



EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y SU DELIMITACIÓN CON EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DEL ART. 252 CP

Trabajo Fin de Grado de Derecho, 2014-2015

Asignatura: Derecho Penal Económico

Alumna: Elena Villalba Prieto

NIUB: 14775014

Tutor: José-Ignacio Gallego Soler

Profesor titular de la Universidad de Barcelona.

Facultad de derecho.

SUMARIO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1.- INTERPRETACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTORICA DE LOS DELITOS.....	6
A) Administración desleal.	6
B) Apropiación indebida.....	7
CAPÍTULO 2.- LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	10
A) Regulación en el CP español.	10
B) Bien jurídico protegido y sujeto pasivo.....	11
C) El sujeto activo o autor.....	13
D) Objeto material.....	15
E) Conducta o acción típica.	18
1) Abuso de las funciones propias del cargo.	18
2) Disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad.	19
3) Contraer obligaciones a cargo de la Sociedad.....	20
4) Perjuicio económico directo y evaluable.	20
a) Relación de causalidad.	21
b) El lucro cesante ¿perjuicio directo?	21
F) Comisión por omisión.....	23
G) Parte subjetiva del tipo: el dolo.	24
H) Pena.....	25
CAPÍTULO 3.- LA APROPIACIÓN INDEBIDA.....	27
A) Regulación en el CP español.	27
B) Bien jurídico protegido.....	27
1) Doctrina del acto de apoderamiento.	28

2) Doctrina del acto defraudatorio.	28
C) Objeto material.	29
D) Sujetos del delito.	29
E) Tipo objetivo.	30
F) Elementos subjetivos del tipo: dolo de apropiación.	32
G) Pena.....	33
CAPÍTULO 4.- CONCURSO Y DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE AMBAS FIGURAS	34
CAPÍTULO 5.- ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CP DE 1995	42
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	48
WEBGRAFÍA	51
JURISPRUDENCIA.....	53

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
Cap.	Capítulo.
CC	Código Civil Español.
CP	Código Penal.
ed.	Edición.
etc.	Etcétera.
Ibid.	<i>Ibidem</i> (mismo autor citado en la nota anterior).
ICAB	Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.
L.O.	Ley Orgánica.
nº	Número.
op. cit.,	<i>Opus citatum</i> (obra citada).
p.	Página.
pp.	Páginas.
p.ej.	Por ejemplo.
S.L.	Sociedad Limitada.
ss.	Siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
Vid.	<i>Viden</i> (véase).
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años han saltado a la luz pública ciertos escándalos financieros realizados al amparo y bajo la estructura del marco empresarial, que han motivado una creciente atención de Tribunales, juristas y medios de comunicación. Es sin más este incremento de actuaciones vergonzosas y la problemática con la que se tropieza la jurisprudencia para aplicar los delitos patrimoniales clásicos –como la estafa o la apropiación indebida– a estas conductas desleales lo que ha motivado la elección y realización de este Proyecto Final de Grado.

Desde su creación hasta la actualidad el delito del art. 295 CP denominado «*administración desleal*» ha presentado problemas a la hora de diferenciarlo y delimitarlo del delito de apropiación indebida contenido en el art. 252 CP. A este problema intento dar respuesta en el conjunto global del trabajo, partiendo del estudio individualizado de cada delito, centrándome más en el delito de administración desleal, examinando sus antecedentes históricos, su regulación en el Código Penal de 1995, el bien jurídico protegido, las conductas típicas, su repercusión punitiva y, por supuesto, analizando las distintas soluciones y tratamientos ofrecidos por la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo a la problemática concursal de ambos delitos, donde se ha optado a fecha de hoy por la separación normativa de conceptos, abandonando de esta forma, la teoría de círculos secantes que mantenía el Alto Tribunal desde principios de 1994. Asimismo hago una breve referencia al Proyecto de reforma del Código Penal de 1995 que tuvo lugar en 2013 pues modifica aspectos importantes de las dos figuras delictuales.

Para ello, me he valido de la ayuda de diversos manuales y obras enunciados en la bibliografía obtenidos de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, de la Biblioteca de la Universidad Pompeu Fabra y de la Biblioteca del ICAB. También he consultado diferentes artículos extraídos de internet y sobretodo he utilizado el Buscador de Jurisprudencia CENDOJ para poder realizar el análisis jurisprudencial pertinente.

Sin mayores pretensiones, este trabajo busca ordenar mis ideas con la finalidad de comprender la problemática, completamente desconocida para mí hasta ahora, generada sobre el delito de administración desleal.

CAPÍTULO 1.- INTERPRETACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS

A) Administración desleal.

Tal y como dice BACIGALUPO ZAPATER¹, el delito de administración desleal ha sido incorporado a nuestro Derecho de manera tardía y técnicamente errada, aunque cierto es que en nuestro Derecho histórico el *falsum*, que se regulaba en la Setena Partida, Título VII, tenía tal amplitud que podía alcanzar a supuestos de administración desleal, dado que se consideraba que «*las falsedades de los omes facen [...] son muy llegadas a la traycion*» y trataba un supuesto muy cercano a la administración fraudulenta al referirse a la prevaricación del abogado, «*que aperciesse ala otra parte contra quien razonaua a daño de la suya, mostrando le las cartas, o las proridades de los pleitos que el razonaua*». Por otro lado, en la Ley 8, Título III se preveía el caso del que niega haber recibido la cosa en depósito.

En general es posible pensar que del *falsum* se han desprendido el *derecho a no ser engañado*, que está en la estafa y en los delitos de falsedad documental, y el *derecho a la lealtad*, que es el soporte de las defraudaciones y especialmente de la administración desleal.

Posteriormente, la codificación de 1848 se limitó a la regulación de la apropiación indebida, construida como un delito de apropiación de cosas recibidas en confianza y de distracción de dinero recibido en administración. No recogió los arts. 773 y 774 del CP de 1822, que describían las infidelidades del tutor, curador o albacea que «*se apropiare, malversare o disipare fraudulentamente alguno de los bienes del pupilo, menor o demente o de la testamentaria que tuviese a su cargo*».

Es interesante comprobar que desde los orígenes de la codificación penal española en 1822 la figura designada como apropiación indebida ha distinguido siempre dos acciones diferentes: la apropiación de cosas muebles, en sentido estricto, y la distracción de dinero ajeno. Los Códigos de 1848 y 1850 fueron

¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

duramente criticados pues se debería haber procedido a una separación clara de la apropiación de cosas (muebles) como delito de apropiación indebida y de la administración desleal de dinero que estaba implícita en la «*distracción de dinero*», elaborando un tipo de administración desleal no referido al símbolo de los valores patrimoniales, el dinero, sino al patrimonio como entidad jurídica. Este problema de fondo tampoco fue comprendido por el Código de 1870.

La falta de rigor en el tratamiento de estos conflictos tenía también reflejo en el Código de 1944 donde la apropiación indebida era considerada como una variedad de la estafa y, en particular, una forma de engaño *a posteriori*.

No fue hasta los Proyectos de 1980, 1983 y 1992 que se introdujo un tipo específico de administración desleal como delito societario y, en la actualidad, la configuración de este hecho delictivo la encontramos en el art. 295 del Código Penal de 1995.

Como dato interesante a conocer hay que decir que la reforma realizada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal no introdujo finalmente modificación alguna en este delito, pese a que el Proyecto de Ley Orgánica, de 15 de enero de 2007, en el que se quería modificar la L.O. 10/1995 llevaba a cabo un profundo cambio en la tipificación de la administración desleal del patrimonio ajeno. En dicho Proyecto se proponía la creación de una figura genérica de «*administración fraudulenta*», en un nuevo art. 254 bis, sin perjuicio de mantener la figura específica en el art. 295, eso sí, caracterizada como un puro delito societario, en el que lo que se tipificaba era la gestión (y no la administración) fraudulenta de un socio.

B) Apropiación indebida.

La interpretación histórica del delito de apropiación indebida indica que nos encontramos ante un comportamiento delictivo cuya punibilidad aparece vinculada, en su origen, con el delito de hurto.

Sin embargo, ante la necesidad de diferenciarlos ulteriormente, las sucesivas etapas legislativas trataron de individualizar un tipo penal específico para la

apropiación indebida. En un primer momento, a raíz del Código Penal de 1822 con notables influencias del Código Penal Francés, se ubica la apropiación indebida bajo la denominación del «*abuso de confianza*» diferenciándose así del hurto y la estafa. En el Código Penal de 1848, se abandona esta idea y dada la imprecisión terminológica y técnica que rodea al delito de estafa, el legislador decidió englobar en un capítulo todas las infracciones en las que de alguna manera y de una forma aproximada concurre la característica de defraudación. De esta manera se incluye como una forma de estafa la conducta consistente en la violación de la confianza depositada en quien recibe un bien con la existencia de un compromiso de devolución.

Así, el art. 441.1 del CP de 1848, texto del que proviene básicamente la redacción del actual tipo del art. 252 CP, sancionaba, de modo bastante similar a lo establecido en el art. 408 del CP napoleónico, a quienes «*en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración o por otro título, que produzca obligación de entregarla o devolverla*».

En los Códigos Penales de 1928 y 1932 no se varía la situación sistemática del delito y no es hasta 1944 donde vemos que el delito objeto de estudio parece independizarse conceptualmente por fin de la estafa y del hurto, al ser ubicado en una sección separada de la misma donde se le otorga el nombre específico que va a tener hasta nuestros días: apropiación indebida. Se mantiene, no obstante, en el mismo capítulo de la estafa con lo que obliga a compartir con ella su consideración de «*defraudación*».

