

X.- 1. DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA A LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Antonio José Terrasa García

Abstract: La reforma del Código Penal resultante de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se inserta en el largo proceso de reajuste punitivo entre las figuras de apropiación indebida y administración desleal, con el propósito de devolverlas a sus genuinas dimensiones típicas.

La actual estructuración de la apropiación indebida registra el progreso del vector “apropiación”, consonante con el modelo alemán, frente al abuso de confianza inspirado en el modelo francés, con lo que esta figura cobra una dimensión axiológica que obligará a una esforzada delimitación frente a otros ilícitos civiles y penales en colindancia.

Se implanta una figura general de administración desleal, que acabará con desconciertos y desajustes por la secular intromisión de la distracción de dinero en el inadecuado ámbito de la apropiación indebida, y que bajo la modalidad de abuso de funciones alumbrará una figura de resultado lesivo con mayor amplitud del marco típico y equiparación punitiva a las demás figuras de similar carga antijurídica insertas en el Capítulo “De las defraudaciones”.

SUMARIO

Antecedentes históricos y precedentes codificados.

El llamado tipo básico de la apropiación indebida.

Otras modalidades de apropiación indebida.

Del abuso de confianza al apoderamiento ilícito.

La distracción de dinero.

Elastificación e insuficiencia de la apropiación indebida.

La administración desleal societaria.

Deslinde entre apropiación indebida y administración desleal societaria.

La reforma del código penal (LO 1/2015, de 30 de marzo).

La nueva estructuración de la apropiación indebida.

Por fin la administración desleal como figura general autónoma.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRECEDENTES CODIFICADOS.

El enfoque y tratamiento de las cuestiones relacionadas con la “administración desleal” se han visto ligados, con frecuencia y no sin razón, a una relativa sensación de desconcierto, por las dificultades de delimitación frente a otros tipos penales, especialmente la apropiación indebida, a falta de un perfil institucional claro que facilitase el deslinde entre ambas figuras jurídicas.

Con carácter general el entronque histórico suele hacerse pivotar en torno al hurto (*furtum*), que el derecho romano diferenció tanto del apoderamiento violento (*rapiña*) como del deterioro o la destrucción material de la cosa (*damnum iniuria datum*).

El delito de hurto no sólo contempló la básica sustracción de un bien mueble (*furtum rei*)¹ mediante una acción de desplazamiento material que implique cambiar de lugar, llevarse, o separar (*amotio, illatio, ablatio*), sino que la fórmula conceptual más versátil del “atraer hacia sí” (*contractatio*)² permitió amparar otras modalidades de apoderamiento (*furtum usus, furtum possessionis*) que incluían el simple uso ilícito, la intromisión no consentida, el cobro de una deuda pagada por error, o el apoderamiento doloso de cosas perdidas, sin olvidar que incluso abarcaba lo que en la actualidad se concibe como apropiación indebida, porque “*los comodatarios, acreedores pignoraticios, cometen una contractatio al negarse con animus furiandi a la devolución de las cosas que les están confiadas, y de este modo se hacen culpables de hurto*”³.

Durante la época medieval se acentuó la distinción entre el hurto propio (exigente de la “sustracción”) y el impropio, en aproximación gradual a las actuales figuras de la apropiación indebida y la estafa⁴, que fueron aquilatando un perfil más acusado a partir de la codificación.

El Código Penal de 1822 estrenó el capítulo VI dedicado a los abusos de confianza cuyo art. 777 se refería a: “*Cualquiera que teniendo confiado un depósito se lo hubiere apropiado en todo o en parte*”.

Sin embargo el Código Penal de 1848 volvió a colocar entre los hurtos la negativa de haber recibido dinero o cosa mueble (párrafo segundo del art. 426)⁵, y entre las estafas los comportamientos tanto de apropiación como de

1.- IGLESIAS SANTOS, JUAN. “*Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*”. Ed. Ariel. Esplugues de Llobregat. Barcelona. 1972, pág. 477: “Cierto es que Sabino admitió que el objeto del hurto fuera también una cosa inmueble, pero tal opinión no llegó a prevalecer: *improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum non committitur*”.

2.- IGLESIAS SANTOS, JUAN, op. cit., pág. 474: “*Comete hurto -furtum- nos dice Gayo, no sólo quien quita una cosa ajena para apropiársela, sino también quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño: furtum autem fit non solum cumquis intercipiendi causa rem alienam admovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat*”, nota 19: y también quien, conociendo el error del que paga indebidamente, recibe el dinero (D. 13, 1, 18)”.

3.- MAYNZ, CARLOS. “*Curso de Derecho Romano*”. Jaime Molinas, editor. Barcelona 1887, Tomo II, pág. 489, nota 6.

4.- FERRER SAMA, ANTONIO. “*El delito de apropiación indebida*.” Publicación del Seminario de la Universidad de Murcia. 1944 (<https://digitum.um.es>), pág. 411: “*Fue el Derecho penal canónico el primero en conocer el delito de apropiación indebida como distinto del hurto*”.

5.- **Código Penal de 1948**, art. 426: “*Los que con ánimo de lucrarse negaren haber recibido dinero u otra cosa mueble que se les hubiese entregado en préstamo, depósito ó por otro título que obligue a devolución o restitución*”, y art. 441.1: “*Son aplicables las penas señaladas en el art. 449: 1º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título, que produzca obligación de entregarla ó devolverla*”.

distracción (art. 441.1º), sistemática que fue seguida por los Códigos Penales de 1850 (art. 452.1º), de 1870 (art. 548-5º)⁶, de 1928 (art. 725.5º), y de 1932 (art. 523.5º).

El Código Penal de 1944 situó la apropiación indebida en un capítulo propio (siempre bajo el mismo Título “De las defraudaciones”), donde siguió durante el Código Penal de 1973 (art. 535), antecedente próximo de esa misma ubicación en el Código penal de 1995, mientras que la reforma dimanante de la LO 1/2015, de 30 de marzo (art. 253.1)⁷, ha alterado la construcción antecedente al eliminar de su ámbito la conducta de distracción, reasignándola más correctamente a la nueva figura general autónoma de administración desleal.

EL LLAMADO TIPO BÁSICO DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

La apropiación indebida ha mantenido en nuestro derecho una configuración que inicialmente puso el acento en el “abuso de confianza”, conforme al modelo de inspiración napoleónica vinculado al modo en que se recibe el objeto apropiado⁸, siguiendo en esto la construcción introducida en Francia por la Ley de 29 de septiembre de 1791⁹.

La formulación típica alude, a modo de *numerus apertus*, al depósito, la comisión, la custodia, o cualquier otro título que produzca obligación de

6.- **Código Penal de 1870:** Art. 548. 5º: “*Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla, ó negaren haberla recibido*”.

7.- **Código Penal (Reforma LO 1/2015, de 30 de marzo) Art. 253.1:** “*Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido*”.

8.- **BACIGALUPO ZAPATER, E.** “Comentarios al Código Penal”. Ed. Bosch S.A., Sabadell 2007, pág.2019, alude a “...*la confianza especial propia de la celebración de tales negocios jurídicos, en los que el que recibe la cosa adquiere también una especial posición de custodia (...) un especial deber de lealtad respecto del titular, dado que debe comportarse siempre en beneficio del mismo*”.

9.- **Código Penal francés de 1791** (traducido por José Luis Guzmán Dalbora) UNED Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª. Época, nº. 1, 2009, pág. 514: “*29. Quien resultare convicto de haber distraído en su provecho, consumido o destruido maliciosamente y con el designio de dañar a otro, efectos, mercancías, dinero, títulos de propiedad u otros que importen una obligación o un descargo, y toda otra propiedad mobiliaria que le hubiere sido confiada gratuitamente, será castigado con la pena de degradación cívica*”.

entregar o devolver¹⁰, a lo que se asimila el comportamiento típico observado por quienes negaren haber recibido lo que sea objeto del apoderamiento¹¹, siempre a consecuencia de negocios determinantes de una entrega basada en el mencionado “sustrato de confianza”, cuyo abuso a menudo se ha considerado axial.

Sin embargo, para diferenciarla del hurto no sólo cabe atender a la forma de obtención del objeto sobre el que se proyecta la acción delictiva (“tomar” en el hurto y “recibir” en la apropiación indebida¹²), sino a la presencia o ausencia de desplazamiento material, porque en el hurto se desapodera a un poseedor, y no necesariamente así en la apropiación indebida¹³.

Mientras que la diferencia con la estafa parece residir más bien en la presencia inicial de una maniobra engañosa, independientemente del tipo de negocio que formalmente haya propiciado la obtención del valor patrimonial, porque aun celebrando formalmente alguno de los negocios característicos de la apropiación indebida, lo determinante es siempre la maquinación antecedente¹⁴.

10.- Una referencia a los títulos aptos para determinar la existencia de apropiación indebida puede hallarse en la STS 2ª 1 Jul. 1997.

