

La Administración Fraudulenta en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español

Belén Mayo Calderón*

RESUMEN

El Tribunal Supremo Español ha afianzado una línea jurisprudencial sobre cómo debe interpretarse la administración fraudulenta en el código penal a partir de la distinción entre el nuevo delito societario de administración fraudulenta (art. 295) y el delito de apropiación indebida (art. 252), que es el que hasta entonces se había utilizado para castigar estas conductas. El Tribunal Supremo explica la relación existente entre los delitos contenidos en los arts. 295 y 252 adoptando un punto de partida totalmente diferente al sostenido por la doctrina mayoritaria. El mencionado tribunal defiende la idea de acuerdo con la cual la relación existente entre el delito de administración fraudulenta regulado en el art. 252 y el delito societario de administración fraudulenta regulado en el art. 295, debe considerarse como un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad a favor del art. 252 ya que este contiene dos modalidades delictivas: el clásico delito de apropiación indebida de cosas muebles ajenas y un delito de infidelidad en la gestión de un patrimonio ajeno.

* Profesora de Derecho penal, Universidad de Zaragoza.

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court has entrenched a jurisprudential line, about how should be interpreted the fraudulent management in the criminal code, from the distinction of a new fraudulent society management crime (Art. 295) and the embezzlement crime (Art 295). This is so far, the article to punish this acts. The Supreme Court resolves that the existing relation between the crimes in the articles 295 and 252, adopting a start point totally different from the majority point of view. Defending the existing relationship between the fraudulent management crimes regulated in the article 252 and the societary fraudulent management crime regulated in the article 295, its considered law contest to resolve the alternativity principle, on favor to the article 252, because this contains two crime types, the classic embezzlement crime of extraneous things and the infidelity crime in the heritage of others.

PALABRAS CLAVE

Administración fraudulenta; delito societario; apropiación indebida; apropiación indebida de cosas muebles ajenas; infidelidad en la gestión de un patrimonio ajeno.

El Código penal de 1995 introdujo por primera vez en el Ordenamiento Jurídico español un delito de administración fraudulenta *específico* para el ámbito societario. Sin embargo, no introdujo, a la vez, un delito de administración fraudulenta *genérico* que castigara la realización de esta conducta en otros ámbitos.

Esta regulación dio lugar a una polémica doctrinal, que no se da en ningún país de nuestro entorno, acerca de la distinción entre el nuevo delito societario de administración fraudulenta (art. 295 CP) y el delito de apropiación indebida (art. 252 CP), que es el que hasta entonces había servido (junto al delito de estafa) para castigar estas conductas¹. Se trata

¹ Por otra parte, esta especial polémica que se plantea en España acerca de la diferenciación entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración fraudulenta regulado en el art. 295 CP dificultó la resolución

de una polémica doctrinal que no sólo introduce confusión acerca de la interpretación que debe tener el nuevo art. 295 CP, sino que hace olvidar la cuestión de la existencia de la laguna legal que se refiere a la no regulación de la administración fraudulenta con carácter general².

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros Códigos penales europeos³, en el Código penal español nunca se ha regulado un delito genérico de administración fraudulenta del patrimonio ajeno, a pesar de ser una conducta que representa una forma de ataque al bien jurídico “patrimonio” que tiene un contenido de injusto totalmente diferente al que tienen otros delitos patrimoniales, como la estafa o la apropiación indebida, a través de los cuales se han castigado en España este tipo de conductas.

Pues bien, el Tribunal Supremo español ha intentado solventar esta inexplicable laguna legal, defendiendo, ya incluso antes de ser publicado el Código penal de 1995⁴, una novedosa interpretación del delito de apropiación indebida que se regula en el art. 252 CP. Se trata de una línea jurisprudencial que comenzó a perfilar ya incluso antes de ser publicado el Código penal de 1995 y que afianzó de una manera definitiva una vez publicado el citado texto legal.

de la principal cuestión que suscita la introducción de un delito societario de administración fraudulenta: la de si existe un injusto específico que determine la necesidad de introducir un delito de administración fraudulenta circunscrito al ámbito societario. Sobre esta cuestión véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 9 y ss y 125 y ss.

- ² El contenido de injusto del delito de administración fraudulenta específico sólo puede entenderse si se delimita correctamente el contenido de injusto que tiene la conducta de administración fraudulenta en general.
- ³ Sobre el delito de administración fraudulenta regulado en el § 266 del Código penal alemán véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, 2005, 18 y ss.
- ⁴ Con la introducción por el Código penal de 1995 del delito societario de administración fraudulenta específico para el ámbito societario (art. 295 CP) el Tribunal Supremo se ve obligado a abordar la cuestión de la regulación de la administración fraudulenta en el Código penal, puesto que debe distinguir este nuevo delito regulado en el art. 295 CP del delito de administración fraudulenta que, ya con anterioridad a la publicación del nuevo Código penal, consideraba incluido en el mismo tipo (art. 535 CP de 1973) que regulaba la apropiación indebida, cuya redacción no cambió con el nuevo Código penal.

En efecto, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 224/1998, de 26 de febrero (Caso “Argentia Trust”)⁵ ⁶ resuelve la relación existente entre los delitos contenidos en los arts. 295 y 252 adoptando un punto de partida totalmente diferente al de la doctrina mayoritaria.

En estas sentencias, el referido Tribunal afianza la tesis que ya había comenzado a defender en anteriores sentencias⁷, según la cual en el art. 252 CP se contienen dos tipos independientes de diferente naturaleza: el clásico delito de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro

⁵ En esta Sentencia, el TS resuelve el recurso de casación presentado por el acusado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 1997, en la que se enjuició la transferencia de 600 millones de pesetas propiedad del Banco Español de Crédito a la sociedad Argentia Trust, domiciliada en las Islas Caimán. Según las declaraciones del condenado, dicha transferencia se realizó “como pago de unos trabajos de carácter jurídico, financiero y de marketing, con objeto de estudiar la aceptación por los mercados internacionales de una colocación privada de acciones de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto”. Sin embargo, según los hechos que resultaron probados, no consta que se hubiese realizado tal encargo, y los susodichos trabajos no aparecieron. Tampoco fue posible determinar quién estaba detrás de la referida sociedad y, además, en la contabilidad del Banco no se realizó apunte contable alguno referido a dicho pago. En dicha Sentencia, la Audiencia Nacional consideró probada la apropiación de 600 millones de pesetas y condenó al autor de los hechos por un delito de apropiación indebida (en concurso ideal con otro de falsedad en documento mercantil), interpretando el delito de apropiación indebida en el sentido que hasta entonces le venía atribuyendo la doctrina (aunque se refiere a un “nuevo” entendimiento de este delito, en realidad, hace tiempo que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia subsumen las conductas de distracción de dinero en el tipo de la apropiación indebida a pesar de que se parte de la base de que con la recepción del dinero se adquiere la propiedad. A esta cuestión me referiré *infra*).

