

La creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces: la interpretación del delito de administración desleal a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Víctor Muñoz Casalta

Doctorando en Derecho Penal. Universitat Autònoma de Barcelona

La presente ponencia se enmarca en el seno del Workshop que lleva por título *la creación judicial del derecho y el diálogo entre jueces*. A priori, el indicado título podría plantearse como una “labor de complemento” realizada por los jueces, esto es, una interpretación práctica del texto típico recogido en la norma en cuestión. Sin embargo, en muchísimas ocasiones, dicha extralimitación, en la que incluso se acaba creando una norma ajena por completo a la voluntad del legislador, supone, la creación de un marco de inseguridad jurídica altamente preocupante, en el que lo que hoy es blanco mañana es negro, y como nos recuerda el extenso refranero español: donde dije digo, digo Diego.

La presente ponencia analiza, sin ir más lejos, la evolución jurisprudencial del delito de Administración Desleal en las interpretaciones que del mismo ha hecho el Tribunal Supremo. Así, en una primera parte se analizará la etapa anterior al Código Penal de 1995, en el que no existía el delito de administración desleal y por tanto debían buscarse respuestas en otras modalidades típicas. En una segunda parte se analizará la evolución jurisprudencial del delito de administración desleal tras su incorporación al Código Penal de 1995.

I PARTE

Para comprender las necesidades dogmáticas y político criminales de introducir en nuestro ordenamiento un delito de administración desleal/fraudulenta hemos de señalar una fecha clave: el año 1983. Podríamos indicar que dicha fecha supone un antes y un después en la tipificación de ciertas conductas que podían considerarse como constitutivas de lo que hoy día entendemos como administración desleal.

La fecha señalada hace referencia a la reforma introducida por la LO 8/83, que modificó el delito de estafa previsto en el extinto art. 528 del también extinto Código Penal de 1944/1973. Así, la nueva regulación del delito de estafa abandonó el sistema casuista francés y adoptó el alemán¹, adoptando prácticamente en su integridad la formulación propuesta por ANTÓN ONECA². No obstante, como indica BARJA DE QUIROGA³, tal modificación supuso que durante mucho tiempo la administración desleal constituyera una laguna en la tipicidad penal.

Hasta la indicada fecha, el delito de estafa carecía de una distinción clara entre estafa y defraudación. Entre otras, cabe destacar que el mismo se enmarcaba bajo la sección “De las estafas y otros engaños”. Dado que el tipo penal se articulaba en base “El que defraudare a otro (...)” mediante cualquier conducta constitutiva de engaño, como indica BACIGALUPO ZAPATER, una definición tan amplia de la conducta punible permitía alcanzar prácticamente cualquier comportamiento lesivo de los deberes de un administrador, a lo que debía añadirse que tanto el error en el sujeto pasivo, como la disposición patrimonial de éste, elementos nucleares del tipo de estafa configurado hoy día, no se antojaban necesarios en la configuración típica de la estafa prevista con anterioridad a la reforma del año 83⁴. A ello debemos añadirle la cláusula general que preveía el art. 533, que se refería a “cualquier engaño que no se halle previsto en los artículos anteriores”, lo cual ampliaba todavía más si cabe el espectro de punibilidad del delito de estafa. Por tanto, podemos señalar que prácticamente cualquier maniobra de carácter fraudulento (entre ellas las consideradas de administración desleal) encontraban cabida en el delito de estafa, ya que resultaban análogos por tanto los engaños precedentes como los engaños a posteriori⁵.

Tal planteamiento cambia radicalmente con la reforma operada por la LO 8/83, que modificaba la modalidad típica del delito de estafa introduciendo los elementos

¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos: la administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 61

² ANTÓN ONECA, J., voz: “Estafa”, en Mascareñas, C. (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1958, IX.

³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op. cit.*, p. 62.

⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 1999, pág. 196.