Con motivo de la reforma de 1983 del CP donde el delito de estafa perfila su caracterización típica definiéndose como el comportamiento delictivo en el que no existe apropiación sino entrega en virtud de engaño, el art. 535 del CP de 1973, entonces vigente, fue modificado y ampliado introduciéndose una nueva modalidad de apropiación indebida, consistente en «*apropiarse, con ánimo de lucro, de un bien perdido*».

Actualmente, la configuración de este delito se encuentra regulada en el art. 252 del Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) y, como último eslabón de la cadena evolutiva de este tipo de infracción es

conveniente apuntar a la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la que se ve levemente alterada la cuantía necesaria para apreciar delito, y no falta (art. 623.4 CP), de apropiación indebida, en cada uno de sus distintas modalidades, manteniéndose igual todos sus restantes elementos.

CAPÍTULO 2.- LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

A) Regulación en el CP español.

El delito de administración desleal está regulado en el art. 295 del CP 1995 (Código Penal español de 1995) y se encuentra situado en el Cap. XIII «*De los delitos societarios*», dentro de la segunda mitad del Título XIII «*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*» del Libro II del Código Penal.

Sanciona a los administradores de hecho o de derecho o a 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, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

La creación de este tipo delictivo con sustantividad propia obedece a la existencia de una laguna legal² puesta de relieve por doctrina y jurisprudencia al existir la necesidad de dar respuesta a una serie de prácticas ilícitas pero que anteriormente eran imposibles de castigar.

Se trata de gravísimas infidelidades del administrador pero sin contener el elemento esencial y nuclear de la estafa (engaño previo al administrado para que éste ponga a disposición la cosa a favor del sujeto activo del delito) y sin apropiarse tampoco de bienes como se requeriría para encajar la conducta dentro del ilícito penal de la apropiación indebida (art. 252 CP) que más adelante examinaré.

² Así, MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 25 y ss.; GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*. Montevideo, República Oriental de Uruguay: B d F Ltda, 2014, pp.171 y ss.

B) Bien jurídico protegido y sujeto pasivo.

La doctrina española mayoritaria considera que el tipo del art. 295 CP protege el patrimonio y no así el derecho de propiedad, que es preservado por otros tipos como el de la apropiación indebida³.

Pero, ¿qué patrimonio es el que se protege? Un sector de la doctrina⁴ considera que el patrimonio protegido es el de la sociedad y el de los demás sujetos pasivos expresamente enumerados en el tipo (socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados) y otro sector excluye el patrimonio social y entiende que el patrimonio tutelado es únicamente el de los sujetos que se recogen en el precepto⁵. En este último sentido que considera atípicos los comportamientos de administración fraudulenta que dañan el patrimonio social se pronuncian las SSTS 655/2010, de 13 de julio y 1217/2004, de 2 de noviembre.

En oposición a la anterior postura, hay que resaltar que en los últimos años se ha ido abriendo paso una corriente de opinión minoritaria que identifica un bien jurídico colectivo en este delito sosteniendo la peculiar tesis de que se preserva «*la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico*»⁶. Sin embargo, considero que este bien jurídico colectivo podría predicarse de todos los delitos societarios y de todos los delitos que se cometen en el seno de sociedades mercantiles.

En este sentido, lo que podría ser admitido es una configuración pluriofensiva del delito, como hacen LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS⁷, entendiendo

³ Muy cercana a la administración desleal según FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2000. pp. 356 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pp. 26 y ss., 96 y ss.; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons. 1998. pp. 495 y ss. En la jurisprudencia: STS 224/1998, de 26 de febrero (caso Argentina Trust).

⁴ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Administración desleal y apropiación indebida*, en la Ley n^o 5229, de 19 de enero de 2001. D-17. pp. 1715 y 1716; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art.295 CP)*, op. cit., pp. 184 y ss.

⁵ NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*. 1^a ed. Barcelona: Praxis. 1996. pp. 254 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005. pp. 457 y ss.; QUERALT JIMENEZ, Joan Josep. *Derecho penal español. Parte especial*. 5^a ed. Barcelona: Atelier. 2008. pp. 543 y ss.

⁶ MAYO CALDERÓN, Belén. *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*. 1^a ed. Granada: Comares S.L. 2005. pp. 222 y ss.

⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *La administración desleal societaria en el derecho penal español*. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/745_es.pdf

como objeto de protección, por una parte el patrimonio tanto social, como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados, pero por otra parte también la protección del correcto funcionamiento del sistema societario y su fiabilidad para la comunidad pues ambos bienes jurídicos van de la mano, porque no se castiga sin más el menoscabo del patrimonio individual, sino el de muchas personas (socios y otros terceros) junto con el patrimonio social.

Por su parte, en lo que atañe al sujeto pasivo, la defectuosa redacción⁸ del art. 295 CP ha suscitado la duda de saber quién es en concreto el titular del bien jurídico protegido y, por ende, quien es realmente el sujeto pasivo del delito.

Si nos guiamos por la descripción literal del precepto vemos que el art. 295 CP menciona como sujeto pasivo a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital pero, existe una gran confusión respecto a si la sociedad, y por tanto, el patrimonio social, es también sujeto pasivo de este delito.

Antes de despejar esta confusión mencionar que la inclusión de los depositarios en la lista de perjudicados me resulta terminológicamente confusa pues por depositario entiendo que es aquel sujeto que está obligado a guardar la cosa y restituirla al depositante cuando le sea pedida, luego se han confundido los términos de la relación jurídica que se deriva del negocio jurídico de depósito y se ha colocado al depositario como posible perjudicado cuando la persona que eventualmente puede verse perjudicada por un administrador desleal sería el depositante ya que el depositario se colocaría en la posición, en cierto modo, de un administrador de hecho o de derecho.

Volviendo a lo anterior, para despejar la confusión sobre si la sociedad es o no es sujeto pasivo, la jurisprudencia⁹ viene a distinguir entre *«el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado). El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que*

⁸ SSTS 91/2010, de 15 de febrero y 1046/2010, de 29 de noviembre.

⁹ SSTS 374/2008, de 24 de junio y 655/2010, de 13 de julio.

“contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”¹⁰. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo».

Por consiguiente, para concluir el presente apartado, tal y como recomienda CASTRO MORENO y considera FARALDO CABANA¹¹ deberemos entender que el perjuicio causado a la sociedad también es típico, concretándose el mismo en el perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal y por tanto, no cabrá duda que la sociedad será uno de los sujetos perjudicados por el tipo delictivo porque si se considera que uno de los bienes jurídicos protegidos es el patrimonio, lo lógico es llegar a la conclusión de que la sociedad es sujeto pasivo del delito teniendo en cuenta también que la acción típica es «la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o la contracción de obligaciones a cargo de ésta»).

C) El sujeto activo o autor.

El sujeto activo o autor del delito de administración desleal no puede ser cualquiera, sino el administrador de derecho o de hecho o los socios de sociedades constituidas o en formación¹², nunca de una sociedad disuelta¹³, siempre y cuando tengan entre sus funciones la capacidad de disponer y obligar los bienes de la sociedad.

Administrador de derecho es aquel que ejerce individual o colegiadamente, p.ej. dentro de un consejo de administración, de modo permanente la fundición

¹⁰ Así, NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., p. 254; MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., p. 32; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La administración desleal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 39.

¹¹ FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, op. cit., p. 329.

¹² STS 565/2007, de 21 de junio.

¹³ STS 1046/2010, de 29 de noviembre.

de administrar la sociedad reuniendo todos los requisitos y formalidades legales que las normas jurídicas atribuyen a su condición.

Pero, sobre la condición de administrador de hecho se manejan dos conceptos: el jurídico-mercantil, que entiende que solo será administrador de hecho aquel que desempeñe legítimamente y con el correspondiente nombramiento de los socios, de la junta general, etc. el cargo de administrador faltándole algún requisito formal o dándose alguna otra irregularidad, como el título caducado por haber excedido el tiempo de su mandato. Y por otro lado el concepto jurídico-penal¹⁴, según el cual es administrador de hecho todo el que fácticamente, incluso sin nombramiento expreso, desempeña con continuidad las funciones de administrador de esa sociedad¹⁵.

Respecto de este último concepto, el jurídico-penal, se tendría que delimitar de un modo preciso cuándo se podría considerar que se tiene el control fáctico de la sociedad para poder imputarse dicha conducta. El criterio a seguir es el acceso al bien jurídico, acogido por la gran mayoría de la doctrina y que según FERNÁNDEZ BAUTISTA¹⁶ se define de la siguiente manera: «*administrador de hecho debe entenderse toda persona que pueda acceder al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en el ámbito de responsabilidad o competencia propio, esto es, la de gestión social asumida fácticamente*»¹⁷.

Por otra parte, en lo que concierne a la alusión de los socios, cabe señalar que la novedosa inclusión de éstos en el ámbito de sujetos activos puede encontrar su justificación únicamente en dos referencias ya que debemos proceder a una interpretación restrictiva. La primera de ellas sería la mención de las sociedades en formación¹⁸, puesto que en ellas resulta discutible entender que exista un administrador de hecho, habida cuenta de que será un socio el que

¹⁴ Así, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel.

¹⁵ De la misma opinión es, MAYO CALDERÓN, Belén. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, op. cit., p. 333.