En la Sentencia de 26 de febrero de 1998, el TS confirma la condena por apropiación indebida, pero a diferencia de la Audiencia Nacional, que consideró que la apropiación del dinero había quedado probada, el Tribunal Supremo entendió que tal apropiación no era susceptible de prueba (“esta infracción no requiere prueba de la apropiación”) porque se trataba de un supuesto no apropiatorio (a ello me refiero en lo que sigue).

⁶ Esta misma tesis es defendida por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 31 de marzo de 2000 (Caso “Banesto”).

⁷ En este sentido se pronunciaron las SSTs de 7 de marzo de 1994, 14 de marzo de 1994, 15 de noviembre de 1994, 30 de octubre de 1997 y 9 de diciembre de 1997.

(delito contra la propiedad)⁸ y un delito de infidelidad en la gestión de un patrimonio ajeno, en su modalidad de distracción *de dinero*⁹ respecto del fin legal o contractualmente impuesto (delito contra el patrimonio)¹⁰.

⁸ Pues bien, tradicionalmente la doctrina ha señalado que el comportamiento típico del delito de apropiación indebida se caracteriza por la disposición de la cosa como propia de tal modo que determine el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver (Según la opinión mayoritaria, en el seno del art. 252 CP las dos modalidades, "apropiarse" y "distracer", exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de devolver. La diferencia entre estas modalidades típicas de acción reside en que la primera de ellas va referida a actos realizados en beneficio del propio patrimonio del autor del delito, mientras que la segunda va referida a la desviación de la cosa o el dinero en beneficio de otra persona. Por consiguiente, las disposiciones abusivas de bienes sociales que no impliquen apropiación (o sea, realizadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver), tanto en beneficio propio como de tercero, constituyen actos de administración desleal. Al respecto véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia Tirant lo Blanch, 2001, p. 28). La disposición, para la que no está autorizado, implica un acto de apropiación del sujeto que dispone, siendo sólo poseedor. En este sentido véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 431. La apropiación hace referencia al acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con intención de usar o disponer de ella como dueño y con ánimo de no restituirla, por lo que se descubren dos elementos: los actos materiales realizados por el sujeto y dirigidos a la incorporación de la cosa a su patrimonio y de otro un estado de ánimo que consiste en la intención del sujeto de hacer suya la cosa (*animus rem sibi habendi*). En este sentido véase FERRER SAMA, *El delito de apropiación indebida*, Murcia, Publicaciones del seminario de Derecho penal de la Universidad de Murcia, 1945, p. 52, que estima que en el *animus rem sibi habendi* manifestado en algún acto externo, es donde reside la esencia de la apropiación.

⁹ La cursiva es mía.

¹⁰ En la doctrina, mantienen la misma opinión que el Tribunal Supremo BACIGALUPO ZAPATER, "La administración desleal en el nuevo Código penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 69, 1999, pp. 521 y ss. (*ponente de la Sentencia de 26 de febrero de 1998*); SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 71 y ss. y 118 y ss., y LA MISMA, "Consolidación de la interpretación del delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: el art. 252 del Código penal", en CANCINO MORENO, *El Derecho penal español de fin de siglo. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 342, 350-351, 354, 358-359; CHOCLÁN MONTALVO, "Acerca de la mal llamada "apropiación indebida" de dinero", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 335, 1998, pp. 2-3; ALONSO PÉREZ, *Delitos contra el patrimonio y contra*

En esta segunda hipótesis –dice el Tribunal Supremo– 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 aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*. El uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” separan claramente 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

el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Colex, 2003, p. 277; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal”, en *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada, núm. 14, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 483.

También QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 4ª ed., Atelier, 2002, pp. 344-345 y EL MISMO, “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en Conde-Pumpido Tourón, *Derecho penal económico*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 61-62, considera que en el art. 252 CP se contienen dos delitos de diferente naturaleza, aunque, en opinión del citado autor, el término que da entrada a la regulación en el art. 252 CP del delito de administración desleal (junto al tradicional delito de apropiación indebida) es el de “activos”. En opinión del citado autor, el art. 252 CP contiene, desde la reforma de 1995, dos delitos en el mismo precepto: junto a la tradicional apropiación indebida (delito contra la propiedad de cosas muebles y no sobre derechos de crédito) nace la mal llamada “apropiación de activos”, esto es la gestión desleal de la confianza depositada en un administrador no societario (por ejemplo, un API).

En contra de esta interpretación se manifiesta el resto de la doctrina. En este sentido véase MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 96-97 y 103 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del “Caso Argentia Trust” (STS 26 de febrero de 1998), en *Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales*, núm.3, 1998, pp. 136 y ss. y LA MISMA, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 (“Caso Banesto”)”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 9, 2002, pp. 258 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en *La Ley*, núm. 4680, 1998-6, D-305, 1998, pp. 2174 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, “La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Análisis crítico”, en *La Ley*, núm. 5177, 2000, pp. 1 y ss. y EL MISMO, “El caso del Banco Español de Crédito: un “banco de pruebas” para la determinación del sentido de los delitos societarios”, en *La Ley*, núm. 5614, 2002, pp. 1 y ss. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 312, nota 559, señala únicamente que se trata de una tendencia jurisprudencial sumamente ampliatoria.

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 descartar 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– Como delito contra el patrimonio y no como auténtica apropiación que requiere la expropiación correlativa, el delito de administración fraudulenta no requiere una atribución de dominio definitiva.

Desde este punto de vista dice el Tribunal Supremo¹¹ que el viejo art. 535¹² no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 CP sino por el art. 252 CP, de forma que el art. 295 ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo.

Pues bien, esta cuestión se la plantea el citado Tribunal al abordar la cuestión de la posible aplicación al caso juzgado del nuevo delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario que el legislador español introduce en el art. 295 CP¹³, debiendo resolver la problemática que plantea la relación existente entre el delito de administración fraudulenta (genérico) que se considera incluido en el art. 252 CP y el nuevo delito de administración fraudulenta contenido en el art. 295 CP. Al respecto, el Tribunal Supremo señala que tras la regulación del nuevo Código penal será inevitable que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 CP

¹¹ En lo que sigue me referiré al Tribunal Supremo porque fue el primero que adoptó esta nueva línea jurisprudencial (en la Sentencia de 26 de febrero de 1998), criticada después por la doctrina. Sin embargo, como he dicho, todos estos argumentos los comparte la Audiencia Nacional en la Sentencia de 31 de marzo de 2000 (“Caso Banesto”).

¹² Se refiere el Tribunal Supremo al delito de administración fraudulenta que ya en sentencias anteriores había considerado incluido en el art. 535 del Código penal de 1973, junto al delito de apropiación indebida.

¹³ El tenor literal del art. 295 CP es el siguiente: “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”.

y en el art. 295 CP, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los *círculos secantes*¹⁴, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Entre ambos, –dice el Tribunal Supremo– existe un concurso de normas, que debe resolverse, de acuerdo a lo que establece el art. 8.4 CP, optando por el precepto que imponga la pena más grave, es decir, por el art. 252 CP¹⁵ ¹⁶.