⁵ En contraposición a tal argumento véase LUZÓN PENA, D., y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal societaria en el derecho penal español”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Abril de 2010, pág. 5.

configuradores del mismo que conocemos hoy día: el engaño precedente, el error bastante provocado en el sujeto pasivo, la disposición patrimonial que éste realiza y el perjuicio que tal disposición ocasiona a la víctima⁶. Así mismo, se eliminó la cláusula del art. 533 referida a los engaños semejantes. La nueva configuración típica de la estafa supuso que las conductas catalogadas de administración desleal que hasta la fecha habían sido incardinadas en dicho tipo, no pudieran considerarse ya como tales, toda vez que con la nueva regulación se hacía obvio que en la inmensa mayoría de conductas, el administrador no se servía de engaño alguno, sino que solamente se comportaba contrario al deber que como administrador ostentaba y, de esta manera, perjudicaba al patrimonio administrado. En puridad, era una deslealtad patrimonial fundada en el quebrantamiento de la relación de confianza. Sirva de ejemplo la STS 733/1993, de 2 de abril, que dispone: *“Desligada la estafa del engaño, como elemento decisivo, en el art. 528 del Código Penal, según estaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 junio, y limitada al «defraudar a otro», en principio, el hecho narrado en el «factum» acreditado, hubiera podido ser subsumido en dicho precepto. Hoy queda excluida dicha subsunción de una forma terminante y categórica, ya que, en definitiva de lo que se trataría es de una verdadera « administración fraudulenta o desleal”*, en que se intenta fundar la existencia de un «engaño», que en realidad no es sino el «quebrantamiento de la relación de confianza» entre el comitente o mandante y el apoderado o mandatario, infidelidades que no reúnen los elementos del «engaño» y por lo tanto no son encuadrables en el tipo de estafa que contempla el vigente art. 528 del Código Penal»⁷. Además, no podemos obviar que en la gran mayoría de conductas de administración desleal, las disposiciones patrimoniales las realiza el propio sujeto activo, siendo este elemento incompatible con el configurado por el delito de estafa, en que tal disposición patrimonial no es realizada por el sujeto activo, sino por el sujeto pasivo, por lo que, en palabras de RODRIGUEZ MONTAÑES, se rompería el nexo causal engaño-error-disposición patrimonial⁸.

⁶ Se transcribe la modificación del art. 528 del Código Penal operada por la LO 8/83: *“cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero”*.

⁷ STS 733/1993, de 2 de abril (RJ\1993\3016)

⁸ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1996.

La nueva configuración del delito de estafa obligó a buscar respuestas alternativas a las conductas de administración desleal. Por ello, una vez delimitado el radio de punibilidad, doctrina y jurisprudencia iniciaron un arduo debate sobre las conductas de administración desleal que podían subsumirse en el art. 535, ya que la nueva configuración de la estafa dejaba impunes un notorio número de conductas desleales.

Una notable discusión doctrinal y jurisprudencial se creó entorno a determinadas conductas en las que aparecía un elemento común: el dinero. El principal problema radicaba en discernir si el dinero, como bien fungible de acuerdo al artículo 1753 del Código Civil, transmite al receptor la propiedad del mismo o no en función del título por el que le ha sido entregado y, por tanto, podía uno apoderarse del mismo o no en los términos del art. 535⁹. Se diferenciaban entonces las conductas entre aquellas en las que existía un “animus rem sibi habendi”, constitutivas de apropiación indebida en una interpretación estricta del precepto, o entre aquellas en las que no existía tal elemento, y por tanto, de difícil incardinación en los términos del art. 535. Fue éste un período un tanto convulso, en cuanto doctrina y jurisprudencia no lograban ponerse de acuerdo sobre los límites del art. 535¹⁰. En este punto, hay autores que hablan del derecho de crédito como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida cuando el objeto del delito es el dinero¹¹. Especial problemática surgía también con determinadas conductas que difícilmente podían integrarse en los tipos de apropiación indebida, y menos aún, en la estafa. Nos referimos especialmente a conductas relacionadas con el ámbito bancario¹², consistentes principalmente en distracciones provisionales –usos temporales ilícitos–, sin que exista ánimo de apropiación definitiva¹³. MARTÍNEZ BUJÁN señala como ejemplos las conductas de autopréstamos, la prestación de garantías con bienes de la sociedad para afianzar deudas personales de los administradores y los supuestos de auto cartera

⁹ En contra de esta tesis Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, pág. 199-201 y a favor de la misma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *op. cit.*, pág. 451 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁰ Sirva de ejemplo la STS de 19 de enero de 1991 (RJ 1991\579), que señalaba: “En líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas, (...) ni el de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no la propiedad de cosas determinadas”.