¹⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. *Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 316.

¹⁷ Aunque esta autora también exige las mismas condiciones en el administrador de derecho para poder considerarlo autor del delito del art. 295 pues deberá ostentar materialmente también el acceso al bien jurídico.

¹⁸ Véase para más detalles NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., p. 268; MARTÍNEZ-BUJÁN, *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pp. 67 y 68.

realizará las actividades de gestión y el que, por tal motivo, tendrá facultadas para disponer de los bienes de la sociedad, y la segunda, la mención de las sociedades personalistas pues en éstas el socio, *per se*, puede intervenir en su gestión.

Por último, decir que es opinión doctrinal unánime que, al exigirse en el art. 295 CP determinadas cualidades en los sujetos activos, este tipo se configura como un delito especial propio¹⁹ que sólo pueden cometer aquellos que reúnan tales cualidades y por tanto un extraño no podría ser autor, pero sí cooperador necesario (STSS 37/2006, de 25 de enero y 35/2011, de 2 de febrero) pues «*nada impide que se den supuestos típicos de coautoría siendo perfectamente admisible la cooperación necesaria en aquellos supuestos en los que desapareciendo la conducta desplegada por el cooperador el resultado no llegase a producirse*»²⁰.

D) Objeto material.

El objeto material es aquél sobre el que recae la acción del sujeto activo y, en este punto existen diversas posiciones doctrinales en cuanto a lo que se ha de entender por el mismo. Así, para un sector de la doctrina dicho objeto material son los bienes de la sociedad²¹ (elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad). Sin embargo, otro sector alude simplemente al patrimonio social²².

¹⁹ QUERALT JIMENEZ, Joan Josep. *Derecho penal español, Parte especial*, op. cit., pp. 547; RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal, parte especial (Derecho penal económico). [Lección 5]*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2012, p. 123; FERNANDEZ BAUTISTA, Silvia. *Administrador de hecho y de derecho. Aproximaciones a los delitos con restricciones en sede de autoría*, op. cit., pp. 271 a 276.

²⁰ CRUZ DE PABLO, José Antonio. *Comentarios al Código Penal (Parte especial)*. Arts. 138 a 639, Vol. I, Madrid: Difusión Jurídica, 2008, p. 1073.

²¹ MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., pp. 459 a 463, también en *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pp. 34 a 42; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, op. cit., p. 332.

²² En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia en sentencias tales como las SSTs 655/2010, de 13 de julio, 374/2008, de 24 de junio, y 121/2008, de 26 de febrero, en las que establece que «*El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad*».

Señalada, además, por la doctrina, ha sido la problemática que surge por la separación que se produce en el delito de administración desleal entre el objeto material y el resultado material, ya que la acción del autor se proyecta exclusivamente sobre los bienes de la sociedad (objeto material), mientras que el resultado material consiste en el daño ocasionado a otros sujetos (socios, depositarios...). Esto permite llegar a interpretar que la conducta de disponer de bienes de terceros en poder de la sociedad no es típica, y que tampoco sería típica la conducta de disponer de los bienes de la sociedad con perjuicio económico directo exclusivamente para la propia sociedad, de lo cual además se desprendería que la sociedad no sería sujeto pasivo del delito.

A este respecto, los autores adoptan diversas posturas:

- En lo concerniente a que la conducta de disponer de bienes ajenos en poder de la sociedad es atípica, MARTÍNEZ BUJÁN defiende su atipicidad. Manifiesta que si se quiere que los bienes de la sociedad no se vean reducidos a los bienes de la propia sociedad, sino que abarque también los bienes que administrados por la sociedad continúan perteneciendo a otros sujetos, se tendría que modificar la descripción del objeto material. También añade que, ya que se ha decidido proteger el patrimonio de terceras personas ajenas a la sociedad, no hay razón que explique porque se excluyen de la órbita típica las hipótesis en las que el sujeto activo dispone de los bienes cuya titularidad sigue correspondiendo a esos terceros. Razones todas ellas por las que se estima pertinente para resolver esta cuestión una clarificación en la descripción que el legislador hace de estos elementos.
- GÓMEZ BENÍTEZ, por su parte, considera que la restricción del objeto material a los bienes sociales no es coherente con la dispersión de sujetos pasivos que se recogen en el tipo, y que provoca lagunas de punibilidad en supuestos como por ejemplo, en los que el administrador no actúa sobre bienes sociales, sino de los inversores.
- Sin embargo, otros autores como CASTRO MORENO²³ consideran que dicha conducta de disponer de bienes de terceros en poder de la

²³ CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art.295 CP)*, op. cit., pp. 379 y 380.

sociedad es típica entendiendo que la expresión «*bienes de la sociedad*» debe interpretarse en un sentido amplio y omnicompreensivo. Por bienes se entenderá «*el conjunto de patrimonio mobiliario e inmobiliario de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza de estos bienes: dinero y fondos sociales, mercancías, mobiliario, material, créditos y efectos, derechos incorporados a la sociedad o a su patrimonio como patentes, derechos o elementos incorporeales o intangibles cuyo destino es la realización del objeto social, y sin importar el título en virtud del cual son poseídos por la sociedad*» y los bienes de terceros en poder de la sociedad.

- En cuanto a la segunda de las conclusiones relativa a que tampoco sería típica la conducta de disponer de los bienes de la sociedad con perjuicio económico directo y exclusivo para la propia sociedad, estimo que la misma está íntimamente conectada con la inclusión del patrimonio social dentro del bien jurídico protegido, así como con la consideración de la sociedad como sujeto pasivo del delito. Por ello, me remito a lo comentado con anterioridad recordando aquí que en mi opinión el patrimonio social sí queda protegido en el art. 295 CP y, evidentemente, considero que la sociedad se incluye entre los sujetos pasivos del delito de administración desleal.

Para terminar este apartado, es preciso decir que el objeto material de este delito, a mi entender, es el patrimonio social en sentido amplio (tanto bienes de la sociedad como patrimonio social) porque la conducta de «*disponer fraudulentamente*» no recae sobre el patrimonio social, sino sobre los bienes que forman parte del mismo pero la conducta de «*contraer obligaciones*» sí recae sobre el patrimonio social, pues puede consistir tanto en gravar los bienes de la sociedad como en asumir deudas a cargo de ésta, es decir, puede recaer sobre el patrimonio social en su conjunto, del que forman parte tanto los bienes como las obligaciones.

E) Conducta o acción típica.

El tipo del art. 295 CP contiene dos modalidades de acción alternativas: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta, siempre que concurra abuso de las funciones propias de su cargo, aparte del dolo, beneficio propio y perjuicio ajeno.

La consumación de la conducta típica quedará consumada cuando se produzca efectivamente (directamente) un perjuicio en el patrimonio social²⁴.

1) Abuso de las funciones propias del cargo.

«El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador para con sus socios y con los intereses sociales» (STS 1046/2010, de 29 de noviembre).

Entendiendo por abusar el hacer un uso excesivo de las facultades que son inherentes al cargo de administrador, ¿las actuaciones llevadas a cabo fuera del ámbito competencial del administrador deberán ser consideradas o no abuso? A este respecto, para algunos autores como MARTÍNEZ BUJÁN el elemento del ejercicio del cargo lleva implícito que el administrador actúe dentro de las competencias que le han sido atribuidas y, si no actúa dentro de ese ámbito, no se puede decir que hay abuso de funciones. Pero me parece más correcto interpretar que hay un abuso de funciones tanto si el administrador actúa dentro de sus competencias de modo desleal y perjudicial, como si actúa fuera de ellas y se extralimita. Lo que importa es que se ha valido de su cargo y de la confianza depositada en él para realizar negocios contrarios a los intereses que debía representar, generando una apariencia de regularidad y legalidad frente a terceros. Si no interpretásemos el abuso de esta forma amplia, quedarían fuera del ámbito del delito supuestos como los del administrador que, no estando habilitado para vender bienes de la sociedad lo hiciese.

Otro supuesto controvertido lo constituyen los *negocios de riesgo*²⁵; y su supuesta inclusión en el delito de administración desleal²⁶. Estos casos deben

²⁴ Ibid., p. 401; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal*, en La Ley n° 4680, de 26 de noviembre de 1998, pp. 1 y ss.

solucionarse dentro del ámbito de interpretación del abuso de funciones y por ello el negocio de riesgo no supondrá una administración desleal si entra dentro de las atribuciones definidas y descritas del cargo; distinto sería si el negocio de riesgo fuese llevado a cabo sin sujetarse a los deberes de lealtad y fidelidad. En definitiva, todo dependerá de cómo se haya estructurado la relación interna entre administrador y administrado y su consentimiento²⁷ de éste a dichas operaciones ya que la autorización para la realización de éstas provocará la ausencia de lesión del bien jurídico por parte del administrador y no podremos considerar que está abusando de sus funciones e incumpliendo sus deberes de lealtad y fidelidad.

2) Disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad.

Disponer es incorporar la cosa ajena al propio patrimonio pero en la presente figura delictiva no ha de entenderse en el sentido de la consumación de la apropiación indebida o en la significación del acto de disposición de la estafa.

Hay que averiguar si «*disponer*» se entiende como un acto de dominio que lleva aparejado ya en sí mismo el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver (como en la apropiación indebida), o si por el contrario, siguiendo a la mayoría de la doctrina²⁸, se describe como utilizar o aprovecharse por parte de los administradores, en beneficio propio o de un tercero, de los bienes que integran el patrimonio social de modo temporal, sin que la sociedad obtenga compensación alguna.