Sin embargo, como ha señalado la doctrina¹⁷, en esta sentencia nada se aclara en torno a la función del art. 295 CP atinente a “complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 CP” y tampoco se aclara el contenido de la esfera parcial de superposición o de concurso aparente de normas entre ambos preceptos. Por ello, para comprender la argumentación del Tribunal Supremo, algunos autores¹⁸ se remiten al trabajo que en 1999 publica BACIGALUPO ZAPATER¹⁹, uno de los magistrados que firmaron la STS de 26 de febrero de 1998 (“Caso Argentinia Trust”).

En este artículo, el citado autor²⁰ se refiere en primer lugar a la premisa de la que parte el Tribunal Supremo, es decir, la de que en el art. 252 se

¹⁴ La cursiva es mía.

¹⁵ En la Sentencia del “Caso Banesto” dice el TS que la jurisprudencia se ha decantado por resolver la concurrencia de normas que se plantea entre el art. 252 y el art. 295 aplicando la regla de la alternatividad (art. 8.4 CP), aunque también señala que dicho concurso de normas podría resolverse por la regla de la especialidad del art. 8.1 CP, en cuyo caso, la distracción del dinero del art. 252 constituiría regla especial frente a la más general del art. 295, que se refiere genéricamente a los bienes de la sociedad.

¹⁶ También aplican el principio de alternatividad las SSTS de 15 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2002.

¹⁷ En este sentido véase MORALES PRATS, “Dos cuestiones sobre delitos societarios: la frontera entre apropiación indebida y administración fraudulenta de sociedades y el ámbito incriminador de los artículos 291 y 292”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 2, 1999, pp. 54-55; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 99 y ss.

¹⁸ En este sentido véase MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 101; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, 2002, pp. 262 y ss.

¹⁹ Se trata del artículo “La administración desleal en el nuevo Código penal” publicado en *Cuadernos de Política Criminal* (nº 69/1999).

²⁰ Véase BACIGALUPO ZAPATER, “La administración desleal en el nuevo Código penal”, 1999, pp. 524-525.

contiene un tipo penal específico de administración desleal *de dinero*²¹ que es independiente del clásico tipo de la apropiación indebida, señalando que la diversidad de alternativas típicas contenidas en el art. 535 del Código penal de 1973 (que ha sido sustituido por el art. 252 del nuevo Código penal) se vincula con la especial función económica del dinero y su régimen jurídico: el dinero es una cosa fungible cuya entrega -en principio- comporta la transmisión de la propiedad, quedando el que lo recibe obligado a devolver una cantidad equivalente. Por lo tanto, en la medida en la que se adquiere la propiedad del dinero, el incumplimiento de la restitución no puede dar lugar a la apropiación de dinero ajeno (art. 1753 del Código civil).

Por otra parte, indica el citado autor que los intentos de solución dogmática no han sido satisfactorios. La explicación basada en la supuesta protección penal de “derechos de crédito”²² tiene el inconveniente de instituir una protección penal de las obligaciones civiles contractuales que, en ningún caso, es considerada justificada: una penalización de las infracciones del derecho civil supera todas las exigencias de proporcionalidad que debe guardar la pena criminal con sus presupuestos. Es claro que si el que recibe el dinero adquiere la propiedad, puede darle el destino que quiera; en el marco del derecho de propiedad ello no constituye abuso alguno; pero como administrador de una parte del patrimonio ajeno no está autorizado a lesionar el patrimonio administrado, algo diverso de la “propiedad de cosas ajenas”. Desde este punto de vista afirma el Tribunal Supremo que quien tiene poder de disponer sobre dinero ajeno por mandato, administración u otro título semejante y al ejercerlo perjudica el patrimonio administrado, responde en los términos del art. 252 CP por la *distracción del dinero*, tipo que resulta independiente del tipo de la apropiación indebida, que no es un delito contra el patrimonio, sino contra la propiedad de cosas muebles. Esta doctrina jurisprudencial –dice este autor ha sido condensada en la STS de 26 de febrero de 1998 (Caso “Argentia Trust”), en la que se recogen como precedentes las SSTS de 7 y 14 de marzo de 1994 y de 30 de octubre de 1997. En esta sentencia, el TS ha sostenido lo siguiente en relación al tipo de infidelidad contenido en la “distracción de dinero”: 1) tiene la

²¹ La cursiva es mía.

²² Cita a VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 963 y ss. y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, 1988, *passim*.

finalidad de proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador; 2) la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y no es necesario el enriquecimiento del autor; 3) no es necesario el “*animus rem sibi habendi*”, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación.

Posteriormente, se refiere este autor a la relación existente entre este delito de administración fraudulenta genérico ahora contenido en el art. 252 y el nuevo art. 295²³, realizando, al respecto, una nueva propuesta²⁴. En opinión del citado autor, no hay un concurso de normas ni es posible, en principio, un concurso ideal entre los artículos 252 y 295²⁵, puesto que se trata de tipos diversos que no se superponen. No hay concurso de normas -dice el citado autor- porque la norma que está tras los tipos que contienen los arts. 252 y 295 es en todos los casos la misma: “si eres administrador de un patrimonio no debes perjudicarlo”. *La única diferencia que existe entre la administración desleal societaria por disposición fraudulenta de bienes del art. 295 CP y la general prevista en el art. 252 estriba en el objeto de la distracción: en el delito societario se trata de bienes; en el general del art. 252, de dinero*²⁶. A su juicio, es el propio texto del art. 295 el que no incluye expresamente el dinero entre los objetos sobre los que puede recaer

²³ Véase BACIGALUPO ZAPATER, “La administración desleal en el nuevo Código penal”, 1999, pp. 530 a 533 y 536.

²⁴ Esta matización a la tesis del Tribunal Supremo (“tesis de los círculos secantes”) se ha denominado por la doctrina “tesis de la no superposición típica”. Al respecto véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, 2002, p. 263 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 97.

²⁵ Al hilo de esta cuestión propone BACIGALUPO ZAPATER, “La administración desleal en el nuevo Código penal”, 1999, pp. 530-531, una interpretación del principio de alternatividad contenido en el art. 8.4 CP, aunque aclara que la tesis que mantiene respecto a la relación existente entre el delito de administración fraudulenta genérico contenido en el art. 252 y el específico que regula el art. 295, no depende de la solución de este otro problema. En opinión de este autor, si las normas no se excluyen por alguno de los criterios expresados en los números 1, 2, y 3 del art. 8 CP, la única conclusión posible es que las normas en cuestión concurren, es decir, que ambas son aplicables y que, por lo tanto, el número 4 del art. 8 CP contiene, en realidad, un supuesto de concurso ideal en sentido estricto. El problema general consiste -dice este autor- en saber, cómo armonizar penológicamente lo establecido en el art. 8.4 con lo dispuesto por el art. 77 del mismo Código.