¹¹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Administración desleal y apropiación indebida”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001, pág. 130.

¹² Vid. SILVA SÁNCHEZ- RODRIGUEZ MOURULLO citados en FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 359 y ss.

¹³ Sobre la imposibilidad de subsumir los usos temporales ilícitos en la apropiación indebida, Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *op. cit.*, pág. 448.

encubierta¹⁴. Siguiendo la estela de los ejemplos anteriores, otro razonamiento que planteaba la doctrina era que muchos comportamientos constitutivos de administración desleal no generaban perjuicio patrimonial alguno al patrimonio administrado, sino que se trataban de meras conductas de peligro que no se materializaban en perjuicio patrimonial alguno¹⁵.

En definitiva, con la regulación anterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, quedaban fuera del alcance del delito de apropiación indebida un número relevante de conductas constitutivas de administración desleal en las que únicamente se producían meros usos temporales ilícitos, compatibles con la obligación de entregar o devolver, por lo que al no existir un acto de disposición de la cosa como propia que implicase un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, no podían ser considerados actos ejecutivos de apropiación indebida¹⁶.

II PARTE

Que se evidenciaba necesaria la inclusión en el Código Penal de 1995 de un delito de administración desleal era algo sobre lo que existía absoluta unanimidad entre la doctrina. La primera muestra de ello aparece en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1944/73¹⁷. En síntesis, su Exposición de Motivos razonaba la necesidad de incriminación de determinados comportamientos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles. Señalaba la EdM: *“Las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez, no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario, pues la relación jurídico-penal puede trazarse entre socios, entre administradores y socios, entre administradores y terceros presentes o futuros, siendo incluso en ocasiones difícil fijar cuánto hay de perjuicio material y*

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, op. cit., pág. 17

¹⁵ Vid. FARALDO CABANA, P., op. cit., pág. 359, quién además señala que al no materializarse el perjuicio patrimonial, no puede considerarse apropiación indebida, ya que ésta, no admite formas imperfectas de ejecución.

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, op. cit., pág. 17.

¹⁷ Vid. BOCG (Congreso de los Diputados) de 23 de septiembre de 1992: Proyecto de Ley Orgánica 121/000102 por el que se deroga el Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

cuánto de deslealtad, ingrediente valorable penalmente, pero que no es propio de un clásico delito patrimonial". Por tanto, vemos como el legislador entendió la necesidad de introducir un delito de administración desleal en el Código Penal de 1995 pero no en el capítulo referido a los delitos patrimoniales, sino en un nuevo capítulo referido a los delitos societarios, lo que sorprendió a gran parte de la doctrina, pues según BACIGALUPO ZAPATER, nadie así lo había demandado¹⁸. Finalmente, el delito de administración desleal encontró acomodo en el art. 295 del Código Penal de 1995, castigado con una pena de seis meses a cuatro años de prisión o multa del tanto al triple del beneficio obtenido. Sobre la diferencia punitiva con la apropiación indebida del art. 252 CP –que preveía penas entre los seis meses y los seis años, en función de si nos halláramos en los supuestos del 249 o 250 CP- hablaremos más adelante.

Sin embargo, y pese a la novedad legislativa, lo que se antojó como una solución a los problemas de atipicidad de ciertas conductas acabó provocando uno de los debates más arduos y longevos que se han producido en nuestro ordenamiento penal. De cita obligatoria resulta, llegados a este punto, la STS 224/1998, de 26 de febrero (RJ\1998\1996) conocido como el caso Argentinia Trust¹⁹. Es de sobra conocido que dicho caso tuvo como protagonista a Don Mario Conde, otrora presidente de Banesto y quien pagó 600 millones de pesetas a través de una sociedad instrumental de la matriz Banesto a una sociedad, Argentinia Trust, que no aparecía registrada, por trabajos de carácter jurídico, financiero y de marketing, y que nunca se justificaron ni se probó su existencia. Para ello se giró una factura que no fue aprobada por el Consejo de Administración, ni por la Comisión ejecutiva, ni se hizo apunte contable alguno al respecto. En consecuencia, los 600 millones de las antiguas pesetas desaparecieron de la entidad y de su patrimonio, produciéndole un perjuicio, pero tampoco ingresaron en el patrimonio del presidente de la entidad, sino que se destinaron según declaraciones de alguno de los imputados a otros menesteres como el tráfico de influencias para crear un clima político favorable para la entidad.

¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, pág. 202.

¹⁹ Varios son los autores que parten de dicha sentencia para explicar las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, pág. 199, JUAN SANJOSÉ, R.J., *La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines*, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, pág. 15-19, ROSO CAÑADILLAS, R., "Las relaciones entre la apropiación indebida y la administración desleal y su nueva regulación en el Proyecto de Reforma de 2013", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014, pág. 49 y ss y SEGRELLES DE ARENAZA, I., "El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas", en *La Ley Penal*, nº 121, 2016, pág. 2.

Esta Sentencia, supuso un antes y un después en las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal²⁰ por las conclusiones a las que la misma llegó, ya que confirmó la coexistencia en nuestro ordenamiento de dos tipos penales que regulaban la administración desleal; por un lado el nuevo art. 295 CP y por el otro el art. 252 CP -antes 535 CP-, articulado sobre la modalidad de distracción prevista en el art. 252 CP -y antes también en el 535-, lo que permitió un ensanchamiento de las fronteras de tipicidad de la apropiación indebida. Ello supuso, según JUAN SANJOSÉ²¹, que en un primer momento y tras la aprobación del Código Penal de 1995, la jurisprudencia no acabó de desprenderse de la interpretación hipertrofiada del delito de apropiación indebida del art. 252 -antes 535-, lo que provocó la fagocitación del delito societario de administración desleal, que al poco de entrar en vigor, se encontró sin un ámbito efectivo de vigencia.

En síntesis, y para no extendernos en demasía, el TS vino a establecer que las disposiciones desleales de dinero administrado, aunque ni siquiera este se incorporase al patrimonio del sujeto activo, sino de un tercero²², continuaban conteniéndose en el art. 252 -al igual que se incluían en el art. 535- ya que la nota determinante es que se produzca un perjuicio en el patrimonio administrado. De esta manera, el TS consideró que en el tipo de distracción no era necesaria la concurrencia del elemento subjetivo del “animus rem sibi habendi”, sino únicamente la del dolo genérico consistente en el conocimiento y

²⁰ No obstante, y anteriormente a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el TS, residualmente, ya había encontrado acomodo en el delito de apropiación indebida ciertas conductas constitutivas de administración desleal de carácter dinerario, entendiendo que el art. 535 contenía no solamente la apropiación indebida en sentido estricto, sino también un tipo de administración desleal que articuló en torno a la figura de la “distracción” dineraria prevista en el art. 535. A modo de ejemplo, se cita la STS 537/1994 (RJ 1994\2050) de 14 de marzo, Ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, la cual nos indica: “ el artículo 535 CP no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal no lo hacen distrayendo el dinero de cualquier manera. En esta hipótesis particular no se afecta la propiedad de cosas mediante apropiación ni la propiedad del dinero, pues ello no sería posible, dado su carácter fungible. Se trata por el contrario de una forma de realización del tipo que requiere un perjuicio patrimonial ocasionado al titular del patrimonio administrado o al patrimonio del comitente, como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas. Por lo tanto, en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación, el «animus rem sibi habendi» es totalmente innecesario. El autor sólo debe haber tenido conocimiento de producir el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo”.