El legislador, en el art. 295 CP está pensando en que el acto fraudulento lleva en sí mismo un componente perjudicial para los socios, ya que se supone que con su realización se persigue un beneficio propio incompatible con cualquier

²⁵ Aquellos en los que el administrador expone a la sociedad a unos riesgos que ésta se ve obligada a soportar sin que la misma obtenga beneficio alguno de la operación.

²⁶ CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, op. cit., p. 404.

²⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *La administración desleal societaria en el derecho penal español*, op. cit.

²⁸ MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pp. 46 a 48; GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. *La administración desleal de los órganos societarios*. Atelier, 2008, pp. 181 y ss.

ventaja para terceros. En la disposición fraudulenta el administrador disfraza sus verdaderas intenciones.

3) Contraer obligaciones a cargo de la Sociedad.

Esta conducta implica endeudamiento (excesivo y abusivo) de la sociedad. Al igual que en la disposición de bienes, el administrador contraerá obligaciones en nombre de la sociedad siendo el negocio válido de cara a terceros ya que el administrador representa a la sociedad aunque en principio actúe abusivamente. Pero en la esfera interna estas obligaciones son directamente perjudiciales para los socios o los intereses de la sociedad y por tanto no son jurídicamente legítimas pues se está faltando a la lealtad primando intereses de terceros o propios que conllevan un perjuicio económico para la sociedad, los socios y similares.

El tipo exige que la aceptación de obligaciones a cargo de la sociedad sea *«causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren»* pero esta exigencia sólo afecta a la contratación de obligaciones y no así a los actos de disposición, en los que basta que sean fraudulentos y perjudiciales jurídicamente.

Exigiendo la producción de un perjuicio económicamente evaluable y que éste afecte en todo caso a los socios o equiparados se compensa la menor repercusión jurídica que tiene la contratación de obligaciones ya que ésta no modifica la situación de las cosas y derechos reales como sí se hace en la disposición de bienes sino que sólo hace surgir derechos de crédito u obligaciones.

4) Perjuicio económico directo y evaluable.

El art. 295 CP exige que la conducta prohibida cause un perjuicio patrimonial *«directamente»* afectando así a la sociedad o a los socios o equiparados. De tal requisito pueden deducirse las siguientes consecuencias:

a) Relación de causalidad.

En primer lugar, como delito de resultado que es, es necesario que exista una relación de causalidad²⁹ entre la producción del perjuicio y la acción típica (de disposición o de asunción de obligaciones).

Sobre la exigencia de causación «*directa*» se han dado muy diversas interpretaciones pero hay que centrarse en que, por una parte ésta viene relacionada con la repercusión económica de la conducta y, por otra, con la definición de sujeto pasivo en este delito. Así se exige, primero, que el perjuicio ocasionado (a socios y equiparados) sea directamente evaluable económicamente y no simplemente un perjuicio jurídico que luego indirectamente tenga repercusión económica.

b) El lucro cesante ¿perjuicio directo?

Aquí entro a valorar si por perjuicio social deben entenderse sólo las pérdidas que sufra la sociedad a consecuencia de la conducta (*daño emergente*) o también las ganancias razonablemente esperadas que ésta pueda dejar de obtener (*lucro cesante*).

En el Código Penal no existe un concepto de perjuicio válido para la generalidad de los tipos y en relación al delito de administración desleal la doctrina se halla dividida en torno a la consideración del lucro cesante como perjuicio típico. Así, para algunos autores como FARALDO CABANA³⁰ la disminución de hipotéticos beneficios esperados constituye un perjuicio económicamente evaluable para la sociedad. Para otros³¹, en cambio, el art. 295 CP excluye de su ámbito estos supuestos: bien por entender que el lucro cesante no es más que un perjuicio «*indirecto*» que únicamente integrará la responsabilidad civil *ex delicto*, bien por suponer que la necesidad de que el tipo sea económicamente evaluable implica que se compruebe la inexistencia de un daño, si el patrimonio administrado no ha sufrido una disminución

²⁹ MAYO CALDERÓN, Belén. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, op. cit., p. 249.

³⁰ FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, op. cit., p. 579.

³¹ NIETO MARTIN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 283 y 284; CRUZ DE PABLO, José Antonio. *Comentarios al Código Penal (Parte especial)*, op. cit., p. 1067.

monetariamente evaluable como consecuencia del comportamiento típico, tal como ocurre cuando se frustran las expectativas ciertas de una ganancia futura.

En mi opinión, resulta más conveniente la primera de las interpretaciones a favor de considerar el lucro cesante como perjuicio directo, pues la contraria no permitiría incluir en el ámbito de protección del precepto conductas concretas como por ejemplo que «*la sociedad A*» convoque un concurso para la adjudicación de una obra y pese a presentarse una oferta sustancialmente más ventajosa para la sociedad, los administradores de ésta, por razones de vínculos personales, opten por otra oferta manifiestamente menos ventajosa para la sociedad, constituyéndose el oportuno contrato con el tercero elegido o, que «*los administradores de la sociedad A*» dispongan de la cartera de pedidos de dicha entidad a favor de un tercero, originando la consiguiente disminución del volumen de ventas y, por ende, de beneficios.

Y, más concretamente es especialmente ilustrativo el caso de los cuentapartícipes como sujetos pasivos idóneos del delito para poder llegar a admitir la inclusión del lucro cesante como perjuicio típico del delito ya que, si el cuentapartícipe entrega una cantidad de dinero a la sociedad a cambio de una participación en las ganancias de la empresa y éstas no se producen a consecuencia de la realización de determinadas conductas desleales, resulta obvio que éste no ha sufrido otro perjuicio que la frustración de las expectativas de ganancia que tenía y que no ha visto realizadas. Su perjuicio no consiste, pues, en la pérdida de las cantidades con las que participó en la actividad social, puesto que éstas las entregó con anterioridad a la relación de la conducta fraudulenta.

Asimismo, el precepto exige que el daño causado pueda ser «*económicamente evaluable*». Con esto se pretende dejar clara la naturaleza patrimonial del delito, pudiendo ser el menoscabo sufrido inmediato o de dinero, o recaer sobre efectos, activos, valores o derechos siempre que éstos tengan una posible traducción y determinación económica.

Cuestión interesante es la posible inclusión de los daños morales con contenido patrimonial en el perjuicio típico del delito en estudio. Tales daños no producen un perjuicio patrimonial inmediato y concreto, pero afectan a la buena imagen, el crédito o la solvencia de la sociedad. En el ámbito mercantil, la doctrina ha entendido que tales perjuicios pueden ser exigidos a los administradores siempre que puedan concretar en un daño evaluable económicamente y en mi opinión, tal conclusión puede ser perfectamente transportable al ámbito penal en relación al delito de administración desleal de sociedades, a pesar de que la cuantificación efectiva del daño planteará arduos problemas de concreción y de imputación objetiva³².

F) Comisión por omisión.

En España algunos autores como QUERALT JIMENEZ, BAJO FERNANDEZ y FARALDO CABANA, sobre la base de las acciones típicas descritas en el precepto (disponer fraudulentamente de los bienes o contraer obligaciones a cargo de la sociedad), han rechazado explícitamente la comisión por omisión por entender que se requiere de una conducta activa del administrador y no sería posible que dichas acciones típicas se produjesen por simple omisión.

Sin embargo, la jurisprudencia y otros autores, a los que me sumo en su opinión, creen que la viabilidad de la misma no debe ser descartada³³ pues excepcionalmente puede haber algunas conductas omisivas que materialmente

³² Dudoso al respecto se ha mostrado NIETO MARTIN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, op.cit., p. 283, para quien a pesar de que *en el delito de estafa se ha considerado perjuicio patrimonial la pérdida de clientela o de cualquier actividad económicamente evaluable, «quizá» con este término el legislador haya querido excluir del tipo resultados que, si bien puede ser perjudiciales para la sociedad, son difícilmente cuantificables en términos económicos exactos, como la pérdida del prestigio comercial.*

³³ Así NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 118, 276 y ss. (admite el ejemplo de permitir el administrador por silencio la prórroga de un contrato que por cambio de circunstancias resulta muy desventajoso para la sociedad, pero rechaza supuestos como los de no realizar una conducta obligada para incrementar el patrimonio, no evitar la causación de un daño o permitir fallos en la producción); CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, op. cit., pp. 426 y ss. (admite no sólo el caso de no cumplir una obligación de la sociedad en plazo y provocar el deber de indemnización sino también el supuesto de un administrador encargado de vender unas acciones que a sabiendas no lo hace en su momento privando a la sociedad del beneficio); MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., p. 60 a 63 (comparte el ejemplo de NIETO MARTÍN y no se opone a los de CASTRO MORENO); MAYO CALDERÓN, Belén. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 324 y ss.

equivalgan a las conductas típicas de disponer con salidas patrimoniales o de tener obligaciones perjudiciales.

Partiendo de la posición de garante del administrador y su deber de vigilancia respecto al patrimonio administrado podrían quedar encuadradas dentro de la comisión por omisión aquellas actuaciones en las que el sujeto activo realiza una mala gestión que conlleva un perjuicio económicamente evaluable, aquellas que debido a su inactividad producen una lesión o perjuicio económico para la sociedad o aquellas que por su dejadez en la gestión la sociedad van haciendo que se acumulen pérdidas y deudas, o incluso que se deje de reportar un beneficio extraordinario para la misma.