²⁶ La cursiva es mía.

el perjuicio, ya que sólo se limita a enunciar los “bienes, valores o capital” que se administren. Por tanto, ningún hecho se subsume íntegramente en los dos tipos a la vez y, consecuentemente, no puede haber concurso de normas.

Desde este punto de vista, concluye el autor que hay que diferenciar tres hipótesis²⁷: la disposición de dinero o activos patrimoniales de forma contraria al deber (contenida en el art. 252); y las otras dos incluidas en el art. 295, es decir, la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función de administrador, de un lado, y la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada, también con abuso de la función del administrador, mediante la celebración de negocios jurídicos, de otro.

En mi opinión, el punto de partida que adopta el Tribunal Supremo es correcto, es decir, *de lege lata*²⁸, puede considerarse que en el art. 252 se contienen dos tipos delictivos: el tradicional delito de apropiación indebida y un delito genérico de administración fraudulenta²⁹, aunque no estoy de acuerdo en que este último se refiera únicamente a la administración desleal de *dinero* ajeno.

El que recibe “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa o activo patrimonial *en administración*”³⁰ no tiene que “apropiarse” de ellos para perjudicar el patrimonio ajeno, es decir, no tiene que realizar un acto dominical *ilícito*, que consista en disponer de esos elementos patrimoniales

²⁷ Véase BACIGALUPO ZAPATER, “La administración desleal en el nuevo Código penal”, 1999, p. 531.

²⁸ *De lege ferenda*, debería regularse el delito de administración fraudulenta genérico en otro artículo diferente al que regula el delito de apropiación indebida.

²⁹ En contra de esta tesis no es un argumento convincente el de la rúbrica del título en que se ubica el art. 252 CP (“de la apropiación indebida”) porque las rúbricas de los Títulos o Capítulos del Código penal no siempre determinan cuál es el bien jurídico protegido por cada uno de los tipos delictivos (esgrimen este argumento RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, 2002, p. 267; GÓMEZ BENÍTEZ, “De nuevo: sobre la diferencia ente los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, 1998, p. 2175).

³⁰ El art. 252 CP dice “serán castigados...los que en perjuicio de otro se apropiaren o *distrajeren* dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido *en depósito, comisión, o administración* o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos...”.

como si fuera su propietario, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita, porque el administrador tiene otorgadas las mismas facultades de disposición que tiene el propietario y, por lo tanto, al ejercer dichas facultades realiza un acto dominical, en principio, *lícito*. El administrador, a través de la utilización de estas facultades de disposición en sentido contrario al fin para el que se le han otorgado (perjudicando de esta manera el patrimonio de quien le otorgó dichas facultades) puede obtener un beneficio, sin necesidad de “apropiarse” de los distintos elementos patrimoniales ni integrarlos en su patrimonio. Por ello, el legislador utiliza junto al verbo “apropiarse”, el verbo “*distraer*”. El verbo “apropiarse” se refiere a la “conducta de apropiación indebida” y el verbo “*distraer*” a la “conducta de administración fraudulenta”^{31 32}.

La única forma que tiene el poseedor que no tiene otorgadas las facultades de disposición del propietario, de obtener un beneficio

³¹ La doctrina dominante considera que en el verbo “apropiarse” tienen cabida los casos en que exista un beneficio personal, mientras que considera que en la modalidad “*distraer*”, deben incluirse los supuestos en que el beneficiado sea un tercero. En este sentido véase GÓMEZ BENÍTEZ, “De nuevo: sobre la diferencia ente los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, 1998, p. 2176, que señala que también se apropia de los bienes el que dispone de ellos entregándolos a un tercero y privando de ellos a su titular anterior. En opinión de este autor, la forma típica consistente en “apropiarse” exige la actuación en beneficio propio y, en consecuencia el *animus rem sibi habendi*, mientras que la forma “*distraer*” se refiere a los supuestos en que se beneficia a un tercero. *Apropiarse* –dice este autor– es desviar definitivamente los bienes respecto a su fin hacia el propio patrimonio; *distraer* es hacerlo hacia el patrimonio de otro; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, 2002, p. 268.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 28-29.

³² Sólo en relación a un “acto de apropiación” cabe decir que debe tratarse de una “atribución de dominio definitiva”, porque sólo “se apropia” de un bien el que lo incorpora (definitivamente) a su patrimonio con la intención de no devolverlo. Por ello, en los casos de “mero uso” del bien no hay un delito de apropiación indebida. Ello es consecuencia del carácter fragmentario del Derecho penal: para sancionar estos supuestos son suficientes los mecanismos de los que dispone el Derecho civil (art. 1902 del Código civil). Únicamente en un sentido amplio o impropio podemos decir que el administrador desleal “se apropia” e “incorpora” los beneficios obtenidos a su patrimonio. Lo característico de la administración fraudulenta es que esa “incorporación” es difícilmente demostrable porque, precisamente, las competencias que le otorga el cargo que desempeña le permiten ocultar bajo la apariencia de legalidad la realización de acciones que le proporcionan un beneficio personal a costa del perjuicio del patrimonio administrado.

perjudicando de esta manera el patrimonio ajeno, es “incorporarla” a su patrimonio, para así usar o disponer de ella como dueño. Por el contrario, el sujeto que ya tiene, lícitamente, las mismas facultades que el propietario, *no necesita realizar un acto de incorporación del bien a su patrimonio*. Por ello, en este último caso el comportamiento que perjudica al patrimonio ajeno debe ser, necesariamente diferente: el perjuicio patrimonial se lleva a cabo *mediante el abuso de las facultades de disposición que tiene concedidas el sujeto activo*. Si los elementos que debe abarcar el dolo son distintos, lo injusto específico de ambas conductas debe ser, necesariamente, diferente y, desde este punto de vista, puede afirmarse que en el art. 252 CP se contienen dos tipos delictivos de diferente naturaleza: un tipo de apropiación indebida y un tipo de administración fraudulenta.

Lo único que tienen en común ambos tipos delictivos es el elemento subjetivo del ánimo de lucro³³, es decir, la intención de obtener un beneficio patrimonial a costa del perjuicio al patrimonio ajeno. La diferencia, repito, entre ambos tipos reside en la forma de ataque al bien jurídico “patrimonio”: en el caso de la apropiación indebida la lesión del bien jurídico se produce mediante la apropiación de la cosa, es decir, mediante la realización de un acto dominical ilícito, y en el caso de la administración fraudulenta mediante el abuso de las facultades dominicales que lícitamente tiene otorgadas el sujeto activo.

