



**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACION INDEBIDA:
DESPUES DE LA REFORMA DEL AÑO 2015: EVOLUCIÓN HISTÓRICA:
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA**

Ángel Juanes Peces
Vicepresidente del Tribunal Supremo

Actividad: "Jornadas de Especialistas en delincuencia económica", 3 y 4 de abril de 2017

SUMARIO

RESUMEN	3
1. INTRODUCCIÓN	4
2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	4
3. ANÁLISIS DEL ART. 252 DEL ACTUAL CÓDIGO PENAL	12
4. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015.	17
BIBLIOGRAFÍA	20



RESUMEN

El objeto del presente trabajo es analizar las diferencias entre el delito de administración desleal y la apropiación indebida después de la reforma del año 2015.

Durante algún tiempo la jurisprudencia de la Sala Segunda consideraba que la relación de ambos preceptos se entendía y solucionaba a partir de un aparente concurso de normas a resolver con arreglo al criterio de la alternatividad, esto es, conforme al delito que ofrece mayor pena. No han faltado sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurrían los autores de la acción prevista en el art. 252 del Código Penal y la que está presente en el artículo 295, atendiendo a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Así, las Sentencias de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust) y la de 29 de julio de 2009 (caso Banesto) recogen la teoría del concurso de leyes, con matices entre una y otra.

Antes de la reforma del año 2015 la Sala Segunda del Tribunal Supremo diferenció el delito de administración desleal y el de apropiación indebida en la mayor o menor intensidad de la apropiación, de suerte que en la administración desleal se incluían las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comportaran necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponían, en beneficio propio o de terceros, y en la apropiación indebida se incluían los supuestos de apropiación genuina con ánimo de apropiación y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo ésta diferencia la que justificaba la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas, y sin embargo, se sancionasen más benévolamente cuando se cometiesen en el ámbito societario por su administrador. Así la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha fijado una doctrina uniforme a la hora de diferenciar el delito de apropiación indebida y el de administración desleal.

Con posterioridad a la reforma del 2015 sobre el delito de administración desleal, la Sala Segunda ha dictado diversas sentencias todas ellas en la misma dirección, de suerte que cabe decir que la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda a la hora de diferenciar el delito de apropiación indebida y el de administración desleal es la misma que con anterioridad a la reforma basada en la mayor o menor intensidad de la apropiación y en la doctrina del no retorno.

En consecuencia, en la reciente reforma legal, el nuevo art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal del patrimonio en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/2015, de reforma del Código penal, ha modificado el delito de administración desleal. Las razones esgrimidas por el legislador para llevar a efecto tal modificación son, de una parte, hacer extensible dicho delito a la gestión o administración de cualquier patrimonio ajeno, y no sólo como ocurría hasta ahora, en el ámbito societario, y de otra, y muy significativamente, delimitar mejor este delito del de apropiación indebida. Cuestión distinta es que se haya conseguido, por las razones que diremos más tarde.

Para la consecución de los objetivos fijados por el legislador, se suprime el antiguo delito de administración desleal, centrado exclusivamente en el ámbito societario, y se desplaza al art. 252 dentro de las defraudaciones, lo que ya es de por sí significativo, de suerte que, en virtud de tal modificación, cambia sustancialmente la naturaleza jurídica de la antigua administración desleal, porque ahora, con la nueva redacción, lo que se protege no es el orden socio económico sino el patrimonio ajeno, lo que da una impronta diferente a este delito, que no tenía la antigua regulación.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Antes de entrar a conocer el contenido de la reforma y, sobre todo, los criterios diferenciadores entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal es necesario analizar cuáles eran las diferencias entre dichos delitos en el marco legal derogado.

En efecto, antes de la entrada en vigor del Código penal 1995 no existía el delito de administración desleal y sí sólo el de apropiación indebida, previsto en el art. 535 Código penal 1973. Dentro del delito de apropiación indebida, y ello conviene subrayarlo desde el principio, se distinguían dos modalidades: a) el delito de apropiación indebida *stricto sensu* y b) el de distracción. No importa que en un primer momento la jurisprudencia no contemplara tal distinción, fruto de una evolución posterior.

En definitiva, en el marco legal vigente con anterioridad al Código penal 1995 la apropiación indebida se caracterizaba por la transformación que el sujeto activo hace al convertir el título inicialmente legítimo, por el que recibió dinero, efectos u otras cosas muebles, en una titularidad ilegítima, cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó la entrega inicial de aquellos objetos (STS 235/1998). Sus requisitos: a) Recepción de dinero u otra cosa mueble y b) Apropiación o distracción.

Las expresiones apropiar o distraer, según jurisprudencia de la Sala II Tribunal Supremo, tenían una significación similar, pues se refieren a la realización de un acto de disposición, si bien entre estas dos modalidades existen diferencias que analizaremos a continuación.