11.- STS 2ª 15 Nov. 1994: “...como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.”

12.- STS 2ª 3 Feb. 1989: “fijando la atención en los vocablos legales «tomar» en el hurto y «recibir» en la apropiación indebida-”

13.- STS 2ª 23 Mar. 1990: “La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que se diferencia la apropiación indebida del hurto «por tratarse éste de un apoderamiento sin previa posesión legítima» -Vid. Sentencias de 9 de febrero de 1973 y 23 de septiembre de 1975-, y que se comete el delito de apropiación indebida -y no el de hurto- «si se incorpora al patrimonio lo que se recibió de alguna de las formas previstas en el artículo 535, aunque se trate de una posesión precaria, transitoria y en nombre ajeno» -Vid. Sentencias de 9 de marzo de 1971 y de 21 de junio de 1972-. La Sentencia de 5 de noviembre de 1979 dice que así como la dinámica del «modus operandi» en el delito de hurto está constituida por el tomar la cosa sin voluntad del titular dominical, en el de apropiación el traspaso del objeto de la figura punitiva se hace mediante apropiación, distracción o negación del «accipiens», que lo ha recibido sin traslación dominical.”

14.- STS 2ª 8 Mar. 1984: “contrariamente a lo que sucede en el delito de estafa, en el que el elemento del engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal ya que es el que provoca dolosamente el desplazamiento de la cosa motivando por error la voluntad y actuación de la víctima que la entrega voluntariamente a causa de dicho engaño, en el delito de apropiación indebida tal engaño no resulta necesario y de existir aparece como subsiguiente a la entrega, ya que el propietario de ésta confía su posesión al apropiante por su libre voluntad y consentimiento no riciado, o sea legítimamente, aunque no la propiedad de la misma, que se reserva, con la obligación de emplearla en un fin determinado y luego devolverla, aunque después de recibirla el receptor quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales de propia autoridad, convirtiendo antijurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño para un destino distinto del pactado en provecho propio, o de otras personas, por lo que el engaño no puede reputarse como elemento constitutivo de este delito”

Tan es así que incluso puede apreciarse que, pese al característico abuso de confianza, en ocasiones se ha relacionado la apropiación indebida con el fraude, y desde luego el Código Penal la incluye en el capítulo: “*De las Defraudaciones*”, aunque parte de la doctrina niega que esta figura penal tenga relación con la fraudulencia (cuestión que para otros debe considerarse intrascendente¹⁵), mientras que la jurisprudencia las ha declarado heterogéneas¹⁶.

Y tampoco parece inobjetable que la atribución posesoria (meramente instrumental pero legítima, derivada del inicial sustrato de confianza) justifique un taxativo carácter de la apropiación indebida como delito especial propio, puesto que cualquier persona puede cometerla con tal de que se cumplan las exigencias normativas del tipo¹⁷.

En cualquier caso, y pese a lo importante de la confianza (piedra angular de la construcción francesa), parece ir ganando terreno el vector del desapoderamiento (elemento central de la construcción germana), porque no basta transgredir las facultades inherentes a la posesión recibida, incumplir las obligaciones inherentes al encargo determinante del estado posesorio, o

15.- **TOMÁS S. VIVES ANTÓN y otros.** “*Comentarios al Código penal de 1995*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 1251.

16.- **STS 2ª 28 Feb. 1990:** “*En el presente caso, y según al principio hemos enunciado, el término comparativo se concreta entre el delito de estafa objeto de acusación, y el de apropiación indebida, objeto de condena. Examinados ambos tipos delictivos, y no obstante estar los dos comprendidos dentro del mismo capítulo del Código Penal («De las Defraudaciones») y remitirse un precepto al otro en cuanto a la penalidad, entendemos que esas figuras delictivas tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión; así tenemos que en la estafa (artículo 528) es imprescindible el requisito del «engaño», mientras que la apropiación indebida (artículo 535) se define más bien a través de lo que se podría llamar un «abuso de confianza», aspectos subjetivos de la acción perfectamente diferenciados y cuya acusación, y subsiguiente defensa, han de tener, en pura lógica, un tratamiento totalmente distinto.*” En el mismo sentido la **STS 5 Mar. 1990:** “*Los delitos de apropiación indebida y estafa no son homogéneos, ni generalmente homogéneos, con terminología del Tribunal Constitucional -véase ad exemplum, Sentencia de 17 de julio de 1986-, por lo que la acusación por uno de ellos y la condena por otro quebranta el principio acusatorio. Existe un elemento sustancial diferenciador entre uno y otro delito: la presencia de engaño; aún más: de engaño previo y causal respecto al acto de disposición del bien que en absoluto requiere la apropiación indebida. Imputar al acusado una conducta engañosa constituye un elemento nuevo del que no ha podido defenderse.*”

17.- Como delito especial propio es considerada en las **STS 2ª 14 May. 1998 y STS 2ª 12 Feb. 1992**, aunque en sentido diverso puede verse la **STS 2ª 23 Mar. 1988:** “*aunque este delito no es un delito especial en cuanto que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo tiene cierta similitud con tal clase de delitos llegando a decirse por algún sector de la doctrina que no pocos aspectos hacen afín este delito a los denominados de «propia mano», en cuanto que, si bien la condición de sujeto activo no está vinculada a ninguna condición personal, sin embargo, por exigencias normativas del tipo, tan sólo puede ser cometido por quienes se hallen respecto a los bienes objeto del apoderamiento en una de las relaciones posesorias expresamente previstas y determinadas en el artículo 535 del Código Penal*”.

traicionar la finalidad con que se recibió la posesión; sino que la apropiación indebida requiere que la confianza resulte ulteriormente afectada por la apropiación¹⁸ (antijurídica), que supone no tanto disponer materialmente cuanto actuar como dueño (*se ut dominum gerere*), o hacerlo como si la cosa fuese propia (*uti dominus*), pero no exactamente en el sentido de privar materialmente de la cosa al propietario¹⁹, cuanto en el de hacer suyas las facultades dominicales ajenas²⁰ para aprovecharse del valor patrimonial inherente²¹, siquiera sea de forma transitoria, e incluso tras la devolución de la cosa al propietario siempre que hubiera sido desapoderado de su valor, porque desde la perspectiva penal lo que interesa no son las titularidades formales sino la capacidad de acción inherente a la cualidad de propietario²².

Por el contrario, resultarán atípicas las utilizaciones provisionales inocuas, lo que se conoce como usos ilícitos²³, que no implican una genuina apropiación (las impropriadamente designadas como “*apropiaciones indebidas de uso*”)²⁴.

18.- **DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO.** “*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida.*” PPU Barcelona 1944, pág. 128, se refiere a la apropiación en estos términos: “*Como resultado típico constituye un elemento del tipo objetivo de los delitos de apropiación que refleja el proceso de incorporación patrimonial al ámbito de dominio del sujeto activo. Como conducta refiere la dinámica comisiva que produce materialmente dicha incorporación.*”

19.- Aunque con relativa frecuencia se emplee el término “*expropiación*”.

20.- **STS 2ª 13 Nov. 2010:** “*En el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron (tam-bién STS 2339/2001 de 7-12; 1566/2001 de 4-9; 477/2003 de 5-4; 18/2005 de 15-1; 923/2006 de 29-9; 1261/2006 de 20-12; 669/2007 de 17-7).*”

21.- **STS 2ª 24 Dic. 1986:** “*siendo de observar, que cuando de dinero se trata, dado el carácter de cosa fungible que le caracteriza, la posesión, salvo excepciones, recae sobre un valor y no sobre una cosa concreta y tangible.*”

22.- **DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO.** Op.cit., pág. 85, distingue la “*mera atribución formal o relación estática entre bienes y titular de los mismos*” frente a “*las posibilidades de actuación que esa relación concede a su titular y que fluyen de la función que el objeto de la misma cumple para su propietario.*”

23.- **JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ.** “*Comentarios al nuevo Código Penal.*” Ed. Aranzadi. Pamplona 1996, pág. 1165: “*Los usos ilícitos de lo administrado o poseído, pero compatible con el cumplimiento de las obligaciones citadas no integran el contenido material de la prohibición del art. 252 CP.*”

24.- **STS 2ª 16 Oct. 1979:** “*...la teoría de «los usos ilícitos no dominicales» se basa en una sutil distinción que, de un lado, destipifica, respecto al delito de apropiación indebida, la simple retención sin propósito de apoderamiento definitivo, y, de otro, trata de aproximar dicha infracción al delito de malversación de caudales públicos, creando una figura semejante a la descrita en el art. 396 del C. P. -aplicación a usos propios o ajenos- en la que el «accipiens» no se propone hacer suyas o distraer definitivamente las cosas muebles recibidas sino que las aplica a la satisfacción de una necesidad preteritoria y fugaz, propia o ajena, hallándose dispuesto a reintegrar prontamente lo indebidamente aplicado.*”

Sea como fuere, el aprovechamiento está vinculado:

1.- Al ánimo de lucro (*lucri faciendi causa*)²⁵, que permite:

a) distinguirla del delito de daños, donde el apoderamiento estaría guiado por un designio puramente destructivo; y

b) matizar en cuanto al delito de hurto que la “*sustracción*” (el desplazamiento posesorio) patentiza *per se* el elemento subjetivo del tipo (el ánimo de apoderamiento ilícito), mientras que -a falta de esa sustracción- la apropiación indebida requiere alguna manifestación objetiva que exteriorice la intención.