²¹ JUAN SANJOSÉ, R.J., La nueva configuración del delito de administración desleal y su concurso con figuras afines, Ed. Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, pág. 15-16

²² Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, op. cit., pág. 16, que la opinión mayoritaria había venido diferenciando las modalidades típicas del art. 252, “apropiarse” y “distrar”, en el sentido de que la primera se refería a actos realizados en beneficio del patrimonio del propio autor, mientras que la segunda se refería a actos realizados en beneficio del patrimonio de un tercero.

consentimiento del perjuicio que se ocasiona, en propias palabras del TS: “*saber lo que se hace y querer lo que se sabe*”. Como expone GILI PASCUAL²³, el art. 295 CP no suponía la desincriminación de las distracciones dinerarias previstas en el art. 252 CP -y antes en el 535 CP- ya que ello hubiere supuesto que éstas solamente se castigarían conforme al nuevo precepto del art. 295 CP, cuyo tratamiento punitivo, resultaba más favorable que el previsto en el art. 252 CP.

Siguiendo la estela anterior, el Ministerio Fiscal planteó en su recurso la posibilidad de aplicar subsidiariamente el art. 295 CP, al entender que éste había venido a sustituir el extinto art. 535 y que, además, contenía un tratamiento punitivo más favorable. Es en este punto donde el TS estableció las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal, dos tipos penales con un espacio de intersección típico común, y que el TS consideró que se encontraban en una relación de círculos secantes, planteamiento que mantuvo durante los primeros años en sus interpretaciones jurisprudenciales. Según el TS, el art. 295 no sustituía al antiguo art. 535 – y por tanto al art. 252 CP- sino que su función era complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 CP, pero en ningún caso venía a establecer un tratamiento punitivo más favorable para aquellas conductas que se consideraban constitutivas de apropiación indebida, aunque estos se perpetrasen en un contexto societario. Por ello, como se indicaba anteriormente, era inevitable que ciertas conductas desleales pudieran subsumirse tanto en el art. 252 como en el art. 295 CP, al solaparse parcialmente ambos tipos²⁴.

Esta superposición provocó que durante cierto período de tiempo, y conforme a las reglas establecidas por el TS, se aplicase un concurso de normas entre ambos tipos, de acuerdo con el art. 8.4º del CP, resuelto a través del principio de alternatividad, por lo que el resultado devenía en la aplicación del precepto más grave, que en este caso supone la aplicación de la figura del art. 252 CP²⁵.

²³ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)”, en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 762-763

²⁴ Vid. ROSO CAÑADILLAS, R., *op. cit.*, pág. 55-57, muy crítica con la interpretación del TS en el caso *Argentia Trust*.

²⁵ Para una mayor profundización sobre el caso *Argentia Trust* y las reacciones doctrinales posteriores, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, pág. 203-215.

No obstante, la posición adoptada por el TS encontró una fuerte oposición por parte de la doctrina, que se decantaba por la diferenciación de ambos tipos penales, y no su superposición. Así, la tesis que ganó mayor fuerza y que encontró también acomodo jurisprudencial -salvo en residuales ocasiones, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 2015- fue aquella basada en la clase de exceso cometido por el sujeto activo en relación con el título jurídico del que este disponía²⁶. Esta teoría distinguía entre exceso intensivo -constitutivo de administración desleal del art. 295 CP-, cometido por el administrador que abusa de las funciones propias de su cargo, pero siempre dentro de los límites que procedimentalmente se señalaban a sus funciones, y el exceso extensivo -constitutivo de apropiación indebida en su modalidad de distracción del art. 252 CP-, caracterizado porque el administrador se extralimita en sus funciones, atribuyéndose funciones y facultades que por título no tiene, sobrepasando así los deberes de fidelidad²⁷. Este planteamiento se combinó posteriormente con el criterio de la temporalidad de la disposición. Así, el TS estimó que en el art. 295 CP se producían actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implicaban apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, con independencia de que se ejecutasen en beneficio propio o de un tercero, mientras que en el art. 252 CP se podían producir, de una parte, actos de apropiación genuina, donde existía el elemento subjetivo del “animus rem sibi habendi”, y de otra, actos de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad²⁸.

²⁶ Vid. 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”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, 2013, pág. 63-64. El autor señala como las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal que descansan en el tipo de abuso cometido por el sujeto activo, tienen su origen en la figura del §266 del Código Penal Alemán, que recoge tanto la modalidad de abuso como la modalidad de infidelidad. Mientras que la segunda se trata de un tipo penal de aspecto mucho más amplio, la primera descansa sobre el tipo de poder de representación que se ostenta, por lo sólo podrá cometer la conducta constitutiva de administración desleal si esta se desarrolla dentro de los márgenes en abstracto que el poder que tiene otorgado le confiere.