De conformidad, entre otras, con la STS 2086/2002 “*se regulan dos tipos de apropiación indebida: la modalidad clásica de la apropiación de cosas muebles ajenas cometida por el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y con intención de incorporarlo en su patrimonio, y la modalidad de gestión desleal de un patrimonio cometido por el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal, distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. 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. En esta última modalidad, no es imprescindible la existencia de un ánimo de tener la cosa como propia, aunque pueda concurrir bastante el dolo consistente en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona, añadiendo dicha sentencia que la apropiación recaiga sobre cosas y la distracción sobre dinero, si bien ambas conductas delictivas van referidas indistintamente a cualquiera de los objetos materiales”.

En parecidos términos se expresó la Sala II del Tribunal Supremo: *“partiendo de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, puede decirse que se conforman sobre un distinto bien jurídico, respectivamente contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad de dinero hace que su entrega suponga la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida, de manera que, la distracción ha de suponer un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y la acción se ha de realizar en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es a sabiendas de que se les perjudica con voluntad de hacerlo, no exigiéndose un específico ánimo de enriquecimiento sino simplemente un propósito de adquirir sobre el dinero que se administra un poder de disposición en sentido contrario a la finalidad de una administración leal del mismo”.*

En la línea expuesta, la propia Sala II se atiene a la teoría del punto sin retorno, que como diremos, inspira la doctrina de la Sala II después de la reforma del año 2015. En virtud de dicha doctrina del punto sin retorno *“hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno que implica un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, como ocurre en el caso de gastar o emplear en distinta forma el dinero recibido (por todas Sentencia de la Sala II Tribunal Supremo 1604/98, de 16 de diciembre)”.* Esta doctrina es recogida en sentencias posteriores.

Por lo demás, para la apreciación del delito de apropiación indebida se exigía un título posesorio, es decir, un título idóneo que para el delito de apropiación indebida es todo aquel que genera obligación de entregar o devolver, de forma que si se incumple la obligación se produce una apropiación de aquello que no le pertenecía, de suerte que solo el incumplimiento con fines de apropiación, de las obligaciones impuestas en el marco de relaciones jurídicas equivalentes al depósito, la comisión o la administración es susceptible de ser entendido como título relevante a los efectos de la apropiación indebida. A este respecto existe una abundante jurisprudencia de la Sala II en orden a las expresiones que el art. 252 Código penal utiliza respecto a los títulos posesorios que pueden dar lugar al delito de apropiación indebida.

En cuanto al aspecto subjetivo la jurisprudencia de la Sala II señalaba, entre otras cosas, que *“el dolo es la voluntad consciente de realizar los elementos objetivos del tipo, o sea, la incorporación a un patrimonio ajeno al sujeto pasivo, del bien recibido por título que obliga a la restitución o a la devolución y con perjuicio para aquel sujeto”*, ya que, la incorporación al propio patrimonio produce necesariamente un perjuicio que no habría existido si tales límites hubiesen sido respetados, no siendo preciso, como ya indicamos, ánimo de lucro, si

bien ha de hacerse con el fin de obtener un enriquecimiento que implica cualquier provecho, beneficio, utilidad o ventaja a obtener.

En cuanto al error es discutible, según la doctrina y la jurisprudencia, las consecuencias del error vencible, puesto que este delito no admite la comisión culposa.

Ahora bien, por mucha extensión que se diera al delito de apropiación indebida, conforme al régimen legal expuesto, es lo cierto que ciertas conductas abusivas por parte de los administradores de una sociedad no tenían encaje en este delito, produciéndose así un verdadero vacío legal, por cuya razón se imponía la tipificación de un nuevo delito que castigara comportamientos abusivos por parte de los rectores y administradores de una sociedad, derivados del incumplimiento de sus deberes, entre otros, de lealtad y fidelidad.

El Código penal 1995, haciéndose eco de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales puestas de manifiesto, introdujo un nuevo delito dentro de aquellos que protegen el orden socio económico, lo que resulta expresivo de su ámbito de protección y, por ende, del bien jurídico protegido, que no era otro que el orden socioeconómico, y no el patrimonio, cosa que, por el contrario, ocurrirá por la reforma de 2015, en los términos que diremos.

En virtud del art. 295 del Código penal se castigó la realización de actos dispositivos fraudulentos o la contracción de obligaciones en beneficio propio o de terceros. El precepto, sin ser tan genérico como el actualmente en vigor, planteó dudas interpretativas sobre su alcance y, lo que es más significativo a los efectos aquí examinados, sobre su diferenciación con el delito de apropiación indebida.

La jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo fue perfilando las conductas abusivas incluidas en el delito de administración desleal.

Llegados a este punto, conviene añadir antes de centrarnos en el análisis de los criterios diferenciadores entre el delito de administración desleal y el de apropiación indebida, que en la legislación derogada el delito de administración desleal se castigaba con una pena inferior al del delito de apropiación indebida, lo que condicionó en cierta medida la interpretación sobre los criterios de distinción entre ambos delitos.