En el caso de que el elemento patrimonial entregado sea dinero, todavía es más claro que en relación a otros elementos patrimoniales, que el que lo recibe no necesita “apropiarse” de él, es decir, no tiene que realizar un acto dominical ilícito de incorporación del bien a su patrimonio para perjudicar el patrimonio de quien se lo entrega, puesto que, como reconoce toda la doctrina, la entrega de este elemento patrimonial transmite jurídicamente la propiedad. Ello lo ha deducido tradicionalmente la doctrina del art. 1753 CC, que afirma que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad. De ahí, efectivamente, no puede deducirse, como señalan los detractores de la tesis que el Tribunal Supremo mantiene en la Sentencia de 26 de febrero de 1998, que cualquiera que recibe dinero,

³³ Se trata, por otra parte, de un elemento común a la mayoría de los delitos patrimoniales.

por cualquier título, se convierta en propietario³⁴. En mi opinión, lo único que cabe deducir de este artículo es que *el que recibe dinero no necesita realizar “un acto de apropiación”*, pero no que se convierta en *legítimo* titular de esa cantidad. El que recibe dinero en préstamo está obligado a devolverlo y si no lo hace no es el legítimo titular. Por ello, el prestamista puede reclamarle. De igual modo, el que recibe una cantidad de dinero para destinarlo a un fin determinado e incumple esa obligación no puede ser su legítimo propietario. Por ello, más propiamente, podría decirse que la entrega del dinero transmite las *facultades dominicales*.

El que recibe dinero para realizar funciones de administración o para destinarlo a un fin determinado, igual que el que tiene otorgadas facultades para disponer de un bien mueble o inmueble³⁵, tiene el más absoluto dominio sobre el bien jurídico “patrimonio”³⁶ porque puede perjudicarlo “desde dentro”³⁷, es decir, puede perjudicarlo utilizando las mismas facultades de disposición que tiene el propietario, lo que determina que *la víctima se encuentre en una posición de especial indefensión*.

Si el Derecho penal debe intervenir en los supuestos de distracción de dinero respecto del fin legal o contractualmente impuesto no es para

³⁴ En este sentido véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, 2002, p. 264; FERNÁNDEZ TERUELO, “La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida”, 2000. p. 2.

³⁵ Uno de estos supuestos es el de la entrega de dinero para la construcción de una vivienda. El que recibe el dinero no es un administrador en sentido estricto, es decir, no es así calificado por la ley, pero sí que esta obligado a darle al dinero el fin para el cual se le entregó y, en este sentido, puede decirse que tiene que “administrarlo” correctamente. También en este caso, aunque en un sentido amplio, podemos decir que se trata de una “acción de administración fraudulenta”.

Sobre la polémica doctrinal y jurisprudencial que surge en torno al supuesto de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas véase CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 332 y ss.

³⁶ Como señala SCHÜNEMANN, “§ 266 (Untreue)”, en *StGB. Leipziger Kommentar*, nm. 57, p. 58, y nm. 20, 27. Lieferung, 11. Auflage, 1998, p. 30, tanto en el tipo de abuso como en el tipo de deslealtad del § 266 StGB, se castiga la lesión del patrimonio ajeno por medio del ejercicio de una posición de dominio (“desde dentro”, que sólo es posible por medio de una posición de poder ya existente).

³⁷ Véase SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, p. 16 (“Untreue ist die vorsätzliche Schädigung von innen heraus”).

proteger el derecho de crédito³⁸ (de ello debe ocuparse el Derecho civil)³⁹ sino por la existencia de un contenido de injusto que, por su gravedad, determina la intervención del Derecho penal. Como hemos visto, lo injusto específico del delito de administración fraudulenta está constituido por la realización de conductas propias de la esfera de dominio que sobre el patrimonio ajeno tiene el sujeto que ostenta las mismas facultades de disposición que el propietario.

Cuando la entrega del dinero tiene su origen en el desarrollo por parte de quien lo recibe de una determinada función, necesaria para el desarrollo del sistema, a este contenido de injusto se añade otro adicional. Así ocurre, por ejemplo, cuando el que recibe el dinero es una entidad de crédito⁴⁰. Tampoco en este caso el Derecho penal interviene para tutelar el derecho de crédito que tienen los depositantes respecto de la entidad, sino para castigar las conductas de administración fraudulenta del patrimonio social, que está integrado, entre otros elementos patrimoniales, por los fondos del público

³⁸ Un sector doctrinal mantiene que en el caso de que el objeto material de la acción sea dinero o cualquier otro bien fungible, el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es el derecho de crédito. En ese sentido véase PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ (director), *Compendio de Derecho penal* (Parte especial), Volumen II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pp. 480-481; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 468; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, pp. 222 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, Barcelona, PPU, 1994, pp. 100 y ss.

³⁹ Por este motivo el Derecho penal no interviene para tutelar, por ejemplo, el derecho de crédito que tiene el prestamista. Como ha señalado SCHÜNEMANN, LEIPZIGER KOMMENTAR, nm. 57, pp. 58-59, debe ser trazado un límite entre la administración fraudulenta y las meras relaciones de intercambio a través del criterio del círculo de funciones aceptado en beneficio del propietario del patrimonio.

⁴⁰ Como es sabido, el depósito irregular se caracteriza por la transmisión de la propiedad de los bienes fungibles depositados (fundamentalmente, el dinero, puesto que éste es el bien fungible por antonomasia) y por la consecuente obligación de devolver sólo el *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. En la práctica estos singulares depósitos suelen ser de numerario y constituirse en entidades especializadas en recibirlos (Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito). Al respecto véase URÍA/ MENÉNDEZ/ CORTÉS, en Uría/ Menéndez y otros, *Curso de Derecho mercantil II*, Madrid, Civitas, 2001, p. 303.

inversor. Como señala la doctrina mercantil⁴¹, el carácter *sui generis* del depósito irregular reside en la inexcusable exigencia de administrar *el propio patrimonio* en forma que los depositantes puedan disponer del *tantundem*. Como hemos visto, la sociedad administra *su propio patrimonio* por medio de sus administradores que tienen un deber de diligencia, fidelidad y lealtad con la propia sociedad (arts. 127, 127 bis, y 127 ter LSA). Pues bien, en la medida en que éstos pueden perjudicar el patrimonio de la sociedad para obtener su propio beneficio y, de esta manera, perjudicar indirectamente a sujetos, como por ejemplo los depositantes, que tienen un derecho de crédito contra la sociedad, debe intervenir el Derecho penal y debe hacerlo, no sólo para proteger el patrimonio de la sociedad (ello implica la protección del bien jurídico individual “patrimonio”), sino también de los sujetos cuyos intereses confluyen en torno al citado patrimonio, así como para favorecer la participación de los individuos en el mercado crediticio, lo que implica la necesidad de tutelar un bien jurídico colectivo⁴², que puede delimitarse como “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico”⁴³.

Pues bien, la tutela de este bien jurídico colectivo justifica la introducción de un tipo de administración fraudulenta *específico*, que en nuestro Ordenamiento Jurídico se contiene en el art. 295 CP⁴⁴. Pero lo que ahora trato de poner de relieve es que, de no existir un tipo específico de administración fraudulenta *de sociedades*, la protección de los depositarios de entidades de crédito se llevaría a cabo igualmente mediante la tutela del patrimonio de la entidad que recibe este dinero, a través del tipo genérico

⁴¹ Al respecto véase CORTÉS, en URÍA/ MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil II*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 538-539.