Además, aunque el art. 295 CP incluya dos modalidades de acción, ello no quiere decir que estemos ante un delito de medios limitados de ejecución, que resulten incompatibles con la comisión por omisión: el disponer de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta no son modalidades específicas de ejecución, sino más bien modalidades genéricas de acción a través de las cuales ha de llegarse a la causación del resultado.

Por otro lado, con independencia de lo anterior, conviene no olvidar que la estructura del tipo no se opone a la existencia de posibles deberes de aseguramiento o salvaguarda del administrador, sobre todo respecto a la actuación de subordinados que pueden intervenir en la realización de la acción típica³⁴.

G) Parte subjetiva del tipo: el dolo.

Como elemento subjetivo incorporado expresamente al tipo está el de actuar en beneficio propio o de un tercero y no estará tipificada la comisión imprudente³⁵. Lo normal es que el administrador realice una gestión fraudulenta pensando en su propio interés o beneficio pero no es descartable que actúe, se

³⁴ Vid., CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 195 CP)*, op. cit., p. 428 y MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de Administración desleal*, op. cit., pp. 61 y ss.

³⁵ MAYO CALDERÓN, Belén. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, op. cit., p. 353.

supone que mediante alguna contraprestación, en beneficio de un tercero que puede ser una persona física u otra sociedad.

En relación a la clase de dolo que exige la figura del art. 295 CP, se ha discutido en la doctrina si se requiere un dolo directo o si, por el contrario, es suficiente con la presencia de un dolo eventual. Un sector doctrinal, entre los que se encuentran FARALDO CABANA, LUZÓN PEÑA, ROSO CAÑADILLAS y CASTRO MORENO no ve obstáculo para apreciar la ejecución con dolo eventual. Para ello basta con que el sujeto sea consciente de la idoneidad lesiva de su conducta, pues cuando el administrador quiere el perjuicio actúa con dolo directo, mientras que si no lo busca directamente, pero conoce la posibilidad de su producción y lo acepta como consecuencia necesaria unida a la actuación realizada, está actuando con dolo eventual³⁶. Sin embargo, el sector mayoritario³⁷ entiende que, tal y como está redactado el precepto, parece que la voluntad legal se orienta a excluir dicha modalidad de dolo y, por ende, a reservar el tipo únicamente para las conductas cometidas con dolo directo.

H) Pena.

La pena prevista para el hecho delictivo es de seis meses a cuatro años de prisión, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido resultando incomprensiblemente más benévola para parte de la doctrina³⁸ en comparación con la pena establecida para el delito de apropiación indebida del art. 252 (que remite a las penas de la estafa), cuyo tipo básico se sanciona imperativamente con pena de prisión de seis meses a tres años y que puede llegar a ser –en el tipo cualificado– de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

De la opinión mayoritaria han discrepado en cierto sentido algunos autores y, más explícitamente, CASTRO MORENO, al afirmar que «*la conducta del*

³⁶ RÍOS CORBACHO, José Manuel. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal, parte especial (Derecho penal económico). [Lección 5]*, op. cit., p. 127.

³⁷ Así, MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán; BAJO FERNANDEZ, Miguel, entre otros.

³⁸ Así lo han manifestado, entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos y NIETO MARTÍN, Adán.

*administrador que se apropia de los bienes administrados puede ser valorativamente más grave que la del que los administra deslealmente causando de este modo un perjuicio»*³⁹ entendiéndose justificable la diferencia punitiva existente entre ambos tipos penales porque cuando se afirma que la administración desleal de sociedades tiene una pena inferior a la apropiación indebida se está diciendo sólo una verdad a medias. En efecto, según este autor, frecuentemente se olvida que la apropiación indebida, a diferencia del delito societario, también es punible como falta (art. 623.4 CP) cuyo castigo es de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses. Por ello, la pena de multa es posible no sólo para la administración desleal, sino también para la apropiación indebida.

³⁹ CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, op. cit., p. 458.

CAPÍTULO 3.- LA APROPIACIÓN INDEBIDA

A) Regulación en el CP español.

El delito de apropiación indebida en sentido estricto está regulado en el art.252 del CP del 1995 y se encuentra situado en el Cap. VI «*De las defraudaciones*», sección 2ª, del Título XIII «*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*» del Libro II del Código Penal y vendría a ser un tipo agravado de la apropiación indebida de cosas previstas en los arts. 253 y 254 CP.

Se sanciona al sujeto que, aprovechándose de las facilidades que le otorga la legítima posesión de la cosa, se adueña de ella, se atribuye funciones dominicales que no tiene y la incorpora a su patrimonio o la transmite a terceros, quebrando la confianza que le fue depositada y causando un perjuicio patrimonial a su legítimo propietario.

B) Bien jurídico protegido.

Una de las cuestiones más debatidas y problemáticas del análisis de delito de apropiación indebida es determinar cuál es el bien jurídico protegido ya que un primer grupo de autores consideran que éste es el derecho a la propiedad y otros entienden que lo que se protege es el patrimonio.

La doctrina mayoritaria⁴⁰ considera que la apropiación indebida debe considerarse un delito de apoderamiento (es decir, un delito que protege la propiedad) y un sector minoritario aunque unánimemente refrendado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo argumenta que nos hallamos ante un delito defraudatorio esto es, ante un ilícito penal de perfil más amplio que incluye determinadas lesiones del derecho de crédito de modo que lo que se está protegiendo en realidad no es exclusivamente la propiedad sino también el patrimonio en lo relativo al derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito.

⁴⁰ Así, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y SILVA CASTAÑO, María Luisa, entre otros.

1) Doctrina del acto de apoderamiento:

Considera que la apropiación indebida sanciona exclusivamente los actos de apoderamiento que priven al legítimo propietario de las facultades dominicales que le corresponden como tal. Únicamente nos encontraremos frente a una apropiación jurídico-penalmente relevante cuando se lesione la propiedad del sujeto pasivo (la privación al sujeto de todas las facultades inherentes al dominio), de modo que se deberán considerar atípicas determinadas deslealtades o irregularidades en el comportamiento del poseedor de la cosa que no tengan contenido estrictamente apropiatorio aunque sí lesivo del patrimonio.

2) Doctrina del acto defraudatorio:

Hallamos un segundo grupo de autores ciertamente minoritario que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio pues no solamente es la propiedad lo que se protege sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

En conclusión, la diferencia entre ambas posturas radica en que, mientras que en la primera solo se consideran típicas las conductas donde se integre el bien en la esfera de dominio del sujeto activo, en la segunda se considera que el referido precepto contempla dos infracciones penales de distinta naturaleza: las que atentan directamente contra la propiedad y las que eventualmente puedan atentar contra el patrimonio lesionando así el derecho de crédito.

Personalmente considero que esta segunda postura doctrinal, la doctrina del acto defraudatorio, es la más acertada desde un punto de vista político-criminal porque se muestra más acorde con la voluntad del legislador que decidió

reubicar el delito de apropiación indebida desplazándolo de la rúbrica que ocupaba en el Código Penal de 1973 (“de los delitos contra la propiedad”), hasta su actual posición donde se han situado los tipos penales que protegen el patrimonio y ha incluido también la expresión «*cualquier ... activo patrimonial*» en su nueva redacción.

C) Objeto material.

Según se desprende de la propia dicción literal del art. 252 CP, la apropiación indebida puede tener por objeto «*dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial*» que estén en la esfera de dominio del sujeto activo por medio de título que comporte la obligación de entregarla o devolverla⁴¹.

Se considerará idónea cualquier cosa mueble con contenido patrimonial que sea susceptible de autónoma aprehensión y en lo referente a la expresión dinero o efectos, la doctrina acepta su utilización por parte del legislador como «*específico señalamiento de la noción de cosa mueble*»⁴².

D) Sujetos del delito.

En la apropiación indebida, como delito especial que es, el sujeto activo será aquel que reciba dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, en calidad de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título y se apropiare, distrajere o negare haber recibido aquellos cuando tuviere la obligación de devolverlos o devolverlos. Por tanto, el círculo de los sujetos activos posibles quedará vedado para los que no hayan recibido el objeto del delito en virtud de

⁴¹ Quedarán excluidos los títulos que transfieren el dominio, como la donación o la compraventa.

⁴² FERRER SAMA, Antonio. *El delito de apropiación indebida*. Publicaciones del Seminario de D. P. De la Universidad de Murcia. Murcia, 1945, p. 40. Disponible en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6322/1/N%202%20%20EI%20delito%20de%20apropiacion%20indebida.pdf>

Así mismo se aceptan también como objeto de la acción, los títulos valores, como la propia STS 19 de noviembre de 1981, que, entre otras, condena «*a quien no retiró de la circulación e hizo efectiva una letra de cambio, pese a haber convenido su sustitución por un talón cuyo importe también cobró*».

El Anteproyecto de Código Penal de 1992, ya recoge de forma explícita los «valores» como objeto de la acción de apropiación.

una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo porque sólo ellos podrán quebrantar la confianza y el bien jurídico tutelado⁴³, quedando el *extraneus* o persona ajena a esta relación como posible responsable en calidad de partícipe⁴⁴.

Referir que la expresión «o por cualquier otro título» señala el carácter de *numerus apertus* del precepto, en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver»⁴⁵.