2.- A un resultado de perjuicio patrimonial, incluso sin un correlativo enriquecimiento.²⁶

OTRAS MODALIDADES DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

Nótese además que el componente del abuso de confianza, predominante en la construcción francesa, tampoco resulta común a todas las variedades típicas de la apropiación indebida.

Con la reforma del Código Penal de 1973 (derivada de la L.O. 8/1983, de 25 de junio) se incorporó al ámbito de la apropiación indebida el apoderamiento con ánimo de lucro de un bien perdido, conducta que hasta

25.- STS 2ª 27 May. 1980: “*Ánimo de lucro o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento éste esencial de la culpabilidad -SS. de 30 junio 1970, 20 enero 1971, 15 junio 1972, 7 noviembre 1973, 20 marzo y 6 mayo 1974, 15 enero, 6 febrero, 14 octubre y 10 noviembre 1975, 13 diciembre 1976, 25 marzo, 12 y 17 mayo y 11 octubre 1977, 14 octubre 1978, 23 febrero y 15 junio 1979 entre otras muchas.*” STS 2ª 19 Ene. 1990: “*Como ha dicho reiteradamente esta Sala y así lo recoge la de instancia, el ánimo de lucro es compatible con el móvil o fin mediato del agente que puede ser incluso benéfico -Sentencias de 6 y 17 de febrero y 25 de marzo de 1981; 2 y 29 de abril y 27 de octubre de 1982, 16 de febrero y 13 de febrero de 1983, 19 de abril de 1985 y 5 de junio de 1987 entre otras-*” STS 2ª 20 Dic. 1985 y 24 Mar. 1987: “*puede consistir en cualquier ventaja, utilidad o beneficio, incluso de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia o liberalidad*”.

26.- STS 2ª 8 Feb. 1990: “*tanto si se entiende conforme a algún criterio doctrinal que por ser el delito de apropiación indebida un delito de resultado patrimonial lesivo no se consuma hasta que se produce el perjuicio, como si, por el contrario se admite, como opinan otros, que el perjuicio no puede entenderse comprendido en la descripción típica en cuanto que no es menester que se haya producido un enriquecimiento del sujeto activo con el consiguiente empobrecimiento del sujeto pasivo, por el que el delito se consuma por la lesión del bien jurídico protegido que se produce con el «adueñamiento»*”.

esa fecha continuaba todavía situada entre los hurtos pese a no responder a un supuesto de sustracción²⁷, pero que asimismo carece de algún acto o negocio previos que atribuyan la posesión²⁸, a la vez que se suprimió la agravante específica de abuso de confianza para el delito de hurto²⁹.

A lo que el vigente Código Penal de 1995 añadió la apropiación de dinero o cosa mueble recibida indebidamente por error del transmitente, supuesto donde asimismo falta una atribución posesoria legítima, y cuya supresión tras la reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) reavivará la

27.- **STS 2ª 13 Jul. 1985**: “*que la vieja polémica suscitada en torno al número 2.º del artículo 514 del anterior Código Penal, al enjuiciarse como hurto la apropiación de una cosa perdida con ánimo de lucro, a continuación del hurto propio, fue duramente criticada por la doctrina en tanto en cuanto el ataque al derecho de propiedad se produce aquí sin lesión alguna del estado posesorio, lo que demandaba, en su orden sistemático, el transferir el tipo al de la apropiación indebida, título jurídico aquél que, como apunta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, sobre Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, obliga a desplazar tal hecho a la esfera de la apropiación indebida, a cuyo fin se introduce la oportuna ampliación en la formulación que el artículo 535 hace de dicho delito, siquiera sea de destacar el error material padecido en la transcripción de los ordinales en la propia Exposición de Motivos, fácilmente salvables por su notoriedad y fácil comprensión, aunque sin merma en la redacción del tipo que ahora sufre su traslado en aras de una mejor y adecuada sistematización.*”

28.- En palabras de **FERRER SAMA ANTONIO**. Op. cit. “*una cosa que no encontrándose en la posesión material de nadie, sigue perteneciendo a algún sujeto*”. En este aspecto la **STS 2ª 8 Feb. 1989** señala: “*Es indudable que un cheque al portador que se encuentra, como dice el recurrente, en un buzón, es una cosa perdida en el sentido del art. 535,2.º párrafo, CP. Por el contrario, el recurrente sostiene en apoyo de su punto de vista que el tipo penal de apropiación indebida contenido en el segundo párrafo del art. 535 CP requiere que se trate de un objeto que «esté perdido por haber perdido el propietario la posesión», lo que no habría ocurrido en el caso que ahora se juzga. Este punto de vista es erróneo. No es necesario discutir aquí si se perdió o no la posesión anterior sobre el cheque, dado que en la interpretación de los delitos de apropiación no es decisivo el carácter jurídico-civil de las cosas. En verdad, el carácter de cosa perdida no depende sólo de la situación de la cosa, como parece sostenerlo el recurrente, sino de consideraciones que rigen el tráfico social con las cosas. De la misma manera que no se puede poner en duda que el dueño de una tienda tiene «en su poder» las mercancías que le ha dejado delante de su puerta el repartidor de las mismas antes de la apertura de aquélla, en el caso del cheque que motiva este proceso tampoco es problemático que se trate de una cosa perdida. Ello es consecuencia del criterio jurídico con el que se determina si una cosa está o no bajo el poder de otro. Tal criterio como se lo señala en la doctrina, es el «concepto cotidiano de la vida social». Según este concepto un cheque al portador que no está bajo el poder efectivo de una persona, sino prácticamente a disposición de cualquiera, es una cosa que no se puede considerar dentro de la esfera de poder de alguien, y por lo tanto perdida. La circunstancia de que los cheques hubieran sido previamente sustraídos no afecta esta conclusión, toda vez que ello no justificaría una reducción del fin de protección de la norma cuya lesión se sanciona en el art. 535, 2.º párrafo del Código Penal. Con respecto al dueño por otra parte, la sustracción sufrida es, en realidad, sólo la causa de la pérdida.*”

29.- **STS 2ª 18 May. 1994**: “*En cuanto al primer aspecto del motivo, la «vexata quaestio» de la distinción entre el hurto (con la agravante específica de abuso de confianza) y la apropiación indebida ha perdido gran parte de su virulencia tras la reforma de 1983 que tras suprimir en el hurto la agravante específica del abuso de confianza, remite las penas de la apropiación indebida a las de la estafa las que, a su vez, se parigualan con las del hurto (artículos 515, 528 y 535 del Código Penal). Este proceso fagocitario del hurto por la apropiación se consuma con el traslado a la misma, del hurto de cosa perdida.*”

polémica porque había sido considerado jurisprudencialmente atípico, y en otras punible como delito de estafa o hurto³⁰.

DEL ABUSO DE CONFIANZA AL APODERAMIENTO ILÍCITO.

A partir de ello el “abuso de confianza” (apto para caracterizar el tipo básico) parece claudicante -o al menos decadente- como catalizador de las diversas modalidades de apropiación indebida, porque la apropiación de cosas perdidas -o la disposición de un cobro indebido- responden a una simple “tenencia” o a la mera “detentación”³¹ antes que a una genuina posesión civil³².

30.- STS 2ª 19 Jun. 2015: “Y con similar criterio se pronuncia nuestra Sentencia 1416/2004, de 2 de diciembre, en la que se expresa que el tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarar su punición en la apropiación indebida, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta. La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva. Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución.”

31.- ÁNGEL CALDERÓN Y JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO. Código Penal Comentado. Ed. Deusto. Bilbao. 2005., pág. 566: “No basta la mera detentación de los bienes que se reciben con destino predeterminado (v.gr. el cajero que recibe el dinero para atender a los pagos diarios del banco, o el empleado doméstico a quien se entrega el dinero para la compra o efectuar un pago determinado, quienes cometerán delito de hurto)”.