Con carácter previo a profundizar sobre la distinción entre el delito de apropiación indebida y administración desleal analizaremos de forma sintética la naturaleza y los requisitos del delito de administración desleal en el Código penal de 1995, entre otras razones para comprobar cuál ha sido la evolución del nuevo delito después de la reforma del 2015, pues uno de los problemas que suscita el nuevo delito de administración desleal es el relativo a las conductas constitutivas de este tipo penal después de la reforma, cuestión ésta que, como veremos, no resulta fácil.

En cuanto al concepto, según la jurisprudencia anterior a la reforma, cometía el delito de administración desleal el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal, distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio, sino únicamente en el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función. Este delito, según reiterada jurisprudencia, 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 perjuicio, con abuso de funciones propias de su cargo.

El administrador que dispone, porque puede hacerlo dentro de sus facultades, lo hace intencionadamente, en términos desventajosos para la sociedad administrada, y ventajosos para los intereses distintos al fin único que debe orientar su acción administradora, cometiendo de este modo un delito de administración desleal pero no de apropiación indebida.

Requisitos:

- a) Sujeto activo. Ha de ser el administrador de hecho o de Derecho o el socio de cualquier sociedad constituida o en formación, de ahí que se configure como un delito especial propio.
- b) Este sujeto activo ha de actuar con abuso de las funciones propias de este cargo administrador o socio, esto es, en el ejercicio de esa administración o cargo social del que abusa defraudando,
- c) Ha de hacerse en beneficio propio o de terceros
- d) La conducta punible ha de consistir en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o en contraer obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administre, siendo la acción nuclear doble, o bien la administración fraudulenta de los bienes o, también la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad.

El elemento normativo del tipo estaba constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da la entrada a la legislación mercantil en materia de sociedades, siendo por lo demás exigible un resultado que era un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administre.

El bien jurídico protegido por el antiguo art. 295 Código penal era variado. Así, la jurisprudencia se refiere en algunos casos a la vulneración a los vínculos de fidelidad y lealtad con la sociedad administrada, en otras por el patrimonio.

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala II (769/06, del 7 de mayo) dice lo siguiente: *“Es posible distinguir dentro de esta figura penal 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, ya que el reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones, que como administrador de hecho o de Derecho le exigen por un lado, con carácter genérico, el art. 719 Código civil y, por otro y con carácter específico, el art. 127 de la Ley de sociedades anónimas y otros preceptos análogos, que impone un deber de diligencia y lealtad, siendo copiosa la jurisprudencia de la Sala II en orden a la determinación de aquellas conductas conceptuadas como desleales, a los efectos del art. 295, pudiéndose citar a modo de ejemplo y sin ánimo de agotar todo el repertorio jurisprudencial las sentencias que siguen: 949/2004, 26/2007, 1379/2009, 109/2006, 1351/2009, 91/2010”*).

Expuestos el concepto y los requisitos legales del antiguo delito de administración desleal, examinaremos a continuación las diferencias entre este último delito y el de apropiación indebida.

La redacción contenida en el Código penal 1995 sobre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal dio lugar a serias dificultades a la hora de determinar cuándo había que apreciar una u otra modalidad delictiva. Que ello es así lo demuestra el carácter vacilante de la jurisprudencia, que llega hasta el día de hoy.

Así, en un primer momento, la Sala II del Tribunal Supremo, con matices, consideró que entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal existía un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad. En la Sentencia de la Sala II, de 26 de febrero de 1998 (*Caso Argentina Trust*), se describió la relación entre estos dos delitos como dos círculos secantes. Según esta Sentencia, *“hay actos de administración que pueden ser calificados alternativamente de apropiación indebida o administración desleal, pues hay una amplia zona común a ambos delitos, pero habrá también actos de administración desleal que no podrán calificarse de apropiación indebida. La relación entre los dos delitos había de hacerse a partir del concurso aparente de normas, mediante la aplicación del principio de alternatividad, imponiendo la pena más grave en aquellos casos en que la conducta pudiera ser tipificada con arreglo a los dos delitos”*.

En la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, 29-07-09 (*Caso Banesto*), se decía, entre otras cosas, lo siguiente: *“El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y, desde esta posición, puede desarrollar diversas y variadas conductas. En la apropiación indebida, se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en el administración desleal se reprueba una conducta societaria, que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. Por tanto, cuando el administrador realiza actos que persigan adjudicarse bienes de la sociedad, se habrá realizado la acción típica del delito de apropiación indebida y habrá administración desleal en los demás casos”*.

Con posterioridad a dichas Sentencias, la Sala II entendió que los dos delitos abarcaban conductas distintas, de ahí que el problema se centraba en determinar cuándo nos encontraríamos en presencia de una y otra modalidad delictiva.