Por otro lado, el sujeto pasivo será el propietario que voluntariamente accedió a trasladar la posesión al sujeto activo, con la provisionalidad o temporalidad determinada por la relación jurídica que media entre ambos; pero, admitida la posibilidad de la apropiación indebida de dinero o cosas fungibles, habrá que extraer, consecuentemente, la conclusión de que también puede serlo el titular de determinados derechos de crédito, nacidos de la entrega de la cosa por alguno de los títulos referenciados en el precepto⁴⁶.

E) Tipo objetivo.

El legislador español ha realizado diversos términos para describir el comportamiento delictivo en cuestión. La transmutación de una lícita posesión en antijurídico dominio puede llevarse a cabo por medio de la apropiación directa, por medio de la distracción o por medio de la negación de la recepción del activo patrimonial.

Pero la conducta que verdaderamente caracteriza el delito de apropiación indebida es, como su propio nombre indica, la apropiación. Ésta se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la apropiación en sentido estricto, que ha de ser al menos transitoria y que consiste en la

⁴³ STS 760/2010, de 15 de septiembre.

⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal, parte especial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 439.

⁴⁵ STS 513/2007, de 19 de junio y STS 664/2012, de 12 de julio.

⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal, parte especial*, op. cit., p. 438.

atribución por parte del sujeto activo de un poder de disposición igual que el del propietario; y en segundo lugar, la expropiación permanente del titular. Este último elemento configura el único resultado que exige el delito para entenderse consumado pues, según VIVES ANTÓN o FERRER SAMA, es imprescindible que el autor haya manifestado externamente la voluntad de expropiar y se haya causando un perjuicio correlativo a la apropiación⁴⁷, ya que la simple intencionalidad de apropiación o la sola realización del acto dispositivo⁴⁸ no consuman el delito de apropiación indebida⁴⁹.

Por otra parte, debemos analizar la conducta consistente en la distracción. La mayoría de la doctrina considera que los términos «*apropiarse*» y «*distraer*» son sinónimos porque se estima que su diferencia no reside en la distinta intención del sujeto en orden a disponer de la cosa como suya. Distracer es dar una aplicación diferente a la prevista pero, al fin y al cabo, no hay distracción sin apropiación.

Se podría considerar que la diferencia gramatical estriba en que quien distrae piensa reponer la cosa mientras que el que se la apropia no piensa ni por un momento en su devolución.

Sin embargo, pese a la opinión mayoritaria de la doctrina, se habla también de distracción sin apropiación: esto sucede, por ejemplo, en los supuestos en que el delito recae sobre el dinero y otros bienes fungibles.

En efecto, entiendo que la distracción referida al dinero entregado como bien fungible, es una conducta distinta de lo que debemos entender por apropiación indebida y que, en realidad, configura un tipo penal autónomo que se caracteriza por la administración desleal de un patrimonio ajeno, conducta que no afecta a la propiedad sobre los bienes muebles, sino al patrimonio considerado en su conjunto.

⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal, parte especial*, op. cit.

⁴⁸ Esto es lo que considerarían SAINZ PARDO y BAJO FERNANDEZ ya que configuran la apropiación indebida como un delito de mera actividad, que quedaría consumado por la sola realización del acto dispositivo no pudiéndose admitir formas imperfectas.

⁴⁹ Así, SILVA CASTAÑO, María Luisa. *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*. Madrid: Dykinson S.L., 1997, p. 200.

Por último, la conducta consistente en «*negar haber recibido*» no puede considerarse una modalidad de comisión del hecho punible distinta a la apropiación directa pues no define el comportamiento delictivo y únicamente será de gran utilidad tenerla en consideración a afectos probatorios para determinar la existencia de una apropiación. Si la negativa del autor obedece al deseo de apropiarse de la cosa (y no a un simple error o a otros motivos lícitos) esa negativa constituirá por sí sola un acto de apropiación pues, como afirma BAJO FERNÁNDEZ «*probado que el perjudicado entregó la cosa al procesado, probado que éste no la devolvió incumpliendo dicha obligación y probado que niega haber recibido la cosa, tendremos todos los elementos precisos para entender cometido el comportamiento típico de la apropiación indebida*».

En virtud de lo expuesto, las tres modalidades formales de la conducta se podrían calificar unitariamente como actos de disposición, esto es, como actos de indebida atribución del dominio.

F) Elementos subjetivos del tipo: dolo de apropiación.

El delito requiere que el autor haya obrado con dolo (el dolo eventual será suficiente). Se requiere que el autor tenga consciencia y voluntad de que se tiene una cosa ajena con la obligación de devolverla o entregarla y que se viola esta obligación con un acto de apropiación o distracción. Esto es lo que se denominaría «*animus rem sibi habendi*».

Si el objeto apropiado indebidamente no es de lícito comercio, no existirá legítima propiedad sobre el mismo. Desde el momento en que el objeto es «*res extracommertium*», el comportamiento sería impune, ya que, siendo el bien jurídico protegido del delito de apropiación indebida la propiedad (según interpretación de doctrina mayoritaria), no se podrá ver afectada una propiedad que no se tiene. Solo se podrá ser propietario de los objetos de lícito comercio y, por tanto, en los casos en que no existe un dueño legítimo, no cabrá castigar penalmente la sustracción.

G) Pena.

Como ya he mencionado con anterioridad en el apartado H) del CAPÍTULO 2 del presente trabajo, el art. 252 CP, remite en cuanto a su pena a los arts. 249 y 250 CP. Estos dos preceptos son parte del articulado correspondiente al delito de estafa y en el primero de ellos se establece prisión de seis meses a tres años siempre que la cantidad apropiada exceda de 400€ y en el segundo, para el caso de las modalidades agravadas⁵⁰, se decreta prisión de un año a seis años y multa de seis meses a doce meses.

Si se dieran las circunstancias 4ª, 5ª o 6ª con la 1ª del párrafo primero de art. 250 CP, esto es, que la apropiación recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social revistiendo especial gravedad en función de la entidad del perjuicio y la situación económica de la víctima, que el valor de lo defraudado supere 50.000€ o que se abuse de la especial relación entre víctima y defraudador, se impondrá pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por último, cuando el valor de lo apropiado no supere los 400€ estaremos ante una falta del art. 623.4 CP, que tiene prevista una pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses.

⁵⁰ Que la apropiación recaiga sobre cosas de primera necesidad o bienes reconocidos de utilidad social, que se perpetre abusando de firma, que el valor de lo defraudado supere los 50.000€, que el hecho revista especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y la situación económica de la víctima, que se consume el acto abusando de la confianza de la víctima, etc.

CAPÍTULO 4.- CONCURSO Y DELIMITACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE AMBAS FIGURAS

El bien jurídico protegido de ambos delitos es inicialmente distinto. En la administración desleal se tutela el patrimonio de los socios en su concepción global, mientras que en la apropiación indebida se protegen el derecho de propiedad sobre bienes muebles o el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contraída valiéndose para ello de la coacción penal pero, por la posible coincidencia o aproximación entre los comportamientos típicos a raíz de la aparición del delito de administración desleal en el CP de 1995, será de vital importancia la tarea de delimitación entre dichos delitos pues esta coincidencia motiva en la práctica problemas concursales.

El origen de la problemática se remonta a 1994⁵¹ donde la jurisprudencia entendió aplicable la apropiación indebida en su modalidad de «*distracción*» a supuestos de administración desleal de dinero ajeno adquiriendo esta postura cierto reconocimiento a partir del caso *Argentina Trust* en 1998 (STS 224/1998, de 26 de febrero) donde el Tribunal Supremo sentó la siguiente doctrina:

«Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían -como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status". [...] Se trata "de uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina "tipo de infidelidad". La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a

⁵¹ STS de 14 de marzo de 1994 (Ponente: Bacigalupo Zapater); STS de 7 de marzo de 1994 (Ponente: Bacigalupo Zapater)

los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo».

En esta resolución es donde el Tribunal Supremo definió la relación concursal (concurso de leyes) entre la apropiación indebida y la administración desleal como la de dos círculos secantes estimándose que el art. 252 CP viene a complementar las previsiones sancionadoras del art. 295 CP y viceversa:

«pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos -como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones- ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el artículo 8.4º CP⁵²».

El art. 8.4º CP establece que *«el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»*. Por tanto, en este caso el concurso de leyes se resolverá sancionando la conducta por el delito de apropiación indebida que es más grave que el delito de administración desleal.

Al recurrente símil de los círculos secantes se refieren también las SSTS 1965/2000, de 7 de diciembre, 1401/2003, de 22 de octubre, 1177/2004, de 25 de octubre, 279/2007, de 11 de abril, 623/2009, de 19 de mayo, 1351/2009, de 22 de diciembre, y 316/2013, de 17 de abril, entre otras.

Con posterioridad el Tribunal Supremo se separa de la línea jurisprudencial mayoritaria de la teoría de los círculos secantes y entiende que es mejor encuadrar la relación entre apropiación indebida y administración desleal en la figura de dos círculos tangentes. Este cambio puede verse reflejado en las SSTS 867/2002, de 29 de julio y 9/2009, de 26 de enero, que estiman 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. [...] en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de

⁵² También en, SSTS 769/2006, de 7 de junio; 754/2007, de 2 de octubre; 374/2008, de 24 de junio; 655/2010, de 13 de julio y 294/2013, de 4 de abril, entre otras.

apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

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

La tesis del concurso de leyes también es seguida por la STS 1953/2002, de 26 de noviembre, que afirma que la administración desleal «*en su modalidad de disposición fraudulenta de bienes entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP, pues lo que en el artículo 295 se castiga no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio, y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la sociedad. Pero como quieran que el artículo 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo ni distingue perjudicados, también encajaría en el tipo delictivo, siempre que el valor de lo apropiado o sustraído excediera de 50.000€*». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 224/1998, de 26 de febrero (caso Argentinia Trust), 1965/2000, de 15 de diciembre, 125/2002, de 31 de enero, 279/2007, de 11 de abril, o, 600/2007, de 11 de septiembre, entre otras.