32.- STS 2ª 18 May. 1994: “Sólo queremos recordar que si se dijo en tiempos pasados: «¡Hurta el que toma, estafa (o se apropia) el que recibe!», hoy día viene a coincidirse con tal comparación de los verbos nucleares de ambos delitos por camino más técnico, pues si el «quid» de la apropiación está en el ataque a la propiedad del «dominius», puesto que la posesión de la «res furtiva» ya se tenía, en tanto que el hurto ataca de modo plenario ambas facultades dominicales, bastará reconocer esa previa posesión de la cosa por el «accipiens» para decretar la apropiación indebida. No hay dificultad cuando el agente tiene la posesión material de la cosa, pero puede haberla cuando el sujeto activo no tiene esa inmediatividad sobre la cosa. Entonces el criterio decisorio es el de si existe posesión autónoma concedida por el dueño que rebasa la simple condición de servidor de la posesión, tal como sucede en las empresas de tipo complejo en su administración como las bancarias.” Sobre la misma cuestión: FERRER SAMA, ANTONIO. Op. Cit. pág. 412: “El hecho fundamental que al penalista interesa es la distinción que se marca entre posesión y detentación.”, aunque citando a Giurati (Trattato con Babboni, Florián, etc., 1913, pág. 367) destaca que: “...la ley penal se preocupa principalmente del hecho material de que para apropiarse de la cosa el agente no haya tenido necesidad de extender la mano codiciosa sobre lo ajeno”.

E incluso más allá de la debilitación de su núcleo aglutinante (constituido por la confianza defraudada), se ha planteado³³ que la previa tenencia o posesión de la cosa actúa como componente común de todos los delitos patrimoniales (incluyendo el hurto y el robo, además de las defraudaciones), pero sin ser determinante de esa categoría delictual:

a) porque las diferentes modalidades de acceso a la disponibilidad del objeto sólo reflejarían una distinta antijuridicidad en orden a modular la pena correspondiente;

b) porque el verdadero elemento característico ya no residiría en el modo de apoderamiento antecedente (violencia, intimidación, sustracción, abuso de confianza, engaño) sino en la ilegitimidad del desapoderamiento subsecuente: la apropiación ilícita³⁴.

En cualquier caso puede comprobarse que, incluso en un sistema -como el nuestro- de construcción francesa apoyada tradicionalmente sobre el abuso de confianza, el vector del apoderamiento ilícito ha ido ganando terreno doctrinal y jurisprudencial: *“la moderna doctrina científica, seguida ya por esta Sala SS. de 30 noviembre 1956, 3 y 16 octubre 1972, entre otras-, ya no ve en el abuso de confianza el dolo específico del delito de apropiación indebida (...) de suerte que basta el dolo de apropiación o ánimo de haber la cosa como propia”*³⁵.

33.- **SIMONS VALLEJO, RAFAEL.** *“Sobre el contenido del injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español)”* Revista Penal.com, Nº. 15 (2005) considera que: *“la presencia de una relación posesoria así definida, en el seno de la estructura de este delito, no constituye, en absoluto, una característica derivada de la misma naturaleza o esencia de la apropiación indebida (...) sino que por el contrario es el resultado de la construcción de la misma sobre la idea de apropiación, que requiere conceptualmente de aquélla como condición de existencia, y por ende, es una consecuencia de su inclusión dentro de la categoría más general de los delitos de apropiación. (...) En el StGB, la sanción de las conductas apropiatorias que tengan por objeto cosas no poseídas por otro sujeto, es de carácter general; el § 246 de ese cuerpo normativo funda, en efecto, una regla general que permite sancionar cualquier hipótesis imaginable de apropiación”*.

34.- El **parágrafo 246 del Código penal alemán** sanciona a: *“Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro”*, tipo básico con referencia al que se aumenta la sanción aplicable a comportamientos agravados por el desvalor de la conducta, como la apropiación indebida de cosa confiada (ex parágrafo 246.2 StGB) que en nuestro derecho actúa a modo de eje en torno al que se aglutinan los restantes tipos sancionados con menor pena.

35.- **STS 2ª 8 Jun. 1979:** *“Que la moderna doctrina científica seguida ya por esta Sala SS. de 30 noviembre 1956, 3 y 16 octubre 1972, entre otras-, ya no ve en el abuso de confianza el dolo específico del delito de apropiación indebida, con el consiguiente quebranto de previos vínculos de lealtad que ello comportaría, sino que la existencia de fiducia es más bien elemento objetivo de la acción, en cuanto inherente al título (depósito, comisión, administración o análogo) que obliga a entregar o devolver la cosa (res comendata o cosa confiada), elemento fiduciario, de corte objetivo, que aún en ocasiones llega*

LA DISTRACCIÓN DE DINERO.

Una mención específica merece el dinero como objeto sobre el que recae la acción en la apropiación indebida, en cuyo marco típico debutó cuando los tipos referentes a la administración desleal (previstos en el Código Penal de 1822³⁶) fueron suprimidos por el Código Penal de 1848, de modo que aquella distinción -ahora crucial- entre apropiación y deslealtad en la administración, ya no se mantuvo, “*cabe suponer, por haber supuesto que al incluir en el art. 452 la distracción de dinero las figuras del Código Penal de 1922 se tornaban innecesarias*”³⁷.

A partir de ello, la distracción de dinero ha venido siendo doctrinalmente controvertida, sin que se hayan ahorrado críticas a esta dificultad metodológica, que alumbró una interpretación (de la regulación típica) infelizmente abocada -desde ese instante- a cubrir supuestos de más que dudosa apropiación³⁸.

Dado que la apropiación envuelve una conducta de disposición en el sentido antes apuntado (es decir actos de desapoderamiento de un valor

a faltar como acontece en el depósito miserable o necesario, expresamente mentado por el art. 535 del C. P. en su párr. 2.º para castigar el hecho más gravemente, de suerte que basta el dolo de apropiación o ánimo de haber la cosa como propia por parte del accipiens una vez que ya le fue otorgada la posesión de aquélla por el tradens, correlativamente con la acción apropiadora que quebranta la propiedad ajena pero no la posesión que ya se tenía (lo que diferencia este delito del hurto), como tampoco es necesario que la entrega de la cosa se haga por parte del dueño con voluntad viciada por el engaño (a diferencia de la estafa).”

36.- **Código Penal de 1822.** Capítulo VI sobre los abusos de confianza, art. 778: “*El administrador o el encargado de bienes o de negocios, que faltando á la lealtad que debe á su principal, descubriere en perjuicio del mismo los secretos del patrimonio, administración o cargo que tuviere confiado, o estraviare fraudulentamente los instrumentos que se le hubieren entregado, ó en otra manera se hubiere portado con dolo en su encargo ó administración, sufrirá la pena de reclusión de tres meses á un año, y una multa de cincuenta á sesenta duros*”.

37.- **BACIGALUPO ZAPATER, E.** Op. cit, pág. 2025.

38.- La **STS 2ª 24 Abr. 1973** refleja una amalgama viscosa entre apropiación indebida, administración desleal, y malversación de caudales públicos: “*Uno de los títulos fiduciarios frecuentes que nutren la transferencia posesoria primaria es el de administración, señalado por el artículo 535, entre otros, en una enumeración exhaustiva, no concretándose dicho título a la institución contractual del derecho privado, ya que abarca situaciones jurídicas de cualquier condición, incluso las públicas, debiendo acogerse tanto el cuidado de intereses y bienes ajenos como toda gestión, gerencia, dirección, gobierno, regencia para otro, gobernando, rigiendo, cuidando, sirviendo o tutelando derechos ajenos por su encargo o delegación. Por consiguiente, entra dentro de tan amplio concepto el desempeño de la organización comercial de una empresa ajena y la tutela de sus intereses, rindiendo cuentas de la gestión*”.

patrimonial, que afectan a la propiedad), parece lógica la exigencia de que el objeto apropiado sea ajeno³⁹.

Precisamente por falta de ajenidad, doctrina y jurisprudencia se han venido mostrando contrarias a subsumir en la apropiación indebida algunos apoderamientos de dinero:

- el recibido en préstamo (mutuo), ya que el prestatario queda investido como propietario y (según el art. 1.753 del Código Civil) sujeto a la simple obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

- el depósito irregular en cuenta corriente⁴⁰.

En los demás casos (depósito, comisión, custodia) cuando el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver el dinero implica destinarlo o aplicarlo a finalidades para las que no se recibió, constituye una conducta de “distracción” que se alinea mejor con la administración desleal, una infracción contra el patrimonio⁴¹ que no requiere *animus rem sibi habendi*.

Sin embargo la jurisprudencia, para no dejar impune el desvío de dinero hacia un destino indebido o con una finalidad ilícita, acabó subsumiendo estos casos (de administración desleal de dinero) en la apropiación indebida, y para ello formuló la distinción entre “*distracción de dinero*” y “*apropiación*”

39.- STS 2ª 5 Mar. 1990: “el objeto jurídico del delito de apropiación indebida es la propiedad. Y mal puede lesionar el bien jurídico de la propiedad en cuanto tal, quien es propietario. Apropiación de lo que es propio es una contradicción in adjecto. Presupuesto del injusto típico es la ajenidad de la cosa. Y en la prenda sin desplazamiento el depositario es dueño del objeto. El depositario y dueño podía, por lo demás, vender la totalidad o parte de los bienes pignoralados, bajo ciertas condiciones, el incumplimiento de las cuales al efectuar la venta no cumple el elemento subjetivo del tipo de apropiarse o distraer, es decir, de apoderarse de tal bien; por la razón expuesta de que nadie puede apropiarse de lo que es suyo.”