Los criterios seguidos por la Sala II en orden a diferenciar ambos delitos han variado con el tiempo. En efecto, en un primer momento la Sala II se atuvo al carácter intensivo o extensivo del abuso cometido por los administradores, conforme al cual la diferencia ha de hacerse a partir de la estructura de los tipos y del bien jurídico protegido. Así, mientras en el art. 252 el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295, quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también será distinto en ambos casos, pues mientras que en la apropiación indebida del art. 252 Código penal el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295 Código penal, más que la

propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

Por el contrario, las últimas Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo se atienen no al carácter intensivo o extensivo de las facultades de administración sino a la mayor o menor intensidad de la ilicitud. Así, en diversas sentencias de la Sala II, entre las que cabe mencionar la del 12 de mayo de 2009 y la 476/ 2015, se dice, en lo que aquí importa, lo siguiente: *“En el ámbito doctrinal, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 Código penal se refería a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre actos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad. El art. 295 Código penal abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante el abuso de la función del administrador y b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con el abuso de la condición de administrador. No existiría pues un concurso de normas porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez”*.

En la segunda de las Sentencias citadas se afirma que *“tal como se viene a sostener en la Sentencia Tribunal Supremo 656/2013, de 22 de julio, la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles y el delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor, en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 Código penal comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo, o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal”*.

En la misma dirección se pueden citar la Sentencia 435/2016, de 20 de mayo, en la que se afirma, en consonancia con sentencias anteriores que *“la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de terceros y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con ánimo de apropiación y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y, sin embargo, se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario por su administrador”*.

En conclusión, la Sala II del Tribunal Supremo, no sin dificultades, como acabamos de reflejar, ha fijado, ahora sí, una doctrina uniforme a la hora de diferenciar el delito de apropiación indebida y el de administración desleal. La doctrina actual de la Sala II antes de la reforma de 2015 atendía a la existencia o no de un ánimo de apropiación definitiva, y no a meros actos abusivos no apropiativos, que es lo que alguna Sentencia del Tribunal Supremo, incluso en la actualidad, denomina “sin posibilidad de retorno”.

El delito de administración desleal, en la redacción del Código penal 1995, aparte de no diferenciarse claramente del de apropiación indebida, adolecía de un defecto grave, como es el constreñir o limitar dicha administración desleal a las sociedades y no a cualquier otra clase de patrimonio.

La LO 1/2015 ha modificado profundamente el delito de administración desleal y en menor medida el de apropiación indebida, que, en esencia, se mantiene acorde con su significación tradicional. El objetivo principal de la reforma, como ya dijimos, ha sido el de ampliar el alcance del delito, de manera que ahora la administración desleal no se limita al ámbito societario sino que incluye la administración de cualquier patrimonio ajeno, ya sea público o privado, si bien, si el patrimonio es público, el delito cometido no sería ya el de administración desleal sino el de malversación de caudales públicos.

Con dicha reforma, profunda, no de carácter anecdótico, se transforma la naturaleza jurídica clásica del delito de administración desleal, pues el bien jurídico protegido es el patrimonio y no el orden socio económico, lo que ha de tener importancia desde la perspectiva de las conductas subsumibles en el ámbito de la administración desleal.

En el nuevo art. 252 del Código penal, se castiga con la pena de estafa a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio emanado de la Ley, encomendado por la autoridad o asumido mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y de esta manera causen un perjuicio al patrimonio administrado.

La descripción del nuevo delito de administración desleal, y en ello existe coincidencia, es excesivamente genérico, hasta el punto de que no faltan autores que la consideran inconstitucional por infringir el principio de taxatividad. En Alemania, cuyo Código penal prevé una figura típica muy parecida a la nuestra, pues el legislador español se ha inspirado en dicho Código penal, se planteó en su día una cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el Tribunal Constitucional alemán de forma negativa, al considerar que existía una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo germano sobre este delito, de forma que las conductas subsumidas en el mismo podían conocerse de antemano y, por ello, eran previsibles, lo que eliminaba la posibilidad de inconstitucionalidad, por vulneración del principio de taxatividad.

A este respecto, hay que señalar que en el Código penal alemán se contemplan dos modalidades de administración desleal, como son: a) el tipo de abuso y b) el tipo de infidelidad. En la tramitación del proyecto de reforma del Código penal se suprimió del ámbito de la administración desleal el tipo de infidelidad por su excesiva generalidad, manteniéndose exclusivamente el tipo de abuso.

La doctrina, y con ella la jurisprudencia, había señalado con anterioridad a la reforma, los diversos defectos del delito de administración desleal del Código penal de 1995, por cuya razón se propusieron una serie de reformas a las que nos referiremos sucintamente por la relación que pueda tener con la actual redacción del delito de administración desleal actual y sobre los criterios interpretativos del mismo.

En efecto, en el proyecto de Ley de 2007, se proponía la creación de una figura genérica de administración fraudulenta al estilo del Derecho alemán pero con una redacción inspirada en el entonces vigente art. 295 Código penal, en un nuevo art. 254 bis, sin perjuicio de mantener una figura específica en el art. 295.