²⁷ Este parecer jurisprudencial aparece en las SSTS 915/2005 de 11 julio (RJ 2005\5418), 623/2009 de 19 de mayo (RJ 2009\4874) y 338/2014 de 15 de abril (RJ 2014\2450).

²⁸ Esta línea jurisprudencial se puede apreciar, por citar las más cercanas a la reforma de 2015, en las SSTS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104) y 656/2013 de 22 de julio (RJ 2013\6782). Se trata ésta de la línea jurisprudencial consolidada a la entrada en vigor de la reforma de 2015. En la doctrina, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal*, op. cit., pág. 22, CONDE-PUMPIDO TOURON, C., “Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal”, en *Diario La Ley*, Nº 8350, 9 de Julio de 2014, RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal”, en Quintero Olivares, G. (dir): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pp.530-531 y GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)”, en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 762-763.

Sin embargo, aún restaba por clarificar las diferencias de tratamiento punitivo entre apropiación indebida y administración desleal. En éste sentido, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria encontró en el criterio de la temporalidad la respuesta al tratamiento punitivo diferenciado entre ambos preceptos²⁹. Así, CONDE-PUMPIDO³⁰ señala que al producirse en la apropiación indebida un despojamiento patrimonial definitivo, no tiene sentido que se le otorgue a ésta el mismo desvalor del injusto que a la administración desleal, en la que el despojamiento patrimonial no tiene carácter definitivo. Sin embargo, un sector minoritario discrepaba del anterior planteamiento, básicamente porque discutían que el ámbito de aplicación del art. 295 CP se circunscribiese exclusivamente a los usos temporales ilícitos. En este sentido, ROSO CAÑADILLAS se refiere a la pluriofensividad del delito de administración desleal, configurado este a través de la modalidad en la que se ataca el patrimonio, a través de la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad en el contexto-socioeconómico, desvalor específico de la acción frente al desvalor del resultado –perjuicio patrimonial, que resulta también común el último a la apropiación indebida-. Para la autora, la administración desleal societaria tiene una proyección en el ámbito socio-económico de mayor importancia que la administración desleal general y genérica que se incluye en el art. 252, así como consecuencias materiales

²⁹ Se cita a modo de ejemplo parte del FD.5º de la STS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104): “Pero como dice la STS 656/2013, de 22 de julio estimamos que debe acogerse la concepción que se basa en la calidad del comportamiento del administrador, 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 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 , 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 expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida 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”.

³⁰ CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *op. cit.*, pág. 6-7. También comparte esta tesis MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal, op. cit.*, pág. 18.

mucho más graves³¹. Otros autores como GOMEZ JARA o GILI PASCUAL³² argumentaban que el criterio de la temporalidad como distinción entre las figuras de apropiación indebida y administración desleal hacían necesaria la elaboración de tesis que dotasen a éste último de un menor desvalor del injusto, para justificar así su menor intensidad punitiva. Ambos autores eran contrarios a dicho criterio distintivo, ya que, para ellos, si la disposición era temporal o definitiva era irrelevante a los efectos de tipificar la conducta en un sentido o en otro, pues en la administración desleal lo que se producía era un abuso de poder por parte del administrador social, vulnerando sus deberes genéricos “ad-intra”, mientras que en la apropiación indebida lo que se infringía era el concreto deber de entrega o devolución “ad-extra”. Por tanto, si no se estaba ante una concreta obligación de entrega o devolución, sino que el sujeto activo disponía de varias alternativas de actuación, siempre estaríamos dentro de los parámetros del art. 295 CP.