40.- FERRER SAMA. Op. cit., pág 426, señala que el depósito irregular de dinero constituiría un préstamo o comodato conforme al art. 1768 Código Civil, salvo que se entregase de forma cerrada o sellada (art. 1769 Código Civil).

41.- Según la opinión doctrinal mayoritaria, en el caso de los delitos contra la propiedad, la conducta delictiva implica un ataque contra elementos concretos del patrimonio, tales como el derecho de propiedad, la posesión o los derechos de crédito; por el contrario, cuando se trata de definir los delitos contra el patrimonio, la opinión doctrinal es divergente: a) ataque general (al patrimonio en su totalidad); b) ataque difuso (agresiones dirigidas a elementos patrimoniales, pero sin concretar la agresión en un determinado).

de bienes⁷⁴², a pesar de lo discutible⁴³ y hasta confuso de esta solución⁴⁴, cuestión sobre la que han abundado matizaciones de fondo, sin faltar las críticas doctrinales⁴⁵.

42.- STS 2ª 31 May. 1993: “Ambas expresiones, *apropiar* o *distraer*, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos (...) cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado (...) Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término *distraer*...” También la STS 2ª 14 Mar. 1994: “el artículo 535 CP no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal no lo hacen distraendo el dinero de cualquier manera. (...) Por lo tanto, en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación, el «*animus rem sibi habendi*» es totalmente innecesario. El autor sólo debe haber tenido conocimiento de producir el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.” Y en este mismo sentido la STS 2ª 12 Dic. 2002: “El término empleado por el tipo penal, «*distraer*» no se refiere a una «*apropiación taimada*» en contraposición al término «*apropiarse*» que indicaría una apropiación directa del bien. La diferenciación entre ambos términos sugiere, de una parte, una modalidad de apropiación en la que el recurrente incorpora a su patrimonio el bien y, de otra, la conducta de quien gestiona un patrimonio ajeno y lo dispone en perjuicio de la persona física o jurídica (...) Es una interpretación que surge de la propia literalidad del precepto penal, del art. 535 del Código Penal 1973, que hoy se corresponden con los arts. 252 y 295 del Código Penal de 1995, y resultante de analizar el precepto desde la perspectiva de la reforma operada en el Año 1983 en los delitos recogidos bajo la rúbrica «*De las defraudaciones*». La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido (cfr. STS 224/1998, de 26 de febrero, 1965/2000, de 15 de diciembre, 253/2001, de 16 de febrero, 1040/2001, de 29 de mayo y 125/2002, de 31 de enero) de forma constante al interpretar el tipo penal de la apropiación indebida..”

43.- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL considera que: “siendo el dinero el bien fungible por excelencia, su propiedad se transmite con la simple traditio, de modo que no habría nunca apropiación indebida de dinero ni siquiera el recibido por administración depósito o comisión, sino simple gestión contraria al deber de fidelidad” (<https://repositorio.uam.es>).

44.- STS 2ª 23 Jun. 1973: “El verbo «*distraer*» no es sinónimo del de *apropiar* -ambos integrantes del núcleo del tipo-, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado, aunque se confunden, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador”.

45.- Para Muñoz Conde la distracción envuelve un propósito de devolución o de aprovechamiento temporal, a diferencia de la apropiación (MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 13ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág. 425.), aunque parte de la doctrina niega una diferencia categórica entre ambos términos.

Sobre la misma cuestión:

-DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. “*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*”. Ed. PPU. Barcelona, 1993.

-GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, pág. 2.

-CHOCLÁN MONTALVÓ, J. A.: “*Acerca de la mal llamada “apropiación indebida” de dinero*”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º. 335, 26 Mar. 1998, pág. 2.

ELASTIFICACIÓN E INSUFICIENCIA DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

Además se fueron acumulando las dificultades para subsumir en el seno de la apropiación indebida los apoderamientos de títulos no mobiliarios, ineptos típicamente para su reconducción al cauce -cada vez más estrecho- de esta figura penal⁴⁶, gradualmente forzada a una elastificación desde que el Código Penal de 1973 -además del dinero- incluyó la referencia a los “efectos”, y en el Código Penal de 1995 a los “valores” y a los “activos patrimoniales”⁴⁷, lo que supuso incluso prescindir de la tradicional y taxativa exigencia (que históricamente compartía con el hurto) de que el objeto apropiado fuese un bien mueble, siempre a cuenta de procurar la respuesta penal más adecuada a una conflictividad paulatinamente excedente de los relativos márgenes que la apropiación indebida podía ofrecer con arreglo a su genuina naturaleza.

LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA.

Tan es así que hasta ese momento los apoderamientos, e incluso algunas distracciones de dinero cometidos en el seno de una sociedad, resultaban incriminables como apropiación indebida⁴⁸ o estafa, pero quedaban impunes

46.- STS 9 Feb. 1989: *“La doctrina y la jurisprudencia subrayan que el concepto general de cosa mueble no coincide con el civil, pues aquel tiene un sentido funcional, en cuanto solamente abarca los objetos materiales susceptibles de aprehensión y transporte. Tal noción, a la vez que se aparta de las previsiones del Código Civil, se aproxima al entendimiento común y realista. Consecuentemente, no merecen la consideración de cosas muebles las de carácter incorporal, sean derechos o energías (recuérdese la tipificación expresa de las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas), pero si, por el contrario, la estatua incorporada a un edificio (bien inmueble para el derecho civil). En la línea indicada pueden verse las Sentencias de 30 de mayo de 1890, 15 de octubre de 1898, 20 de mayo de 1983 y 4 de julio de 1986, perteneciendo a esta última la declaración de que debe entenderse por cosa mueble en derecho penal «todo objeto del mundo exterior susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento, concepto funcional a efectos penales no necesariamente coincidente con el de cosa mueble en el orden civil». La aplicación de la anterior exégesis al caso objeto de autos impide la calificación a tenor del artículo 535 del Código Penal, porque las parcelas compradas para el nuevo colegio son bienes inmuebles, mientras que los derechos o participaciones correspondientes a la sociedad formada por querellante y querellado se mantienen en el ámbito de lo incorporal.”*

47.- ÁNGEL CALDERÓN Y JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO. *“Código Penal Comentado”*. Ed. Deusto. Bilbao. 2005, pág. 566: *“El objeto material está representado tanto por los bienes muebles como los inmuebles (...) la inclusión de los inmuebles se deriva de la expresión típica en los activos patrimoniales”*. También BACIGALUPO ZAPATER, E., op. cit, pág.2018: *“Es sin embargo evidente que activos patrimoniales no son sólo los inmuebles, o que estos lo son tanto como los muebles o los valores de otra naturaleza”*.

48.- STS 2ª 4 Jul. 1980: *“Que entre los títulos aptos e idóneos para generar el delito estudiado que no menciona «nominatim» el art. 535 del C. P. figura el contrato de sociedad (...) se puede construir el delito de apropiación indebida en los casos de contrato de sociedad, bien sobre la base de la distinta personalidad de los socios y de la sociedad, bien con apoyo en el fundamento de que quien se apropia de bienes sociales está perjudicando a los demás socios y privándoles de parte o de todo su patrimonio*

los comportamientos carentes tanto de apropiación como de engaño⁴⁹:

- Aseguramiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales con garantías reales sobre bienes de la sociedad.
- Empleo de cantidades en beneficio de los administradores.
- Adquisición de bienes por precio diferente al formalmente documentado.
- Obtención de comisiones por los administradores, directamente o a través de otras sociedades que controladas por ellos.
- Pago de gastos personales de los administradores con cargo a la sociedad.
- Pago de dividendos ficticios o no distribuibles.