Bajo la rúbrica de la Sección III, titulada *De la Administración Fraudulenta*, el delito del art. 294 bis se incluía en el Capítulo 6 del Título XIII del Libro II con el siguiente texto. “*El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviese encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquellos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de 400 euros a su principal, si se tratare de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrase, será castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años e inhabilitación especial de 2 a 6 años para el ejercicio de industria o comercio*”. Sin embargo, junto al delito anteriormente descrito se mantenía el delito de apropiación indebida en el art. 252 con una redacción que se corresponde con el delito de apropiación indebida básico.

En la Exposición de Motivos, y ello es importante subrayarlo a los efectos interpretativos de la reforma vigente, se decía, respecto a la diferencia entre los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, lo siguiente: “*El delito de apropiación indebida se ha venido planteando en los últimos años un problema de enorme importancia, que es el de la fijación de sus redacciones con el de administración fraudulenta, en la lógica necesidad de evitar interpretaciones que se superpongan o que den lugar a que la administración fraudulenta pudiera aparecer como una modalidad privilegiada de apropiación indebida, lo cual es inadmisibile. La solución del problema debe, por lo tanto, partir de que se trata de infracciones diferentes, sin perjuicio de que sean cometidas ambas en concurso de delitos. En la búsqueda de esta clarificación de los respectivos espacios se ha estimado conveniente sintetizar la descripción del delito de apropiación indebida, concretando su presupuesto en la concurrencia del título que produzca la obligación de entregar o devolver, prescindiendo de las menciones solo ejemplificativas adicionales al depósito, comisión o administración que en nada afecten al alcance del tipo y, en cambio, puede producir una relativa confusión. A su lado, para así hacer más perceptible la diferencia se describe y pena el de administración fraudulenta, en el que además de destacar el carácter de deslealtad o traición se describe en qué han de plasmarse esas desviaciones de conducta que por sí solas muy poco es lo que indican que sea acorde con la certeza y precisión que cabe exigir a un tipo penal y a tal fin se señala, como en el texto hasta ahora vigente, la disposición de los bienes administrados o la contracción de obligaciones con cargo a su principal o la sociedad, u oculte beneficios, sin con ello causa un perjuicio o frustra un beneficio que legítimamente hubiera podido esperar sus principales o socios. Con ello se resuelve la polémica sobre la interpretación de este delito que muchos querían ver como una especialización de la apropiación indebida con la que compartiría la condición de delito de menoscabo patrimonial, naturaleza que como queda ahora paladinamente claro es una de las manifestaciones posibles de la infracción, más no la única, pues también entran los manejos abusivos del administrador que derive hacia su persona o hacia terceros negocios y beneficios que legítimamente hubieran de corresponder a la sociedad o a su principal. Se contempla en fin, la posibilidad de que la disposición fraudulenta de bienes sociales puedan también cometerla socios administradores*”.

Sobre el nuevo delito societario del art. 295, el proyecto de 2007 proponía la siguiente redacción: “*Los socios de una sociedad constituida o en formación, en beneficio propio o de*

un tercero, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o de la misma forma contraigan obligaciones a cargo de aquella causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los demás socios, depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital confiados a la sociedad, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triple de perjuicio causado e inhabilitación especial de 2 a 6 años para el ejercicio de industria o comercio”.

El legislador que modificó el Código penal mediante la reforma 5/2010 no introdujo finalmente modificación alguna en el delito de administración desleal de patrimonio pese a los criterios favorables de la doctrina. Y con ello llegamos finalmente al proyecto de 2013 que ha dado lugar a la reforma de 2016, centrándonos en las modificaciones principales introducidas en la tramitación del proyecto en las cámaras legislativas, respecto a la redacción original. Estas modificaciones son:

En la redacción inicial, dentro del delito de administración desleal se distinguían dos tipos: el de abuso y el de infidelidad. Sin embargo, en la tramitación del proyecto, a la vista de los informes del CGPJ y a las críticas de la doctrina, se suprimió esta última modalidad delictiva, que sí recoge el Código penal alemán en el que se inspira directamente la redacción actual de la administración desleal.

Igualmente, se suprimió en la tramitación de la Ley la referencia a un perjuicio económico evaluable, lo que propiciará una mayor extensión del tipo, al no limitar el carácter de perjuicio al meramente económico. Finalmente, ya en el Senado, se produjeron una serie de modificaciones meramente técnicas. En lo que atañe al delito de apropiación indebida, el nuevo art. 253 también sufrió modificaciones tras la tramitación parlamentaria del proyecto en el Senado. Entre estas modificaciones cabe mencionar la modificación relativa al apartado 2, en sintonía con lo dispuesto para el delito de administración desleal, que quedó redactado de la siguiente forma: *“Si la cuantía de lo apropiado no excediese de 400 euros, se impondrá un a pena de multa de 1 a 3 meses”*. Igualmente, se introdujeron modificaciones relativas al objeto material y así entre los títulos que dan lugar a la apropiación indebida se menciona el 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 negare haberlos recibido.

Al mismo tiempo, se modificó el pasaje de la Exposición de Motivos referente a la apropiación indebida en el sentido que se indicará: *“Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una Sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito de administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior”*.