⁴² Sobre el concepto de “bien jurídico colectivo” véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el Derecho societario de administración fraudulenta*, pp. 35 y ss.

⁴³ Sobre el bien jurídico “permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico” véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el Derecho societario de administración fraudulenta*, pp. 125 y ss.

⁴⁴ Sobre la interpretación del delito societario de administración fraudulenta regulado en el art. 295 CP y su relación con el delito genérico de administración fraudulenta que se contiene junto al tradicional delito de apropiación indebida en el art. 252 CP, véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el Derecho societario de administración fraudulenta*, pp. 219 y ss.

de administración fraudulenta, que en nuestro Ordenamiento jurídico se contiene en el art. 252 CP (“...que hayan recibido... en administración⁴⁵”).

Así pues, en mi opinión, el tradicional tipo de apropiación indebida que se contiene en el art. 252 CP se ha de aplicar en los supuestos de depósito regular, comisión, y cualquier otro título que no dé lugar al traslado de la propiedad, en el sentido referido, es decir, el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida debe reservarse para los supuestos en que el sujeto activo tiene que realizar “un acto de apropiación” para lesionar el patrimonio ajeno. Este tipo delictivo está contenido, por lo tanto, en el inciso “...se apropiaren... en depósito, comisión... o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos”. Por su parte, el tipo delictivo de la administración desleal se contiene en el inciso “...distrajeran ...en ...administración”. Se trata, por tanto, de una interpretación que se desarrolla en el marco del estricto tenor literal, por lo que, de ninguna forma, puede ser contraria al principio de legalidad, como afirma la doctrina mayoritaria⁴⁶.

De lege ferenda, estos tipos delictivos deberían regularse en dos artículos diferentes. El delito de apropiación indebida debería tener un ámbito reducido a la apropiación de bienes muebles que el autor posea por un título que no transmita jurídicamente la propiedad. Por otra parte, el delito genérico de administración fraudulenta debería castigarse con una mayor pena que la apropiación indebida, puesto que se trata de una

⁴⁵ El depósito administrado puede entenderse incluido tanto en la referencia al “depósito” como en la referencia a la “administración”.

⁴⁶ Consideran que la inclusión de un delito de administración fraudulenta en el art. 252 CP, junto a tradicional delito de apropiación indebida es contraria al principio de legalidad, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta y Derecho penal*, 2002, p. 264; QUERALT JIMÉNEZ, *Parte especial*, p. 344; FERNÁNDEZ TERUELO, *La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida*, 2000, pp. 1, 2 y 7; FERRÉ OLIVÉ, “La administración social fraudulenta (art. 295 del Código penal), en GALÁN CORONA/ GARCÍA CRUCES (coordinadores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, 1999, pp. 133-134, que señala que la ampliación, por vía interpretativa, del delito de apropiación indebida a todo supuesto de distracción del dinero administrado puede ser una solución correcta desde la perspectiva político criminal, aunque debe tenerse en cuenta que dicha ampliación podría afectar directamente el principio de legalidad penal y la prohibición de la analogía.

conducta más grave⁴⁷.

Entre ambos delitos, por supuesto, no se plantearía ningún concurso de leyes, al igual, por ejemplo, que no se plantea entre el hurto y la estafa, entre la estafa y la apropiación indebida o entre la apropiación indebida y el hurto. Se trata de tipos delictivos con un contenido de injusto totalmente diferenciado.

Pues bien, una vez que se llega a la conclusión de que en el art. 252 CP se castigan dos conductas con diferente contenido de injusto, está claro que la conducta de administración fraudulenta puede tener como objeto⁴⁸ cualquiera de los elementos patrimoniales a los que hace referencia el precepto: dinero, efectos, valores⁴⁹, o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial⁵⁰, mientras que la conducta de apropiación indebida sólo puede referirse a las cosas muebles. Sólo cuando el “dinero” o el “valor” se reciba como una “cosa mueble” podrá ser objeto de la conducta de apropiación

⁴⁷ En el Código penal alemán el tipo agravado de la apropiación indebida, que se aplica cuando concurre abuso de confianza (§ 246.2 StGB), y el delito (genérico) de administración fraudulenta (§ 266 StGB), están castigados con la misma pena: prisión de hasta cinco años o multa.

La relación concursal entre ambos tipos ha sido discutida en la doctrina alemana, debido, fundamentalmente a la gran amplitud del delito de *Untreue* (amplitud, que, como vimos, ha sido muy criticada por la doctrina, hasta el punto de calificarlo de inconstitucional). Por ello, dichas conclusiones no se pueden trasladar a nuestro Ordenamiento jurídico.

En relación a la diferenciación entre ambos tipos penales, merece ser destacado el criterio que ofrece SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, nm. 57, pp. 58-59. En opinión de este autor, las relaciones de dominio que se limitan esencialmente a las relaciones con las cosas deben ser abarcadas penalmente por medio del delito de apropiación indebida en su forma cualificada de “*Veruntreuung*” (párrafo segundo del § 246 StGB) y por medio del tipo de daños (§ 303 StGB). Por el contrario, para aplicar el tipo de deslealtad del § 266 StGB, hay que exigir una posición del autor que sobrepase las funciones unidas a las cosas y contenga elementos más amplios del cuidado del negocio, de la administración o conceptos semejantes. Además, debe ser trazado un límite con las meras relaciones de intercambio a través del criterio del círculo de funciones aceptado en beneficio del propietario del patrimonio.

⁴⁸ Me refiero al “objeto de la acción”.

⁴⁹ Los términos “efectos” y “valores” se refieren al supuesto del depósito administrado, que en mi opinión, también debe incluirse en el término “administración”, en el que se contiene el tipo de administración fraudulenta.

⁵⁰ En el término “activo patrimonial” pueden incluirse, en mi opinión los bienes inmuebles.

indebida⁵¹.

El administrador tiene las mismas facultades de disposición del propietario no sólo sobre el dinero que recibe para destinarlo al ejercicio de la función de administrar sino también sobre el resto de los elementos patrimoniales que integran el patrimonio del administrado. El administrador puede abusar del cargo, es decir, puede obtener su propio beneficio o el de un tercero perjudicando el patrimonio que administra, ordenando, por ejemplo, un pago sin causa a un tercero⁵², utilizando el dinero que forma parte del patrimonio administrado para comprar un bien (a otra persona o entidad a él vinculada) a un precio superior al de mercado o vendiendo un bien (mueble o inmueble) por un precio inferior al de mercado (a una persona o entidad a él vinculada). En los dos primeros ejemplos, el objeto de la acción es el dinero, mientras que en el último ejemplo el objeto de la acción es un bien.