Por ello, desde el Proyecto de Código Penal de 1980 en adelante, los textos prelegislativos tuvieron en cuenta el problema, aunque no fue hasta la LO 10/1995, de 23 de noviembre que el Código Penal incorporó una figura de administración desleal (bien que limitada a la gestión/administración “societaria”) a modo de reacción frente a situaciones antes excluidas de la

(...); por ello, la doctrina ha entendido que comete este delito el administrador o gerente de una sociedad que recibiendo, con destino social, dinero o cosa mueble, lejos de ingresarlo en el acervo social lo toma para sí en beneficio exclusivo, y también lo perpetra si tomando del caudal social dinero o cosas muebles, los incorpora a su patrimonio, o los hace suyos, o les da un destino distinto al convenido o adecuado, y, finalmente, que lo mismo puede predicarse de cualquier socio, que aun no siendo administrador, obre de idéntico modo al señalado; y por su parte la jurisprudencia, en SS. de 26 enero 1905, 2 octubre del mismo año, 9 febrero 1912, 7 noviembre 1914, 3 y 17 marzo 1927, 14 junio y 8 julio 1935, 3 abril 1946, 28 febrero 1951, 16 febrero 1954, 20 octubre del mismo año, 22 octubre 1960, 17 octubre 1964, 21 noviembre 1966, 5 diciembre 1967, 23 diciembre 1968, 2 mayo 1969, 20 abril 1970, 12 febrero 1971, 28 septiembre 1973, 25 marzo 1974, 27 junio 1975 y 14 enero 1976, ha sentado que, para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, es preciso: 1.º) que en poder del socio se halle el dinero o la cosa mueble, objeto del adueñamiento; 2.º) que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente de socio, es decir, en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad; 3.º) obligación de entrega o devolución; 4.º) que no exista tal indeterminación de derechos, complejidad, confusión o iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno corresponde y dónde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios; y 5.º) que concurra y se constate intención o propósito de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de realización del propio derecho, de cautela, de garantía u otro semejante.”

49.- **SEQUEROS SAZATORNIL, F.**, “Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores.” Madrid, La Ley, 2006, pág. 972, en **GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.** “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta.” Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología (en línea). 2015 n.º. 17-0), pág. 7.

estafa y la apropiación indebida⁵⁰, que dio pie a una criticada coexistencia de dos figuras (y ambas limitadas) de administración desleal: 1.- la distracción de dinero (castigada como apropiación indebida); 2.- la administración desleal en el ámbito exclusivamente societario.

La administración desleal societaria del antiguo art. 295⁵¹, quedó supeditada a que el administrador hubiese incurrido en “*abuso de las funciones propias de su cargo*”, lo que -en suma- guardaba correspondencia con una de las dos variedades de administración desleal prevista en el párrafo 266 del Código Penal alemán (StGB)⁵²: la modalidad de abuso: disponer, o contratar, abusando de las facultades, por lo que se configuró al margen tanto del deber de velar por el patrimonio ajeno, como de la figura conocida como “infidelidad” en el Código Penal alemán.

Bajo dicho presupuesto se perfilaron dos comportamientos típicos para la administración desleal societaria: a) la disposición fraudulenta de bienes pertenecientes a la sociedad y, b) la contracción de obligaciones a cargo de ésta que resultasen perjudiciales para los socios, depositarios, cuenta-partícipes, o titulares de los bienes, derechos, o acciones, en administración.

Desde luego fue mayoritaria la opinión doctrinal en torno a su calificación como delito de resultado lesivo, especialmente ante la exigencia de que se cause “*directamente un perjuicio económicamente evaluable*”, exigencia que parte de la doctrina entendió aplicable a las dos modalidades comisivas (y no sólo a la contracción de obligaciones)⁵³.

50.- **BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL.** “*Administración desleal y apropiación indebida*”. La Ley nº. 5229. 19 Ene. 2001. Entiende que el tipo objetivo alcanza, en cuanto a la disposición fraudulenta, la concesión no autorizada de créditos sin garantías, el préstamo perjudicial a favor del propio administrador no facultado para obtenerlo, el pago por servicios no prestados a la sociedad, o por un precio superior al valor de mercado, el cobro por el administrador de comisiones no debidas o su pago a terceros, así como la falta de cobro de los créditos vencidos.

51.- **Art. 295 Código Penal (redactado por LO 10/1995, de 23 de noviembre):** “*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta-partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.*”

52.- **Art. 266.1 StGB:** “*Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un cargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro;*”

53.- Dir. **QUINTERO OLIVARES, GONZALO;** Coord. **MORALES PRATS, FERMÍN,** “*Comentarios a la Parte Especial*”, 8ª ed., 2009, pág. 921 y ss.

En orden a la determinación del perjuicio, parte de la doctrina adoptó el criterio “jurídico-económico” (personal/individual) de patrimonio⁵⁴, y la jurisprudencia ha acabado optando por un concepto objetivo-individual del patrimonio⁵⁵, que va más allá del no incremento o decremento puramente patrimonial o contable e involucra la finalidad económica propuesta por el titular del patrimonio.

DESLINDE ENTRE APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL SOCIETARIA.

Pero lo que importa destacar ahora son las dificultades que surgieron para discriminar entre la apropiación indebida (como administración desleal derivada de la distracción dineraria) y la disposición fraudulenta de bienes (como administración desleal societaria), cuestión que -con carácter general- se resolvió:

- a) reservando el marco típico de la disposición fraudulenta de bienes societarios para los usos o aprovechamientos en beneficio del administrador o de tercero sin correlativa contraprestación para la sociedad;
- b) manteniendo los casos de distracción de dinero en la órbita de la apropiación indebida.

54.- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socio-económico en el nuevo Código Penal de 1995”. Jornadas sobre el nuevo Código Penal. Asua Batarrita, A. Bilbao. 1998, págs. 133 y ss.

55.- Como delito de resultado que exige daño patrimonial lo señala la STS 2ª 17 Jul. 2006: “Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. (...) En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, «el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en Sentencias 915/2005, de 11 de julio, 402/2005, de 10 de marzo, y 554/2003, de 14 de abril.” Y en este mismo sentido las STS 13 Jul. y 29 Nov. 2010.

El posicionamiento doctrinal fue abundante⁵⁶, aunque no pacífico⁵⁷, y la jurisprudencia -asumiendo la heterogeneidad entre ambas figuras- fue tratando de cimentar sus diferencias con un marcado carácter evolutivo:

Para la **Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 26 de febrero de 1998** (Caso Argentinia Trust) “*El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan”.*

La solución pasaba entonces por un concurso de normas en relación de alternatividad, a resolver aplicando la figura con pena más grave (apropiación indebida)⁵⁸.

En sentido diferente, la **Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 29 de julio de 2002** (Caso Banesto) señaló: “*Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes. (...) Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio*

56.- GÓMEZ JARA, CARLOS. “La administración desleal de los órganos societarios”. Barcelona. Atelier, 2008. Pág. 181 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. “El delito societario de administración desleal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág. 46.

57.- LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS. “La administración desleal societaria en el derecho penal español” InDret. Barcelona, abril 2010. Pág. 11: “*las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias, pues implican eo ipso un acto de disposición fraudulenta de bienes.*”

En sentido bien diferente puede verse BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Op. cit.* Distinguió entre *acto ilícito dominical*: actos de disposición en concepto de dueño con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver y con el ánimo de no entregar ni devolver (apropiación indebida), y *uso ilícito no dominical*: actos de disposición, no en concepto de dueño, sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver o, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver (administración desleal).

58.- En el mismo sentido las STS 2ª 15 Dic. 2000, 3 Feb. 2002, 29 Sep. 2002, 7 Nov. 2002, 7 Jun. 2005, 25 Ene. 2006, 11 Abr. 2007, 15 Sep. 2010, 18 Dic. 2013.

o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal.“

La sentencia en cuestión se vio obligada a precisar que -como administración desleal- cabía englobar “*el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares.*”, porque la figura del cohecho entre particulares fue introducida con posterioridad mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, y últimamente reformada por la LO 1/2015, de 30 de marzo con nueva redacción del art 286 bis del Código Penal.

Sin embargo la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2005** propició un nuevo posicionamiento, en tanto la administración desleal supondría un exceso “*intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida (...) supone una disposición de los bienes (...) que supera las facultades del administrador.*”

Las oscilaciones jurisprudenciales descritas son fiel reflejo, y muestra viva, del desajuste institucional generado por la inestable convivencia entre una administración desleal sancionable como apropiación indebida (forzada a partir de aquella fórmula jurisdiccional interpretativa aplicada a la “*distracción*” del dinero), y la administración desleal societaria (nacida del Código Penal de 1995), a lo que añadir la injustificada diferencia penológica con que se favoreció a esta última⁵⁹.

En suma, una sistemática deficiente que condujo a un deslinde jurisprudencial sinuoso entre ambas figuras, sobre cuya insostenibilidad ha venido alertando la doctrina en pos de una solución congruente⁶⁰.

59.- GÓMEZ JARA, CARLOS. “*Crisis financiera y retribución de directivos*” InDret. Barcelona Mayo 2009. Pág. 23: “*El Legislador de 1995 no parece haberse percatado de la gravedad de las conductas de administración desleal societaria y de la necesidad de un plus punitivo.*”

60.- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. “*Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta.*” Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología (en línea). 2015 n°. 17-0), pág. 14: “*El legislador necesita abordar con carácter urgente el tema planteado, en el sentido de incorporar a nuestra normativa un precepto que sancione la administración desleal de forma amplia. Además, debería tomar la decisión de eliminar el artículo que reduce su aplicación al ámbito societario; o bien, dotarlo de autonomía propia, de forma que persistiera en nuestra normativa conjuntamente con la figura genérica de administración fraudulenta, como delito contra el patrimonio.*”

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL (LO 1/2015, de 30 de marzo).

La reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) ha tratado de dar respuesta a ese dilema al reestructurar las figuras correspondientes, manteniendo la apropiación indebida en la órbita de los delitos contra la propiedad cuando medie obligación de entregar o devolver los bienes recibidos, y construyendo una administración desleal (ya no estrictamente ligada a la esfera societaria) que abandona felizmente el terreno inherente a la apropiación indebida para recuperar su *locus standi* como delito contra el patrimonio cuando se actúe perjudicialmente sin o contra las facultades inherentes a la administración de un patrimonio ajeno.

LA NUEVA ESTRUCTURACIÓN DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

El resultado de la última reforma se atiene -en principio- a la tradicional fórmula francesa en el art. 253, es decir una apropiación derivada del abuso de confianza (pero que sólo podría seguir considerándose como tipo básico en atención a que la pena de la apropiación indebida por abuso de confianza se equipara a la administración desleal y la estafa), donde se mantiene la referencia al “dinero” como objeto de apropiación sobre el patrimonio ajeno, aunque se elimina la antecedente referencia típica a la “*distracción*”, ahora subsumible en la esfera de la administración desleal, tal cual se manifiesta en la Exposición de Motivos de la reforma en vigor⁶¹ y se deduce de haberse eliminado la referencia a la recepción del objeto en “administración”, que se ha sustituido por la de “*custodia*”. Por el contrario se ha recuperado la antigua nota identitaria común con el hurto, que es la de proyectarse sobre un bien de naturaleza mueble, aspecto ya comentado anteriormente en relación con la elastificación de esta figura penal que, para permitir la punición de conductas no encajables en la estafa ni en la apropiación indebida, incluyó en ésta sucesivamente alusiones a los “efectos” y los “valores”, y finalmente los “activos patrimoniales” cuya referencia ahora desaparece.

61.- **Exposición de Motivos de la reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo:** *“La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal. Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación..”*

Merece recordarse que el Tribunal Supremo señaló que la apropiación indebida no requería necesariamente el enriquecimiento del sujeto activo⁶², pero distinguiendo entre el apoderamiento de “cosas” que sí exigía *animus rem sibi habendi* (en ocasiones apreciado como elemento subjetivo del injusto⁶³, y en otras tratado como dolo específico para la apropiación indebida), mientras que la distracción de “dinero” no lo necesitaba: “*el tipo no conlleva necesariamente el “animus rem sibi habendi”, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasional al principal (...) distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad*”⁶⁴, lo que debe ser puesto en relación con la referencia al apoderamiento “*para sí o para tercero*” que ahora figura -tras la reforma- en el art. 253 para la apropiación indebida, porque los actos de apropiación indebida abarcan no sólo el apoderamiento para sí (resultado que antaño fue doctrinalmente presentada como elemento distintivo frente a los actos de distracción⁶⁵) sino también para un tercero.

Pero el art. 254 se aproxima sin excesivo disimulo a la construcción alemana (en principio plausiblemente, en tanto que abandona la metodología tópica y tiende a sustituirla por otra axiomática) cuando reconduce a un tipo único cualquier apropiación de cosa ajena, sancionándola con menor pena por estar desprovista del abuso de confianza; pero a diferencia del art. 246 Código Penal alemán (que ya se ha citado antes), nuestro nuevo art. 254.1 CP⁶⁶ elude la referencia explícita a la antijuridicidad, tal vez por tratarse de un elemento ineludible para la dimensión criminal de cualquier conducta; la mayor dificultad que presenta esta nueva figura radicará seguramente en su problemática delimitación típica (frente a comportamientos ilícitos

62.- Véanse la nota 25 y la **STS 12 Jul. 2000**: “*Reiteradamente nuestros precedentes han puesto de manifiesto que el delito del art. 535 CP/1973 (art. 250 CP) no requiere enriquecimiento del sujeto activo, sino perjuicio del sujeto pasivo. Ello rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas, donde se requiere sólo el «animus rem sibi habendi», como en el de administración desleal consistente en la distracción de dinero. Por lo tanto, carece de toda significación que el acusado haya desviado el dinero al pago de deudas de la empresa que administraba, toda vez que, de todos modos, el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo resultaba precisamente de que su mandatario no le entregó el dinero recibido para él*”.

63.- **LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS**. Op. cit. Pág. 25.

64.- **STS 2ª 13 Jul. 2010**, y del mismo modo sus antecedentes pronunciamientos en **STS 2ª 14 Mar. 1994 y 30 Oct. 1997**.

65.- **GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.**, Op. cit., pág. 194.

66.- “*Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena*”.

meramente civiles, e incluso penales como el hurto impropio) dada la amplitud descriptiva que surge al categorizar la apropiación indebida estrictamente en base a la ilicitud del apoderamiento.

POR FIN LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO FIGURA GENERAL AUTÓNOMA.

Para empezar conviene reseñar que no fue unánimemente defendida la supresión de la administración desleal en el ámbito estrictamente societario⁶⁷, sino su conjugación con una figura más amplia, aunque tampoco cabe dudar de que la implantación de una única figura (general, en este sentido) de administración desleal proporcionará su clarificación institucional y fomentará una nitidez conceptual largamente demandada⁶⁸.

Tras el resultado de la última reforma, la administración será desleal cuando se perjudique el patrimonio ajeno a consecuencia de una gerencia o administración ejercitada sin respetar o sin sujetarse (es decir infringiendo) las debidas facultades, del modo que viene recogido en el nuevo art. 252 del Código Penal⁶⁹.

La más reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2015**, de acuerdo con los precedentes mencionados (más los sentados en STS 17 Jun. y 22 Jul. 2013 que cita), confirma el distingo entre actos delictivos de distracción (cuando son abusivos y desleales), y apropiación indebida (cuando conllevan expropiación correlativa: adueñamiento de bienes en beneficio propio o de un tercero, o bien distracción con pérdida definitiva), pero alerta de que -tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, de 30 de marzo- desaparecen las diferencias ya que no permanece más que un delito patrimonial genérico de administración desleal, mientras que la

67.- **Informe del Consejo General del Poder Judicial** al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *“La creación de un tipo genérico de administración desleal no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico.”*

68.- **RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS.** *“La administración desleal”*. Consejo General del Poder Judicial, 1999. pág. 35 y ss.

69.- **Art. 252 del Código Penal:** *“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”*

apropiación indebida surge cuando las cosas o el dinero se reciben por título que obliga a entregar o devolver lo recibido (en lugar de responder a una administración), por lo que ya no cabrá apropiación indebida del dinero o bienes administrados.

Quizá no esté de más empezar por recordar la distinta naturaleza o las diferentes modalidades posibles de administración desleal, conforme se expuso en la STS 2ª 14 Nov. 2006: *“Es sabido que sobre la esencia del delito de administración desleal la doctrina ha dado tres respuestas diferentes. La primera considera que la esencia del delito es el abuso del poder de disposición sobre el patrimonio ajeno. La segunda estima que se trata de la infracción de deber de velar por el patrimonio ajeno. Y la tercera se basa en el quebrantamiento de una relación de confianza, aunque ello no tenga base en la infracción de deberes emergentes de una relación jurídica concreta. En el derecho comparado europeo unas legislaciones (Austria/Suiza) admiten sólo la primera respuesta, mientras que otras (Alemania desde 1933, BGBI, 295 [297]) han configurado dos tipos penales que se apoyan en la primera y en la tercera respuesta. Si bien en todos los casos existe una defraudación de los intereses del administrado, en la práctica las respuestas conducen a configuraciones del tipo más cerradas o más abiertas.”*

1.- Por lo que concierne a la antigua *“distracción de dinero”* incluida en el ámbito típico de la apropiación indebida, el Tribunal Supremo concluyó:

a) Inicialmente, en su STS 2ª 26 Feb. 1998, que la administración desleal societaria no encajaba en la modalidad de “abuso”, sino en la de “infidelidad”: *“...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 los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo.”*

b) Mientras que la posterior STS 2ª 14 Nov. 2006 afirmó lo contrario: *“la expresión “distracción de dinero” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno.”*

2.- Y por lo que atañe a la derogada administración desleal societaria, como ya se ha adelantado, se articuló ésta indiscutiblemente bajo la modalidad de abuso: disponer, o contratar, abusando de las facultades, por lo que se configuró al margen tanto del deber de velar por el patrimonio ajeno, como

de la figura conocida como “infidelidad” en el Código Penal alemán⁷⁰.