A modo clarificador, se expone a continuación, de modo resumido, las diferentes soluciones jurisprudenciales dadas a las relaciones entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal, que aparecen descritos en el FD. 5º de la STS 206/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2104):

1º. CONCURSO DE NORMAS

Según esta línea jurisprudencial, las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal se han de resolver como un concurso de normas resuelto con arreglo al principio de alternatividad. Por tanto, debe sancionarse por el delito que ofrece mayor pena. El delito de administración desleal, como consecuencia de su menor

³¹ Más profundamente en ROSO CAÑADILLAS, R., *op. cit.*, pág. 80 y ss. En su artículo, la autora ejemplifica su argumento con un ejemplo. Así, habla de la diferencia entre conducir a una sociedad, a través de prácticas desleales/infieles, a la quiebra, con todos los resultados que para la sociedad –en sentido político- ello conlleva –procesos judiciales, despidos de trabajadores cuyos finiquitos deberán ser sufragados por FOGASA, pérdida de reputación social, etc-, frente al apoderamiento por parte de un depositario de una suma dineraria –apropiación indebida-. Así, justifica la autora que la administración desleal tiene una faceta supraindividual, y que las consecuencias pueden derivar en un perjuicio a todo un sistema económico y repercutir a la sociedad, por lo que carece de sentido que tenga un trato punitivo más favorable que una apropiación en sentido estricto que al fin y al cabo – y sin desmerecer el valor del injusto-afecta únicamente a la propiedad. También se incide en la previsión de la falta solamente para la apropiación indebida.

³² GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica”, *op. cit.*, Pág. 766-768, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., citado en 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”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, 2013, pág. 70 y ss.

penalidad (puesto que ofrece una alternativa de entre pena de prisión de hasta cuatro años de duración con una simple pena de multa), originó que, en un primer momento, la Sala se decantase por el principio de alternatividad, a favor naturalmente del delito de apropiación indebida, que era el sancionado con más rigor.

2°. CIRCULOS CONCÉNTRICOS O SECANTES

Para esta línea jurisprudencial, apropiación indebida y administración desleal suponen dos círculos secantes, en el que existe una zona común y en el que la conducta puede incardinarse en ambos tipos. Así, se argumentaba en la ya citada sentencia Argentina Trust:

“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 1973. 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. 8.4.º 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”.

3°. DISTINCIÓN POR OBJETO

Esta teoría aparece, entre otras, en las SSTS 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863) y STS 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013\1847) –que sigue la línea de la anterior- las cuales se apartan de los planteamientos anteriores y niegan la existencia de concurso de normas

entre apropiación indebida y administración desleal, ya que el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez. Así, según esta línea, se diferencian claramente los espacios típicos entre ambas figuras, siendo que el art. 252 se refería a un supuesto de administración de dinero, llamado a incriminar la disposición de dinero o activos patrimoniales de forma contraria a los deberes de lealtad, mientras que el art. 295 abarcaba dos supuestos diferentes; por un lado, la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador, y por el otro, la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad mediante la celebración de negocios jurídicos, abusando así mismo de la condición de administrador.

Añadían además las citadas sentencias:

“Con la STS 656/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 6782) , que cita a las STS 91/2013, de 1 de febrero y 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 6428) , hemos de convenir que 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, 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”.

4º. DISTINCIÓN POR ESTRUCTURA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Este criterio aparece anunciado en las SSTs 91/2013 de 1 de febrero (RJ 2013\1847) y STS 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863). Según el mismo, en el art. 295, quién obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, con capacidad de decisión jurídicamente reconocida, mientras que en el art. 252, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que

desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede. De esta manera, el desvalor de la conducta del administrador en el delito del art. 295 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.

5°. ALCANCE DE LA EXTRALIMITACIÓN DEL ADMINISTRADOR.

Este parecer jurisprudencial -convertido a la sazón en la exégesis jurisprudencial mayoritaria- aparece plasmado, entre otras, en las SSTS 915/2005 de 11 julio (RJ 2005\5418), 623/2009 de 19 de mayo (RJ 2009\4874) y 338/2014 de 15 de abril (RJ 2014\2450). Ya descrito en anteriores líneas, dicho criterio se basaba en el carácter de la extralimitación del administrador para incardinar su conducta en los parámetros de la apropiación indebida o de la administración desleal. Así, se consideraba que en la administración desleal del art. 295, el administrador cometía un exceso intensivo, ya que éste actuaba dentro de los límites que procedimentalmente se señalaban a sus funciones, si bien con su conducta desleal, realizada a través de la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad o de la disposición fraudulenta de los bienes sociales, en beneficio propio o de tercero, causaba un perjuicio típico. Por el contrario, en la apropiación indebida lo que se cometía era un exceso extensivo, ya que el administrador actuaba fuera de los límites competenciales de los poderes concedidos, a través de la disposición de los bienes cuya administración le había sido confiada, ocasionando un perjuicio a tercero. En éste último supuesto es donde se encajaban las distracciones dinerarias cometidas por el administrador.