Por todo ello, no es posible mantener, como hace BACIGALUPO ZAPATER⁵³, que la administración fraudulenta de dinero se castiga a través del art. 252 CP y la apropiación de bienes a través del art. 295. Ambos elementos patrimoniales (el dinero y los bienes) pueden ser el objeto de la acción tanto en el delito de administración fraudulenta genérico regulado en el art. 252 CP como en el delito de administración fraudulenta específico regulado en el art. 295 CP. La diferencia entre ambos delitos es, como he señalado a lo largo de la exposición, que en el art. 295 CP el perjuicio al patrimonio de la sociedad es el resultado empírico que identifica la afección del bien jurídico colectivo “permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico”, mientras que en el art. 252 CP ese mismo resultado identifica la afección

⁵¹ Por ejemplo, el sujeto se apropia de un maletín que contiene 12.000 euros.

⁵² Esto es lo que ocurre en el caso “Argentia Trust”, así como en el “Caso Banesto” en el supuesto que se denomina “Retirada de Caja de 300 millones”. El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, respectivamente, califican esta conducta como un “delito de apropiación indebida”, aunque con ello se refieren al delito de administración desleal que consideran regulado en el art. 252 CP.

Por el contrario, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del caso “Argentia Trust”*, 1998, pp. 135 y ss.; LA MISMA, *Administración societaria fraudulenta y Derecho penal*, 2002, pp. 267 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 111-112, consideran que en los casos citados nos encontramos ante una conducta de auténtica apropiación, en el sentido tradicional que se otorga al delito de apropiación indebida.

⁵³ Como es bien sabido, el citado autor fue ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998 (caso “Argentia Trust”).

del bien jurídico individual “patrimonio”.

Por último, en contra de la interpretación que realiza BACIGALUPO acerca de la relación existente entre el art. 295 y el art. 252, cabe objetar que el contenido de injusto que pueda justificar la introducción de un delito específico de administración fraudulenta para el ámbito de las sociedades mercantiles no puede estar delimitado por el objeto de la acción: los bienes de la sociedad. Si hay algún contenido de injusto específico que justifique la introducción de este tipo⁵⁴, lo tendrá igual la administración fraudulenta de los “bienes” de la sociedad que la administración fraudulenta del “dinero” de ésta. El mismo perjuicio al patrimonio social existe cuando el administrador enajena, a una empresa por él controlada, un bien inmueble por un valor de 60.000 euros, cuando su valor real son 600.000, que si realiza, sin causa alguna, una transferencia bancaria de 540.000 euros a la cuenta de un amigo suyo. El núcleo de lo injusto del delito de administración fraudulenta es, como he señalado, “el abuso del cargo”, es decir, el abuso de las facultades de disposición sobre el patrimonio ajeno que tiene concedidas el administrador, de tal modo que, si se da esta condición de mayor vulneración del bien jurídico, el objeto sobre el que recae esta acción es irrelevante para determinar el contenido de lo injusto de este delito.

Como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵⁵, no hay forma de justificar, desde una *interpretación teleológica*, por qué la administración fraudulenta de bienes es menos grave que la de dinero⁵⁶. Por otra parte, la exclusión del ámbito del art. 295 del “dinero” como objeto de

⁵⁴ Sobre el contenido de injusto del delito societario de administración fraudulenta véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 9 y ss y 125 y ss.

⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, pp. 105 y 106. Estos argumentos han sido también acogidos por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Administración societaria fraudulenta y Derecho penal”, 2002, p. 265.

Comparto, pues, los argumentos que la doctrina mayoritaria ha esgrimido para criticar la tesis de BACIGALUPO, en la parte que se refiere a que la administración fraudulenta de dinero se castiga mediante el art. 252 y la disposición fraudulenta de bienes se castiga mediante el art. 295.

⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se refiere a la diferencia penológica que antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2003 existía entre el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. Sobre esta cuestión véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 219 y ss.

la administración fraudulenta carece de todo apoyo en la *interpretación gramatical* porque de la no mención explícita de la palabra “dinero” en el art. 295 no puede deducirse argumento alguno, desde el momento en que el tipo emplea palabras que poseen exactamente la misma significación que el vocablo “dinero”, como son los vocablos “bienes” y “capital”⁵⁷. Por último, tampoco puede hallar respaldo en una *interpretación lógico-sistemática*, dado que cuando el legislador penal utiliza la palabra “bienes” en otros delitos de contenido patrimonial (como los contenidos en los art. 257 y 301 CP), se interpreta unánimemente que en la misma queda incluido el dinero.

La respuesta que da BACIGALUPO⁵⁸ a la cuestión de por qué es menos grave la administración fraudulenta de bienes que la de dinero, no me parece convincente. Señala el citado autor que en el supuesto de la disposición de dinero, tal disposición significa en todo caso la pérdida de la propiedad del mismo y la producción inmediata del perjuicio, mientras que en los supuestos del art. 295 CP ello no es necesariamente así. En su opinión, es altamente posible que se produzcan daños de menor intensidad que los que cabe esperar en los casos del art. 252 CP y, ante la gran diversidad de la gravedad de los posibles resultados, no es inexplicable que el legislador haya pensado en adecuar el marco penal a casos en los que cabe imaginar la posibilidad de una reducida gravedad del perjuicio. Pues bien, esta argumentación no puede aceptarse porque una vez que se produce el perjuicio *típico del delito de administración fraudulenta*⁵⁹ (y

⁵⁷ En este sentido señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 105 y nota 189, que la palabra “bienes”, utilizada en plural, en la acepción del Diccionario de la RAE que aquí interesa equivale a “hacienda, riqueza, caudal” y, por su parte, “caudal” significa “hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente, dinero”. Asimismo, el término “capital”, en la acepción genérica que aquí importa, equivale igualmente a “hacienda, caudal, patrimonio” y, a mayor abundamiento, en la acepción específica que sería de aplicación en el art. 295, la de “capital social”, el significado es el de “conjunto de sumas o de los bienes valorados que los socios de una sociedad aportan a ésta, para desarrollar su actividad lucrativa y responder de sus obligaciones”. Al respecto véase también FERNÁNDEZ TERUELO, “La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida”, 2000, p. 6.

⁵⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *La administración desleal en el nuevo Código penal*, 1999, p. 532.

⁵⁹ La cursiva es mía.

éste –en opinión del autor citado– se produce tanto si el autor dispone de dinero como si dispone de bienes⁶⁰), las consecuencias posteriores no afectan a la responsabilidad penal, sino a la responsabilidad civil. En la eventualidad de que se encontrasen los bienes (muebles) nos encontraríamos ante un supuesto de restitución (art. 111 CP). En cambio, aunque se encuentre el dinero no podemos hablar de “restitución” en sentido estricto, porque el sujeto activo del delito no está obligado a “restituir el mismo bien”, dado que, por su propia naturaleza, se trata de un bien fungible (está obligado a “devolver otro tanto”), por lo que en este caso procede la “indemnización de daños y perjuicios” (art. 113 CP). Si por el contrario, no aparece ni rastro ni del dinero ni de los bienes, la consecuencia sería, en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios⁶¹.