3. ANÁLISIS DEL ART. 252 DEL ACTUAL CÓDIGO PENAL

La reforma del año 2015 como se indica en la Exposición de Motivos ha modificado no solo el delito de administración desleal sino también parcialmente el de apropiación indebida y el de malversación de caudales públicos.

En efecto, la rúbrica de la sección segunda A del Capítulo VI del Título 13 del Libro 2 pasa a denominarse “*de la Administración desleal*”, creándose una Sección Segunda A bis en el mismo Capítulo para integrar los capítulos de apropiación indebida bajo la rúbrica “*de la apropiación indebida*”.

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona.

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

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quién 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 a otro tanto de la misma calidad y especie. Por ello, quién 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 administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa, o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de aplicación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y en caso de la apropiación de cosas recibidas por error.

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida a nuestro derecho básicamente a supuestos de

sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluye dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.

Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Para que exista el delito de administración desleal del art. 252 tras la reforma se requiere:

- 1.- La administración de un patrimonio ajeno que, como dijimos, puede ser público o privado; pero que si es público el delito no será ya el de administración desleal sino el de malversación de caudales públicos;
- 2.- que se tengan atribuidas facultades de administración, con lo que el problema se centra en determinar qué se entiende por facultades de administración;
- 3.- que se infrinjan dichas facultades, para lo cual previamente habrá de determinarse qué deberes pesan sobre el o los administradores;
- 4.- excederse en el ejercicio de las mismas. La cuestión aquí consiste en resolver que se entiende por exceso, ya que en la redacción anterior del delito de administración desleal se hablaba de abuso y de fraude;
- 5.- que a consecuencia de tal exceso se produzca un perjuicio, cualquiera que sea éste, económico o no.

Con todo, el problema fundamental que, en mi opinión, plantea el nuevo delito de administración desleal, es el de determinar, en primer lugar, cuáles son las facultades y deberes del administrador y, en segundo lugar, si cualquier infracción de dichos deberes, conlleva automáticamente la comisión de dicho delito, pues de ser así se ampliaría excesivamente el tipo penal de la administración desleal. En cuanto a las facultades del administrador, a falta de una definición del mismo, habrá que acudir en primer lugar a su título constitutivo, es decir, la ley, negocio jurídico, encomienda de la autoridad y a los principios generales, entre los que hay que tener en cuenta, el art. 1.889 del Código civil, que utiliza la fórmula de diligencia de un buen padre de familia, el genérico del art. 1.094 del Código civil, que dispone que el que está obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia y también a la Ley de sociedades de capital, en la que se enumeran los deberes de un administrador que, si bien se proyectan en el ámbito societario, sus criterios debidamente ponderados pueden servir como criterios hermenéuticos para fijar los deberes de los administradores. Dichos deberes, fundamentalmente son dos: a) el deber de diligencia y b) el de lealtad.

En virtud del primero, el administrador ha de cumplir los deberes exigibles para una adecuada administración, cumpliendo lo que haría idealmente y en función de las circunstancias concretas, un ordenado empresario o un buen padre de familia. En definitiva, el deber de diligencia comprende el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos y la adopción de medidas adecuadas de dirección y control, un nivel de dedicación adecuado y

la obtención y utilización de la información en cada caso necesario para el acto de gestión de que se trate.

En cuanto al deber de lealtad, éste comprende la actuación de buena fe y el interés del patrimonio.

En mi opinión, como señalé anteriormente, la vulneración de tales deberes, siguiendo las pautas de la jurisprudencia alemana, ha de ser clara, incuestionable, indiscutible, indudable y manifiesta, si bien hay autores para los cuales es suficiente con la vulneración de cualquiera de los deberes anteriormente aludidos, y no faltan quienes, como el caso del Magistrado Eduardo de Porres, Ortiz de Urbina, Presidente de la AP de Madrid, consideran que, si bien el actual artículo 52 Código penal no recurre a calificativos como fraudulento o abusivo, dado que el nuevo delito está ubicado en los delitos de defraudación, el exceso del administrador debe vincularse a la idea de fraude, entendida como una actuación objetivamente contraria al patrimonio del administrador.

Respecto al sujeto activo de dicho delito y a las conductas subsumibles en él, procede hacer las siguientes consideraciones:

En cuanto al sujeto activo, ha de ser la persona que administre el patrimonio ajeno, sea gestor, administrador, representante, apoderado, tutor, padre, siendo indiferente el título de administración, sea legal, contractual, administrativo o testamentario. Ahora bien, si el patrimonio tiene naturaleza pública y se dan los presupuestos a tal naturaleza exigidos el delito habrá de llevarse al ámbito del delito de malversación de caudales públicos. Según la doctrina, no obstante la formulación empleada, “los que”, cabe incluir entre los administradores, lo de hecho, como sería el caso del art. 1.888 del Código civil.