3.- En cuanto a la situación actual resultante de la reforma:

Incriminar al administrador que, actuando dentro del ámbito de sus facultades, perjudique el patrimonio administrado por una simple quiebra genérica del principio de lealtad:

a) afectaría exclusivamente al ámbito de relaciones internas entre administrador y administrado;

b) abocaría a una holgura descriptiva excesivamente amplia e inclinada al rebosamiento de su continente típico por la simple infracción del deber “genérico” de fidelidad o lealtad;

c) inclinaría a enfocar la protección del bien jurídico con relación a unos deberes de los administradores societarios (diligente administración, fidelidad, lealtad y secreto), que de por sí ya establecen las normas mercantiles.

Pero la nueva redacción típica de la administración desleal, pese a su taxativa referencia a que el perjuicio al patrimonio administrado necesita producirse literalmente “*de esa manera*”, no es un dechado de precisión, máxime teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos, puesto que incrimina a quienes “infrinjan” las facultades para administrar un patrimonio ajeno “excediéndose” en su ejercicio.

A partir de ello podría pensarse que sólo es típico un ejercicio inadecuado, indebido, o desviado de las facultades adquiridas o existentes (exceso intensivo) y, correlativamente, considerar atípicas las actuaciones para las que el administrador carecía de facultades (exceso extensivo).

70.- GÓMEZ JARA, CARLOS. Op. cit. pág. 23. Es más, en su opinión (Op. Cit. págs. 20 y 22): “*el único delito de administración desleal que tiene cabida en un ordenamiento jurídico-penal respetuoso de los principios fundamentales del Estado de Derecho es el tipo de abuso. En este sentido, no ya sólo la amplia discusión alemana respecto de los dos tipos existentes –abuso e infidelidad– da muestra de la inadecuación del segundo de ellos, sino que el propio Tribunal Supremo español ha tenido que dar “marcha atrás” en su primera introducción del tipo de infidelidad. La sabiduría de esta experiencia tanto europea como nacional, no puede ser obviada a la hora de proponer una interpretación conforme a la Constitución” (...)* “*Por ello, y pese a que estas palabras fueron pronunciadas hace más de un siglo, la defensa a ultranza del denominado tipo de abuso –en contra del tipo de infidelidad que ha defendido el Tribunal Supremo español en su primera línea jurisprudencial– por parte de BINDING indicando que la administración desleal consiste en el ejercicio abusivo de la capacidad de disposición por parte de la persona a quien el propietario ha facultado para disponer de su patrimonio, sigue estando plenamente vigente*”.

Aunque en realidad el término abuso⁷¹: a) incluye también los supuestos de “exceso”; b) en su primera acepción significa pasar más allá de la medida o de la regla; c) pero en su segunda acepción supone salir de los límites de lo ordinario “*o de lo lícito*”; d) aparte de que en su cuarta acepción el exceso equivale a abuso.

De modo que -terminológicamente- no parece concurrir base concluyente para excluir como comportamiento desleal típico los casos en que el administrador haya actuado careciendo de facultades, puesto que cabe una infracción por exceso.

Además conviene no olvidar que la distinción entre exceso intensivo y extensivo vino propiciada por la necesidad histórica de independizar la distracción de dinero de la administración desleal societaria, y que liquidar ese distingo concreto ha sido propósito manifiesto de la reforma en vigor, según pone de relieve su exposición de Motivos al equiparar la conducta del administrador desleal con las “*actuaciones para las que no había sido autorizado*”, ergo se incluye el exceso extensivo.

Lo importante es que esta nueva formulación típica exhibe unos contornos de holgura superior a la antecedente administración desleal societaria, cuyo ámbito tipológico quedaba constreñido a la disposición fraudulenta o la contracción de obligaciones perjudiciales.

La cuestión será determinar el alcance típico de la infracción, aclarando si tan amplios contornos contienen una figura puramente negativa de “*abuso*”, o si el ensanchamiento del tipo abarca la modalidad positiva de “*velar por el interés*”, opción (esta última) que ha empezado a defenderse partiendo de la referencia típica a la *infracción de facultades*:

a) bien sea por considerarla ambigua: “*la ambigua expresión **infrinjan facultades para administrar**, lo que, siendo que en principio se infringen deberes (y se abusa de facultades) puede llevar a ensanchar la tipicidad a supuestos en los que, más allá de los dos señalados, se desatienden también los deberes de velar por el interés del administrado*”⁷².

b) bien sea por entenderla más precisa: “*la **infracción de facultades** mediante el exceso en su ejercicio es más precisa que la mera **infracción del***

71.- **Diccionario de la Real Academia de la Lengua**: En su primera acepción, abusar es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien.

72.- GILI PASCUAL, ANTONIO. “*Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*”. Pag. 739.

deber (...) “El art. 252 CP recoge, pues, un ejercicio de las facultades de administración no adecuado a los fines para los que estas fueron concedidas, lo cual equivale a un ejercicio de la posición de administrador infringiendo el deber asumido de velar por los intereses patrimoniales administrados”⁷³.

La amplitud del tipo permite ahora abarcar todos los supuestos en que el sujeto activo ejercite las facultades propias de un administrador, tanto de hecho como de derecho: así en los supuestos de sociedades regulares, irregulares y en formación, tutorías y el albaceazgos (como se ha dicho preexistentes en el Código Penal de 1822), contrato de agencia, en general la gestión de negocios ajenos con o sin mandato.

En cambio, por no responder a un patrimonio íntegramente ajeno, cabrá plantearse la tipicidad inherente a una administración de bienes o derechos en cotitularidad (comunidades de bienes), que podría resultar desleal y perjudicial para los restantes cotitulares no administradores; sin olvidar que la situación de cuentas en participación, ha sido entendida por el Tribunal Supremo⁷⁴ como un acuerdo cuyo título de transmisión de la propiedad no es equiparable al préstamo ni al depósito, sino al de administración, conforme a la calificación de “gestor” que el Código de Comercio atribuye a quien las administra, teniendo como fuente la obligación de lealtad.

Pero la transgresión, aun entrañando desvalor de la acción, requiere -además- que concurra el desvalor del resultado, pues nótese que el intento de configurar la administración desleal como tipo de peligro en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012⁷⁵ (abiertamente criticado en el Informe emitido por el Consejo Fiscal⁷⁶) fue posteriormente rectificado en el Proyecto.

73.- PASTOR MUÑOZ, NURIA y COCA VILA, IVÓ. “EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del código penal”. Atelier. 2016. Págs. 26 y 121.

74.- STS 2ª 23 Dic. 2009, 2 Abr. 2012, 30 May. 2012.

75.- **Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal** (16 de Julio de 2012): “La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro”.

76.- **Informe del Consejo Fiscal** al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, pág. 230: “es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el párrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país.”

de reforma del CP de 2013⁷⁷, que además se adhirió explícitamente a la línea marcada por el Tribunal Supremo en cuanto al criterio mixto “objetivo-individual” para la determinación del perjuicio, mientras que la Exposición de Motivos de la reforma en vigor guarda silencio sobre este último extremo.

Además se ha excluido la anterior mención al beneficio propio o de tercero que contemplaba el derogado art. 295 del Código Penal al regular la administración desleal societaria, pues la conciencia del perjuicio es el vector que rige los designios del sujeto activo para esta figura penal. En cualquier caso, la anterior exigencia (en la administración desleal societaria) de que el perjuicio al patrimonio administrado sea causada “directamente” o de modo directo (daño emergente) ha sido suprimida, lo que conducirá a tener que plantear -desde esta nueva perspectiva- la posible inclusión del lucro cesante como perjuicio indirecto.

Para finalizar, la debatida cuestión doctrinal en torno al bien jurídico protegido fue jurisprudencialmente abordada, respecto del derogado art. 295 del Código Penal, a partir de que su explícita referencia a los sujetos perjudicados (“*socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital*”) no incluía a la “sociedad”, defecto que no impidió considerarla necesariamente comprendida: “*Tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal.*” (STS 2^a 17 Jul. 2006), doble lesión que asimismo llegó a ser entendida como posible incluso de forma alternativa y no necesariamente cumulativa o conjunta: “*El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio (...) resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues **el perjuicio** resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo **a sus socios, depositarios (parece que debiera decir "depositantes"), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre***”, aunque en sentido distinto se entendió inevitablemente concurrente ese doble perjuicio porque

77.- **Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal** (4 Octubre 2013): “*La reforma supera además la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo*”.

*“no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación”*⁷⁸.

El nuevo art. 252 del Código Penal señala que el perjuicio habrá de recaer sobre *“el patrimonio administrado”*, y con ello parece relegar como sujetos pasivos a terceros perjudicados que no sean titulares de ese patrimonio administrado, lo que quizá no permita resolver -al menos en cuanto al ámbito estrictamente societario- si el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio exclusivamente, o si además se tutela algún otro aspecto (del modo señalado por la precedente jurisprudencia) cuando la administración desleal tenga lugar en -precisamente- ese ámbito societario: *“es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.”*⁷⁹.

78.- STS 2ª 15 Feb. 2010.

79.- STS 2ª 7 Jun. 2006, 11 Abr. 2007 y 3 Nov. 2015.