6°. CRITERIO DE LA TEMPORALIDAD

Esta última línea jurisprudencial aparece en las SSTS 905/2014 de 29 diciembre (RJ 2014\6716) y STS 656/2013 de 22 de julio (RJ 2013\6782) entre otras.

Esta línea – que en mi opinión complementa la tesis del exceso del administrador- distinguió los delitos de apropiación indebida y administración desleal según el carácter temporal de la disposición. Según este planteamiento, si estábamos ante usos temporales ilícitos -carácter de interinidad-, pero que no revestían el carácter apropiatorio, estaríamos dentro de los parámetros del art. 295 CP. Por el contrario, si el apoderamiento lo era con carácter definitivo -sea de dinero u otros bienes, y en provecho propio o de tercero- estaríamos en los parámetros del art. 252 CP.

La diferencia en cuanto a la gravedad de un apoderamiento definitivo y un uso temporal ilícito, sirvió de base para justificar el tratamiento punitivo más benévolo que se le otorgó por el legislador a la administración desleal del art. 295 CP.

En este sentido, afirma GILI PASCUAL³³, que en base a los criterios anteriores no era posible hablar de una superposición de tipos, por lo que no resultaba aplicable el criterio de la alternatividad del art. 8.4 CP, sino que al absorber la apropiación definitiva el uso temporal, era más adecuado hablar de consunción, o incluso por subsidiariedad, al ostentar el art. 252 CP el carácter principal, por lo que el art. 295 sería solamente subsidiariamente aplicable.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente ponencia se ha podido comprobar la importancia, en sentido positivo o negativo, de la creación normativa que vienen llevando a cabo los jueces. Así, en la primera parte de la intervención se ha verificado como, a través de criterios interpretativos llevados a cabo por los jueces -en este caso el TS-, cabe la posibilidad de

³³ GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (Arts. 252 y ss. CP)”, en González Cussac, J.L. (dir); Górriz Arroyo, E., y Matallín Evangelia, A., (coord.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág- 763.

sancionar conductas que presentan cuanto menos ciertas notas de reprochabilidad penal, pero que sin embargo no están recogidas específicamente como típicas en la norma penal, como es el caso de conductas catalogadas como de administración desleal/fraudulenta, cuanto el indicado delito no existía en el Código Penal del 1944/73. Por lo que podríamos hablar de una “creación positiva” por parte de jueces que permite sancionar una conducta que en sentido estricto no se encuentra recogida en el Código Penal.

Sin embargo, en la segunda parte de la intervención se ha podido comprobar como en ocasiones, estas “creaciones” judiciales pueden suponer el establecimiento de un margen de inseguridad jurídica preocupante, hasta el punto de producirse pronunciamientos contradictorios en el seno del propio TS en función de quién firmase la Sentencia, con independencia del sentido interpretativo que en ese momento imperase como mayoritario en la Sala. Incluso hasta el punto práctico de plantearse calificaciones alternativas en todos los escritos de defensa/acusación, en función de los intereses de quién lo plantease en uno u otro sentido, y ello para salvaguardar que como mínimo, se acabase condenando por uno de ambos delitos, cumpliendo así las exigencias del principio acusatorio.

A modo de conclusión diré que, la creación del derecho por parte de los jueces se antoja absolutamente necesaria, más esta creación no puede desvincularse nunca del sentido de la norma, de la voluntad del legislador y, sobre todo, del contexto social en el que se enmarca, porque lo contrario únicamente supondrá la creación de un espacio de cierto caos jurídico, en el que desaparecerán los principios enumerados anteriormente y los operadores jurídicos iremos a salto de mata en función de la persona que acabe conociendo de nuestra causa.