El administrador, por otra parte, ha de ostentar, y ello conviene destacarlo facultades de administración más amplias que las meras facultades de disposición de un patrimonio ajeno, por cuyo motivo se convierten en garantes respecto a la no producción de resultados lesivos que administran, que tendrá relevancia al efecto de aplicar o no la figura de la comisión por omisión.

En orden a las conductas subsumibles en el delito de administración desleal, vista la formulación excesivamente genérica del art. 252 del Código penal, se plantea la problemática centrada en determinar su ámbito de aplicación, o las conductas que pueden ser consideradas abusivas a los efectos del art. 252 del Código penal.

Dada la imprecisión y excesiva generalidad del precepto, a la hora de fijar el alcance de la expresión abuso y, en definitiva, de las conductas incluidas en el art. 252 del Código penal, habrán de tenerse en cuenta como elementos interpretativos entre otros los siguientes elementos: a) el concepto gramatical de abuso con sujeción a la RAE (interpretación literal), b) el antiguo art. 259 Código penal, c) el correspondiente precepto del Código penal alemán en el que se tipifican dos modalidades de administración desleal como son el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. El tipo de abuso, que es el que se corresponde con nuestro tipo penal, castiga a quien abuse de la facultad que se le ha otorgado por ley, mandato de la autoridad, o negocio jurídico de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o lesione un deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos, impuesto por la ley, mandato de autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad y que, de este modo, cause un perjuicio, a los intereses patrimoniales que tenía a su cuidado, d) la conducta que según la jurisprudencia

de la Sala II del Tribunal Supremo eran consideradas como constitutivas del delito de administración desleal en su anterior redacción y e) las diversas opiniones doctrinales al respecto.

En definitiva, incidiendo en lo anteriormente expresado, la utilización por el art. 252 del Código penal de la palabra exceder y no la de abusar, implica algo más que un mero cambio semántico, sino que conlleva una perspectiva distinta, centrada en determinar si tal abuso ha de interpretarse como un exceso intensivo, es decir, una extralimitación, o un uso extensivo, es decir, fuera del ejercicio de las facultades de administración o como un exceso genérico. Sobre esta cuestión, en atención a lo expuesto y la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, cabe concluir que dentro del tipo penal del art. 252 del Código penal, cabe cualquier clase de exceso, ya sea intensivo o extensivo, con tal de que se aprecie una vulneración grave de los deberes del administrador, principalmente de lealtad y diligencia y, claro está, un perjuicio económico derivado de tal vulneración que no se limita a los perjuicios de índole económico sino a los de cualquier naturaleza, en los términos que examinaré posteriormente.

En cuanto al elemento subjetivo, basta con el dolo genérico, no exigiéndose un elemento subjetivo del injusto, suscitándose tres cuestiones: a) si cabe la comisión de este delito por vía imprudente y b) si abarca o no el art. 252 las conductas omisivas.

Respecto a la primera cuestión, mayoritariamente se considera que el art. 252 contempla un delito doloso, como se deriva de la palabra excederse, que requiere por la propia significación etimológica de la palabra una cierta intencionalidad, lo que excluiría las conductas imprudentes pero no así el dolo eventual. No obstante lo cual, la cuestión no es pacífica, pues aquí se reproduce la problemática general de cuando nos encontramos ante la presencia de dolo eventual o imprudencia consciente.

Especial problema suscita la admisión dentro del delito de administración desleal de la comisión por omisión. La redacción del precepto de la administración desleal, y más en concreto la del término excederse en el ejercicio de las facultades de administración parece sugerir la admisión exclusiva de las formas dolosas a la hora de la comisión del delito, excluyendo por tanto la comisión por omisión, no obstante ello, la doctrina no se muestra de acuerdo a la hora de decidir sobre si puede cometerse el delito de administración desleal mediante comisión por omisión.

Iñigo Segrelles de Arenaza en su artículo sobre el delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas, dice entre otras cosas, en lo que aquí importa, lo siguiente *“en conclusión, el delito de administración desleal es un delito de infracción de deber, lo que, en teoría, tiene consecuencias directas, por un lado, en la conducta en el sentido de admitir la acción y la omisión y, por otro lado, en la participación, al ampliar el entorno de la autoría. El concepto de administrador no es claro en el ordenamiento jurídico. De hecho, la confusión entre administrador, gerente y director es histórica, como ha puesto de relieve la doctrina. En el plano legislativo, partiendo de la LSC, la administración consiste en la gestión y representación de la sociedad, según su artículo 209, abarcando dichos aspectos múltiples funciones”*.

En conclusión, según el autor citado, la infracción de los deberes que pesan sobre los administradores, dada la reacción del tipo, debe de ser dolosa lo que excluiría la figura de la comisión por omisión, sin embargo, otros autores consideran por el contrario que al tratarse de un delito de resultado y dado el bien jurídico protegido es posible un supuesto de

administración desleal en forma omisiva, siempre que se den los presupuestos del artículo 11 del Código Penal. Ello debe ser así desde la perspectiva del bien jurídico protegido que no olvidemos tiene como fin la protección del patrimonio en sí mismo y en su explotación, en una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro con la búsqueda de una ganancia comercial de donde se desprendería la admisibilidad de supuestos de comisión por omisión, como por ejemplo pueda ser no solicitar la devolución de un crédito que se adeuda al patrimonio por una actuación negligente del administrador o por no solicitar verbi gracia la correspondiente información a la hora de realizar una operación de riesgo, sin la cual a lo mejor dicha operación no se hubiera efectuado.