Por otro lado, indicar que algunos autores hacen referencia a supuestos en que existe entre ambos tipos un concurso de delitos, ideal o real⁵³. Así pues, un sector doctrinal⁵⁴ considera que debe aplicarse un concurso ideal de delitos en los supuestos en que el sujeto pasivo vea perjudicado su patrimonio en una cantidad que sobrepase la cuantía de lo indebidamente apropiado por el autor, aunque se trate de una misma acción del administrador que cumple simultáneamente los presupuestos típicos de ambos delitos. Así ocurre –dicen estos autores– en el caso de los préstamos concedidos a los administradores o a sociedades vinculadas con ellos con desviación del objeto social y voluntad

⁵³ Vid., MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, op. cit; pp. 112 y ss y 118 y ss.

⁵⁴ Vid., Ibid., p.119; FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, op. cit., pp. 361 y ss.; CASTRO MORENO, Abraham. *El delito societario de administración desleal (art.295 CP)*, op. cit., pp. 471 y ss.

apropiatoria, en el caso de que, además del perjuicio que deriva de la apropiación del importe prestado (que da lugar a un delito de apropiación indebida) concurren otros resultados perjudiciales derivados de la concesión del préstamo, conocidos y queridos por el autor, o en el caso de que el préstamo implique una disminución significativa del patrimonio de la sociedad y, por tanto, de su solvencia en el mercado, que la obligue a acudir a financiación externa en condiciones desventajosas.

Además, algún autor⁵⁵ indica que hay que apreciar un concurso real de delitos en los supuestos en que el administrador lleva a cabo diferentes acciones (aun dentro de la misma operación económica) en las que unas comportan la ejecución de una auténtica apropiación de bienes y otras la causación de un perjuicio patrimonial sin correlativo acto de apropiación.

Frente a esta línea consolidada de relación concursal (*círculos secantes y círculos tangentes*), se ha producido un cambio interpretativo donde se sostiene que los dos delitos son totalmente distintos y por tanto los hechos jamás podrían ser subsumidos en ambas descripciones típicas. Esta teoría puede verse concretamente con la STS 915/2005:

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

⁵⁵ Vid., MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. *El delito societario de administración desleal*, op. cit., pp. 120 y 121.

activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador».

Las SSTS 769/2006, de 7 de junio, 754/2007, de 2 de octubre, 121/2008, de 26 de febrero, 374/2008, de 24 de junio y 655/2010, de 13 de julio también consideran que ambos delitos son diferentes ya que *«también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del de apropiación indebida y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el artículo 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador».*

Por otro lado, existen *«supuestos dudosos en los que la acción puede ajustarse más a la administración desleal aunque el resultado lo acerque a los casos de distracción. Un criterio de distinción útil sería la admisibilidad de la operación según criterios aceptados dentro del funcionamiento normal del mercado de que se trate, concepto necesariamente indeterminado. La jurisprudencia⁵⁶ ha señalado en este sentido, que el tipo de la infidelidad del administrador del artículo 295 “se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad”».*

Si el administrador, a demás de incumplir su deber de fidelidad actúa excediéndose de las funciones propias de su cargo para así poder obtener un beneficio propio o poder procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene claros perfiles de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero no tendrá porqué consistir en el ingreso de bienes pertenecientes a la sociedad

⁵⁶ STS 949/2004, de 26 de julio.

en el patrimonio propio sino que bastará simplemente con que se procure alguna utilidad o ventaja derivada del comportamiento desleal del administrador. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo (sería una especie de cohecho cometido por particulares). También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero la jurisprudencia insiste en que no se produce apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida. (STSS 867/2002, de 29 de julio y 9/2009, de 26 de enero).

Pero, 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 distinta de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero. Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad»*.

En este sentido también la STS 625/2009, de 17 de junio que dice que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio pero que en el art. 295 CP lo que se reprueba es la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, su condición de socio o administrador (por ello el tipo no conlleva *animus rem sino habendi*, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal⁵⁷).

⁵⁷ Así, SSTS 867/2002, de 29 de julio y 71/2004, de 2 de febrero.

«Por ello doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta». En este sentido se pronuncian igualmente las SSTS 769/2006, de 7 de junio, 754/2007, de 2 de octubre, 121/2008, de 26 de febrero, 374/2008, de 24 de junio, 625/2009, de 17 de junio y 655/2010, de 13 de julio.

También en esta línea de argumentación donde el delito de apropiación indebida y de administración desleal son vistos completamente como delitos distintos, las SSTS 462/2009, de 12 de mayo, 656/2013, de 12 de julio, 517/2013, de 17 de junio, entre otras, rechazan el concurso de leyes y condena por el delito del art. 295 CP, partiendo de la base de que en la apropiación indebida, apropiar 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 dinero– hacia su propio patrimonio y el que distrae lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero.

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

Luego, para poder realizar una diferenciación clara de ambos tipos delictivos se deberá tener en cuenta la STS 47/2010, de 2 de febrero, donde se ultima que el administrador que infringe los deberes de lealtad y fidelidad impuestos por su cargo administrando mal en perjuicio de su principal o de los sujetos pasivos mencionados en el art. 295, mediante las conductas descritas en él, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones vaya más allá de las facultades

legalmente conferidas y haga suyo el patrimonio de su principal, causándole así un grave perjuicio, cometerá un delito del art. 252 en la modalidad de «*distracción de dinero*».

Finalmente, mencionar que, a la luz de varias sentencias de 2014 se puede concluir que la teoría que hasta nuestros días se aplica para la resolución de los conflictos generados entre la administración desleal y la apropiación indebida es la de la diferencia y separación normativa. Así, la STS 206/2014, de 3 de marzo, al igual que las SSTS 656/2013, de 12 de junio y 517/2013, de 17 de junio expresa que la diferenciación radica en la calidad del comportamiento del administrador y que la administración desleal no comporta expropiación definitiva. También, las SSTS 370/2014, de 9 de mayo y 655/2014, de 15 octubre consideran que se trata de delitos con una estructura diferente. Cuando el administrador de la sociedad actúa al margen de sus facultades como administrador societario en el sentido amplio del art. 295 CP, entonces no procede la sanción por delito de administración desleal, pero sí procedería por el delito de apropiación indebida.

En este mismo sentido se pronuncian las SSTS 338/2014, de 15 de abril, 767/2014, de 4 de noviembre y 784/2014, de 20 de noviembre estimando que cada delito tiene caracteres propios que permiten diferenciar y situar las acciones típicas objeto de enjuiciamiento en uno u otro delito.

CAPÍTULO 5.- ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CP DE 1995

El Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal⁵⁸, afecta al delito de administración desleal del artículo 295, derogándolo como consecuencia de la reforma general de la apropiación indebida, al introducir en el Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis «*de la administración desleal*», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

El legislador pretende resolver la tipificación correcta que le corresponde al delito de administración desleal pues en el Código Penal de 1995 se tipifica «*como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, “cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio”; y administración desleal, “cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado”, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo*».

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas dejando claro que aquel que incorpora a su patrimonio, o ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble recibida con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador la facultad de disponer de dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no tiene la obligación de devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (art. 1753 CC) por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal por quebrantar su deber de lealtad como administrador o

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, nº 66.1 de 4 de octubre de 2013.

realizar tareas para las que no había sido autorizado perjudicando de este modo el patrimonio administrado.

La reforma supera además la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 CP. *«Existirá perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)».*

Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal diferenciándose ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación indebida con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia.

En definitiva, el artículo 252 quedará redactado así:

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

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la

autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

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

CONCLUSIONES

Una vez finalizada mi tarea de recopilar y examinar información sobre ambos delitos para poder explicar sus características y analizada la problemática delimitación entre ambos, he llegado a las siguientes conclusiones:

En primer lugar y en lo referente al delito de administración desleal, como el delito que he analizado más ampliamente, considero que se debe tener en cuenta y ser objeto de protección tanto el patrimonio social como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados, además del correcto funcionamiento del sistema societario y su fiabilidad para la comunidad, admitiendo así una configuración pluriofensiva del delito pues no se castiga simplemente el perjuicio al patrimonio individual, sino posiblemente el de otras personas junto con el patrimonio social.

En segundo lugar, la sociedad deberá ser vista como un sujeto más a parte de los sujetos pasivos mencionados en el precepto porque sobre ella recae la conducta delictiva considerándola pues, como sujeto pasivo de la acción.

Asimismo y en tercer lugar, en lo relativo al lucro cesante y a los daños morales con contenido patrimonial, éstos deben ser vistos, a mi juicio, como un perjuicio directo y típico que permitirá incluir determinadas conductas como por ejemplo aquellas donde el administrador se deja influenciar por vínculos personales en detrimento de la sociedad. Y, en relación con la comisión por omisión de este delito hay que admitir su viabilidad pues la administración desleal no es un tipo de medios limitados de ejecución.

