cancelables. Delito del artículo 250.2 CP. Los tres delitos previos pueden ser leves, menos graves o graves, lo que también se valorará en la penalidad. Las tres condenas previas se valorarán como reincidencia. Penas del artículo 250.2 CP en su mitad superior ambas.

5. EL DELITO DEL ARTÍCULO 254 CP.

Queda redactado de la siguiente manera:

“Quien fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, cultural, histórico o científico la pena será de seis meses a dos años.

2.- Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros se impondrá la pena de multa de uno a dos meses”

La Exposición de Motivos del AP de 2012 aclaraba que *los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trata de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.*

El informe del Consejo Fiscal al AP de 2012⁵⁷ precisaba que siguiendo los modelos austriacos y alemán, el prelegislador incluye en este precepto la apropiación de cosa mueble no incluíble en el artículo 253, es decir, sin título de comisión, depósito, custodia, o cualquier otro que obligue a entregar o devolver.

La influencia germana en todos estos tipos de administración desleal y apropiación indebida es muy acusada. El Código napoleónico de 1810 –primer código europeo que sistematizó esta materia- exigía la anterioridad de la ostentación de la posesión en la apropiación indebida. La doctrina y jurisprudencia francesas intentaron evitar laguna de punibilidad remitiendo el mayor número de casos al hurto, mientras que la doctrina alemana lo intentó con la apropiación indebida.

De esta tendencia parece fruto el nuevo 254 CP, que apenas delimita la acción típica.

Estarían incluidos los casos a que se refieren los antiguos 253 y 254 CP (cosas perdidas, de dueño desconocido, recibidas por error) y algunos otros, como la *Anschlussunterschlagung* del 134.2 austriaco: casos en los que el autor introduce la cosa en su custodia sin ánimo inicial de apropiación ni de enriquecimiento y luego la retiene frente al dueño, como el que se lleva un abrigo creyendo que es suyo y luego no lo devuelve, o los casos de apropiaciones de uso, en los que se desea utilizar transitoriamente una cosa y luego decide quedarse el autor con ella. El CP portugués integra esta modalidad de apropiación indebida con la conducta del que se apropie ilegítimamente de cosa ajena que haya entrado en su posesión o detentación por efecto de fuerza natural, error, caso fortuito o de cualquier manera independiente de su voluntad.

Desde luego en el tipo subjetivo se exigirá el dolo y no cabrá la comisión culposa. Lo mismo que en el delito precedente del artículo 253 CP de apropiación indebida con abuso de confianza.

El tipo del artículo 254.1 CP se agrava si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, no alcanzando esta agravación al tipo del artículo 253.1, ya que éste a los efectos punitivos, remite a los artículos 249 y 250 y éste ya contempla la agravación del artículo 250.1.3 CP⁵⁸.

⁵⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del código penal. AP de 2012.

⁵⁸ Ver artículos 254.1 y 250.1.3 CP.

En ambas modalidades de apropiación, los artículos 253.2 y 254.2 describen los delitos leves si la cuantía de lo apropiado no excede de 400 euros.

El precepto conserva según lo dicho una agravación –cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico- que en la apropiación indebida con abuso de confianza del artículo 253 CP se correspondería con el artículo 250.1.3 CP⁵⁹.

6. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Finalmente, dentro de los delitos contra la Administración Pública, la modificación más importante es, sin duda alguna, la referida a las varias especies del delito de malversación.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justificaba así la necesidad de la reforma:

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al tiempo, se mantiene la tipificación separada de los supuestos de aplicación a fines particulares de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública con perjuicio para la causa o el servicio públicos, aunque no llegue a producirse un perjuicio patrimonial efectivo.

El legislador de 2015, de conformidad con el doble sesgo de la deslealtad en la administración de un patrimonio privado, ámbito en el que tipifica los artículos 252 y 253, ha introducido en el artículo 432.1 la malversación por administración desleal y en el artículo 432.2 la malversación por apropiación indebida.

La reforma es lógica y permitirá incriminar como propios de malversación comportamientos de distracción, infidelidad y abuso de las facultades de administrar en relación con bienes y efectos públicos, como sería el paradigmático supuesto de la utilización de fondos de las CC AA para promover actuaciones inconstitucionales o dotarse de símbolos que igualmente vulneran la CE.

El bien jurídico protegido⁶⁰ en el delito de malversación de caudales públicos es no solo la indemnidad del patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado u otros organismos públicos, además de la confianza en la recta y honesta gestión de caudales públicos.

⁵⁹ MUÑOZ CUESTA, J., y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., op., cit., pp. 161 y ss. 2015.

⁶⁰ MUÑOZ CUESTA, J., y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., op., cit., pp. 226 y ss. 2015.

Por ello precisamente esta forma de entender el delito de malversación, incluyendo junto a las conductas de apropiación de los caudales públicos del Estado, CC AA, Municipios o entes públicos, la administración desleal del patrimonio público, que no puede ser gestionado con fines partidistas, distintos a sus fines o inconstitucionales mejora sin duda la figura y se ajusta a la doctrina nueva del TS⁶¹ sobre este delito.

La STS de 24.12.2015 cuestiona, en cambio, esa equiparación de la malversación de caudales públicos a las figuras de administración desleal genérica recordando que *“el delito de malversación de caudales públicos ha sido modificado por la reforma operada en la LO 1/2015. Esta modificación es relevante pues, siguiendo el modelo germánico que tanto ha influido en la reciente reforma, se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art 252) y apropiación indebida (art 253,) a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público. Esta modificación, que parece responder al mero mimetismo, pues es sabido que al no existir en Alemania un delito específico de malversación de caudales públicos los supuestos correspondientes se tienen que resolver mediante la aplicación del tipo de administración desleal (266 StGB), puede provocar problemas interpretativos pues, como ha señalado acertadamente la doctrina, la modalidad de malversación construida por mera remisión a la administración desleal del patrimonio privado puede generar distorsiones al no ser totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público y el privado”*.

⁶¹ STS de 3 de septiembre de 2014.