Llegados a este punto habrá de hacerse una mención especial a los negocios de riesgo. Sabido es que el riesgo es consustancial a la actividad económica y por ello del mero hecho que un negocio no haya sido económicamente contable no se originara responsabilidad penal, siempre que se hayan observado la diligencia exigible en atención a la naturaleza de los negocios, sobre todo si se trata d un riesgo tal elevado que sea incompatible con el interés del patrimonio que se administra. Finalmente, para que se cometa el delito de administración desleal se debe cometer un perjuicio.

Según la Exposición de Motivos del proyecto de modificación del Código penal del año 2007: existiría perjuicio patrimonial no solo cuando la administración desleal determina la reducción del activo y la falta de incremento del mismo sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado, o contrario a los intereses administrador, 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 dicho bien o patrimonio.

El concepto de perjuicio es amplio, incluyendo todo tipo de perjuicios, tales como la disminución patrimonial, la frustración de un incremento patrimonial o la aplicación de un patrimonio no autorizado o contrario a los intereses del administrado.

4. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2015.

La Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo 700/2016, de 9 de septiembre de 2016, aborda la problemática de la distinción entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida después de la reforma de 2015. Pues bien, en dicha Sentencia después de recordar cuáles han sido los criterios de la Sala II a la hora de abordar la relación entre ambos delitos señala, en lo que aquí interesa, lo siguiente: *“Resulta evidente que la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha reformulado el entendimiento histórico del delito de apropiación indebida y de su relación con el de administración desleal. Ha dejado sin contenido el art. 295 y ha dado una nueva redacción a los arts. 252 y 253, diversificando así la tipicidad en dos preceptos de nueva redacción”*. En dicha Sentencia se añade: *“La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la convergencia entre ambos preceptos y lo ha hecho además, de forma bien distinta a la tesis que sugiere el motivo, hasta el punto de que en alguno de estos precedentes se refleja la clara voluntad de apartarse de la exégesis de la defensa atribuye a la mejor doctrina. La sugerente controversia doctrinal sugerida por la defensa ya ha obtenido respuesta en numerosos precedentes esta*

sala, entre otros la STS 163/2016, de 2 de marzo, compendia el estado actual de la jurisprudencia a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que no solo se apartan del criterio jurisprudencial reiterado por esta Sala sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción”.

La Sentencia analizada matiza lo siguiente: “Como ha señalado la reciente STS 18/2016, de 26 de enero, la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales por su naturaleza fungible. Pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art. 253 Código penal. Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el punto sin retorno, es decir, que se constate que se ha alcanzado un momento en el que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución. Este criterio jurisprudencial consolidado trae causa de varios precedentes, en el que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 Código penal fue algo más que una mera recolocación sistemática”.

En definitiva, según la STS núm. 700/2016, de 9 de septiembre, que resume la doctrina legal actualmente en vigor sobre la diferenciación entre administración desleal y apropiación indebida: “hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos. En consecuencia, en la reciente reforma legal operada por la ley orgánica 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 290 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253”.

En la misma sentencia se aborda la problemática de la continuidad del delito de administración desleal, admitiendo la posibilidad de la continuidad en el mencionado delito siempre que se den los requisitos del delito continuado que uno de ellos es según la sentencia citada “el requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Para concluir: la reforma del delito de administración desleal en virtud de la Ley 2015 resulta coherente con la reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular y el mero hecho abusivo de aquellos bienes, sin pérdida definitiva de los mismos.

En consecuencia, el nuevo art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que fuera el origen de las facultades administradoras y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio

ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido en dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el 253.



BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Memento Práctico Penal 2016*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.

AA.VV., *Comentario a la reforma penal del 2015*, OLIVARES QUINTERO, G. (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2015.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)*, La Ley Penal, 2016.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Concepto y bien jurídico protegido”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-02 (2015).

GILI PASCUAL, A., “Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y en otras figuras (arts. 252 y ss.)”, en J. L., González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en *La Ley*, nº 4680, 1998.

HAVA GARCÍA, E., “La apropiación indebida y su relación con la administración fraudulenta”, en F. J., Álvarez García (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la UE*, Valencia, 2009.

LUZÓN PEÑA, D. M., ROSO CAÑADILLAS, R., “Administración desleal. Concurso entre apropiación indebida y administración desleal”, en *Diccionario de Derecho penal económico*, J. Boix, dir., Madrid, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley*, núm. 8046, 19 de marzo, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), 457-566.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., “El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas”, en *La Ley Penal*, núm. 121, julio-agosto 2016, editorial La Ley.