Esta interpretación acerca de la relación existente entre el delito de administración fraudulenta genérico que considera incluido en el art. 252 CP y el nuevo delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario, según la cual entre ambos tipos delictivos se plantea un concurso de leyes que se resuelve, por aplicación del principio de alternatividad, a favor de la aplicación del art. 252, la mantiene el Tribunal Supremo en posteriores sentencias, como la de 15 de diciembre de 2000, 16 de febrero de 2001, 29 de mayo de 2001, 11 de junio de 2001, 27 de noviembre de 2001 y 31 de enero de 2002.

Sin embargo, en la Sentencia de 29 de julio de 2002 (“Caso Banesto”), el Tribunal Supremo rompe de modo absoluto con el criterio interpretativo construido en su propia resolución de 26 de febrero de 1998 (“Caso Argentina Trust”)⁶² acerca de la relación existente entre el delito regulado

⁶⁰ Esta argumentación es también criticada por MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, 2001, p. 106 y nota 191 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Administración societaria fraudulenta y Derecho penal*, 2002, p. 265, que señalan que esta argumentación es incompatible con los propios planteamientos del autor, que anteriormente había afirmado que la pérdida de la propiedad se produce no en el momento de la administración, sino en un momento anterior: el de la entrega, aunque no existe actuación ilegítima alguna. Si esto es así, parece imposible que ese efecto jurídico que se deriva automáticamente de la cualidad jurídica del dinero constituya el perjuicio típico.

⁶¹ Sobre el contenido de la responsabilidad civil en el delito de administración fraudulenta se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de julio de 2002 (“Caso Banesto”).

⁶² El criterio interpretativo defendido por el Tribunal Supremo en la sentencia de

en el art. 252 y el delito societario de administración fraudulenta tipificado en el art. 295 CP: adhiriéndose a la metáfora de los círculos (a la que el propio Tribunal Supremo había acudido en la Sentencia de 26 de febrero de 1998) estima ahora dicho Tribunal 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*⁶³, con lo que quiere expresar, como luego dice expresamente, que se trata de figuras delictivas diferentes, que no plantean problemas de concurso de normas. Para ello, el citado Tribunal atribuye al delito de administración desleal el siguiente contenido de injusto, menos grave, que el de la apropiación indebida: en su opinión, el 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 –dice el Tribunal Supremo– “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 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 proporcionado beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida”.

Por otra parte, a la vez que se ocupa de distinguir el tradicional delito de apropiación indebida regulado en el art. 252 CP del nuevo delito societario de administración fraudulenta regulado en el art. 295 CP, el Tribunal Supremo delimita el contenido del delito de apropiación

26 de febrero de 1998 es el acogido por la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, frente a la cual se pronuncia.

⁶³ La cursiva es mía.

indebida, atribuyéndole de nuevo el sentido que tradicionalmente había tenido, es decir, acoge la tesis de la opinión mayoritaria en contra de la existencia en el art. 252 CP de dos tipos delictivos de diferente naturaleza (el tradicional delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal de dinero ajeno): “Cuando el administrador, prevaliéndose 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”⁶⁴. De esta manera, concluye: “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 lo anteriormente expuesto, afirma el TS 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. En opinión del Tribunal Supremo, 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 infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen el art. 127 LSA y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad⁶⁵. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del

⁶⁴ Unas páginas más adelante el TS afirma lo siguiente: “hemos de insistir que una cosa es la maniobra apropiatoria, realizada a través del apoderamiento físico y material de la cosa mueble o de la distracción del dinero, en provecho propio y exclusivo del autor material de ambas conductas y otra distinta la gestión o comportamiento desleal, a través de actividades fraudulentas o negocios perjudiciales que van en detrimento de los componentes de la sociedad y que se consuman, sin necesidad de que exista acreditado un beneficio económico para su autor, que proceda de los bienes de la sociedad, siendo suficiente con que se constate el perjuicio económico a las personas que se describen en el art. 295 CP”.

⁶⁵ Tras la reforma de la LSA que ha llevado a cabo la Ley 26/2003, de 17 de julio, el deber de diligencia se regula en el art. 127, el deber de lealtad en el art. 127 ter, y además, en el art. 127 bis se regula el deber de fidelidad.

perjuicio económicamente evaluado”⁶⁶.

En mi opinión, los argumentos expuestos en esta sentencia no pueden ser admitidos. Al respecto, reitero los argumentos ya expuestos en contra de la interpretación del delito societario de administración fraudulenta como un delito menos grave que el de apropiación indebida y añadido que del tenor de esta sentencia parece deducirse que lo que protege el delito de administración fraudulenta regulado en el art. 295 son “los deberes de lealtad y fidelidad”. Éstos deberes, como desde hace tiempo pone de relieve la doctrina alemana mayoritaria⁶⁷, no pueden ser el objeto de protección. El abuso del cargo, con infracción de los citados deberes, no es más que el medio, especialmente peligroso, de que dispone el administrador para lesionar el patrimonio ajeno⁶⁸. Por otra parte, si, como señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, el reproche penal consiste en “actuar con deslealtad, siendo infiel a las obligaciones que como administrador le exige la LSA”, no hay forma de diferenciar qué es lo que determina la mayor gravedad que justifica la intervención penal⁶⁹. En mi opinión, el patrimonio

⁶⁶ Como señala FERNÁNDEZ TERUELO, “El caso del Banco Español de Crédito”, 2002, p. 7, la sentencia es inconsecuente con la tesis que defiende. Aunque el Tribunal Supremo afirma que para castigar por apropiación indebida es indispensable probar la apropiación o incorporación patrimonial, no rectifica ninguna de las resoluciones de la Audiencia, sino que condena por apropiación indebida en un supuesto (“Retirada de caja de 300 millones”) en que la Audiencia Nacional (Sentencia de 31 de marzo de 2000) había absuelto al imputado (por entender prescrito el delito), pese a que sólo podía existir tal delito en base a una construcción que ahora se rechaza y además dicha condena se lleva a cabo (nuevamente) sin explicar cuál ha sido la fórmula de subsunción.

⁶⁷ La doctrina alemana mayoritaria considera que el bien jurídico protegido por el delito de *Untreue* (§ 266 StGB) es el patrimonio y no los deberes de lealtad y fidelidad. Al respecto véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 18 y ss.

⁶⁸ Sobre “el abuso del cargo” como elemento típico que describe la relación de dominio social sobre el bien jurídico véase MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, pp. 263 y ss.

⁶⁹ En páginas anteriores el TS diferencia (aunque no lo dice expresamente) el delito de administración fraudulenta de las conductas que deben sancionarse por otros sectores del Ordenamiento jurídico cuando señala que el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal “si 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”.