Por lo que respecta a la delimitación de tales delitos, creo conveniente que sean considerados como figuras autónomas y no en función de la tesis del concurso de normas, siguiendo así las últimas directrices extraídas de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal porque la única forma clara de diferenciar ambos delitos radica en el apoderamiento. Si existe, se deberá considerar que hay una apropiación indebida y, en caso contrario, si no

existiese apoderamiento, si no existe una atribución definitiva dominical, estaremos frente a un supuesto de administración desleal.

También mencionar que, en la conducta típica del art. 295 CP el administrador actúa dentro de sus facultades aunque indebidamente ejercidas causando un daño a la sociedad pues se la priva de unos resultados positivos, que se hubieran producido, si la gestión hubiese sido fiel y leal. El administrador, como tal, no recibe dinero cuya propiedad adquiere con la obligación de entregar o devolver sino que simplemente se le faculta para disponer. Y, por el contrario, en la apropiación indebida, aunque puede ser ejercida también por los administradores, estos deben actuar superando las facultades encomendadas utilizando un medio comisivo al alcance de otros autores de delitos patrimoniales, causando también un perjuicio al sujeto pasivo.

Por tanto, aunque ambas conductas son desleales (defraudan la confianza depositada por los sujetos pasivos), en la apropiación indebida se actúa fuera de lo permitido por el título de recepción (extralimitación de las facultades conferidas –exceso extensivo–) y en la administración fraudulenta se abusa de los poderes legalmente encomendados, es decir, se comete una infracción de deberes internos de manera tal que, siempre que una conducta no esté sometida a obligaciones específicas de entrega o devolución, o se vulneren los deberes de lealtad genéricos de gestión leal y fiel, será una conducta incardinada dentro del delito de administración desleal y no una conducta de apropiación indebida.

Por último, y para finalizar con las conclusiones de este trabajo quiero hablar sobre la penalidad prevista para el delito de administración desleal que anteriormente ya mencioné pero, que a mi entendimiento, y siguiendo con la opinión de la doctrina mayoritaria, supone un error de valoración ya que resulta incomprensible que ésta sea menor que la del delito de apropiación indebida debido a la gran importancia de los intereses patrimoniales en juego y el mayor desvalor de la acción que conllevan estas conductas.

Podría ser conveniente incluir una serie de causas de agravación de la pena, que atendiesen a castigar más severamente aquellos supuestos en que la administración desleal afecta a patrimonios destinados exclusivamente al ahorro (p. ej. aseguradoras, fondos de pensión, etc.), pues son esta serie de conductas las que más conviene evitar porque queda lesionada la confianza de los ciudadanos en una serie de instituciones económicas de vital importancia para el funcionamiento del sistema económico actual. Además, sería interesante incluir la pena de inhabilitación para el ejercicio de las funciones de administración.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.

- *La administración desleal*. Cuadernos de derecho judicial. VII. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel.

- *Administración desleal y apropiación indebida*. La Ley nº 5229, de 19 de enero de 2001, D-17.

CALDERÓN CEREZO, Ángel.

- *Delitos contra el orden socioeconómico*. 1ª ed. Madrid: La Ley, 2008.

CARDONA TORRES, Juan.

- *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. Barcelona: Bosch, 2010.

CASTRO MORENO, Abraham.

- *El delito societario de administración desleal (art. 195 CP)*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CRUZ DE PABLO, José Antonio.

- *Comentarios al Código Penal (Parte especial). Arts. 138 a 639, Vol. I*, Madrid: Difusión Jurídica, 2008.

DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio.

- *Código Penal y Legislación complementaria*. 36ª ed. Pamplona: Civitas, 2010.

FARALDO CABANA, Patricia.

- *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia.

- *Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría.* 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel.

- *De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal.* La Ley nº 4680, de 26 de noviembre de 1998.

GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos.

- *La administración desleal de los órganos societarios.* Barcelona: Atelier, 2008.
- *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial.* Montevideo, República Oriental de Uruguay: B de F Ltda, 2014.

MAYO CALDERÓN, Belén.

- *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.* 1ª ed. Granada: Comares S.L., 2005.

MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos.

- *El delito societario de Administración desleal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial.* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

NIETO MARTÍN, Adán.

- *El delito de administración fraudulenta.* 1ª ed. Barcelona: Praxis, 1996.

PAJARES GIMÉNEZ, Jose Antonio.

- *Código civil.* 32ª ed. Pamplona: Civitas, 2009.

QUERALT JIMENEZ, Joan Josep.

- *Derecho penal español. Parte especial.* 5ª ed. Barcelona: Atelier, 2008.

RÍOS CORBACHO, José Manuel.

- *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico). [Lección 5].* 1ª ed. Madrid: Iustel, 2012.

SAINZ PARDO CASANOVA, José A.

- *El delito de apropiación indebida.* Barcelona: Bosch, 1978.

SILVA CASTAÑO, María Luisa.

- *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno.* Madrid: Dykinson S.L., 1997.

VIVES ANTÓN, Tomás S.

- *Derecho penal. Parte especial.* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

WEBGRAFÍA

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados.

- *Proyecto de Ley de 4 de octubre de 2013 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* [en línea]. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-66-1.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-66-1.CODI.%29#(Página1))

FERRER SAMA, Antonio.

- *El delito de apropiación indebida*. Depósito digital de la Universidad de Murcia [en línea], 1945. Disponible en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/6322/1/N%202%20%20EI%20delito%20de%20apropiacion%20indebida.pdf>

GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos.

- Crisis financiera y retribución de directivos. InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea], nº 2, 2009. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/130913/180679>

JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan.

- *El administrador ha distraído dinero de la sociedad ¿Apropiación indebida o administración desleal?*. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Penal [en línea], 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/751-el-administrador-ha-distraido-dinero-de-la-sociedad-apropiacion-indebida-o-administracion-desleal.html>

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel.

- *La administración desleal societaria en el derecho penal español*. InDret, Revista para el análisis del derecho [en línea], nº 3, 2010. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/745_es.pdf

SIMONS VALLEJO, Rafael.

- *Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español)*. Revista penal. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/239/230>

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO	PONENTES
STS de 19 de noviembre de 1981;	<i>Fernando de Cotta y Márquez de Prado</i>
STS de 7 de marzo de 1994;	<i>Enrique Bacigalupo Zapater</i>
STS de 14 de marzo de 1994;	<i>Enrique Bacigalupo Zapater</i>
STS 224/1998, de 26 de febrero;	<i>José Jiménez Villarejo</i>
STS 1965/2000, de 7 de diciembre;	<i>Cándido Conde-Pumpido Tournon</i>
STS 125/2002, de 31 de enero;	<i>José Ramón Soriano Soriano</i>
STS 867/2002, de 29 de julio;	<i>José Antonio Martín Pallín</i>
STS 1953/2002, de 26 de noviembre;	<i>Juan Saavedra Ruiz</i>
STS 1401/2003, de 22 de octubre	<i>Enrique Abad Fernández</i>
STS 71/2004, de 2 de febrero;	<i>Juan Saavedra Ruiz</i>
STS 949/2004, de 26 de julio;	<i>Enrique Bacigalupo Zapater</i>
STS 1177/2004, de 25 de octubre;	<i>Siro Francisco García Pérez</i>
STS 1217/2004, de 2 de noviembre;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 37/2006, de 25 de enero;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 678/2006, de 7 de junio;	<i>Carlos Granados Pérez</i>
STS 769/2006, de 7 de junio;	<i>Juan Saavedra Ruiz</i>
STS 279/2007, de 11 de abril;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 513/2007, de 19 de junio;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 565/2007, de 21 de junio;	<i>Miguel Colmenero Menéndez de Luarca</i>
STS 600/2007, de 11 de septiembre;	<i>Jesús Pórfilo Trillo Navarro</i>

STS 754/2007, de 2 de octubre;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 121/2008, de 26 de febrero;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 374/2008, de 24 de junio;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 9/2009, de 26 de enero;	<i>José Antonio Martín Pallín</i>
STS 462/2009, de 12 de mayo;	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
STS 623/2009, de 19 de mayo;	<i>Miguel Colmenero Menéndez de Luarca</i>
STS 625/2009, de 17 de junio;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 1351/2009, de 22 de diciembre;	<i>Francisco Monterde Ferrer</i>
STS 91/2010, de 15 de febrero;	<i>Julián Artemio Sánchez Melgar</i>
STS 655/2010, de 13 de julio;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 760/2010, de 15 de septiembre;	<i>Luciano Varela Castro</i>
STS 35/2011, de 2 de febrero;	<i>Diego Antonio Ramos Gancedo</i>
STS 664/2012, de 12 de julio;	<i>Cándido Conde-Pumpido Touron</i>
STS 294/2013, de 4 de abril;	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
STS 316/2013, de 17 de abril;	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
STS 517/2013, de 17 de junio;	<i>Cándido Conde-Pumpido Touron</i>
STS 656/2013, de 12 de julio;	<i>Cándido Conde-Pumpido Touron</i>
STS 206/2014, de 3 de marzo;	<i>Julián Artemio Sánchez Melgar</i>
STS 370/2014, de 9 de mayo;	<i>Cándido Conde-Pumpido Touron</i>
STS 338/2014, de 15 de abril;	<i>Luciano Varela Castro</i>
STS 767/2014, de 4 de noviembre;	<i>Carlos Granados Pérez</i>
STS 784/2014, de 20 de noviembre;	<i>Joaquín Giménez García</i>
